

Ulises Schmill O.
Jurisprudencia y teología en Hans Kelsen

El propósito de este trabajo es doble: por una parte, exponer las tesis fundamentales de la teoría del Derecho y del Estado de Kelsen que sean el antecedente inmediato para los rendimientos doctrinarios sobre el paralelismo entre la Jurisprudencia y la Teología; por otra parte, presentar, de manera esquemática, las tesis fundamentales de tal paralelismo doctrinario. Para realizar este doble propósito es necesario citar en múltiples ocasiones diversos textos de Kelsen, no siempre accesibles en lengua española, con el objeto de hacer comprensibles las tesis centrales en esta materia.

La importancia teórica de los diversos ensayos de Kelsen relativos al paralelismo entre los problemas y las soluciones de la Jurisprudencia y la Teología estriba en que muestran, con toda claridad, un hecho fundamental que se presenta cuando se crea una hipótesis científica sobre un determinado objeto. El hecho al que me refiero pudiera denominarse *unificación no primariamente intencionada*. Con esta expresión quiero significar lo siguiente: cuando se está en “el camino seguro de una ciencia”, para emplear la expresión kantiana¹, la postulación de una hipótesis que tiene por objeto la explicación de un conjunto específico de fenómenos, a menudo conduce a explicar otro conjunto de fenómenos no comprendidos originariamente dentro del objeto de explicación o a resolver otro conjunto de problemas distinto; en otras ocasiones se encuentran analogías o simetrías, no sospechadas en un principio, entre diversas disciplinas científicas y, por último, también suele acontecer que la nueva hipótesis permite establecer relaciones conceptuales con otras ciencias, relaciones que anteriormente no eran posibles. Cuando estos hechos acontecen, que generan como correlato psicológico el entusiasmo y una alegría específica, puede afirmarse que existe una confirmación indirecta de lo correcto de la hipótesis postulada, en la medida que con ella y otras hipótesis adicionales se logra conseguir unificaciones de problemas y de ciencias. La ciencia procede por sucesivas unificaciones. Pueden aducirse diversos ejemplos en las ciencias naturales, en especial en la física, en la que esto es particularmente observado,

¹ Cf. CRP. Prólogo a la segunda edición, p. 15. Página VII de la Segunda Edición Alemana. (Véanse las siglas identificatorias de las obras que se citan en la Bibliografía).

desde el ejemplo paradigmático de estos fenómenos históricos con la hipótesis de James Clerk Maxwell, que unificó en la teoría electromagnética, teorías originariamente disyuntas, como la óptica, cuando demostró que la luz es una onda electromagnética. La física actual, si hemos de hacer caso a lo que sobre ella ha expresado en varias ocasiones Steven Weinberg², transcurre por los caminos de la progresiva unificación de las ciencias y los conocimientos.

Lo mismo ha acontecido con la teoría del Derecho, especialmente en la forma en que ha sido formulada por Hans Kelsen. Desde el inicio de su labor teórica, en especial en los *Problemas Capitales*³, la postulación de la hipótesis central de la imputación periférica, que expondremos brevemente en lo que sigue, generó una serie de problemas que no era posible evitar y que requerían una solución unitaria. La postulación de la hipótesis central de considerar al Derecho como un orden coactivo de la conducta humana, cuya esencia se expresa a través de enunciados condicionales en los que, en la consecuencia, se encuentra un acto coactivo y en el supuesto un hecho que es calificado de antijurídico o delictivo, lo condujo en 1913 a hacer un análisis muy importante sobre el concepto de los actos antijurídicos estatales y a postular una teoría sobre la irregularidad de las normas y la nulidad de ellas⁴. Es pertinente mencionar este ensayo, porque contiene algunas tempranas consideraciones sobre la observable identidad fundamental en las soluciones que la teoría del Derecho proporciona a sus problemas con las que contiene la Teología, observaciones que reseñaremos brevemente más adelante.

El fenómeno histórico de la unificación no primariamente intencionada que hemos mencionado más arriba se encuentra implícita en el siguiente párrafo de Rudolf Carnap, referente al origen histórico de la ley de la causalidad:

«Para entender la causalidad desde este punto de vista moderno, es instructivo considerar el origen histórico del concepto. Yo no he hecho estudios propios en esta dirección, pero he leído con interés lo que Hans Kelsen ha escrito sobre ello. Kelsen está ahora en este país, pero en otro tiempo era profesor de Derecho constitucional e internacional en la Universidad de Viena. Cuando surgió la revolución en 1918 y la República Austríaca fue fundada en el siguiente año, él fue uno de los autores principales de la nueva constitución de la República. Al analizar problemas filosóficos relacionados con el Derecho, el aparentemente se interesó en los orígenes históricos del concepto de la causalidad»⁵.

El interés de Kelsen por los orígenes históricos de la ley de causalidad fue un resultado directo de su teoría sobre el Derecho positivo⁶. No fue ésta la única

² Cf. Steven Weinberg, *Can Physics Be Unified?*, "Scientific American", December 1999, pp. 36-43.

³ HP.

⁴ Cf. US.

⁵ PFP, p. 204.

⁶ Los resultados de estas investigaciones se encuentran consignados en EKV. Cf. igualmente SN.

unificación no primariamente intencionada obtenida de la hipótesis fundamental de su teoría. Hay otras unificaciones logradas a partir de su teoría, que se expondrán someramente en lo que sigue. Tratamos de mostrar en lo que sigue la manera cómo fue posible que un profesor de Derecho constitucional y Derecho internacional se interesase en investigar los orígenes históricos de la ley de causalidad; cuál fue el curso de pensamiento que lo llevó a realizar tal clase de investigación, cuyos resultados, incluso, son aceptados por un filósofo de la física como lo fue Carnap y, por último, cómo estas investigaciones lo condujeron a determinar la identidad fundamental de las soluciones a los problemas planteados en dos disciplinas aparentemente tan ajenas como la ciencia del Derecho y la Teología.

Debemos hacer una aclaración previa, referente a todo lo que se dirá en lo que sigue. El paralelismo entre la Jurisprudencia y la Teología que Kelsen establece en los ensayos que ahora se comentan, tiene un carácter relativamente formal, en el sentido de que se derivan de las concepciones fundamentales de la Teoría General del Derecho. Existen en diversos autores lo que podría denominarse “Paralelismo material entre Jurisprudencia positiva y Teología”. En este caso se observa, más que un paralelismo, una conexión interna ideológica entre instituciones positivas contenidas en las normas jurídicas y ciertas doctrinas de carácter teológico (en general, ideológico), que funcionan como fundamentos justificativos de ellas. Los contenidos de los Derechos positivos son el reflejo de concepciones de distinta índole sobre las relaciones humanas y el hombre mismo, su naturaleza y estructura física y espiritual. Véase lo que dice Berman al respecto:

«Un ejemplo extravagante puede arrojar luz sobre las paradojas de una tradición jurídica que ha perdido contacto con sus fuentes teológicas. Si un hombre cuerdo queda convicto de asesinato y es sentenciado a muerte, pero antes de cumplida la sentencia se vuelve loco, su ejecución será aplazada hasta que recobre la cordura. En términos generales, ésta es la ley en los países occidentales y también en muchos no occidentales. ¿Porqué? La respuesta histórica, en Occidente, es que si se ejecuta a un hombre mientras está fuera de sí no tendrá la oportunidad de confesar libremente sus pecados y recibir el sacramento de la sagrada comunión. Se le deberá permitir que recupere la razón antes de que muera, para que su alma no sea condenada al fuego eterno, sino que en cambio pueda expiar sus pecados en el purgatorio y por último, el día del Juicio Final, entrar en el Reino de los Cielos. Pero, donde no se cree nada de esto ¿para qué conservar vivo al demente hasta que se recupere, y entonces matarlo?»⁷.

En este ejemplo se nota claramente el contenido del Derecho positivo y los fundamentos metafísicos y Teológicos que subyacen a esas normas y conductas. La doctrina teológica o metafísica que subyace, como fundamento ideológico del contenido de ciertas normas jurídicas positivas, determina a estos contenidos y constituye, por tanto, si se trata de doctrina teológicas, un “Paralelismo material

⁷ FTJO, pp. 177-8.

entre Jurisprudencia positiva y Teología”, sobre el cual no nos ocuparemos en lo que sigue. Berman dice:

«Lo que muestra esta explicación es que instituciones, conceptos y valores básicos de los sistemas jurídicos occidentales tienen su fuente en rituales, liturgias y doctrinas religiosas de los siglos XI y XII, que reflejan nuevas actitudes hacia la muerte, el pecado, el castigo, el perdón y la salvación, así como nuevas suposiciones respecto a la relación de lo divino con lo humano y de la fe con la razón ... La ciencia jurídica occidental es una teología secular ...»⁸.

1. *La hipótesis fundamental*

Debemos preguntarnos, ante todo, cuál es la hipótesis originaria que permitió que las investigaciones de Kelsen desembocaran en el campo de la Sociología, la Psicología y la Teología. Esta pregunta es necesario contestarla debido a que el interés teórico fundamental de sus investigaciones fue la Teoría del Derecho, la Jurisprudencia general, en la que no quedan comprendidas estrictamente las otras investigaciones de carácter sociológico, filosófico o histórico. Sin embargo, debe ser posible establecer una conexión entre ellas, pues, como veremos, no existe solución de continuidad en su pensamiento, sino, por el contrario, presenta una continuidad verdaderamente digna de llamar la atención.

