

**Revista Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2011. N°5. Pgs.182-187 ISSN 1852-2971
Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP**

Hans Kelsen. El Einstein de la ciencia jurídica¹

*Matthias Jestaedt²
(Traducción por Carlos E. Pettoruti³)*

El paradigma de una revolución científica: la Teoría de la Relatividad de Einstein.

Si uno se pregunta sobre los científicos del siglo XX, mayormente se menciona al físico y premio Nobel Albert Einstein (1879-1955). Einstein fue para la ciencia en general y para la física en particular, lo que para la ciencia jurídica ha sido Hans Kelsen (1881-1973), dos años y medio más joven que el primero.

Ya desde el punto de vista biográfico se observan llamativos paralelos entre Einstein y Kelsen: ambos pertenecen a la misma generación de investigadores de habla alemana, provenientes de un judaísmo liberal que sostenía un ideal científico racional. Ambos desarrollaron sus teorías con anterioridad a la Primera Guerra Mundial (Einstein 1905 y Einstein 1916, Kelsen 1911). Ambos pertenecen a la “Inteligencia Expulsada” de Alemania por los nacionalsocialistas (Stadler 2004), y debieron marchar al exilio. Ambos emigraron a los EEUU y tomaron la ciudadanía norteamericana. Ambos hallaron una nueva patria académica en universidades destacadas de ese país (Princeton y Berkeley) y pasaron los últimos años de su vida alejados de su país de nacimiento.

Más sorprendentes aún son los paralelos cuando se incursiona en los resultados y significado del trabajo científico de ambos: Con sus trabajos sobre Teoría de la Relatividad especial y general Einstein revolucionó a toda la física newtoniana establecida como modelo científico (natural) valioso a principios del siglo XX. A partir de allí se perfila la Teoría de la Relatividad de Einstein como el paradigma de una revolución científica, del cual su más renombrada fórmula es la equivalencia física $E=mc^2$, que expresa la equivalencia entre masa y energía. En su Teoría de la Relatividad especial Einstein fundamenta la relatividad del espacio y el tiempo. El muestra que el concepto universal y absoluto de la validez de la estructura del orden se halla en relación al espacio y al tiempo, y esto significa que depende del punto de vista del observador. Esto tiene como consecuencia que las mediciones y las grandes descripciones para tiempo y espacio sólo son válidas dentro del sistema de relaciones en los cuales han sido formuladas. Cuando cambia el sistema de relaciones se modifica el “comportamiento” de tiempo y espacio, se modifican sus estructuras y atributos, ocurren explicaciones temporales y espaciales, y las descripciones circunstanciales no siguen la misma normatividad. Con el fenómeno llamado de contracción del espacio y dilatación del tiempo Einstein modificó la visión y el entendimiento de la naturaleza: las coordenadas de tiempo y espacio eran pensadas como apriorísticas, inmodificables y ya dadas, dependen de un sistema conceptual y sólo pueden ser determinadas en forma relativa y vinculadas a un punto de vista previo. Esto significa para los científicos que no es posible captar el objeto mismo, sino que siempre tenemos que tener en vista de manera inmediata las

¹ Título original en alemán “Hans Kelsen. Der Einstein der Rechtswissenschaft”. Publicado en „Hans Kelsen und die Bundesverfassung-Geschichte einer josefstädter Karriere“, Katalog Nr.17, Viena 2010.

² El autor, Profesor Matthias Jestaedt, es Profesor y Director del Instituto de Ciencias del Estado y Filosofía Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo, Alemania. En colaboración con el Hans Kelsen-Institut de Viena se halla abocado a la tarea de compilación de la obra completa de Hans Kelsen, cuyo punto de partida fue el libro “Hans Kelsen en Autotestimonio” (Hans Kelsen im Selbstzeugnis) presentado en el homenaje efectuado en el ámbito del Parlamento Austríaco el 11 de octubre de 2006 con motivo de los 125 años del nacimiento de Kelsen.

³El traductor, Carlos Enrique Pettoruti, es Profesor Titular Ordinario de Introducción al Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP., Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

condiciones de la medición (Cassirer 1921, 15). Espacio y tiempo son sólo desde entonces conceptos de medición relativos -relativos a las condiciones de medición-, y no deben ser empleados como significados conceptuales absolutos, como una realidad ontológica dada (ver Cassirer 1921, 7).

