

3. PROFESOR EN VIENA. LA "ESCUELA DE VIENA". LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE AUSTRIA. AMISTADES Y DISGUSTOS ACADÉMICOS (1919-1930)

La pausa impuesta por la guerra y por el servicio militar a las publicaciones de Kelsen no fue, empero, tiempo perdido, sino que tuvo efectos favorables para su trabajo científico posterior. Ya durante la guerra, había empezado una gran investigación acerca del problema de la soberanía, reuniendo a su alrededor un círculo de gente joven, quienes discutían libremente problemas de la teoría del derecho en un seminario privado. Al principio fueron algunos de sus oyentes en las cátedras impartidas de 1911 a 1914, entre los cuales estaban Adolf Merkl, Leonidas Pitamic y Alfred Verdross. Después de la guerra se unieron a ellos otros, entre estos Walter Henrich, Josef L. Kunz, Félix Kaufmann, Fritz Schreier y Fritz Sander; más tarde, también, los asistentes de Kelsen en Viena: Josef Dobretsberger y Erich Voegelin. De esa manera, lenta y natural, se constituyeron los fundamentos de la Escuela de Viena, la cual se desarrolló esencialmente bajo la influencia inmediata de Hans Kelsen.

Pronto acudieron también de el extranjero jóvenes juristas que deseaban estudiar con Kelsen en Viena. Aquí se mencionará sólo aquellos que posteriormente se hicieron conocidos en sus países y aún más allá de sus fronteras, debido a sus actividades docentes y a sus publicaciones científicas. Así, vinieron Alf Ross de Dinamarca, Julius Kraft de Alemania, Charles Eisenmann de Francia, M. M. van Praag de Holanda, Tomoo Otaka de Japón, Wiktor Sukiennicki de Polonia, y Luis Legaz y Lacambra y Luis Recaséns Siches de España. Todos ellos dispuestos a oír y aprender de Kelsen. El creciente interés por la Escuela de Viena se mostró en Italia con un aumento del número de publicaciones dedicadas a ella. La estrecha amistad que unía a Kelsen con Franz Weyr, quien fue el primero en reconocer y proclamar la trascendencia jurídica de las doctrinas kelsenianas, así como la cercanía espacial, hicieron que en la república checoslovaca y, en especial, en la Facultad de Derecho de la Universidad Masaryk, en Brünn, surgiera una especie de sucursal de la Escuela de Viena, cuyo origen y punto de referencia fue, sin embargo, siempre el joven profesor Hans Kelsen.

Quizás sea permitido intercalar aquí, antes de una presentación más amplia de los datos biográficos de Kelsen, una digresión que mostrará los métodos de trabajo de Kelsen, así como su actitud hacia el trabajo científico.

El método de trabajo de Kelsen está caracterizado por una escrupulosidad y una minuciosidad que no se manifiesta nunca con insistencia ni en sus publicaciones, ni en sus conferencias. La elaboración de sus libros y tratados es precedida por montones de borradores, que aparecen sólo en una muy pequeña medida en el llamado aparato científico de las notas a pie de página. Los manuscritos, escritos clara y delicadamente con lápiz suave y sobre papel rayado, son aumentados y corregidos repetidas veces después de haber sido pasados a máquina, y aun completados en las galeras y, en ocasiones, ya durante la compaginación. En todo ello, Kelsen da mayor valor a la precisión de la expresión que a un estilo brillante. Sin embargo, cuando la ocasión se presta especialmente puede ir más allá de lo técnico y lograr realizaciones literariamente significativas, propias de un erudito tan interesado en la bella literatura. Algunos pasajes de su polémica con Schwind podrían estar, por ejemplo, en una antología de la sátira alemana, y figurar honrosamente con las mejores páginas de la mordaz ironía practicada por Heinrich Heine en los *Curanderos de Lucca*, o por Karl Kraus en la *Antorcha*. En tales alturas estilísticas se encuentra Kelsen al final de su escrito sobre *Esencia y valor de la democracia* o en su intervención sobre la ponencia *Igualdad ante la ley*,¹⁴ la cual concluye con estas palabras:

La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder.

Cuando al ser expulsado del territorio alemán se vio obligado a publicar en idiomas extranjeros, hacía traducir sus manuscritos en alemán, para corregir después el texto, de ser posible, en unión con el traductor.

Aun las conferencias sobre temas que había tratado repetidamente, eran nuevamente elaboradas por Kelsen, tratando de adaptarse al cambiante auditorio. En estos casos, así como en sus cátedras, tenía ante sí el manuscrito, que en caso de emergencia conocía de memoria, de manera que veía siempre a sus oyentes sin que la vitalidad de la conferencia sufriera ningún menoscabo.

Aunque Kelsen hizo un gran número de viajes, con el objeto de dictar conferencias en casi todas las grandes ciudades de Europa y en Latinoamérica, nunca los realizó como viajes de placer o con el propósito de ganar adeptos para sus doctrinas, como tampoco por razones

¹⁴ *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, cuaderno 3, Berlín-Leipzig, 1907, W. de Gruyter, p. 55.

materiales o para recibir honores. Siempre fueron por exigencia de sus amigos y seguidores, que deseaban percibir no sólo el saber de los libros sino también la palabra viviente del fundador de la teoría pura del derecho.

En sus años de juventud, Kelsen era de una agudeza en ocasiones mordaz durante las discusiones abiertas. Su disposición polémica le mostraba pronto los puntos débiles de sus adversarios, los cuales conducía con regocijo evidente *ad absurdum*. Estos ataques se moderaron más tarde, por lo menos en su forma externa, aun cuando siempre hubo de enojarlo profundamente el encontrarse con crasos malentendidos.

Con sus alumnos y oyentes fue siempre de una paciencia y consideración infinitas. El primer sustentante que hubo de examinar después de haber sido llamado a Colonia, no resultó reprobado a pesar de haber contestado realmente muy poco. Al preguntarle yo sorprendido que cómo había dejado pasar la prueba a una persona que evidentemente no estaba preparada, me replicó: "En mi primer examen en Colonia no quisiera caer en la sospecha de ser muy estricto." En todas partes donde tuvo que intervenir era estimado por los estudiantes como un "examinador benigno". En los trabajos científicos, por el contrario, tenía siempre las más altas exigencias.