La hipótesis central formulada por Kelsen, de la que parten todas sus investigaciones y de la que se desprende la casi totalidad de su labor teórica, tiene por función la explicación, o mejor, la descripción de un objeto específico: el Derecho positivo, válido en un lugar y en un tiempo determinados. Esta es una decisión metodológica fundamental, pues define a su objeto de estudio. Asimismo, constituye una limitación de carácter esencial: sus consideraciones se constriñen a explicitar y describir al Derecho positivo. Esta limitación tiene profundas consecuencias: entraña el rechazo del Derecho natural como objeto de estudio. Su preocupación teórica no se centrará en estudiar las posibles relaciones entre dos sistemas de normas, el Derecho positivo y el natural, o el primero y la moral. Esta decisión metodológica primera va acompañada de otras dos, que sólo mencionaré, pues son ampliamente conocidas: la pureza metódica (neutralidad valorativa) y la ausencia de consideraciones sociológicas en la explicación del Derecho positivo.

La hipótesis central de su teoría es el concepto de la imputación periférica, construido de manera análoga a la ley de causalidad. El Derecho, concebido como un orden coactivo de la conducta humana, se describe por medio de proposiciones que tienen carácter condicional o hipotético. El sentido de la norma jurídica es expresado con proposiciones que tienen estructura hipotética o condicional, en las que, en la consecuencia, se establece una sanción y el

⁸ FTJO, p. 177. Cf., además de esta obra, NP.

supuesto de la proposición tiene por contenido la descripción de un acto específico, que es considerado como delito o acto antijurídico. Con ello, la concepción imperativista de las normas jurídicas es expresamente rechazada. Resulta conveniente hacer una transcripción de un párrafo contenido en una obra posterior, donde presenta el concepto de la imputación periférica de manera muy clara:

«Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. A la manera de la ley natural, hay aquí un específico enlace de dos elementos: la condición y la consecuencia. Ahora bien, la condición jurídica – el “supuesto de hecho” en sentido estricto – no se enlaza con el hecho de la “consecuencia jurídica” en el mismo sentido que se enlazan la causa y el efecto en la ley natural, sino en un sentido específicamente jurídico. Lo que expresa esta autonomía normativa del Derecho frente a la legalidad de la naturaleza es el “deber ser”. La ley jurídica dice: si a es, “debe ser” b; mientras que la ley natural dice: si a es, “es” también b. Y esta distinción expresa lo siguiente: la condición jurídica no es la “causa” de la consecuencia jurídica, ni la consecuencia jurídica es el “efecto”; la consecuencia del acto coactivo sigue al hecho de la condición por vía jurídica, no por vía naturalista; por necesidad del Derecho, no por necesidad de la naturaleza»⁹.

Como el Derecho positivo está constituido por un conjunto de normas establecidas o creadas por actos humanos, la conexión normativa entre el supuesto que describe el acto antijurídico y la consecuencia coactiva en la proposición que expresa el sentido de la norma, es una conexión artificial establecida por los actos creadores de las normas jurídicas.

Esta concepción del Derecho condujo a Kelsen a afirmar la autonomía de la ciencia jurídica de las demás ciencias, pues lo que pretendía era presentar la legalidad inmanente de los contenidos de las normas positivas, no proporcionar una explicación de carácter causal del contenido del Derecho positivo. Esta última problemática es la tarea específica de la sociología jurídica, no de la teoría jurídica, pues aquélla se pregunta sobre las condiciones causales que determinan el contenido de los actos positivos de establecimiento del Derecho e investiga cuáles son los efectos que la ejecución o cumplimiento de las normas producen. Adicionalmente a esta exclusión de consideraciones sociológicas de carácter causal, su labor teórica no contenía valoración alguna sobre su objeto de conocimiento.

Con esto pudo distinguir, con toda pulcritud, las ciencias causales de las ciencias normativas. Mientras las primeras hacen uso de la ley de causalidad y su función es exclusivamente explicativa, las segundas, aunque tienen una función explicativa, hacen uso de un principio apriorístico, en sentido kantiano, radicalmente distinto: la imputación. Esta legalidad tiene por objeto explicitar,

⁹ TGE, p. 62.

sacar a la luz, el sentido inmanente de los actos jurídicos, de los actos creadores de normas.

En consecuencia, tenemos un primer rendimiento: la distinción categorial, i.e., apriorística, en el sentido de la filosofía trascendental kantiana, entre la imputación y la causalidad.

2. *Conceptos antropomórficos y el concepto de la persona*

En *Problemas Capitales* ya Kelsen había observado que en el uso del concepto de “ley” para referirse tanto a las leyes naturales como a las leyes jurídicas, tanto a regularidades causales como a normas expedidas por el legislador, es notorio el significado dual de muchos términos gramaticales. Piensa Kelsen que el uso originario de esta terminología era de carácter social; que dichos términos se refieren a las relaciones existentes dentro de la sociedad y a las funciones del Estado. Con este supuesto no es difícil entender que en la religión primitiva (y en la avanzada también), en la mitología y en las primeras reflexiones filosóficas entre los griegos, sea posible comprobar una proyección de concepciones normativas (de origen social), a los que ahora concebimos como fenómenos naturales, completamente ajenos a la sociedad. Entre los primitivos no existe un concepto de la naturaleza específico, distinto del concepto de la sociedad. A partir de estos conceptos, en dicha obra primera establece que la voluntad del Estado es una voluntad de coacción y analiza este uso de la terminología jurídica, preñada de elementos antropomórficos. Se habla de la voluntad del Estado y de las personas jurídicas, del querer jurídico, etc., aplicando estos términos de origen psicológico a las normas del Derecho. No era posible desentenderse de este fenómeno tan peculiar: al Estado y al Derecho se les describe con palabras que tienen marcados significados antropocéntricos. Términos descriptivos del ser humano y de sus funciones psicológicas son usados en la descripción de fenómenos y funciones puramente normativas, ajenas totalmente a la psicología. El primer trabajo que contiene consideraciones sobre el paralelismo entre los problemas jurídico-estatales y la Teología, así como sobre el uso anfibológico de términos, se encuentra en el ensayo *Ueber Staatsunrecht* (Sobre la Antijuridicidad Estatal, más abajo referido como *Los Desafueros del Estado*) publicado en 1914¹⁰. En él puede leerse el siguiente párrafo:

«Que cada proposición jurídica exprese la voluntad de los mismos sujetos, significa que las múltiples y diferentes proposiciones jurídicas no se contradicen unas a otras, que pueden éstas ser válidas unas junto a las otras, que no se excluyen unas a otras, sino que se complementan directamente entre sí, que se necesitan unas a otras, que forman un sistema unitario. La aceptación de que un

¹⁰ US, pp. 957-1057.

orden jurídico sea la voluntad de la persona unitaria del Estado, es sólo la expresión para la unidad lógica, la interna ausencia de contradicción de un sistema de normas jurídicas. Con la personificación que acompaña a esto, obtiene su satisfacción una similar necesidad intelectual, como aquella que conduce al concepto de Dios, que pone en movimiento un proceso mental mucho más complejo y que remonta a varias fuentes. Si es permitida una analogía entre el microcosmos del orden jurídico y el macrocosmos del orden del Universo – y ella no es de manera alguna nueva pues ya era consciente de ella el pensamiento primitivo – entonces se coloca, en la grandiosa personificación de todas las normas que rigen en el Universo, en tanto es pensado como un sistema significativo y sin contradicciones, esta idea de un Dios personal y unitario, de manera similar (o con una economía del pensamiento parecida) como en la construcción jurídica de un portador personal unitario del orden jurídico, la persona del Estado, el Estado personal unitario»¹¹.

Puede observarse en este texto la forma como Kelsen logra desentrañar el sentido de algunas expresiones antropomórficas referidas al Derecho y el Estado, considerando la función puramente normativa que está en su base. El Estado y el Derecho no tienen una voluntad, en el mismo sentido que la tienen los seres humanos. Sin embargo, se habla de la voluntad del Estado y de la voluntad del Derecho para significar la unidad sistemática de una pluralidad de contenidos normativos. Más adelante, en el mismo ensayo, se relacionan de manera muy significativa los conceptos de la persona jurídica en relación con la totalidad del orden jurídico, y la persona del Dios, en relación con la totalidad del universo.