También Kelsen desarrolló una especie de Teoría de la Relatividad: la por el llamada “Teoría Pura del Derecho” a la luz de lo considerado no es otra cosa que una Teoría de la Relatividad jurídica vinculada al derecho y a la ciencia jurídica.

Demitologizando el pensamiento jurídico: la ciencia del derecho en lo alto de la teoría del conocimiento

Desde un principio los esfuerzos de Kelsen fueron dedicados a la ciencia jurídica contemporánea, “establecer un contacto inmediato con las teorías científicas en general para poner en movimiento esa región del centro del espíritu que sólo logra avanzar rengueando lentamente,” (Kelsen, 1934, V) y a través de este camino “elevationa al rango de una verdadera ciencia” (Kelsen 1934, III). En otras palabras, el quiere formular una ciencia jurídica sobre la base de un moderno modelo científico, autosuficiente, especialmente antimetafísico e ideológicamente crítico. Para dicho objetivo, y tomando como base una teoría del conocimiento de inspiración neokantiana, realiza una revisión metodológica y radical para una nueva ciencia jurídica.

El resultado de esa revisión salta a la vista: casi como una marca característica para esta nueva ciencia del derecho Kelsen elabora la ficción de “desechar la mentira piadosa en la ciencia” (Kelsen 1911, 56). Ésta resulta de una mezcla conceptual: un problema de la ciencia normativa (Qué debe ser?) es comparado con una construcción de las ciencias causales (Qué es?) y viceversa. Kelsen luchó contra el “sincretismo de métodos” (Kelsen 1911, 53, 294, 296 y 468; Kelsen 1960, 1) que mezcla perspectivas científicas no comparables, tal es el caso de la perspectiva de la dogmática jurídica con la psicología jurídica, la sociología jurídica y hasta la historia del derecho, y lleva a la confusión entre los distintos objetos de conocimiento.

Kelsen advierte una segunda importante dificultad en la ciencia jurídica: cómo atender a la solución de oposiciones absolutas, cualitativas y trans-sistemáticas, cuando para el análisis crítico se trata en todo caso de diferencias cuantitativas, e intrasistemáticas (Kelsen 1925, VII). Sostener falsamente como sustancia preestablecida e inmodificable algo que sólo es una relación contingente y construida, nos lleva a los errores de orientación y orden tales como las diferencias entre derecho público y derecho privado, persona jurídica y persona natural, derecho objetivo y derecho subjetivo, creación y aplicación de derecho, y Estado y derecho.

Contra esto, Kelsen presenta (en el mejor sentido) su programa para despejar los mitos y las ideologías del pensamiento científico del derecho, que se expresa como pretensión de pureza.

“Pureza” como científicidad

La pureza permite observa como Kelsen jamás de cansó de remarcar su oposición contra los permanentes errores de significado no solo en materia de ciencia del derecho, el derecho positivo, sino sobre la ciencia misma. Según Kelsen, el llamado derecho positivo, puesto por los hombres, puede tener cualquier contenido, aún impuro: puede tener un

contenido injusto. La ciencia jurídica tiene como función ocuparse de describir ese derecho como producto del hombre, sin falsear sus fundamentos históricos y motivaciones socio-culturales. La ciencia jurídica -y no el derecho- debe ser pura, esto es, debe mantenerse libre de los enemigos de la objetividad, de los preconceptos políticos, como así también evitar mezclarse con disciplinas ajenas tales como las sociológicas o éticas, psicológicas o económicas.

