

## PRÓLOGO

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 y murió en Berkeley, California, EUA, el 11 de abril de 1973. Su educación y formación profesional, sin embargo, se realizaron en Viena, Austria. Como esta biografía proporciona parcialmente los antecedentes históricos —y de modo muy minucioso, los personales— del creador de la Teoría Pura del Derecho, es conveniente bosquejar en este prólogo, de modo muy breve, el ambiente social y cultural de donde surgió la jurisprudencia pura, con el objeto de poder colocarle en su contexto histórico y, con ello, poner las condiciones mínimas necesarias para la exacta caracterización y elucidación de una serie de problemas y prejuicios que contra ella aún circulan en los ámbitos académicos.

En Viena, la capital del imperio Austro-Húngaro, se desarrolló una notable sociedad y una cultura brillante. Por sus frutos culturales, puede considerársele la Atenas del siglo xx, por más que su transfondo social y económico tenga una siniestra fisonomía totalmente distinta. Robert Musil, autor de *El hombre sin atributos*, ha dibujado finamente la sociedad vienesa en los siguientes términos:

Cuántas cosas interesantes se podrían decir de este Estado hundido de Kakania.\* Era, por ejemplo, imperial-real y fue imperial y real; todo objeto, institución y persona llevaba algunos de los signos k.k. o bien k.u.k., pero se necesitaba una ciencia especial para poder adivinar a qué clase, corporación o persona correspondía uno u otro título. En las escrituras se llamó Monarquía Austro-Húngara; de palabra se decía Austria, términos que se usaban en los juramentos de Estado y se reservaban para las cuestiones sentimentales, como prueba de que los sentimientos son tan importantes como el derecho público, y de que los decretos no son la única cosa del mundo verdaderamente seria: Según la constitución, el Estado era liberal, pero tenía un gobierno clerical. El gobierno fue clerical, pero el espíritu liberal reinó en el país. Ante la ley, todos los ciudadanos eran iguales, pero no todos eran igualmente ciudadanos. Existía un parlamento que hacía uso tan excesivo de su libertad que casi siempre estaba cerrado; pero había una ley para los estados de emergencia con cuya ayuda se salía de apuros sin parlamento, y cada vez que volvía de nuevo a reinar la conformidad con el absolutismo, ordenaba la Corona que se continuara gobernando democráticamente... El país era administrado por un sistema de circunspección, discreción y habilidad, reconocido como uno de los sistemas burocráticos mejores de

\* Kakania es el nombre inventado por Musil para Viena, derivado de las siglas comúnmente empleadas de k.k. o k.u.k., que significan "imperial-real" (kaiserlich-königlich) e "imperial y real" (kaiserlich und königlich).

Europa, al que sólo se podía reprochar un defecto: para él, genio y espíritu de iniciativa en personas privadas, sin privilegio de noble ascendencia o de cargo oficial, era incompetencia y presunción. Pero, ¿a quién le gustaría dejarse guiar por desautorizados? En Kakania, el genio era un majadero, pero nunca, como sucedía en otras partes, se tuvo a un majadero por genio... En efecto, no solamente había aumentado la aversión contra el conciudadano hasta ser un sentimiento colectivo; incluso la desconfianza frente a sí mismo y al propio destino había adquirido un carácter de profunda perversidad. Se procedía en este país —poniendo pasión en acción y sus consecuencias al máximo rendimiento— siempre de distinto modo de como se pensaba, o se pensaba de un modo y se obraba de otro. Observadores desconocedores de la realidad calificaron este fenómeno de cortesía o de debilidad, atribuidos siempre al carácter austriaco.<sup>1</sup>