Con objeto de presentar a los lectores de habla española algunos de los textos de Kelsen donde analiza la función de las expresiones antropomórficas; transcribo a continuación un párrafo muy ilustrativo de la problemática que ostenta la utilización de la terminología personalista:

«Uno se actualiza solamente el sentido y el significado de cada uno de ambos procesos de pensamiento, de los cuales uno hace al Estado el portador o el sujeto del orden jurídico objetivo, el otro lo subordina al orden jurídico, en tanto que se le dota de Derechos subjetivos y obligaciones. Si se piensa a la totalidad del orden jurídico, que es una suma de proposiciones jurídicas con contenidos diferentes, como querido por un único sujeto, si se representa a la totalidad del orden jurídico como el contenido de una única voluntad, esto no puede tener naturalmente ningún sentido psicológico, como ha acontecido con algunos teóricos del Derecho político, engañados por la terminología. Una voluntad psíquica sólo puede ser la voluntad de un hombre y no existe voluntad humana que quisiera permanentemente la gran totalidad del orden jurídico de un Estado moderno. No puede tener un significado psicológico pensar el orden jurídico como voluntad de un único sujeto, sino solamente lógico. Sólo puede ser la expresión de que el orden jurídico total, que la multiplicidad de proposiciones jurídicas de contenido diferente, tienen que ser referidas a un punto único; si se dice del Estado que su voluntad está contenida en la totalidad del orden jurídico, se significa con ello,

¹¹ US, p. 964.

ante todo, que la totalidad del orden jurídico contiene una voluntad, una única voluntad, es decir, una voluntad no contradictoria. Que cada proposición jurídica expresa la voluntad del mismo sujeto significa que la multiplicidad y diversidad de proposiciones jurídicas no se contradicen entre sí, que pueden estar en vigor unas en relación con las otras, que entre sí lógicamente no se excluyen, sino que se complementan unas a otras, unas se refieren a otras, que forman un sistema unitario. El supuesto que el orden jurídico sea la voluntad de la persona unitaria del Estado, es solamente la expresión de una unidad lógica, la ausencia interna de contradicciones de un sistema de normas jurídicas»¹².

3. *Personificación e hipóstasis*

La siguiente aportación conceptual de importancia para los temas que estamos tratando se encuentra en el concepto de “persona”, estrechamente ligado con el uso anfibológico de términos antropocéntricos. La tesis central es la siguiente: se proyectan en el Derecho conceptos utilizados originariamente para comprender al ser humano y se comprende al Derecho (o al Estado) como un macroántropos. Ya el uso del concepto de la voluntad en el Derecho, como se ha mostrado, es una proyección de ese tipo. Veamos cómo Kelsen presenta este concepto en el primer trabajo que le dedica a ello. Las tesis fundamentales de Kelsen contenidas en su ensayo *Zur Theorie der Juristischen Fiktionen* (Sobre la Teoría de las Ficciones Jurídicas)¹³, son las siguientes:

a) Existencia de ficciones en la ciencia del Derecho.

Afirma, después de exponer brevemente la teoría de las ficciones de Vaihinger entendidas como un mecanismo conceptual tendiente a la aprehensión intelectual de ciertos fenómenos por medio de un concepto expresamente falso pero útil, que

«la ciencia jurídica opera, efectivamente, con ficciones»¹⁴.

Una ficción es, precisamente, el concepto de persona, con lo que el uso de las ficciones resulta ampliado a otras ciencias distintas de la ciencia natural. Las ciencias normativas, es decir, aquéllas cuyo objeto de estudio son las normas, tanto jurídicas, como morales, gramaticales, lógicas, etc., también operan con ficciones de diversa índole y función.

b) La persona como una ficción.

Ya se dijo que la función de toda ficción es la comprensión del modo de operar de un conjunto específico de fenómenos. A menudo, para la aprehensión

¹² US, pp. 963-964.

¹³ ZTJF, pp. 1217-1245.

¹⁴ ZTJF, p. 1217.

intelectual de ciertas unidades o totalidades de fenómenos u objetos determinados, se usa un concepto ficticio que resulta ser un cómodo e intuitivo instrumento para esas finalidades. Esto acontece en la ciencia jurídica con el concepto de persona.

«En este sentido existen auténticas ficciones, es decir, ficciones teórico-cognoscitivas de la ciencia jurídica. Ficciones dirigidas por el pensamiento hacia el conocimiento del Derecho, hacia el dominio intelectual del orden jurídico; ficciones de la teoría del Derecho. Una ficción de este tipo, un concepto o una construcción auxiliar es el concepto de sujeto de Derecho...»¹⁵.

De esta cita debemos resaltar las expresiones de concepto o construcción auxiliar. Que la persona sea un concepto o una construcción auxiliar significa que es un concepto de la ciencia del Derecho relativo a su objeto de estudio y cuya función es, como el de toda ficción, la aprehensión intelectual de las normas del Derecho positivo. La persona no es un concepto que reproduzca, en el ámbito del pensamiento, a las normas del Derecho, sino un concepto no real, no reproductor, que ayuda, que auxilia al conocimiento de las normas jurídicas.

«Se trataría de una construcción mental, destinada a aprehender por medio del pensamiento el objeto de la ciencia del Derecho, el orden jurídico...»¹⁶.

c) Restricción teórica a la función de la ficción de la persona jurídica.

Es necesario establecer una restricción al uso de este concepto ficticio de la persona: su única función debe ser ayudar a concebir y aprehender intelectualmente a las normas jurídicas. En la realización de esta tarea, en el rodeo por el concepto ficticio, se recorren caminos que pueden conducir a errores muy graves, a errores categoriales, como pueden denominarse, siguiendo a Gilbert Ryle¹⁷. Este error consiste en que

«La persona – tanto la física como la jurídica – vive en la representación de los juristas como una esencia autónoma existente, diversa del orden jurídico, que se acostumbra designar como “portadora” de derechos y obligaciones y que se corresponde, más o menos, con una existencia real. Es igual aquí si se restringe esta realidad a la persona física o – como en la teoría orgánica – también a las llamadas personas jurídicas. Es suficiente la comprobación de una expresa tendencia a hipostasiar a la persona...Y si la persona, que originalmente había sido creada como un simple recurso mental específico para aprehender el orden jurídico, como una estructura frente a éste, es afirmada como un ser real, es decir, como una especie de objeto natural, entonces significa esta acrecentada ficción de la persona una contradicción con la realidad natural, lo que sólo es posible si se rebasan por la mala las fronteras de una teoría del Derecho que se imagina tener como objeto hechos reales de la naturaleza»¹⁸.

¹⁵ ZTJF, p. 1218.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cf. CM, pp. 20 y ss.

¹⁸ ZTJF, p. 1219.

En relación con la teoría de Vaihinger, usando su clasificación de las ficciones, dice Kelsen:

«El concepto de sujeto de Derecho debe incluirse básicamente dentro de esas ficciones que Vaihinger califica de “personificativas”. Éstas provienen del impulso antropomórfico de personificación que desde siempre domina nuestro aparato representativo...»¹⁹.

d) La cubierta y la duplicación.

El uso de ficciones, como es el concepto de persona, puede conducir a la hipóstasis de ellas, a otorgarles un referente sustancial, a considerarlas el nombre de un objeto real. Este es el proceso de pensamiento que se sigue: existe un término gramatical determinado, que es un constructo conceptual ficticio, tendiente a la captación unitaria de un objeto específico cualquiera, por ej., un orden jurídico, O_j . Por tanto, personificamos el objeto: Persona (término ficticio) $\rightarrow O_j$, i.e., $P \rightarrow O_j$. La hipóstasis consiste en hacer corresponder al concepto ficticio de la persona P un objeto propio, distinto de aquél que es su objetivo, en el caso el orden jurídico O_j . Tenemos, entonces, el siguiente esquema de la hipóstasis:

$$P \rightarrow O_j$$

$$| \swarrow$$

O_f (objeto ficticio producto de la hipóstasis)

Con lo cual surge necesariamente el problema de establecer, teóricamente, las relaciones entre los dos objetos: el originalmente designado O_j y el objeto construido por la hipóstasis O_f , i.e., $R(O_j, O_f)$. Este es un falso problema, pues el objeto construido por la hipóstasis es ficticio, no es real y no puede, por tanto, tener relación alguna con el objeto real.

Transcribiré a continuación un párrafo de Kelsen referente a otro de Vaihinger, que arroja alguna claridad conceptual sobre el modus operandi de este concepto ficticio de la persona:

«La duplicación del objeto de conocimiento, que se opera a través de la ficción en general, y a través de la personificación en lo particular, ha sido caracterizada de manera perfectamente acertada por Vaihinger, y sería difícil dar de esta peculiar duplicación del Derecho, de esta tautología presente en el concepto de persona de Derecho, una descripción más atinada que a través de las palabras de Vaihinger, el cual no tiene en mente el concepto jurídico de persona, sino el de fuerza: “Tales conceptos se han creado en gran número, particularmente durante el siglo XVII, en todas las ciencias; en aquel entonces se creía que con ello se había realmente comprendido algo; sin embargo, tal palabra es una simple cubierta, destinada a mantener cohesionada y a preservar la sustancia objetiva. Y de la misma manera que la cubierta, en todas sus formas, se amolda a la sustancia y se limita a reproducirla exteriormente en forma duplicada, así estas palabras o conceptos constituyen simples tautologías, que reproducen la cosa real bajo un ropaje exterior”»²⁰.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ZTJF, pp. 1219-1220.

De este párrafo pueden hacerse varias observaciones: la peculiar terminología usada por Kelsen y por Vaihinger, duplicación, tautología, cubierta, amoldar, reproducción, ropaje exterior. Estas son formas metafóricas de referirse a las funciones de los términos o conceptos ficticios de nuestra exposición anterior. La metáfora de la cubierta es especialmente apta para expresar intuitivamente la función de estos conceptos: la cubierta se amolda a la forma del objeto, reproduciéndolo en sus características fundamentales, pero no agrega nada sustancial al mismo, sino es forma externa duplicada del objeto. Kelsen le atribuye una función de visualización y simplificación: el manejo de un complejo de normas se simplifica y se visualiza con claridad cuando se usa la ficción del concepto de persona. El error es considerar que la persona es un término que se aplica a algo diferente del objeto al que se amolda.