La tolerancia que mostraba para las opiniones que divergían de sus doctrinas, siempre y cuando se originaran sólo en un sincero convencimiento científico y pudieran demostrar una sólida fundamentación, surgió a partir de la variedad de las concepciones y posiciones políticas de muchos de sus más viejos discípulos, opuestas muchas veces a su propia "visión del mundo". Con ellos ha estado siempre unido sin prestar atención a las divergencias filosóficas, religiosas o políticas. Para las debilidades humanas, Kelsen ha tenido una indulgencia sin fin. No sólo predica la tolerancia, sino que la practica él mismo.

La ayuda que Kelsen concedía a sus alumnos y oyentes, aun cuando estuviesen opuestos a su propia concepción, iba a menudo más allá de lo académico. Rememorando quizá las dificultades de su propia juventud hubo de facilitarle el camino a más de un joven necesitado, sea con recomendaciones e incluso con apoyo material, y ciertamente sin haber cosechado siempre el agradecimiento debido. Lo que le interesaba era promover la investigación científica seria y dar la ayuda humana que a él mismo le fuera negada tantas veces.

Incluso cuando Kelsen era ya mundialmente famoso y los estudiantes y profesores peregrinaban hacia él, en Viena, Ginebra, Harvard o Berkeley, jamás hubo de mostrarse impaciente, sino que, por el contrario, les dedicaba mucho tiempo en discusiones, así como para discutir tra-

bajos de principiantes y dar consejos y estímulos. En todo ello, no esperó ni exigió jamás que la *verba magistri* fuese aceptada sin examen.

De este modo ni la escuela de Kelsen, ni la teoría pura del derecho se convirtieron en un conventículo dogmático. Aun como “jefe de su escuela”, Kelsen jamás lanzó un anatema contra sus discípulos no ortodoxos, tal y como sucedió, por ejemplo, en la “escuela” del psicoanálisis en Viena, cuando Carl Gustav Jung y Alfred Adler se separaron de Freud. Kelsen ha tolerado siempre la oposición, incluso a menudo la ha suscitado. Lo que lo ha irritado y molestado es sólo la tontería y la maldad.

En las discusiones científicas Kelsen ha examinado siempre cuidadosamente las réplicas y las objeciones. Su escrupulosidad para hacer justicia a otras concepciones, explica probablemente el hecho de que en su casa se acumulen montones de manuscritos no publicados; muchos de los cuales, estando ya impresos, fueron detenidos antes de su publicación a pesar de las pérdidas financieras que tuvo que afrontar frente a editores indignados e impacientes. ¡En una ocasión entendió Kelsen un viaje de Ginebra a Heidelberg sólo para comprobar un posible error en la cita de un libro en preparación, el cual no llegó a publicarse! Ciertamente que sólo a su encanto personal se debe el que no haya llegado a desesperar a los bibliotecarios de la increíblemente rica y bien organizada biblioteca de la Universidad de Berkeley con sus deseos en el suministro de libros.

Durante su trabajo en la preparación de conferencias, ensayos o libros, Kelsen se concentra de tal manera, que las molestias exteriores apenas llegan hasta él. Sólo con algún esfuerzo y con gran autodisciplina logra cobrar el ánimo suficiente para la necesaria distracción intelectual, la cual consiste sobre todo en la lectura de novelas, incluso policiacas, acompañadas por un buen habano. Durante su vida en Viena solía también asistir a funciones de teatro, así como de cine, pero sobre todo pasar veladas en amistosas conversaciones sociales, durante las cuales podía hacer brillar su sentido del humor. Conforme a la tradición vienesa, que había encontrado en el café el sustituto de la vida de club, visitaba regularmente durante esos años el “café de la peña”, situado en las cercanías de su casa y del parlamento.

Allí se reunía con un grupo de políticos intelectuales que, aun siendo liberales, no compartían los mismos sentimientos. Entre ellos estaban Karl Renner, Otto Bauer y Max Adler. Sin embargo, su contacto no se limitaba de ninguna manera a los círculos “izquierdistas”, tenía también una estrecha amistad con personalidades burguesas de la “derecha”, como el profesor Josef Schumpeter, posteriormente ministro de Finanzas y de quien había sido padrino de bodas; con los profesores Ludwig von Mises y Othmar Spann, con Rudolf Sieghart, director

del Banco de Crédito Hipotecario, con el sociólogo Rudolf Goldscheid, con el promotor del ideal pan-europeo Richard N. Coudenhove-Calergi y con el industrial Emanuel von Grab, en cuya casa se reunía ocasionalmente con Richard Strauss.

Empero, Kelsen se mantuvo alejado de todo tipo de vínculos políticos partidistas, por lo cual jamás se afilió al Partido Social-Demócrata. Esto, no sólo porque rechazaba la teoría política del marxismo, sino también porque consideraba que un profesor e investigador en el área de las ciencias sociales no debería ingresar en ningún partido político, ya que con ello podía amenazar o restringir su independencia científica.

Kelsen estaba de acuerdo con el programa democrático de la socialdemocracia austriaca que, aunque en principio estaba apoyado en el marxismo, en la práctica no tenía nada que ver con la teoría del Estado de Marx y Engels, la cual culminaba en un anarquismo. En cambio, un individualista como Kelsen no pudo acomodarse en un principio al programa económico de la nacionalización de la economía. Más tarde, particularmente impresionado por el quebrantamiento económico que trajo consigo la época de la guerra y de la post-guerra, durante la cual se esfumaron incluso sus propios ahorros colocados en los empréstitos de guerra, se vio cada vez más dispuesto a reconocer que el sistema económico del liberalismo no constituía ninguna garantía para la seguridad económica de la masa de desposeídos. Igualmente, reconoció que en tales circunstancias dicha seguridad económica sólo podía alcanzarse mediante una planeación de la economía, que en última instancia significaba una nacionalización de la producción. Kelsen estaba perfectamente consciente de la dificultad de conciliar la nacionalización de la producción con la libertad política del individuo, pero fue suficientemente objetivo para reconocer que la seguridad económica para la gran masa es más importante que la libertad intelectual. Kelsen no se sentía, pues, autorizado a intervenir activamente en política para apoyar un sistema económico en el cual él y sus semejantes se encontrasen bien, oponiéndose con ello a otro sistema del cual podía suponer que favorecía el interés de la gran masa. No importaba si a él, en tanto beneficiario del sistema económico liberal, le agradaba o no; le parecía que el futuro pertenecería a la economía planificada. Vio y ha visto, pues, con simpatía a los partidos que son al mismo tiempo socialistas y democráticos, sin haberlo nunca disimulado. A este respecto confiesa en su autobiografía:

Más fuerte que esta simpatía es y ha sido mi necesidad de conservar la independencia política en mi profesión. Aquello que no le concedo al Estado: el derecho a limitar la libertad de investigación y de expresión de ideas, no puedo tampoco concedérselo a un partido político mediante la sumisión voluntaria a su disciplina.

Las relaciones personales que tenía con los círculos de intelectuales social-demócratas ocasionaron que Kelsen, después de abandonar el servicio militar a fines de octubre de 1918 y una vez reanudadas sus actividades académicas, hubiera sido llamado a la cancillería por el doctor Karl Renner. Renner, quien era en ese momento el canciller del gobierno provisional austro-alemán, comisionó a Kelsen para que cooperara en la preparación de la constitución definitiva de la república. Ya en noviembre y diciembre de 1918 había publicado, en el diario social-demócrata *Arbeiter-Zeitung* y en el burgués *Neue Freie Presse*, algunos pequeños artículos sobre cuestiones de la representación proporcional, e incluso había tomado partido sobre las reformas constitucionales. Estos artículos, que recordaban sus trabajos de los años 1906 y 1907 acerca de problemas de derecho electoral, fueron muy bien recibidos por los círculos políticos vieneses de aquel entonces. En 1919 apareció la edición del texto de la ley constitucional de la república austro-alemana, con un prólogo del doctor Renner y comentado por Kelsen. En ese comentario no escatimó Kelsen observaciones críticas sobre la técnica legislativa de la constitución provisional, mismas que tuvieron una gran repercusión en la formulación posterior de la definitiva constitución federal. En mi recién nombrada *Revista de Derecho Público*, Kelsen dedicó grandes ensayos a la organización del poder ejecutivo y a la posición de las regiones autónomas (*Länder*) en la constitución provisional, redactada por el propio Karl Renner y que pronto se mostró necesitada de reformas. Sólo de modo ocasional cooperó Kelsen a esta constitución "provisional", por lo cual resulta erróneo sostener, como se afirmó más tarde, que Kelsen había redactado o influido en la llamada "Ley-Habsburgo" y en la ley sobre la supresión de la nobleza del 3 de abril de 1919. Su tarea principal en la cancillería consistía más bien en la elaboración técnico-jurídica de la constitución definitiva.

En vista de que el canciller, doctor Karl Renner, estaba totalmente ocupado con las negociaciones de paz en St. Germán y con los difíciles problemas económicos "de gobernar un pueblo de diez millones de habitantes . . . , entre las ruinas del imperio", como él mismo decía en el prólogo de la mencionada edición, poco pudo ocuparse de las cuestiones constitucionales, razón por la cual se limitó a dar a Kelsen las directivas políticas esenciales. De este modo le prescribió solamente dos principios políticos fundamentales como lineamientos: la democracia parlamentaria y una descentralización que, correspondiendo con la división de Austria en regiones autónomas, no constituyera, sin embargo, una limitación muy fuerte a la competencia del gobierno central. En todo ello, debería tenerse como modelo, tanto como fuese factible, la Constitución de Weimar, la cual se encontraba también en preparación.

Ello fue posible, sin embargo, sólo en una muy pequeña medida. En la solución de la cuestión presidencial Renner había optado por un punto de vista más ampliamente democrático que el de la Constitución de Weimar. Además de esto, la parte característica de esta constitución —la regulación de los derechos fundamentales— no se tomó en cuenta en aquel tiempo para Austria, por las razones que se mencionarán más adelante.

La tendencia del propio Kelsen era codificar, de manera técnicamente inobjetable, los principios políticos que se le habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Kelsen consideraba al capítulo sobre las garantías de la constitución y de la administración como el núcleo jurídico de la constitución, con las cuales podía al mismo tiempo vincular instituciones de la vieja monarquía como el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. Este último pudo ser recogido en la nueva constitución federal con modificaciones insustanciales. El Tribunal Imperial, en cambio, fue convertido por Kelsen en un verdadero tribunal constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional.

Kelsen elaboró varios proyectos en los que se tomaban en cuenta diversas posibilidades políticas. En la Cancillería había un departamento constitucional bajo la dirección del entonces consejero de departamento doctor Georg Fröhlich, quien después sería consejero ministerial y, más tarde, vicepresidente del Tribunal Constitucional. Había también un Departamento de Reformas Constitucionales, bajo la dirección del doctor Egbert Mannlicher, quien fuera más tarde presidente del Tribunal Administrativo del Senado. Ambos departamentos estaban a disposición de Kelsen, habiéndole ayudado mucho en su trabajo. Sin embargo, con relación al aspecto técnico-jurídico de sus proyectos se le dejó mano libre.

En el gobierno de coalición, presidido por el doctor Renner, se le confió al diputado social-cristiano, doctor Michael Mayr, en tanto secretario de Estado, la preparación política de la constitución. Mayr había sido profesor de historia en la Universidad de Innsbruck, y como tal carecía de interés por problemas jurídicos específicos, de manera que también por este lado Kelsen podía actuar libremente. En tanto miembro del Partido Social-cristiano, Mayr consideraba que su tarea principal era evitar que el texto de la constitución contuviese determinaciones indeseables para su partido, interesándole, por tanto, fundamentalmente la cuestión de la relación entre el Estado y la Iglesia y entre la Iglesia y la Escuela. Kelsen atribuyó a la influencia de Mayr el hecho de que la república recibiera, sin modificaciones, la vieja Ley Fundamental del Estado de 1867 sobre los derechos generales de los

ciudadanos, la cual había regulado en la monarquía las cuestiones que preocupaban a Mayr. Por esta razón, el proyecto de derechos fundamentales y de libertad elaborado por Kelsen como parte de la nueva constitución quedó fuera de consideración. Kelsen de ninguna manera lamentó esto, ya que la vieja Ley Fundamental no era de ningún modo un mal producto del liberalismo político del siglo XIX, cuya influencia aún tenía efectos sobre él.