La clave para esta pureza es la convicción en esa teoría del conocimiento neokantiana según la cual lo que puede ser conocido depende de la ayuda del medio y camino –método- que sea utilizado. La pureza o, lo que aquí es lo mismo, la “cientificidad” sólo puede lograrse, según Kelsen, a través del esquema de conocimiento y la garantía de que “el conocimiento se mantenga dentro de los límites del objeto y del método” (Kelsen 1920, VII). Según esto, la Teoría Jurídica es pura y científica cuando se sirve de determinado instrumentalismo metódico que tenga en cuenta las características y las particularidades de la normatividad del derecho positivo, rechazando cualquier otro requerimiento sobrante. Dicho de otra forma: cuando solamente tiene en cuenta aquellos conocimientos y argumentos que pueden ser tomados y luego desarrollados por el método científico propio de las ciencias jurídicas. Para la delimitación de la científicidad es necesaria (en una palabra de doble significación) la disciplina.

La existencia de no pocos malentendidos sobre el postulado de la pureza es para que no se culpe a un consecuencialismo intelectualista, adicto al orden, estético-científico y estérilmente hereróforo. Se manifiesta mucho más en el compromiso de afirmar –con seriedad práctica- al objeto del derecho como objeto de la ciencia jurídica.

Las variaciones del positivismo kelseniano

Kelsen constituye uno de los más caracterizados y perfilados representantes del positivismo jurídico, es decir, en su visión el derecho es sólo una elaboración humana, y así debe ser entendido el término “positivo” (del término latino utilizado para las leyes). Kelsen mismo toma como exigencia para su “Teoría Pura del Derecho”, que esta constituye un “positivismo jurídico consecuente” (Kelsen 1934, 127). Y también destaca que caracterizar a de la “Teoría Pura del Derecho” como iuspositivista no es suficiente. Esto se muestra mayormente en los significados erróneos y los malentendidos con los que se ha encontrado la “Teoría Pura del Derecho”. Para solo nombrar tres de las prominentes desinterpretaciones en las que se ha incurrido entendiéndola como una variedad del positivismo cabe hacer referencia a la que la ve como una teoría de la legalización de la fuerza, que en última instancia pone a la fuerza por sobre la moral, como un formalismo lógico que escapa a la realidad reduciendo al derecho a su forma por lo que solo trabaja con estereotipos vacíos y, por último, como consecuencia de una jurisprudencia conceptual constructiva, que entiende a la producción del derecho como idea pura que recorta la realidad sociopolítica a través de una construcción inductiva primero y con una operación lógico-deductiva después.

El positivismo jurídico, como contradictor de la teoría del derecho natural, es una significativa y opuesta variante de las visiones jurídicas corrientes. Especialmente se pueden separar las características diferenciales de ambas formas básicas mediante dos preguntas cualificadoras, esto es, una respecto del contenido del derecho y la moral, y por otro lado la otra sobre el contenido del ser y del deber. La teoría del derecho natural entiende que la validez y consecuentemente la existencia del derecho se fundamentan en última instancia en valoraciones con exigencias morales –valores teológico-morales, u órdenes divinas, o la razón, o la “naturaleza”-, y el positivismo jurídico que solamente podemos conocer y

reconocer como derecho aquello que es empíricamente palpable y externamente verificable, de manera tal que la “Teoría Pura del Derecho” no puede ser adjudicada ni a una ni a otra postura. En esta versión alternativa entre teoría del derecho natural y positivismo jurídico, la Teoría Pura del Derecho no tiene lugar, sino que toma un punto medio entre ambos extremos. Kelsen se opone a ambas posiciones unilaterales, para finalmente elaborar una nueva posición cualitativa que puede ser calificada como positivismo jurídico normativo. La “Teoría Pura del Derecho” quiere ser normativismo sin caer en un moralismo jurídico – como lo hace la teoría del derecho natural- (autonomía del derecho frente a la moral) y quiere a la vez ser positivismo sin caer en iusnaturalismo -como lo hacen en cambio el positivismo jurídico sociológico, psicológico, empirista o fascista- (autonomía del deber frente al ser). Y puntualiza: la “Teoría Pura del Derecho” combina normativismo sin moralismo (jurídico), con positivismo sin naturalismo (jurídico).