Por consiguiente, mientras el concepto de persona de Derecho siga considerándose como aquello que es conforme a su estructura lógica, a saber, un reflejo, puede utilizarse con provecho. Sin embargo, resulta que éste no ha eludido el peligro que encierra toda personificación: la hipostatización que lo convierte en un objeto real de la naturaleza. Al concebir un simple reflejo como un objeto real, la teoría acrecienta la contradicción en la cual el Derecho como sujeto (es decir, el sujeto de Derecho) se encuentra, ya de por sí y sin hipóstasis, frente al Derecho como objeto (es decir, el Derecho objetivo), convirtiéndola en una contradicción con la realidad. Con la persona de Derecho se afirma una realidad natural, que en la realidad no existe en parte alguna ²¹.

4. Los falsos problemas generados por el mal uso de la ficción

La hipóstasis de la ficción conduce a la generación de falsos problemas que obstaculizan la investigación con interminables argumentaciones totalmente inútiles. Si el constructo ficticio se hipostatiza, entonces hace su aparición de manera inmediata un problema acuciante, pero falso: la cubierta exterior, la duplicación, se independiza, se vuelve objeto natural o sujeto natural y hace su aparición el problema consistente en establecer la relación entre el objeto originario al que se refería la ficción, creada para visualizar y simplificar la exposición de un complejo de normas jurídicas y el nuevo objeto construido por la hipóstasis del concepto ficticio. Si la persona se hipostatiza y se le convierte en un objeto natural, en el hombre de carne y hueso, ¿cuál es la relación del hombre como persona con el orden jurídico? Hace su aparición el Derecho natural. Si al orden jurídico total se le personifica en el Estado y éste se sustancializa en acontecimientos o entes naturales (p. ej., como aparato de coacción) ¿cuál es la relación entre este Estado natural y sociológico y el orden

²¹ ZTJF, p. 1221.

jurídico? Si a la naturaleza se personifica en Dios ¿cuál es la relación entre Dios y el mundo?

«Es precisamente esta indebida hipostatización de la persona, la que conduce – como lo ha demostrado Vaihinger en el caso de otras ficciones – a todos esos “falsos problemas”, a todas esas “dificultades artificialmente creadas” y “contradicciones autogeneradas”, de las cuales la doctrina de las personas “jurídicas” está llena, lo mismo que todas las teorías filosóficas y científicas que se constituyen en torno a un concepto ficticio»²².

Kelsen había leído a Kant y para 1920 ya había tenido oportunidad de conocer las obras de Hermann Cohen sobre el filósofo de Königsberg. Así como Kant había dividido su obra teórica principal, la *Crítica de la Razón Pura*, en dos partes, la Analítica trascendental (en la que hace consideraciones meta-teóricas sobre la física de Newton) y la Dialéctica trascendental (en donde analiza los falsos problemas que surgen cuando se hace un uso especulativo, no empírico, de las categorías) de manera análoga (hago la hipótesis) Kelsen comienza a desarrollar su teoría jurídica en una analítica del Derecho (Teoría Pura del Derecho) y una Dialéctica del Derecho (Crítica al Derecho Natural y al dualismo de Derecho y Estado), para emplear esta terminología kantiana, con objeto de señalar el aparente paralelismo entre las teorías kantianas y las kelsenianas.

En *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional) (1920) dice Kelsen:

«Por ello se introduce en la ficción personificativa, construida con la finalidad de simplificarla y hacerla intuitiva, una duplicación del objeto de conocimiento: el orden jurídico como objeto, i.e., como sistema de normas objetivamente válidas de la conducta humana, se opone el Derecho como sujeto, la persona del Estado. Esta duplicación permanece como una útil ayuda del pensamiento, mientras se sea consciente de su carácter. Ella se convierte en una peligrosa fuente de errores, como un permanente motivo de molestos problemas aparentes, cuando se toma a la personificación por real, se le hipostatiza y se opera con la persona del Estado como con una esencia autónoma distinta del orden jurídico, que es el substrato de la personificación; el Estado “crea” el Derecho, es su “portador”, como si el Estado fuera algo distinto que un orden obligatorio para los hombres y de pronto se está frente a la cuestión de cómo sea posible que el Estado, que es el creador del Derecho, pueda estar obligado por este mismo Derecho...Se olvida que la persona del Estado ha creado solamente, como una visualización de toda la complejidad de sus normas, un orden unitario, que la unidad lógica de las proposiciones jurídicas de uno y el mismo sistema, es representada en la imagen de una voluntad unitaria – la llamada *voluntad* del orden jurídico es idéntica con la persona del Estado, “voluntad” y personalidad son jurídicamente iguales»²³.

La persona del Estado es solamente en un medida más grande lo que es

²² ZTJF, p. 1222.

²³ PSTV, p. 18.

cualquier otra persona jurídica, incluso la persona física: la personificación de normas jurídicas. Sin embargo, mientras que el Estado es la personificación del orden jurídico total, las otras personas, tanto las jurídicas como la llamada persona física, son personificaciones de órdenes parciales, así la comunidad del orden comunitario, la sociedad por acciones de los Estatutos, etc. En especial la llamada persona física: la personificación de las todas las normas que regulan la conducta de un hombre²⁴.

En *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (El Concepto Jurídico y el Sociológico del Estado. Investigación Crítica de las Relaciones entre el Estado y el Derecho), Kelsen destaca los siguientes puntos:

«Como toda personificación, también la del Estado cumple la función de visualizar y simplificar el pensamiento. No es cómodo para el pensamiento humano, cuando debe operar con el orden jurídico como una unidad, figurarse (representarse, tener presente) el complicado mecanismo de una pluralidad de normas *abstractas*, se representa este orden normativo bajo la imagen *intuitiva* de una persona humana, cuya cualidad esencial es la “voluntad”. La manera propia en que la conducta humana es regulada, como debida, se deja representar de la manera más sencilla con la analogía de una experiencia interna que se da en el acto psíquico del querer algo. La proclividad a la personificación, que es idéntica a la tendencia de comprender todo en analogía con el propio Yo (comprenderlo como un Yo), parece profundamente enraizada en el espíritu humano; igualmente la inclinación a hipostasiar este medio auxiliar del pensamiento en una esencia “real”»²⁵.

La tendencia, casi irrefrenable, de utilizar términos de otras ciencias en el campo del Derecho y del Estado, confundiendo las dos legalidades explicativas que más arriba se han reseñado: la causalidad y la imputación, es un signo inequívoco de que se ha realizado una hipostatización y, por tanto, se ha duplicado el objeto de conocimiento. Si se poseen conceptualmente estas dos legalidades y una de ellas ha tenido un avance y un éxito explicativo indudable, como aconteció con la ciencia natural, es posible, y de hecho así ha ocurrido, que la legalidad exitosa quiera ser utilizada igualmente en un ámbito de problemas que ha sido tradicionalmente tratado con la otra legalidad. El éxito alcanzado por las ciencias naturales indujo a los científicos a aplicar la ley de causalidad a los fenómenos sociales, surgiendo de esta manera la sociología y la teoría sociológica del Estado y el Derecho. Esto es lo que aconteció con el Estado.

5. La Teoría de la Identidad del Derecho y del Estado

Las anteriores consideraciones nos conducen a exponer la teoría de la

²⁴ PSTV, p. 20.

²⁵ SJS, pp. 205-6.

identidad del Estado y el Derecho. Esta teoría puede fundarse de dos formas:
 con argumentos de carácter epistemológico; y
 con argumentos de carácter empírico.

5.1. Consideraciones epistemológicas

La primera forma de fundar la teoría de la identidad del Derecho y el Estado tiene carácter epistemológico. Es conveniente, por lo tanto, repasar brevemente los antecedentes de biografía intelectual de Kelsen, pues ello permitirá exponer el curso del pensamiento que lo llevó a la teoría de la identificación mencionada. Habrá que decir, desde ahora, que la teoría de la identificación del Derecho y del Estado ya estaba prefigurada y expuesta esquemáticamente por la filosofía neokantiana, pero Kelsen pudo desarrollarla en todas sus direcciones e implicaciones y aplicarla a la ciencia empírica sobre el Estado.

R. A. Métall, en la biografía que escribió sobre la vida y la obra de Kelsen, dice que, desde el Gymnasium, el autor que comentamos había leído y estudiado a Kant:

«Más duradera fue la impresión que la llamada filosofía idealista ejerció sobre el adolescente de dieciséis años, fue para él una conmoción espiritual profunda tomar conciencia de que la realidad del mundo exterior es problemática. Después de un conocimiento más detenido de las obras de Schopenhauer, empezó Kelsen, aún en la preparatoria, a leer a Kant. Como núcleo de la filosofía kantiana, vio él la idea del sujeto que crea el objeto en el proceso del conocimiento»²⁶.