Esta descripción es de una magistral ironía. Y en este ambiente permeado de música y arte, brotan rebeldes, osadas, las corrientes filosóficas, científicas y artísticas que han alimentado culturalmente al siglo xx. Ahí se dieron la escuela psicoanalítica, con Freud y sus discípulos; la música dodecafónica de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern; el positivismo lógico (Moritz Schlick, Otto Neurath, Rudolf Carnap y, de algún modo, también, Karl R. Popper); la Jurisprudencia pura (Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Franz Weyr, Fritz Sander); la termodinámica estadística de Boltzmann; en literatura, Schnitzler, Rilke y Hoffmannstal; la pintura del Jugendstil (Klimt, Schiele, Kokoschka), y el movimiento de secesión, así como los precursores de la escuela de arquitectura del Bauhaus con Adolf Loos y Otto Wagner, independientemente de figuras tan ilustres como, predominantemente, Karl Kraus, Fritz Mauthner, Otto Weininger, Robert Musil, Hermann Broch, Ernst Mach, la escuela austriaca de economistas y Ludwig Wittgenstein. Esta sociedad burguesa tradicional era barroca, cortesana, hipócrita, musical, a veces de opereta, exactamente todo aquello contra lo que lucharon las corrientes culturales mencionadas. (Stefan Zweig;<sup>2</sup> Allan Janik y Stephen Toulmin.)<sup>3</sup> En este juego de espejos, de incesante influencia mutua, que reproducían formas de vida y lenguajes, en diversos perfiles y aspectos, la comunicación resultaba compleja y difícil.

Como reacción a esto, por ejemplo, Karl Kraus, en su revista *Die Fackel* revela la hipocresía de la moralidad burguesa, su premeditada ceguera a los hechos objetivos de la vida comunitaria, de manera similar a como Freud describió en una historia hartamente conocida, los hechos fun-

<sup>1</sup> Musil, Robert, *El hombre sin atributos*, trad. José M. Sanz, Barcelona. Editorial Seix Barral, S. A., 1965, 2ª ed., pp. 39-41.

<sup>2</sup> Zweig, Stefan, *Die Welt von gestern*, Fisher Verlag.

<sup>3</sup> Janik, Allan y Toulmin, Stephen, *Wittgenstein's Vienna*, London, Ed. Weidenfield & Nicolson, 1973.

damentales de la psicología, al señalar el papel central que el sexo desempeña en la vida psíquica, y Arthur Schnitzler, a quien Freud saludaba como “colega”, en sus obras literarias y en especial en *Reigen* presenta “un total espectro de tipos sociales que compendia la dinámica de las relaciones humanas reducidas a un común denominador único, consistente en el deseo de la gratificación sexual inmediata”.<sup>4</sup>

La misma tendencia a desenmascarar la moralidad tradicional, mostrando sus contradicciones internas, basadas en la hipocresía y mendacidad, se puede encontrar en la base de la obra arquitectónica y teórica de Adolf Loos, al propugnar por una arquitectura funcional, en franca oposición al ornamentalismo austriaco, desproporcionado y fuera de contexto. También los principios de la música dodecafónica constituyen ataques a la pseudo-sofisticación del esteticismo burgués. Janik y Toulmin dicen que a Schönberg “sólo le interesa la autenticidad de la idea musical y su articulación de acuerdo a la lógica de la música”.<sup>5</sup>

De idéntica manera, los revolucionarios de aquella época, que ya hemos mencionado, intentaron establecer la unidad entre el pensamiento y la acción, entre el lenguaje y lo que se quería expresar, entre la moralidad y las formas de vida existentes, en contraste y valiente oposición a la mentalidad tradicional, ornamentista y esteticista de la Viena de Francisco José.

Con Fritz Mauthner, poco conocido, se coloca el problema del lenguaje y la teoría del conocimiento en primer plano, y este problema lo retomará Ludwig Wittgenstein posteriormente. Dice Mauthner: “La filosofía es teoría del conocimiento y la teoría del conocimiento es crítica del lenguaje.”<sup>6</sup>

En resumen, como dice Musil, se procedía “siempre de distinto modo de como se pensaba”, y precisamente contra esto se buscó establecer la unidad y la racionalidad de ambos términos, de manera tal que la acción correspondiera al pensamiento y viceversa. El intento de establecer esta unidad, en consciente oposición a una cultura tradicional, permeada de mitos y tabúes, es lo que define a la “ilustración”, si se toma este concepto en toda su universalidad, tal como ha sido tipificada por Kant al decir:

Ilustración significa la salida de la minoría de edad del ser humano de la que él mismo es culpable. Minoría de edad es la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. Él es culpable de esta minoría de edad cuando la causa no es falta de entendimiento, sino falta de decisión y de valor para servirse del propio

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>6</sup> Mauthner, Fritz, *Wörterbuch der Philosophie: Neue Beiträge zu einer Kritik der Sprache*, tomado de Janik, Allan y Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 122.

entendimiento sin la dirección de otro. *Sapere aude*. ¡Ten el valor de servirte de tu propio entendimiento! es, por tanto, la consigna de la ilustración.<sup>7</sup>

Ahora bien, en el libro de Allan Janik y Stephen Toulmin, ya mencionado, se encuentra una descripción muy minuciosa de este proyecto de ilustración. Kelsen, en este contexto, es un producto típico de su época. No podría ser de otra manera. Su preocupación central consistió en librar a la ciencia jurídica de elementos extraños, ideológicos o ético-políticos y sociológicos. En uno de los primeros párrafos de la *Teoría pura del derecho* de 1934, al exponer las razones por las que califica de “pura” a su teoría jurídica, se encuentra claramente expresada la tensión histórico-sociológica y epistemológica de la Viena de principios de siglo, tal como se presentaba en el campo específico de la jurisprudencia. Dice que

si ella se califica como teoría “pura” del derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como derecho. Es decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños. Tal es su principio fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible. Pero una mirada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente cuán distante se halla de corresponder a la exigencia de la pureza. En forma desprovista de todo espíritu crítico, ha mezclado la jurisprudencia con la psicología y la biología, con la ética y la teología. Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con la que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica.<sup>8</sup>

No es éste el lugar en donde debe hacerse una exposición sucinta de la jurisprudencia pura de Kelsen. Ello no obstante, el párrafo transcrito incluye sin duda a Kelsen en la gran corriente vienesa de principios de este siglo, que no se dio por simple azar. En efecto, hubo un combate por la verdad, por la objetividad, por el empirismo y la depuración de los conceptos y, ante todo, por la desmitificación de la vida y el pensamiento, es decir, fue una lucha por la “ilustración”. En este sentido, la lectura de la biografía de Kelsen que hoy presentamos es conveniente

<sup>7</sup> Kant, Immanuel, *Was ist Aufklärung?*, Göttingen, Ed. Vandenhoeck and Ruprecht, 2ª ed., 1975.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Jorge G. Tijerina, Buenos Aires, Ed. Posada, 1941, 2ª ed., pp. 25-26.

para valorar los méritos teóricos de la jurisprudencia pura y la universalidad de sus intereses y aportaciones. Todo esto no debe extrañar si se considera que Kelsen, hasta pocos meses antes de su muerte, cuando todavía poseía las condiciones físicas para desarrollar su trabajo intelectual, continuó ocupándose de los problemas de la jurisprudencia pura y de los temas con ella relacionados. En especial, los últimos meses de su vida estuvieron dedicados a la elaboración de una obra muy amplia, que llevaría el título de *Teoría general de las normas*, y cuyo primer capítulo fue publicado, por vez primera, en 1965 en *Festschrift für C. Nipperday*, vol. 1, Munich-Berlín, pp. 57-70, en idioma alemán. Ha sido también publicado en inglés en 1973, con el título *On the concept of Norm*, por la editorial D. Reidel Publishing Company Dordrecht-Holland/Boston-USA, como capítulo IX de la obra *Essays in legal and moral Philosophy* que presenta una serie de ensayos de Hans Kelsen, seleccionados por Otto Weinberger y traducidos por Peter Heath. Por desgracia no llegó a terminar la elaboración de obra tan fundamental y comprensiva. Sin embargo, el autor de esta biografía, profesor Rudolf Aladár Métall, me mostró, en una conversación que tuvimos en 1975, una amplia colección de apuntes que Kelsen había redactado como preparación de su obra. Es difícil decir si esas páginas habían adquirido ya la forma de un libro: se encontraban más o menos ordenadas, debido a la acuciosa labor del profesor Métall, aunque consideraba que no estaba aún en posibilidad de publicarlas. Lamentablemente, el profesor Métall, alumno de Kelsen y albacea de su obra, ha muerto el día 30 de noviembre de 1975, de un ataque cardiaco en Ginebra, Suiza. Dejó así trunco el proyecto de publicar, además, otros ensayos de Kelsen, que por diversas razones de carácter personal, no habían sido entregados a la imprenta. Ojalá esta labor pueda ser continuada por el "Hans Kelsen-Institut" de Viena, de modo que en un futuro no lejano puedan ver la luz pública.