Cuando la Asamblea Nacional "constituyente" amenazaba con fracasar en su tarea principal, debido principalmente a los conflictos entre los partidos y a las tendencias centrífugas de las regiones (*Länder*), se constituyó, el 11 de julio de 1920, una comisión de expertos integrada por el doctor Mayr, Kelsen, el doctor Fröhlich y el doctor Mannlicher. Esta comisión aceptó, con modificaciones relativamente poco importantes, uno de los proyectos elaborados por Kelsen. La Comisión Constitucional, presidida por el doctor Ignaz Seipel, aprobó el informe de la Comisión de Expertos el 24 de septiembre, y el 26 de septiembre de 1920 fue aprobado por la Asamblea Nacional, en vista de que los partidos habían acordado finalmente acceder a un compromiso político. Así, el 1º de octubre de 1920, se pudo promulgar la Constitución Federal, la constitución definitiva de la República de Austria. Sobre la prehistoria de este documento, el propio Kelsen habría de informar detenidamente en su comentario aparecido en 1922.

El canciller Renner había expresado el deseo de que el texto del documento constitucional originario fuese precedido de una especie de extracto que resumiese sus características esenciales, ya que en su opinión, fuera de algunos especialistas, nadie conocería y leería toda la constitución. A ello se opuso Kelsen con razón, señalando que un preámbulo de este tipo correspondía a un libro de texto y no a la constitución misma, poniendo en su lugar, en el artículo primero del texto constitucional, un lema que proclamaba a Austria como república democrática: "Su derecho proviene del pueblo", con lo cual se rompía también radicalmente con la terminología común.

Sin embargo, el capítulo en el que Kelsen estaba más interesado y el cual consideraba con orgullo su obra personal, el del control de la constitucionalidad, no había experimentado ninguna modificación en las negociaciones parlamentarias. En la realización del principio del Estado de derecho, es decir, del principio de la constitucionalidad de la legislación y de la legalidad de su ejecución (justicia y administración), veía Kelsen la garantía más efectiva de la constitución y el sello característico de la Constitución Federal Austriaca.

A favor de los buenos resultados de esta constitución habla el hecho de que, después de la superación del intermedio corporativo de 1934 y tras la liberación de Austria de la dominación nacional-socialista ale-

mana, fue puesta nuevamente en vigor en 1945 como fundamento jurídico de una Austria libre y democrática. Lo que Kelsen no pudo ciertamente imaginar fue el que diez años después de la aceptación de su obra, la constitución federal, y como consecuencia de su trabajo en el tribunal constitucional concebido por él, tuviese que abandonar amargamente su patria.

En 1919 había muerto súbitamente de un ataque al corazón Eduard Bernatzik. A petición de Adolf Menzel, segundo ordinario de derecho constitucional y administrativo de la Universidad de Viena, se propuso a Kelsen *primo loco* como sucesor. Kelsen, pesimista siempre, estaba escéptico sobre las posibilidades reales de ser nombrado. En *secundo loco*, estaba propuesto otro profesor extraordinario, el cual no obstante su título nobiliario, se había afiliado no hacía mucho tiempo al Partido Social-demócrata, algo que Kelsen, como ya se mencionó, se había negado siempre a hacer. La dirección del Ministerio de Educación estaba en aquel tiempo en manos del representante del Partido Social-demócrata en el gobierno, Otto Glöckel. En opinión de Kelsen apenas si podía esperarse que Glöckel, encargado de dar el nombramiento, pudiera tener tal objetividad como para dar la preferencia a un extraño al partido. A ello se unía todavía otra circunstancia: Poco después de haberse dado cuenta de la proposición de la facultad se convocó a una asamblea de profesores de la Universidad de Viena para decidir si la universidad había de considerarse como una "fábrica". En caso afirmativo debería tomar parte en las elecciones locales para el Consejo Obrero, con lo cual se preveía como condición un estatuto electoral que implicaba una confesión a favor del marxismo o de una fórmula similar. Kelsen, a pesar de estar decididamente en contra de la participación en la elección, y no queriendo empeorar las posibilidades de su nombramiento, había decidido no tomar parte en la discusión. En la asamblea, su colega, considerado seriamente como posible sucesor de Bernatzik, se expresó a favor de la participación de la universidad en las elecciones del Consejo Obrero, a pesar de que hasta hacía poco tiempo se presentaba como cualquier cosa antes que como marxista. Cuando eso sucedió Kelsen, que tenía a veces arranques fogosos, se exasperó y pidió la palabra. Indicó que la constitución de los consejos obreros era incompatible con el principio de la libertad de la ciencia. Recordó también que no hacía mucho tiempo la universidad había concedido, de manera muy sumisa, un doctorado *honoris causa* al archiduque Federico y que ese acto de afecto a la dinastía era difícilmente conciliable con la unión a la organización marxista de los consejos obreros. La Universidad de Viena, concluyó Kelsen, no tenía por que arrodillarse delante de cada cruz que se levantara frente a ella. El discurso de Kelsen influ-

yó notablemente para que finalmente la participación en la elección de los consejeros obreros fuese rechazada.

Esta actitud honrada no perjudicó a Kelsen. Todavía en 1919 fue nombrado profesor ordinario de derecho constitucional y administrativo en la Universidad de Viena. Con ello dio principio una actividad docente y de investigación que duraría diez años y que llevaría el prestigio de este sabio, así como el de la Facultad de Derecho de Viena, por el amplio mundo.