La primera gran obra de Kelsen, los *Problemas Capitales* fue escrita en 1910 y vio la luz pública en 1911. En relación con esta obra dice nuevamente Métall:

«Le pareció, entonces, que era urgente establecer una rigurosa distinción de la ciencia jurídica, por una parte, de la ética y, por otra, de la sociología. No fue sino hasta más tarde, cuando la reseña de sus *Problemas Capitales*, por Oscar Ewald, advirtió a Kelsen su paralelo con la Ética de la Voluntad Pura, de Hermann Cohen, y tras de una visita al propio Cohen en Marburgo, que se le hizo claro que era a la pureza metódica a lo que él, de modo más instintivo que sistemático, había aspirado. Es a la terminología de Cohen, bajo cuya influencia cayó, a quien se puede atribuir el que Kelsen haya escogido más tarde la denominación de “teoría pura del Derecho”»²⁷.

Fue en 1913 cuando Kelsen se entrevistó con Hermann Cohen en Marburgo. Kelsen siempre reconoció la deuda intelectual que contrajo con Cohen y, por tanto, no es de extrañar que la fundamentación metódica de la teoría de la identidad del Estado con el Derecho se halle influida por la filosofía coheniana. Confirmando lo anterior, en el Prólogo a la Segunda edición de los *Problemas Capitales*, Kelsen expresamente narra la influencia decisiva que el pensamiento de Cohen ejerció en su concepción de la identidad del Derecho y del Estado:

²⁶ HK, p. 12.

²⁷ HK, p. 15.

«A encontrar el punto de vista epistemológico decisivo, sin el cual no habríamos podido llegar a enfocar certeramente los conceptos de Estado y Derecho, nos ayudó la interpretación que Cohen da a la doctrina de Kant, principalmente en su *Ethik des reinen Willens* (Ética de la Voluntad Pura). Una crítica de mi obra, publicada en 1912 en los *Kant-Studien* y en que se reconocía esta obra nuestra como un plausible esfuerzo por aplicar a la ciencia del Derecho el método trascendental, llamó nuestra atención hacia el marcado paralelismo existente entre nuestro concepto de la voluntad jurídica y los planteamientos de Cohen, que hasta entonces no había tenido yo la ocasión de conocer.

A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de Cohen, según el cual es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que Derecho, ya que el conocer o concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como Derecho»²⁸.

Para la fecha en que escribió *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922 (mencionada más arriba) ya era conocedor de la filosofía crítica neokantiana, en las obras principalmente de Hermann Cohen y Ernst Cassirer, al que cita profusamente. El propio Kelsen transcribe un párrafo de la obra de Cohen *Ethik des reinen Willens*, reconociéndolo como antecedente conceptual de la teoría de la identidad del Estado y el derecho:

«La teoría del Estado es necesariamente teoría del Derecho político. El método de la teoría del Estado se halla en la ciencia jurídica. Aun cuando para constituir el concepto de la ciencia política deben cooperar otras ciencias, el fundamento metódico está formado indiscutiblemente por la ciencia del Derecho. El concepto y el método de la ciencia del Estado está condicionado preferentemente por la ciencia del Derecho»²⁹.

¿Cuál fue presumiblemente el proceso mental que siguió Kelsen para arribar a la teoría de la identidad del Derecho y el Estado? Ya conocemos su formación kantiana y conocemos la distinción entre ser y deber ser, entre causalidad e imputación. Antes de visitar a Cohen en Marburgo, tuvo oportunidad de tomar un seminario con Georg Jellinek, cuyas obras había estudiado detenidamente. Encontró que la teoría del Estado estaba escindida en una teoría sociológica y una jurídica del Estado:

«Si se plantea la antítesis de Estado y Derecho como una antítesis de ser y deber ser (la cual es, a su vez, una antítesis de puntos de vista, una contraposición de métodos y, por tanto, de objetos de conocimiento), es una consecuencia natural distinguir, como es frecuente, entre una teoría sociológica del Estado (metódicamente orientada en las ciencias naturales) y la teoría jurídica del Derecho – si se permite el pleonasma – (orientada en sentido normativo). La primera se pregunta cómo se comportan de hecho los hombres, cuáles son las

²⁸ HP, p. L.

²⁹ ERW, p. 54; TGE, p. 486.

causas que han determinado ese comportamiento, con arreglo a qué leyes naturales se regula, creyendo de este modo poder llegar a la entraña de ese objeto específico llamado “Estado”. La otra doctrina se pregunta, en cambio, cómo se deben comportar los hombres, qué conducta les prescribe el Derecho, el Derecho positivo, por qué razones se deben comportar así y no de otro modo...Aceptado, pues, que el Estado y el Derecho constituyen dos objetos diferentes entre los cuales existe una distinción esencial, resulta necesariamente una separación entre la teoría sociológica del Estado y la teoría jurídica del Derecho, de la cual, sin embargo, se prescinde, con notoria contradicción, desde el momento en que se hace del Estado – es decir, del mismo objeto para el cual se siente la obligación de crear una teoría orientada en las ciencias de causalidad distinta de la Teoría del Derecho, por afirmarse que el Derecho es distinto del Estado – un objeto de la misma teoría normativa del Derecho, es decir, de una teoría orientada a las normas jurídicas. En lugar de la Sociología del Estado, en lugar de la doctrina social que estudia el Estado a través del punto de vista de las ciencias de la causalidad, aparece la teoría normativa del Derecho político»³⁰.

Con la fundamentación kantiana del conocimiento y la interpretación de Cohen a ella, la identidad del objeto sólo está garantizada por el método de conocimiento. La tesis kantiana del conocimiento afirma que la identidad del objeto del conocimiento está determinado por conceptos a priori, las categorías, que determinan el concepto del objeto en general que se encuentra en la base de toda construcción teórica empírica. No hay hecho sin observación y sin teoría; todos los hechos, como datos cargados, están llenos de teoría; son, en una palabra, construcciones teóricas. La tesis de Kant dice que tenemos un objeto cuando podemos organizar en un sistema un conjunto de fenómenos, con arreglo a los conceptos apriorísticos que nos proporcionan el concepto del objeto en general. Dice Kant:

«Pero resulta que toda experiencia contiene, además de la intuición sensible mediante la cual algo está dado, el concepto de un objeto dado o manifestado en la intuición. Consiguientemente, habrá conceptos de objetos que, como condiciones a priori, sirvan de base a todo conocimiento experimental. La validez objetiva de las categorías como conceptos a priori residirá, pues, en el hecho de que sólo gracias a ellas sea posible la experiencia (por lo que hace a la forma del pensar). En efecto, en tal caso se refieren de modo necesario y a priori a los objetos de la experiencia porque sólo a través de ellas es posible pensar algún objeto de la experiencia»³¹.

Por tanto puede concluirse, si se acepta este punto de vista filosófico, que existe

«... la imposibilidad metodológica de someter uno y el mismo objeto a la consideración de dos ciencias distintas, cuyas orientaciones gnoseológicas tienen supuestos esencialmente divergentes, cuyos objetos de conocimiento no pueden ser los mismos, en consecuencia...»³².

³⁰ TGE, p. 7.

³¹ CRP, p. 126.

³² TGE, pp. 7-8.

En la teoría del Estado tradicional se aduce que el Estado es un ser con dos caras, una especie de Jano: una cara sociológica, causalmente determinada, que mira en la dirección de la región del ser, y una cara normativa, jurídicamente determinada, que mira en la dirección de la región del deber ser. Esta teoría grotesca, que contiene un sincretismo mortal,

«...es impotente para salvar una objeción suscitada por la Teoría del conocimiento; a saber: que la identidad del objeto de conocimiento no está garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de la dirección, de los caminos del conocimiento»³³.

De la transcripción del párrafo contenido en el Prólogo de la Segunda Edición de los *Problemas Capitales* se sabe que este argumento fue tomado de la *Ethik des reinen Willens* de Hermann Cohen.

5.2. Consideraciones empíricas

Hay otra manera de demostrar la identidad del Derecho y el Estado, que no se encuentra en las nubes de la reflexión epistemológica, sino que tiene un carácter empírico.

Ya hemos mostrado que la teoría jurídica tradicional y las teorías sobre el Estado tenían la proclividad a utilizar términos cuyo referente es el ser humano, con el objeto de presentar intuitivamente funciones muy complejas de los órdenes jurídicos. Vimos especialmente el concepto de “voluntad”. Voluntad del Estado es voluntad de coacción, es decir, es considerar a las normas que lo integran como normas coactivas. Por eso, con terminología sociológica, se le considera un “aparato de coacción”. Weber decía que el Estado

«...sólo es definible sociológicamente por referencia a un *medio* específico que él, como toda asociación política, posee: la violencia física. “Todo Estado está fundado en la violencia”, dijo Trotsky en Brest-Litovsk. Objetivamente esto es cierto. Si solamente existieran configuraciones sociales que ignorasen el medio de la violencia habría desaparecido el concepto de “Estado” y se habría instaurado lo que, en este sentido específico, llamaríamos “anarquía”. La violencia no es, naturalmente, ni el medio normal ni el único medio de que el Estado se vale, pero sí es *su* medio específico. Hay, precisamente, es especialmente íntima la relación del Estado con la violencia. En el pasado las más diversas asociaciones, comenzando con la asociación familiar (Sippe), han utilizado la violencia como un medio enteramente normal. Hoy, por el contrario, tendremos que decir que el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio” es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*»³⁴.

Podemos obtener de modo inmediato la siguiente conclusión: si el Estado es un cuadro o aparato coactivo y el Derecho es un orden coactivo, tomando en

³³ TGE, p. 8.