Por otra parte, aunque la jurisprudencia pura ha llegado a ser conocida internacionalmente, puede comprobarse aún la existencia de una serie de prejuicios contra ella. Su enumeración es ociosa y nunca sería completa, por lo que no vamos a intentarla aquí. Pero, si se hiciera, mostraría hasta qué grado, en los círculos científicos, el error premeditado, la ignorancia, la pedantería o, incluso, en algunos casos, la mala fe, influyen en los trabajos de investigación y en la discusión de teorías ajenas, lo que parece indicar que en las labores científicas no siempre se procede de modo enteramente racional. Lo anterior es particularmente cierto con la teoría de Kelsen, que ha sido atacada desde todos los puntos de vista posibles. Esto se debe a que los problemas tratados en la jurisprudencia pura están demasiado cerca de los intereses políticos o morales de los investigadores: aquí se discuten temas centrales

de la sociedad, de la política, del poder, de la economía, etcétera. Si el proceder de las comunidades científicas en el ámbito de las ciencias naturales, consideradas históricamente, no es del todo racional, como ya lo ha mostrado Kuhn, con mayor razón puede afirmarse la predominante irracionalidad en el campo de las ciencias sociales al encontrarse el investigador ante una teoría determinada. Su aceptación o rechazo no estarán motivados sólo por consideraciones lógicas o empíricas, sino también en un alto grado, por componentes emocionales e ideológicos de su conciencia que tienen carácter irracional.

Si el desarrollo histórico de las teorías fuese un progreso acumulativo y rectilíneo, como para calificarlo de racional, la teoría de Kelsen se hubiera convertido hace ya tiempo en un “paradigma” en sentido kuhniano y sería el fundamento teórico de una “tradicción de ciencia normal” jurídica.<sup>9</sup>

Estoy haciendo sólo una referencia a las posibles consecuencias sociológicas de una consideración racional de la jurisprudencia pura y no estoy implicando, dogmáticamente, su incondicional validez científica. Con otras palabras, la jurisprudencia pura es una hipótesis sobre el derecho que ha encontrado aplicaciones exitosas en su específico campo de estudio.

El reconocimiento de este hecho ha llevado a calificar a Kelsen como “el jurista de este siglo”. Precisamente esta expresión refiere a lo que he denominado “criterio de aplicación” en la caracterización de la ciencia normal. Ahora bien, quisiera ampliar esta noción.

El ámbito de los problemas que trata la jurisprudencia pura es muy vasto. Kelsen lo señala cuando, en el prólogo de su *Teoría general del Estado* de 1925, dice:

Quando yo reconozco el orden jurídico como un sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyo la orientación

<sup>9</sup> Entendemos estos términos como Thomas Kuhn los ha definido. Al analizar sociológicamente el proceder efectivo de las comunidades científicas, establece que las condiciones para que se dé una “tradicción de ciencia normal”, son las siguientes:

a) La existencia de un círculo de personas dedicadas a una actividad científica en un campo determinado. (Criterio de pertenencia.)

b) Este círculo fundamenta sus investigaciones en una hipótesis determinada. (Criterio de fundación.)

c) Esta hipótesis o “paradigma” ha encontrado una o varias aplicaciones exitosas a un campo de problemas específicos. (Criterio de aplicación.)

d) El círculo de científicos pretende realizar nuevas aplicaciones del paradigma a la solución de otros problemas. (Criterio de ampliación.)