La investigación sobre el problema de la soberanía, comenzada durante la Primera Guerra Mundial, apareció en 1920. Fue precisamente un trabajo concebido durante la guerra, que quedó sin publicarse, y cuyo resultado era la idea de la unidad de derecho y Estado, el que llevó a Kelsen al conocimiento de que el derecho sólo puede ser presupuesto como derecho positivo. Esto lo condujo a la investigación acerca de la posible relación entre los sistemas de normas, problema que ya había planteado en su tratado *Reichsgesetz und Landesgesetz* de 1914, y al conocimiento de la necesaria unidad sistemática de todo derecho positivo, es decir de todas las normas supuestas como válidas. En su libro *El Problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, en cuyo subtítulo aparecieron por primera vez las palabras "teoría pura del derecho", aprovechó Kelsen, también por vez primera, la doctrina de la estructura jerárquica del orden jurídico desarrollada por su discípulo y amigo Adolf Merkl.

Junto a estos trabajos teórico-jurídicos consagró Kelsen su atención a problemas fundamentales de la democracia, los cuales fueron expuestos en un pequeño folleto aparecido en 1920, *Esencia y valor de la democracia*, el cual volvió a publicarse en 1929 con una ampliación sustancial. Ya en 1912 Kelsen se había ocupado de la teoría política, componiendo un estudio sobre *Cosmovisión política y educación (Politische Weltanschauung und Erziehung)*. En la ideología democrática, ve Kelsen una tendencia clara hacia una concepción empírico-relativista, en tanto que la tendencia a formas autocráticas corresponden a una cosmovisión metafísico-absolutista. Su ocupación con las cuestiones de la teoría política lo guió también a investigar la teoría política marxista, publicando en 1920 sus resultados bajo el título de *Socialismo y Estado*, reeditado en 1923 en forma más amplia. A todos estos trabajos se añadieron aún más, los dedicados al derecho constitucional positivo austriaco, así como un amplio estudio sobre la relación Estado y derecho a la luz de la crítica del conocimiento, publicado en 1921 en su *Revista de Derecho Público*.

En este tiempo se registró también un acontecimiento personal que para Kelsen ha permanecido vinculado con dolorosos recuerdos. Entre los discípulos que visitaban su seminario, aun en tiempo de guerra, se

encontraba Fritz Sander, quien en aquel tiempo no tenía aún la intención de seguir la carrera académica, sino que quería ser abogado. Incitando por las discusiones en el seminario de Kelsen, comenzó sus trabajos teóricos. El primero de ellos, una sobresaliente contribución a la teoría del derecho desde el punto de vista de la lógica trascendental kantiana, fue publicado por Kelsen en la *Revista de Derecho Público*. Sander era uno de los mejor dotados discípulos de Kelsen. En él se aunaban una gran dedicación, ideas originales y una energía espiritual poco común. Pronto, intentó Sander seguir su propio camino apartándose de la línea propia de Kelsen. Esto lo han intentado, en mayor o menor medida, otros de sus discípulos, sin que Kelsen, no sólo no haya puesto ningún obstáculo en su desarrollo intelectual independiente, sino que, especialmente en el caso de Sander, procuró más bien alentarle en la medida de sus posibilidades. Así, consiguió Kelsen el examen de oposición para Sander aun contra una gran resistencia. Igualmente, publicó en los *Wiener Staatswissenschaftlichen Studien*, editados por él a la muerte de Bernatzik y de Philippovich, y a pesar de las dificultades de parte de la editorial, la obra de Sander *Estado y derecho*.

Un día presentó Sander un manuscrito a Kelsen para su publicación en la *Revista de Derecho Público*, en él se atacaba muy duramente a la teoría del derecho kelseniana, a pesar de lo cual Kelsen le comunicó que sería publicado, aunque reservándose el derecho de contestarle, dado que el ataque no le parecía fundado. La respuesta apareció en la revista en 1922 bajo el título *Ciencia del derecho y derecho. Terminación de un intento por superar la dogmática jurídica*. No obstante la oposición teórica existente, Kelsen recomendó muy ampliamente a Sander para ocupar una cátedra en la Escuela Técnica Alemana de Praga, la cual recibió Sander merced a esta recomendación. Sin embargo, apenas estuvo seguro Sander de su cátedra, se lanzó contra Kelsen públicamente en un libelo intitulado *La teoría del derecho de Kelsen. Escrito polémico contra la jurisprudencia normativa*. Allí aducía que Kelsen había tomado de él partes esenciales de su doctrina sin el debido reconocimiento, es decir, que lo acusaba claramente de plagio. Kelsen presentó inmediatamente una demanda en su defensa ante las autoridades académicas competentes —la Cámara Disciplinaria de la Universidad de Viena—, solicitando una investigación disciplinaria. El presidente de la cámara, profesor Hans Sperl, comisionó al ordinario de derecho penal, profesor doctor Alexander Löffler, para que tomara la información conducente, en el curso de la cual Sander fue escuchado personalmente. Con base en un abundante material consistente en documentos, publicaciones y en un informe del profesor de derecho constitucional Dr. Adolf Menzel, la cámara llegó, tras dos meses y medio de investigación, al “total e indudable convencimiento” de que “no

podía hacerse a Kelsen el menor reproche de un procedimiento inconveniente que en algún modo contraviniera el deber de honor de un maestro académico y escritor especializado”. El juicio disciplinario rechazó como “totalmente infundada” la inculpación abierta y acusadora presentada por Sander, en el sentido de que Kelsen se había apropiado y aprovechado de sus ideas científicas como si fuesen propias.

Más tarde, Sander intentó repetidamente volver a entablar buenas relaciones con Kelsen. En un principio Kelsen, como era de suponerse, rechazó tales intentos, pero cuando su amigo el profesor Weyr le rogó que abandonara su actitud intransigente, siempre y cuando Sander ofreciera una explicación en la cual retirara el cargo de plagio, Kelsen se mostró dispuesto a dar por arreglado el asunto una vez que Sander hiciera públicamente su aclaración. Kelsen había mostrado con ello indulgencia con la altamente contradictoria personalidad de Sander, cuya relación con su antiguo profesor constituía un ejemplo típico de odio-amor, un caso que psicoanalíticamente podía explicarse como un complejo de Edipo no superado. A ninguno de sus discípulos había colmado tanto Kelsen con demostraciones de admiración, cariño y apego como lo hizo con Sander en los primeros tiempos de su relación. Sander, por su parte, le había asegurado siempre a Kelsen que lo consideraba como a su padre espiritual —en tanto que siempre había odiado a su verdadero padre— y que sin él se hubiese perdido intelectualmente. La acusación de plagio había sido, pues, un verdadero intento de parricidio.