A raíz de esta coincidencia entre normativismo y positivismo en la “Teoría Pura del Derecho” resulta comprensible porque Kelsen se opone decididamente al positivismo y es también un agudo contradictor del legalismo, y consecuentemente a la respuesta que se da a la pregunta de la validez jurídica (¿cuál es la orden válida como norma jurídica?), a la par que aquella referida a la obediencia (¿cuáles mandatos tengo la obligación de cumplir?). La “Teoría Pura del Derecho” se propone como deber el realizar un análisis exacto de las propiedades y funciones del derecho positivo, y no tiene ningún tipo de respuesta a la pregunta sobre la obediencia jurídica o la legitimidad de las proposiciones jurídicas, sino que considera ajenas a su incumbencia las preguntas sobre una moral (jurídica) individual.

Consideración jurídica dinámica

Frente a la estrecha y tradicional forma de producción de las normas y del conocimiento jurídico, la “Teoría Pura del Derecho” propone una nueva visión sobre el derecho. Parte de las anteriores consideraciones jurídicas estáticas y difunde un examen jurídico dinámico-procedimental.

En primer término abre la teoría de las fuentes del conocimiento jurídico que – superando la alternativa de clásica de la teoría de creación y aplicación- incluye como normas no solamente a las proposiciones jurídicas abstractas como la constitución, la ley, el decreto o el estatuto, sino también a aquellas normas concretas e individuales que están junto a las abstractas y generales: el acto administrativo, la decisión judicial o el contrato administrativo público o privado, que también son componentes válidos de la concreción y proceso de individualización del derecho. Y por otro lado la teoría de producción de las normas jurídicas no es considerada como una deducción valorativa material de contenidos de una norma de rango superior: una norma es válida no necesariamente porque su contenido coincide con el de una norma superior. La validez es, ante todo una relación formal concebida en la estructura del ordenamiento jurídico: una norma es válida sí y solo si es incorporada a través de un proceso de creación normativo positivo prescripto.

Difícilmente pueda lograrse la propia producción y eliminación del fenómeno normativo –teniendo en cuenta la meta kelseniana de que el derecho debe describir de manera mayormente objetiva y exacta lo que es- sin esta visión dinámico-procedimental que resulta como consecuencia de la (auto)obligatoriedad por sobre la “autonormatividad” del derecho positivo que es autónoma (no autárquica!).

Teoría de la relatividad jurídica

Las categorías fundamentales del pensamiento jurídico, materializadas en la ciencia jurídica tradicional y el derecho, tales como Estado y persona, querer y validez, ilicitud y causalidad, como conceptos absolutos, esto es, inmodificables, sustanciales y dados, son desmerecidas dentro de la concepción kelseniana de crítica ideológica y desvinculación de la metafísica. Así como espacio y tiempo, según la nueva visión de Einstein, son relativas al orden de magnitudes en el cual están dados, también las categorías jurídicas resultan ser relaciones conceptuales que no son independientes del sistema relativo en el cual se emplean y de acuerdo al cual tienen su existencia y contenido. En lugar de la “dura”, constante y segura “sustancia”, surge la “blanda” y desde un principio determinante y frágil “relación”.

Las normas jurídicas -sean mandatos o prohibiciones, autorizaciones u obligaciones- en lo que atañe al “si” y al “como” se corresponden indistintamente y en forma exclusiva con la denominada “relación con la proposición jurídica” (Ej: Kelsen 1911, 641, 643, 644). Lo que no se halla puesto en una proposición del derecho positivo, consecuentemente no tiene ninguna significación jurídica (positiva). Kelsen se opone a la perspectiva comparativa-ontológica generalizada según la cual Estado y persona existen por sí mismos, es decir, son independientes y preexistentes a todas las normas jurídicas contingentes, y en un segundo paso estas últimas les asignan derechos y obligaciones concretas. Por el contrario, Kelsen sigue la idea de que ningún fenómeno en su sustancia puede ser extraído del derecho positivo, sino que por el contrario, toma su peso específico, su contenido y su función de las relaciones de derecho positivo, siendo por tanto inmanentes y relativos al orden jurídico. Persona-ser, en sentido jurídico significa estar-en-relación. Los actores jurídicos existen por lo tanto solo en relación: “La persona (...) no es otra cosa que la personificación de un plexo de normas que estatuyen el comportamiento humano” (Kelsen 1923, XVII).