Véase Kuhn, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1970, 2ª ed.

La anterior caracterización de una “tradicción de ciencia normal” ha sido tomada de Stegmüller, W., *Hauptströmungen der Gegenwarts philosophie*, Stuttgart, Ed. Alfred Kröner, 1975, t. II, p. 496.

causalista de la ciencia del derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido “verdadero” o “justo”; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad— entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre relación y aplicación de derecho, etcétera, para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y, sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero centro de todo conocimiento: la filosofía; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias.<sup>10</sup>

Esta conexión ha permitido resolver unitariamente tanto la problemática jurídica como la específica de la Teoría del Estado, que hasta antes de la aparición de su teoría eran tratadas por disciplinas totalmente distintas. Y el criterio que utiliza para realizar tal unidad es considerar al Estado como un orden coactivo de la conducta humana. Aquí postula de modo sistemático la identidad del Estado y el derecho y la problemática de aquél se resuelve o se disuelve en consideraciones jurídicas. La Teoría del Estado se reduce explicativamente a la Teoría del Derecho y, así, permite hacer operantes los conceptos jurídicos en la elucidación de la problemática sobre el Estado. Véase, en este sentido, para comprender la amplitud de la problemática, el índice de *Teoría general del Estado* o de la *Teoría pura del derecho*.

Sin embargo, es un hecho histórico que la jurisprudencia pura no se ha convertido en un “paradigma” y esto tan sólo amerita reconocimiento, no justificación.

Hasta aquí hemos tomado el “criterio de aplicación” c), como un elemento para verificar la existencia de una tradición de ciencia normal en sentido kuhniiano. Los criterios a), b) y d), o sean, el “criterio de pertenencia”, el “criterio de fundación”, y el “criterio de ampliación”, en relación con la teoría de Kelsen, entran en consideración cuando se habla de la “Escuela de Viena”. En este aspecto vale la pena leer detenidamente los capítulos de esta biografía que se refieren a la actividad

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Trad. Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, S. A.

docente de Kelsen, así como la conferencia del profesor Rudolf Aladár Métall, leída en Viena el 11 de octubre de 1973 en el Instituto Hans Kelsen, bajo el título "Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie", publicada en el libro *Hans Kelsen zum Gedenken*, Europaverlag, Wien, 1974, que forma el tomo 1 de la serie de estudios que publica el Hans Kelsen-Institut de Viena. Esta conferencia fue traducida al español en el número 19 del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, con el título "Estudios en Memoria de Hans Kelsen", del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Consideramos que la teoría de Kelsen es una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más plausible, en este sentido, sea aquella que recomienda Karl R. Popper: la actitud crítica. Pero esto implica que debe entenderse la Teoría Pura del Derecho de modo sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginársela ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario. Sólo con esta base será posible poner un orden racional y crítico en la rapsodia de teorías jurídicas actuales, que sin conciencia histórica postulan hipótesis específicas para resolver problemas jurídicos particulares, no conectados sistemáticamente en ningún sentido. Resulta decepcionante en verdad encontrar doctrinas recientes que nada nuevo aportan y que tan sólo presentan soluciones encontradas hace más de 50 años, en una terminología distinta. Esto, desde luego, no puede ser considerado como un progreso.

Ciertamente nada nuevo se dice cuando se afirma que hay que entender a Kelsen y tomar posición frente a la jurisprudencia pura. Pero a esto hay que agregar la siguiente exigencia: las nuevas hipótesis jurisprudenciales que se presenten deben resolver los problemas tratados en la Teoría Pura del Derecho y otros nuevos y distintos o, por lo menos, depurar y desarrollar lo que ya se ha logrado. Quizá pueda decirse que las nuevas investigaciones lógicas y semánticas ofrecen técnicas y métodos interesantes y prometedores. Sea como fuere, debe exigirse una conciencia histórica a los científicos, porque sólo de este modo puede imponerse cierto orden más o menos racional en el desarrollo histórico de la jurisprudencia.

Ulises SCHMILL