La comprensión por la ambivalencia espiritual de Sander la adquirió Kelsen probablemente en un seminario privado de Sigmund Freud, al cual asistió a lo largo de todo un semestre durante los años de la guerra. Fue el doctor Hanns Sachs, abogado de profesión pero dedicado por completo al psicoanálisis, quien indujo a Kelsen para visitar este seminario. Sin embargo, no fue sino hasta el verano de 1921 durante unas vacaciones comunes en Seefeld, cuando Kelsen entró en un contacto personal más estrecho con Freud. En ese tiempo, Kelsen le comunicó a Freud, naturalmente con la debida discreción respecto de las personas en cuestión, algunos ejemplos de enfermedades traumáticas entre su círculo de conocidos. Sobre estas conversaciones entre Kelsen y Freud, así como sobre algunos de los casos ahí tratados, existe un corto reporte de Ernest Jones,¹⁵ en el cual Kelsen aparece designado como “distinguished Viennese economist”. Este material le fue proporcionado a Jones por mediación del doctor K. R. Eissler en Nueva York, y Eissler había entrevistado a Kelsen en 1953 por encargo del Sigmund Freud Archives, Inc. Kelsen albergó siempre dudas sobre el valor terapéutico del psicoanálisis, las cuales fueron indirectamente fortalecidas por el

¹⁵ *The Life and Work of Sigmund Freud*, tomo III, New York, 1957, Basic Books, Inc., p. 80.

propio Freud, el cual le había expresado en una ocasión que para poder ver en el interior de los hombres había que acercarse a ellos como médico. Era esta "mirada en el interior" lo que a Freud le interesaba fundamentalmente, más que la cura de los enfermos.

La ocupación de Kelsen con el psicoanálisis ha encontrado asiento también en su obra. Por invitación de Freud, Kelsen dictó una conferencia, el 30 de noviembre de 1921, ante la Sociedad Psicoanalítica de Viena sobre el tema "El concepto de Estado y la psicología de las masas de Freud". En la discusión que siguió a la conferencia tomaron parte no sólo el propio Freud sino sus discípulos Siegfried Bernfeld, Paul Federn, Otto Rank, Theodor Reik y Herbert Silberer. Más tarde, Kelsen publicó esta conferencia, ampliada en el ínterin, en la revista *Imago* de Freud y bajo el título de "El concepto de Estado y la psicología social. Con especial consideración de la teoría de las masas de Freud". El texto apareció traducido también al inglés en 1924. El propio Freud no quiso, en todo caso, "frente a una, por lo demás plenamente comprensiva y aguda, crítica de Hans Kelsen... aceptar que el... equiparar al 'alma colectiva' con la organización significaba una hipóstasis de la misma, es decir el reconocimiento de una independencia respecto de los procesos espirituales en el individuo".¹⁶

Igualmente acusa influencia psicoanalítica la investigación kelseniana *Dios y Estado*. El conocimiento de la amplia analogía que existe entre el concepto de Estado y el concepto de Dios, y, por tanto, también entre los problemas de la teoría del derecho y del Estado, por un lado, y los de la teología, por otro, se manifestó claramente en esta investigación que precedió a su trabajo sobre el concepto sociológico y jurídico de Estado. Esto se vinculaba también con los resultados de su estudio sobre *Ilicito estatal*, publicado en 1913 y en el cual había trazado un paralelo entre el problema del ilícito estatal con el de la teodicea. Igualmente, en su libro sobre el problema de la soberanía (1920) había aludido ya a la relación entre teoría del Estado y teología.

La fuerte oposición que había encontrado su teoría de la identidad del Estado con el derecho positivo, lo motivó para investigar la cuestión de si el Estado, como se había afirmado siempre, podía ser contemplado como un fenómeno independiente de todo derecho. El análisis crítico de los varios intentos hechos para fundamentar sociológicamente la unidad del Estado, producía, sin excepción, algunas premisas jurídicas no confesadas. La cuestión decisiva con relación a la esencia del Estado le parecía ser a Kelsen la siguiente: ¿qué es lo que constituye la unidad de la pluralidad de individuos que forman esta comunidad? A esta pregunta no podía encontrar otra respuesta que

¹⁶ "Massenpsychologie und Ich-Analyse", en *Gesammelte Werke*, Londres, 1940, Imago Publishing Co. Ltd, vol 13, p. 94.

podiera fundarse científicamente que no fuera la de que un orden jurídico específico es el que constituye esta unidad y que todos los intentos por fundamentarla metajurídicamente, es decir sociológicamente, tenían que considerarse como fracasados. La tesis de que el Estado es por su esencia un orden jurídico relativamente centralizado y que por tanto el dualismo de Estado y derecho es una ficción que descansa en una hipóstasis animista de la personificación, con ayuda de la cual se acostumbra a representar la unidad jurídica del Estado, se ha convertido en un elemento esencial de la teoría del derecho de Kelsen. La primera exposición de ello apareció en el voluminoso libro *El concepto sociológico y jurídico de Estado. Investigación crítica de las relaciones entre Estado y derecho*, al cual siguió en el mismo año de 1922 un pequeño escrito *Estado y derecho. Acerca del problema del conocimiento sociológico o jurídico del Estado*.

El propio Kelsen acepta en su autobiografía que es posible que haya llegado a esta idea en vista de que el Estado que le era más próximo y el cual conocía por experiencia personal y por observación, el Estado austriaco, constituía obviamente sólo una unidad jurídica:

A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social o biológico-social de los hombres que jurídicamente pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoría del Estado es una parte esencial de la teoría pura del derecho, puede considerarse a la teoría pura como una teoría específicamente austriaca.