³⁴ PV, p. 83.

cuenta que el cuadro coactivo del Estado posee un orden con base en el cual es posible hacer la imputación de ciertos actos a su unidad, entonces el Estado es idéntico al Derecho. A partir de esta identificación debe afirmarse que el contenido propio y directo del Derecho no es la conducta humana establecida como obligatoria, sino la conducta del órgano estatal encargado de la aplicación de las sanciones que pueden ejecutarse, incluso, haciendo uso de la fuerza física y la determinación de las condiciones de su ejercicio, tanto por lo que respecta a los órganos como al procedimiento correspondiente.

Si el Derecho es concebido como un orden coactivo de la conducta humana, los actos de violencia física legítima, en la terminología de Weber, no son extraños al Derecho, sino su función específica. Con ello queda rechazada la tesis de que los actos de coacción sean la garantía del cumplimiento de las normas del Derecho, las que entonces deben entenderse como normas que establecen obligaciones y conceden Derechos. En la concepción de Kelsen, la coacción es el contenido propio de las normas jurídicas y *lo que le era ajeno y extraño, por ser garantía de las obligaciones, se convierte en la función fundamental de la norma jurídica*. El orden jurídico mismo es coactivo, i.e., dispone y regula el ejercicio de la coacción. Debe quedar claro que el orden coactivo regula primariamente, directamente, la conducta de aquellos sujetos que impondrán la sanción y la ejecutarán coactivamente, por disposición de la norma de Derecho. Sólo por virtud de que estos sujetos están facultados para imponer coactivamente una sanción a otros sujetos, es que puede afirmarse que éstos últimos se encuentran obligados a llevar a cabo una conducta que es contraria a aquella que es la condición o supuesto de la sanción. Por lo tanto, todos los problemas relacionados con el Estado en la concepción tradicional, al quedar incorporados en la norma jurídica, se han convertido en problemas normativos y el Estado tiene que ser concebido como el mismo orden jurídico.

Si, contrariamente a lo anterior, al Derecho se le concibe como un conjunto de normas que imponen obligaciones y otorgan Derechos o en cualquier otra forma que excluya, como su contenido específico, el uso de la coacción dispuesta por la norma, como contenido de la misma, entonces se tiene una teoría constreñida a afirmar la dualidad del Derecho y del Estado.

«Por eso es completamente equivocado pretender construir un sistema parcial de “Derecho” propiamente dicho separando del sistema total de proposiciones jurídicas – al cual podemos denominar indistintamente con los nombres de Estado o Derecho – aquellas normas secundarias que estatuyen la conducta debida a fin de eludir la coacción, cuya misión es únicamente la de construcciones auxiliares, con objeto de llegar a una clara desarticulación del hecho complejo condicionante del acto coactivo. Y lo mismo es erróneo representarse “tras” o “junto” a este “Derecho” al “Estado” (esto es, las normas primarias que estatuyen de modo inmediato el acto de coacción) como un aparato coactivo en sentido estricto y genuino, como una especie de factor de garantía o protección. Seguramente, la antítesis que se plantea entre Derecho y Estado aliméntase de esta representación»³⁵.

³⁵ TGE, p. 69.

6. El origen de la ley de la causalidad

En un trabajo aparecido en 1913 *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materialen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* (Sobre la Teoría de la Ley en Sentido Formal y Material, con Especial Referencia a la Constitución Austríaca)³⁶, Kelsen afirma lo siguiente, adelantando muchas de las tesis que más adelante desarrollará en su labor teórica:

«No solamente porque entre la ley natural y la norma exista una simple diferencia gradual en relación al ámbito de validez y a la intensidad de la validez, sino porque la historia del concepto de ley no ha pasado de la ciencia natural a la ciencia del Derecho y el Estado, sino inversamente ha pasado de la ciencia del Derecho y del Estado a la ciencia natural. El Estado con el gobernante en la cúspide, el que a través de leyes, estos es, por mandatos obligatorios para los súbditos, regula la conducta de la comunidad, proporciona al más antiguo conocimiento humano el Analogon del orden de la naturaleza, cuyos elementos se piensan igualmente sometidos a la voluntad de una deidad superior, como los ciudadanos deben obedecer las prescripciones del legislador. Como la conducta de los súbditos en la vida dentro del Estado, se retrotrae en la naturaleza la conducta de todos los objetos a una voluntad superior y exterior, que se designa como Ley tanto en el Universo como en el Estado»³⁷.

El ensayo *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip* (La Aparición de la Ley de la Causalidad a Partir del Principio de Retribución)³⁸ contiene un resumen de tesis anteriores y un desarrollo y evolución de las mismas. El pensamiento que subyace en este ensayo, tan denso conceptualmente es, en el fondo, fácilmente comprensible: el hombre primitivo y los primeros pensadores griegos muestran que la ley de causalidad y el principio de retribución no estaban distinguidos como dos legalidades diferentes del acontecer observable, sino que, por el contrario, existía una indistinción, en el sentido de que la causalidad aún no había surgido dentro del pensamiento humano. Los hombres primitivos sólo disponían de una manera de explicar lo que se presentaba a su conciencia: utilizaban conceptos sociales, es decir, los mismos conceptos con los que comprendían y organizaban su vida en común, en especial, el principio de retribución, aquél que la Biblia formula de manera muy tajante diciendo “Ojo por ojo y diente por diente”.

«Ellos interpretan la naturaleza según otro esquema, distinto del causal; a saber, con arreglo a categorías sociales. Para los primitivos no hay una Naturaleza en el sentido de una cierta conexión de los elementos regida por la ley de la causalidad y ajena a la sociedad. Lo que el civilizado entiende por naturaleza es para el primitivo, con su apercepción animista o, mejor dicho, personalista, sólo un trozo

³⁶ LGS, pp. 1533 y ss.

³⁷ LGS, p. 1533.

³⁸ EKV.

de su sociedad dominado por las mismas leyes que ésta. El llamado hombre de naturaleza – que en verdad es en todos los aspectos un hombre social – cree que la ordenación de su sociedad, que es una ordenación jurídica, rige también para la Naturaleza, y la interpreta según los mismos postulados que determinan su relación con los compañeros de grupo. La norma fundamental de la ordenación social primitiva es el principio de retribución, que domina por completo la conciencia del hombre primitivo, orientada en un sentido enteramente social. La interpretación de la Naturaleza según el principio de retribución se manifiesta en su efectiva conducta para con animales, plantas y objetos inanimados, y sobre todo en su religión y en sus mitos»³⁹.

En este ensayo Kelsen analiza la filosofía griega para descubrir que en los pensamientos de los primeros filósofos griegos se pueden encontrar rastros – y más que rastros – de esta concepción social de la Naturaleza. Sólo presentaré dos o tres ejemplos de ello.

«Cuando Tales de Mileto con quien comienza la filosofía griega y después de él Anaximandro y Anaxímenes investigan en busca de un principio original a partir del cual pueda explicarse el mundo de manera unitaria, lo conciben a la manera de algo que domine el mundo como un monarca, y cuando Tales cree encontrar ese algo – todavía muy próximo al mito homérico que declara que el dios Oceano es el origen de todas las cosas – en el agua, Anaximandro en el infinito (απειρον), Anaxímenes en el aire, los tres constitúan el Universo como una monarquía. La ley de la ἀρχη funda aquí una μοναρχία; y, como dice Heráclito: “Ley (νομος) se llama también seguir la voluntad de uno únicamente. No es de seguro una casualidad el que esta filosofía de la naturaleza florezca en un tiempo en que se hace notar cada vez con más fuerza en Grecia el influjo de los Despotismos orientales. El principio básico de que se sirve la escuela de Mileto para la construcción de su idea del mundo es designado expresivamente por Anaximandro como ἀρχη; lo que aquí significa también, no sólo “comienzo”, sino al mismo tiempo “dominación”»⁴⁰.

Otro ejemplo, de los muchos que presenta, todos los cuales constituyen casi una pequeña historia de la filosofía griega:

«Ahora bien: el célebre fragmento que podría emparejarse con el de Anaximandro y que dice: “El sol no sobrepasará su medida, pero si lo hiciera, las Erinias, las auxiliadoras de Dike sabrían sujetarlo”, expresa del modo más inequívoco que esa ley jurídica es la ley de la retribución. Las Erinias son los conocidos espíritus de la venganza de la religión griega; y Dike es la diosa de la retribución...Lo significativo para la historia del conocimiento científico en la frase de Heráclito es que la inviolabilidad de la ley causal en virtud de la que el sol se mantiene en su curso, la coacción de Dike, la obligatoriedad de la norma jurídica, es una necesidad normativa. Y que la inviolabilidad de la ley del mundo no consiste en que sea observada siempre – el caso de que el sol rebase sus medidas no está excluido absolutamente – sino en que su violación es castigada siempre y sin excepción, porque la ley de universo, como ley jurídica, es una norma que

³⁹ *Op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 59.

estatuye sanciones, y según su tenor una ley de retribución, y como tal expresa la voluntad incommovible de la divinidad»⁴¹.

Si Kelsen había establecido la dualidad de causalidad e imputación (normatividad), y aquella era una adquisición muy tardía del pensamiento humano, como lo afirmaba Cassirer, era necesario investigar si en el pensamiento primitivo existía una indistinción de estos principios, o mejor, sólo uno de ellos, el más evidente, el social, podía funcionar en la explicación de todos los fenómenos. Se trataba, en realidad, de una proyección de las concepciones sociales sobre la naturaleza y la comprensión de lo observado en ésta con base en los conceptos sociales y normativos con los que el hombre se comporta con sus semejantes. Estas explicaciones son un ejemplo del hecho que hemos denominado *unificación no primariamente intencionada*.