El esencialismo jurídico se ha servido de esta ciencia jurídica ideológica y crítica. En propias palabras de Kelsen: “Yo trato de resolver aquel pensamiento jurídico solidificado en el que se cosifican las estructuras normativas, y transformarlo en simples y puras relaciones de la proposición jurídica” (Kelsen 1920, IV). La teoría de las relaciones jurídicas elaborada por Kelsen puede ser considerada como precursora de que el derecho, a través de la aplicación del lenguaje y de la teoría de los sistemas, solo existe en la comunicación social o más brevemente: que todo el derecho es comunicación.

Así se aprecia como en Kelsen se distinguen tres especies de conceptos de relatividad: una variante axiológica (relativismo valorativo), una metodológica (la “Teoría Pura del Derecho” como opuesta al sincretismo metodológico, es decir, con métodos compatibles con la ciencia jurídica) y una fenomenológica (el fenómeno jurídico sólo puede ser reconocido en su relación con la proposición jurídica).

Lo que por un lado es Freud, lo es por otro Kelsen

Aún dejando de lado las estrechas objeciones antisemitas de las que fue objeto, Kelsen desde un principio esperó una fuerte resistencia por parte de la ciencia jurídica establecida. Sin embargo, esto no debe sorprender, debido al ataque fuerte y radical que el dirigió a través de su “Teoría Pura del Derecho”. Ni agradecimiento ni simpatía mereció quien iluminó a aquellos que no tenían voluntad de ser ilustrados. Quien con propósito iluminista quiere desengañar, genera también, por sobre todo, decepción.

Otro judío vienés también se desarrolló en una situación similar y al mismo tiempo devino en un destacado modelo explicativo: Sigmund (Sigismund Shlomo) Freud (1856-

1939) el psicoanálisis que el difundió generó una resistencia como si se tratara de una ofensa a la humanidad (Freud 1917, 7 y sig.). En el correr de la modernidad, la humanidad ha sufrido tres ofensas a su naif e ignorante amor propio: En los umbrales del siglo XVI el hombre debió comprender que la Tierra no era el centro del universo, que no era más que un planeta entre muchos, que giraba alrededor del Sol (ofensa copernicana o cosmológica); en el siglo XIX la idea creacionista del Hombre a imagen y semejanza de Dios se vio paralizada porque el Hombre, rey de la creación, provenía del mono (ofensa darwiniana o biológica); en el siglo XX el Hombre debió aprender finalmente que se halla más controlado por el instinto y el inconsciente que por la razón y la conciencia (ofensa freudiana o psicológica).

De igual manera debemos considerar que parte de los opositores actuales a la “Teoría Pura del Derecho” pretenden explicar la ciencia jurídica oponiéndose a todas las ofensas que se le dirigen. Pues en su obstinación en recortar derecho y moral (ofensa ética), norma y hecho (ofensa iusnaturalista) y de explicar la ciencia jurídica y la producción del derecho (ofensa político-jurídica) Kelsen agravia de muchas maneras la poderosa imagen de la ciencia jurídica al separar a la práctica del derecho de las ciencias vecinas quitándole a estas el poder de su veredicto explicativo, controlador y de dominación.

Referencias bibliográficas:

- Ernst Cassirer*, Zur Einstein'schen Relativitätstheorie. Erkenntnistheoretische Betrachtungen (Berlín 1921), in: Ernst Cassirer, Gesammelte Werke, Hamburgener Ausgabe, ECW 10 (Hamburg 2001)
- Albert Einstein*, Zur Elektrodynamik bewegter Systeme, Annalen der Physik 17 (1905) 891-921
- Albert Einstein*, Die Grundlage der allgemeinen Relativitätstheorie, Annalen der Physik 49 (1916) 769-822
- Sigmund Freud*, Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse (1917), in: Sigmund Freud, Gesammelte Werke XII (Frankfurt 1947) 7-11
- Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), in Matthias Jestaedt (Hrsg), Hans Kelsen Werke 2 (Tübingen 2008) 21-878
- Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1920)
- Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Tübingen 1923)
- Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (Berlín 1925)
- Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig/Wien 1934)
- Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (Wien 1960)
- Friedrich Stadler*, Vertriebene Vernunft. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930-1940 (2 Bde, Münster 2004)