El que la doctrina de Kelsen, así como su visión del mundo, hayan tenido sus raíces espirituales en la vieja monarquía austriaca, no impidió, sino que, más bien, por su posición no nacionalista facilitó su amplia difusión por el mundo. Es significativo el hecho de que una obra como aquella, sobre los conceptos jurídico y sociológico del Estado, haya sido traducida al japonés dos veces en el curso de los siete años posteriores a la aparición del original en alemán.

Durante los años académicos de 1921 y 1922 Kelsen fue decano de la Facultad de Derecho de Viena. Como tal, consideró que su primer deber era hacer todo lo posible para que su viejo maestro Leo Strisower, quien desde 1901, es decir desde hacía 20 años, seguía siendo profesor extraordinario, fuese finalmente nombrado profesor ordinario. Ciertamente que Strisower no había publicado mucho, pero sus pocos y sólidos trabajos en el campo del derecho internacional y del derecho internacional privado habían encontrado reconocimiento internacional,¹⁷ lo

¹⁷ Estos trabajos fueron compilados por mí para su necrología en la *Zeitschrift für öffentliches Recht de Kelsen*, vol. 11, 1931, pp. 1-11.

cual se expresaba también en el hecho de que en 1908, el Institut de Droit International lo había elegido como miembro, en su sesión celebrada en Florencia. Por todo esto en Viena había recibido simplemente el título de ordinario pero no una cátedra. Por lo demás, también bajo la presidencia de Strisower es que el Institut de Droit International había podido celebrar, en 1924, su primera sesión de la post-guerra en un antiguo territorio enemigo, Viena, lo cual constituía una demostración de la alta estimación que se le tenía. La solicitud de Kelsen, proponiendo a Strisower para una verdadera cátedra de profesor ordinario, se encontró con una cierta resistencia dentro de la facultad, lo cual ciertamente nada tenía que ver con sus aptitudes científicas. Kelsen trató de superar tal oposición, proponiendo al mismo tiempo el nombramiento del otro profesor extraordinario de derecho internacional, el barón Alexander Hold von Ferneck. El nombramiento de Hold von Ferneck como ordinario para derecho penal, su verdadera especialidad, había fracasado por la oposición de su colega el conde Wenzel Gleispach. La doble propuesta de Kelsen fue aceptada finalmente por la facultad y ambos fueron nombrados poco después. Tres años más tarde el barón Hold von Ferneck publicó su reticente escrito polémico contra Kelsen bajo el título *El Estado como super-hombre. A la vez una confrontación con la teoría del derecho de Kelsen*. El hecho de que Kelsen haya replicado agudamente al peculiar método de crítica científica empleado esta vez por el barón, no es ciertamente sorprendente. Tal método le ocasionó un enconado opositor en la facultad.

La actitud de Kelsen en otra cuestión personal, la habilitación del doctor Max Adler, le ocasionó también muchos opositores. Adler era, junto con el doctor Otto Bauer, uno de los principales escritores marxistas de Austria. Kelsen no solamente no compartía las concepciones fundamentales de Adler, sino que incluso se había visto envuelto con él en una acalorada polémica, en vista de que Adler había atacado duramente su escrito *Socialismo y Estado*, a lo cual Kelsen había replicado con no menos vehemencia. A pesar de ello, Kelsen abogó enérgicamente a favor de la habilitación de Adler, en vista del alto nivel científico de sus trabajos y porque, además, la oposición reinante en la facultad se debía únicamente a la pertenencia de éste al Partido Socialdemócrata. También en este caso, mantuvo Kelsen la opinión de que la pertenencia a un partido político, rechazado personalmente por él, no podía ser razón para excluir a nadie definitivamente de la profesión académica, si sus trabajos reunían las aptitudes científicas necesarias. Ésta fue la actitud que tomaría también, más tarde, cuando Karl Schmitt fue llamado como profesor a Colonia. Sin embargo, la opinión de Kelsen a favor de Max Adler no le fue perdonada nunca por muchos de sus colegas.

Estimulado por el curso que sobre derecho constitucional tuvo que dar, publicó en 1922, en unión de Georg Fröhlich y Adolf Merkl, una edición comentada de la Constitución Federal Austriaca. Esta fue seguida por una colección de ensayos acerca de cuestiones constitucionales especiales y, finalmente, por una exposición histórico-sistemática del derecho constitucional austriaco vigente (1923). Este libro termina con una cita del poema "Deutsche Liberalität" en *Huttens letzten Tagen* del poeta suizo-alemán Konrad Ferdinand Meyer, en la cual se dice que vendrá un tiempo en que "un solo pabellón se extenderá sobre toda la tierra alemana", siendo significativo el que Kelsen hubiese escogido para el epílogo la cita de un suizo y no de un patriota nacionalista alemán. En vista de esto, es oportuno decir algunas palabras sobre la actitud de Kelsen hacia el germanismo (*Deutschtum*) y hacia la anexión (*Anschluss*) de Austria al Reich alemán, así como también acerca del artículo 2º de la Ley del 12 de noviembre de 1918, que fundaba la República Austro-Alemana, y en el cual la Austria alemana era declarada parte del Reich alemán. Este artículo no se debe a Kelsen, siendo además bien sabido que como consecuencia del Tratado de Paz de St. Germain y de la Ley del 21 de octubre de 1919, hecha en cumplimiento de dicho tratado, el artículo se convirtió hace mucho tiempo en caduco al cambiarse el nombre a República de Austria.

Kelsen, como ya se dijo, es indiferente a la nacionalidad y al mismo tiempo estaba arraigado espiritualmente en la vieja Austria supranacionalista. No fue nunca "nacionalista alemán", en sentido político, y cuando hubo de definirse respecto la cuestión constitucional de la ejecución de la anexión de Austria al Reich alemán (en 1927 cuando la cuestión se discutía apasionadamente en los círculos políticos austriacos, casi siempre con una actitud favorable), lo hizo por supuesto sólo en el sentido de un análisis técnico-jurídico y no desde un punto de vista político. Más aún, la "anexión" que se había discutido sería, en todo caso, una anexión de Austria a la República Democrática Alemana de Weimar, pero nunca al gran Reich alemán del nacional-socialismo, cuya ideología política estaba en franca contradicción con el credo político de Kelsen, quien habría de ser más tarde su víctima. Llamar entonces a Kelsen "fascista" o "nacionalista" alemán, en vista del epílogo de su libro aparecido en 1923, es totalmente insensato y se explica sólo por una falta de discernimiento totalmente doctrinaria y obstinada.