7. Conclusiones

En resumen, hemos mostrado que de 1911 a 1925, Kelsen desarrolló las siguientes tesis fundamentales:

- a) El dualismo de ser y deber ser; por lo tanto, la diferencia entre causalidad y imputación.
- b) El Derecho es un orden coactivo de la conducta humana compuesto por normas cuyo sentido se expresa por juicios hipotéticos que conectan un supuesto de hecho (la antijuridicidad) con una consecuencia coactiva, abandonando con esto la concepción imperativa de las normas.
- c) La persona jurídica, como la unidad de una pluralidad de normas, es una proyección de conceptos antropomórficos al orden jurídico, cuya función es expresar esa unidad de manera intuitiva, pero puede conducir a la duplicación del objeto de conocimiento.
- d) La identidad del Derecho y del Estado; se rechaza la concepción dualista del Derecho y el Estado por estar fundada en una hipóstasis o sustancialización del concepto de la persona jurídica.
- e) Se determinan los falsos problemas que se suscitan derivados de la hipóstasis del concepto del Estado.

Estos elementos permiten comprender las tesis centrales de Kelsen sobre el paralelismo entre la Jurisprudencia y la Teología y, consecuentemente, de sus problemas y soluciones.

El Prólogo a la segunda edición de los *Problemas Capitales* contiene un párrafo que constituye el eslabón que encadena las tesis que hemos estado exponiendo, con las que se contienen en los ensayos que ahora se publican, es decir, permite relacionar las tesis que hemos expuesto sobre el Derecho y el

⁴¹ *Op. cit.*, p. 65.

Estado con los problemas que se tratan en la Teología, sobre las relaciones de Dios y el Universo:

«También nos ayudó a ver claro en este camino el análisis de las ficciones personificadas realizado por Vahinger (*Philosophie des Als-Ob*), llamándonos la atención hacia la existencia de situaciones análogas en otras ciencias. Todo esto contribuyó también a derramar nueva luz sobre la analogía, trazada ya incidentalmente en nuestra primera obra, entre la personificación del universo en Dios y la personificación del Derecho en el Estado, así como también sobre el paralelismo entre los problemas de la teología y la jurisprudencia, apuntado ya en 1913 en nuestro estudio “Sobre los desafueros del Estado”. Esta profundización epistemológica del problema se manifiesta en nuestro ensayo sobre “La ciencia jurídica como ciencia normativa o como ciencia cultural”, en el trabajo publicado en 1919 con el título de “Sobre la teoría de las ficciones jurídicas” y, sobre todo, en nuestro libro “El problema de la soberanía y la teoría del Derecho internacional”»⁴².

Como puede verse, la identidad de los problemas de ambas disciplinas no es accidental; por el contrario, es una consecuencia necesaria de que ambas tienen la misma metodología para comprender su objeto de estudio: por un lado Dios, por otro el Derecho o el Estado. Si bien los objetos de estudio son diferentes y, desde el punto de vista de una ciencia evolucionada de la naturaleza o del Derecho, no podrían confundirse entre sí, el concepto de la normatividad es utilizado por ambas disciplinas para comprender sus respectivos objetos de estudio. Ambas doctrinas han proyectado en el material dado a sus consideraciones el mismo conjunto de conceptos normativos: los que el hombre utiliza para comprender las relaciones con sus semejantes, es decir, conceptos jurídicos, en especial los constitutivos de su comunidad política. Expresado en otros términos: primeramente, se ha desarrollado una teoría del Derecho, que comprende todos los conceptos necesarios para explicar a los Derechos positivos desde un punto de vista unitario, proporcionado por la que hemos denominado “hipótesis central”; luego, se ha analizado establecido un concepto específico, heurístico, auxiliar, que utiliza la ciencia jurídica para describir su objeto de manera económica y para referirse a una pluralidad de normas de materia unitaria: me refiero al concepto de persona. Este concepto se ha analizado en su uso detallado. Y aquí, en esta locación teórica, aparece un fenómeno que es clave: la duplicación del objeto de conocimiento. La unidad de una pluralidad de normas se sustancializa y se le convierte en un objeto específico, distinto de aquel que pretende originalmente exponer de manera simplificada e intuitiva. Este fenómeno es analizado en relación con el Derecho y el Estado, entendiendo a éste último como la personificación de un orden jurídico. Estas consideraciones son la base para establecer la teoría de la identidad de ambos objetos y comprender que la dualidad de los mismos, i.e., la consideración de que el Derecho y el Estado son dos objetos distintos, no es otra cosa que la operancia de

⁴² HP, p. L.

la hipóstasis del concepto auxiliar de la persona en relación con la totalidad de las normas que integran un orden jurídico nacional. Los falsos problemas que se suscitan cuando se ha realizado la hipóstasis a las que nos hemos referido son los siguientes:

El dualismo del Estado y el Derecho;

El Estado comprendido es como un ser natural, por la sustancialización; en contraposición, el Derecho es comprendido como conjunto de normas;

El Estado, entendido como ser natural, es poder y, específicamente, poder soberano, es decir, el que tiene el monopolio de la violencia física legítima, para emplear la terminología de Weber;

El Estado como poder soberano, es el creador del Derecho; pero como persona jurídica, tiene que estar en relación con él; luego se crea la teoría de la autolimitación del Estado al Derecho, al someterse al mismo, de manera que los actos estatales son determinados con base en el orden jurídico;

Existe el problema de imputar el acto antijurídico al Estado, pues aparece como la negación del mismo;

En casos excepcionales, el Estado puede, como poder, actuar fuera del Derecho, negándolo; es la razón de Estado.

7.1. Tesis Fundamentales del Paralelismo entre la Jurisprudencia y la Teología

Kelsen ha afirmado desde sus primeros trabajos, como hemos tenido oportunidad de mostrar, que la norma jurídica coactiva (y su expresión más primitiva, el concepto de la retribución), ha sido el modelo más utilizado en la explicación del universo, comprendido como el conjunto de elementos ordenados por el principio normativo de la retribución. En esta concepción se ha proyectado el modelo de la sociedad al universo y se ha concebido a éste como un reino, como un Estado, al frente del cual existe un soberano todopoderoso, que lo ha creado. La inferencia inmediata que puede hacerse de estos supuestos consiste en la aplicación de los resultados de los análisis jurídicos a este nuevo orden normativo gigantesco, que es el universo. Entonces, surgen de manera inmediata los temas del paralelismo entre la Jurisprudencia y la Teología:

a) Se concibe a Dios como una grandiosa personificación del Universo y luego se realiza la hipóstasis correspondiente (hipóstasis de la unidad del mundo); correlativamente, el Estado es concebido como la personificación del Derecho positivo y se realiza sobre ella la correspondiente hipóstasis; esto demuestra el paralelismo existente en la estructura lógica de estos conceptos, lo que determina la igualdad de problemas y de soluciones doctrinales en la Jurisprudencia y en la Teología. Con ello, se duplica el objeto de conocimiento en ambas disciplinas.

«En tanto que el dualismo de Estado y Derecho es el fruto de una hipóstasis dogmática en la cual la expresión personificativa de la unidad del Derecho se convierte en el Estado metajurídico, trascendente al derecho, la situación epistemológica de la Teoría del Estado es la misma que la de la Teoría de Dios, la

Teología. Lo mismo que el Estado, Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como personificación de un orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas o leyes naturales. Así como el Derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de Dios está formado por las normas y leyes naturales que constituyen el sistema del universo»⁴³.

b) Se afirma la trascendencia de Dios en relación con la naturaleza y del Estado en relación con el Derecho.

«Y así como el Estado es la unidad personificativa del Derecho merced a la hipótesis de un ser metajurídico, trascendente al Derecho, cuya relación con él es la cuestión fundamentalísima de la Teoría del Estado, del mismo modo enseña la Teología que la esencia de Dios consiste en su trascendencia frente al mundo; y el objeto principal de la teología hállase constituido por el contradictorio problema de la relación entre Dios – ajeno, por esencia, a toda relación – y el mundo – extraño, por esencia, a lo divino –»⁴⁴.

c) Se equipara la teoría de la omnipotencia de Dios con la teoría de la soberanía (omnipotencia normativa) del Estado y en ambas disciplinas existe la tendencia immanente a afirmar la unicidad de Dios y el Estado.

«La soberanía, que es considerada comúnmente como la característica más esencial del Estado, significa fundamentalmente no otra cosa sino que el Estado es el poder supremo, que no puede ser determinado sino de manera negativa, o sea, diciendo que no existe un poder superior y que es un poder no derivado de, ni limitado por, otro poder superior. A lo mismo conduce en la teología el énfasis en la trascendencia de Dios, a describir su naturaleza en términos negativos... Si la soberanía del Estado es interpretada como poder, igualmente toda Teología declara que el poder es la esencia de Dios, el cual, exaltado a la omnipotencia absoluta, se proclama también del Estado»⁴⁵.