En 1925, recibió una invitación del editor de la *Gran enciclopedia de ciencias jurídicas y políticas*, para elaborar una teoría general del Estado dentro de dicha colección. Trabajando y ampliando las ideas fundamentales de sus *Problemas capitales*, de *La soberanía* y de *El concepto jurídico del Estado*, pudo Kelsen acceder a dicha invitación, ofreciendo con ello una visión resumida de los resultados de sus anterio-

res investigaciones. Su esfuerzo se concentró en exponer en forma verdaderamente sistemática los problemas que se entendían como parte de una teoría general del Estado; esto quería decir, exponerlos a partir solamente de un solo principio. Su concepción del Estado como un orden normativo coactivo se vio, de esta manera, confirmada al ofrecerle fácilmente este principio fundamental, con el cual podían resumirse todos los problemas hasta entonces considerados bajo el título de una teoría general del Estado, presentándolos como problemas de validez y de creación de un orden normativo coactivo. Al presentar en la *Teoría general del Estado* por primera vez en forma completa sus ideas, quiso Kelsen al mismo tiempo responder la crítica que ocasionalmente dudaba que su doctrina pudiese ser un fundamento suficiente para un sistema positivo. Entonces, cuando, con orgullo y confianza, concluyó el prólogo a su *Teoría general del Estado* con las palabras: "Yo necesitaba dar una respuesta a esto y la respuesta es este libro", apenas si podía estar consciente en qué medida ese libro, convertido después en el texto clásico de esta disciplina, había proporcionado la "respuesta".

Algunos problemas tratados aisladamente en la *Teoría general del Estado*, fueron desarrolladas con mayor detalle en otros ensayos: *Formas de Estado como formas de derecho* (1925), *La idea del Estado* (1926) y, sobre todo, en la *Ejecución federal* (1927). Impreso como manuscrito, y, por tanto, sin estar en el comercio, apareció en 1926 un pequeño *Compendio de una teoría general del Estado*, que fue traducido a diez idiomas, complaciendo con ello las necesidades y exigencias de sus siempre numerosos oyentes y alumnos extranjeros.

Sin poder prever que pronto la *Revista de Derecho Público* fundada por él habría de serle quitada de las manos, fundó en 1926 otra revista, teniendo en cuenta el creciente número de adeptos que tenía la teoría pura del derecho en el extranjero. En la fundación de ésta, *Revue internationale de la Théorie du droit* (*Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*), intervinieron además de Kelsen su amigo el doctor Franz (Frantisek) Weyr, profesor en Brünn, y Léon Duguit, profesor en Burdeos. Publicada en dos idiomas, alemán y francés, fue confiada primero a Jaromin Sedláček y, desde 1934, a mí. Los acontecimientos bélicos de 1940 interrumpieron su aparición y desde entonces no ha encontrado, desgraciadamente, ninguna continuación.

Las invitaciones provenientes del extranjero para cursos y conferencias reclamaban, cada vez, más tiempo de Kelsen, aunque al mismo tiempo le brindaban frutos científicos. Así, sus intervenciones relativas a las ponencias que sobre los temas *Igualdad ante la Ley* (1926) y *El concepto de Ley* (1927) se presentaron en las sesiones organizadas por la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, pero sobre todo su primer curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1926), so-

bre las relaciones sistemáticas entre derecho nacional y derecho internacional. El propio Kelsen fue ponente sobre el tema “Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal”, en la sesión que la VDS organizó en Viena, en abril de 1928. Esta cuestión le brindó también la oportunidad de insistir nuevamente en un fogoso discurso de clausura sobre la separación entre teoría del derecho y política jurídica. Al mismo tiempo, preparó un estudio sobre la justicia constitucional, que apareció en francés el año de 1928. No podía entonces prever que sólo un año después, las intervenciones de la política en el Tribunal Constitucional austriaco producirían una de las crisis más severas, tanto de su vida como de la democracia austriaca. En esa justicia constitucional austriaca habría de ver René Marcic, 35 años más tarde, la coronación de la teoría pura del derecho de Kelsen, así como un timbre de honor del derecho austriaco.

Los signos tormentosos de una lucha contra la democracia en la Europa central empezaban ya a percibirse. En su defensa había publicado ya Kelsen, en 1925, su escrito sobre el *Problema del parlamentarismo*, el cual apareció también en italiano en 1929 en la Italia fascista y en polaco en la autoritaria Polonia. En 1926, presentó Kelsen una de las dos ponencias que sobre el tema “La Democracia”, se leyeron en la Quinta Sesión de los Sociólogos Alemanes, en Viena. En la discusión de la misma tomaron parte, entre otros, Leonard Nelson, Karl Renner y Max Adler.

Al lado de su labor como profesor e investigador, Kelsen tuvo que rendir ocasionalmente algunos dictámenes. Así, uno sobre la cuestión de la ciudadanía austriaca del Príncipe Thurn und Taxis (1924, no publicado), otro sobre el surgimiento del Estado checoslovaco y su ciudadanía (1929), y uno más acerca de cuestiones constitucionales de Liechtenstein, a petición del partido popular de ese país (1929).

Previamente se había llegado incluso a “encargarle” una constitución a Kelsen: un buen día se le apareció sorpresivamente un representante de la entonces Ciudad Libre de Fiume y solicitó de él una constitución. Kelsen, a quien poco antes un amigo había llamado humorísticamente “hacedor de constituciones”, tomó primero esta exigencia como una broma de su amigo y preguntó riendo a su interlocutor si deseaba una constitución “hecha o a la medida”. Sin embargo, resultó que la solicitud era realmente seria y se proporcionaron a Kelsen las informaciones técnicas y políticas necesarias que le permitieran elaborar un proyecto de constitución para la Ciudad Libre de Fiume. Ciertamente que tal constitución no entró nunca en vigor, ya que en el ínterin la ciudad fue ocupada por Gabriel d’Annunzio y sus guerrilleros, con lo cual se preparó su futura incorporación a Italia.