«Si el Estado es soberano, si sobre él no existe ni puede existir un poder u orden superior, es claro que esta entidad absolutamente suprema tiene que afirmarse como única, pues la soberanía de un Estado excluye la soberanía de todos los demás; de manera similar, en la Teología, afirmándose la omnipotencia de Dios, tiene que aceptarse que es único, que no puede existir dios alguno distinto de él, pues con ello se caería en una contradicción absoluta»⁴⁶.

d) Se correlacionan la teoría de la Encarnación de Dios con la teoría de la autoobligación del Estado. Teoría de las dos caras de Dios y del Estado.

Vale la pena transcribir un párrafo muy ilustrativo de Kelsen, en el que presenta el paralelismo de problemas y soluciones entre la Jurisprudencia y la

⁴³ TGE, p. 100.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁵ GS, pp. 181-182.

⁴⁶ Cf. GS, p.182.

Teología:

«Dios es causa del mundo, lo crea y lo recrea de continuo...Por tanto, precisa conciliar de algún modo estos dos principios que mutuamente se excluyen: la supremacía de Dios sobre el mundo y su relación positiva con éste, pues Dios es, sin duda, “puro” en su esencia; pero ni es posible representarse a Dios sin el mundo ni al mundo sin Dios. La misma violencia sufre la Lógica en la Teoría del Derecho político. Ésta hace una afirmación análoga: el Estado es un ser distinto e independiente del Derecho, cuya naturaleza, en definitiva, es metajurídica; es poder, no Derecho. Sin embargo, no es posible pensar el Estado sin el Derecho ni el Derecho sin el Estado. El Estado es creador y soporte del Derecho; está, por tanto, sobre de él; pero, por otra parte, el Estado es algo de la naturaleza del Derecho, está sometido a éste: es ser jurídico, persona jurídica»⁴⁷.

Con esto, queda planteado el problema en toda su dimensión y con toda claridad se puede ver el paralelismo de los problemas. A este paralelismo de problemas se correlaciona el paralelismo de las soluciones en ambas disciplinas. Lo mejor es transcribir la forma en cómo presenta Kelsen la solución en ambas teorías:

«El Dios supramundano se transforma en mundo, o mejor, en sus representantes, en hombre, desde el momento que el ser divino se parte en dos personas: en el Dios-Padre y en el Dios-Hijo, el Dios-Hombre o Dios-Mundo. En la persona del Dios-Hombre sométese Dios al orden del Universo por Él mismo creado, tanto al orden ético como al natural; el poder ilimitado, en principio, de la voluntad divina se autolimita. En cuanto Dios-Hombre, Dios renuncia a su omnipotencia. El acaecer universal no se dirige ya por su voluntad, sino que, a la inversa, el Dios-Hijo se impone el deber de obediencia para con el Dios-Padre. Esta teoría de la Encarnación del Verbo divino es aceptada en la Teología desde el punto de vista de la “autolimitación” o “autoobligación” de Dios, como expresamente se la llama. El pendant de esta doctrina representarlo la teoría de la autolimitación del Estado [...] que constituye la médula de la teoría política tradicional. Ese “Estado” que no está ligado por ninguna norma, que es por esencia distinto del Derecho, que es un poder omnipotente, ilimitado, “soberano”, acaba en definitiva por convertirse en Derecho, en ser Derecho, en persona jurídica, la cual, al tener “sobre” sí el orden jurídico, deriva de él todo su “poder”...Pero ¿cómo se verifica esta metamorfosis del Estado-Poder en Estado-Derecho, a la cual califican continuamente de misteriosa los críticos del dogma de la autolimitación? Muy sencillamente, dice la Teoría del Estado: el Estado crea un orden jurídico; es incluso esencial al Estado crear un orden jurídico; y después se somete espontáneamente a esta creación “suya”. Cuantas dudas se han suscitado desde el sector jurídico en contra de esta teoría de la autolimitación, han hallado eco casi literal en la Teología, por relación al dogma de la Encarnación de Dios. ¿Cómo puede Dios ser omnipotente y soberano, ilimitado y libre por esencia y, sin embargo, someterse al mismo tiempo en cuanto hombre a las leyes naturales (nacer, vivir, padecer, morir) y vincularse por la ley moral? Este ha sido el lenguaje que los herejes y heterodoxos han usado en todo tiempo. Y los juristas

⁴⁷ TGE, p. 101.

críticos se preguntaban: ¿cómo es posible que el Estado, de quien nos han enseñado que su esencia no es Derecho sino poder, pueda estar jurídicamente vinculado por un Derecho, aun cuando éste sea “su propio Derecho”?»⁴⁸.

e) El problema de la Teodicea es paralelo al de concebir dentro del concepto unitario del Derecho a la llamada antijuridicidad.

El problema de la Teodicea consiste en tratar de hacer compatible la afirmación de la omnipotencia de Dios, como su cualidad esencial, con el hecho observable empíricamente de la existencia del mal en el mundo. La existencia del mal en el mundo y en la vida humana es incompatible con la omnipotencia de Dios y con su bondad infinita. Se trata, en resumen, de hacer congruentes dos afirmaciones contradictorias. Así caracteriza Kelsen el problema:

«La correlación entre los procedimientos de la Teología y los de la Teoría jurídico-política aparece con la máxima nitidez en la analogía existente entre el problema de la Teodicea y el de la llamada ilegalidad del Estado. En ambos casos, la dificultad conceptual origínase del hecho de que a la unidad del sistema precisa referir su negación; a Dios, como personificación del orden ético del mundo, de lo bueno, lo malo, especialmente el pecado; al Estado, como personificación del Derecho, la ilegalidad, lo antijurídico. Dios no puede querer lo malo, el Estado no puede cometer ilegalidad. Sin embargo, es preciso que también lo malo, como todo, sea querido por Dios, imputado a Dios, pues nada hay en el mundo que no sea querido por Él, nada sucede que sea contrario a la divina voluntad; es decir, para que pueda explicarse el pecado desde el punto de vista del sistema de Dios, de la Teología, es preciso encajarlo en tal sistema. Del mismo modo, para comprender jurídicamente lo antijurídico, ha de ser encajado en el sistema del Derecho, en el orden jurídico, en la “voluntad” del Estado; por tanto, ha de imputarse al Estado»⁴⁹.

Tanto la Teoría jurídica como la Teología encuentran un procedimiento similar para resolver la contradicción entre el sistema y su negación. La ilegalidad como el pecado se insertan en el sistema, se “encajan” en él, para emplear la expresión de Kelsen, cuando se les hace ser condición del Bien y de la juridicidad, siempre y cuando no se absoluticen los términos contrapuestos.

«La tendencia inmanente de ambas disciplinas – dirigida a superar el dualismo entre el sistema y su negación – motiva la transformación de lo malo y antijurídico en “condición” del Bien y del Derecho, dejando de ser la “negación” de los mismos. Según la Teología, no quiere Dios lo malo de modo inmediato, más sí mediata e indirectamente, como condición de la pena, que purifica, y es intrínsecamente buena porque realiza la justicia. Del mismo modo, para una Teoría jurídica profunda, la antijuridicidad no es más que un supuesto de hecho, determinado por el orden jurídico como condición del acto coactivo estatal»⁵⁰.

Si se absolutizan los conceptos no es posible establecer la unidad sistemática

⁴⁸ TGE, p. 102.

⁴⁹ TGE, p. 103.

⁵⁰ TGE, p. 104.

de los conceptos contrapuestos, en la forma señalada por Kelsen. Entonces, tiene que crearse un orden o sistema de lo malo, del pecado y si se hipostatiza dicho orden y se personifica, aparece la figura del Diablo y su reino, el infierno ⁵¹.

f) La relación Dios-alma se equipara a la relación Estado-persona.

Así como el procedimiento de imputar un acto a una persona no tiene porqué comprender a la totalidad de las normas de un orden jurídico nacional, sino que el proceso de la imputación puede detenerse en unidades provisionales y transitorias, así también la imputación del acto malo a un determinado sujeto no tiene porqué llegar hasta la totalidad del orden del mundo, i.e., hasta Dios, sino que puede detenerse en centros de imputación parciales y provisionales, los que son personas como Dios o participan de su esencia y, con esto, surge el concepto del alma humana, como el concepto equivalente, en la Teología, al concepto de persona. Este camino impide la imputación del acto malo a Dios, como personificación del orden del mundo, de la misma manera que la imputación de un acto ilícito no tiene que llegar hasta la persona del Estado, sino que se detiene en el centro provisional de la persona física del funcionario.

g) Se concibe a Dios como principio anulador de la naturaleza, en los milagros; la solución paralela en la Jurisprudencia es la concepción del Estado como principio anulador del Derecho: el estado de excepción y la razón de Estado.

Tanto la Jurisprudencia como la Teología, según se ha demostrado, se enfrentan a los problemas que derivan de operar con una dualidad de órdenes normativos, por un lado, el orden natural entendido como un sistema de mandatos emitidos por Dios y, por otro, la voluntad de Dios inescrutable; en la Jurisprudencia, por un lado, el orden jurídico positivo creado por el Estado y, por el otro lado, el orden estatal, creador de aquél. Cuando se opera con dos órdenes normativos de manera ineludible pueden presentarse contradicciones entre ellos, situaciones en las cuales sólo puede valer uno con la exclusión del otro.

«Ahí radica precisamente el método característico de la Teología: en esa hipótesis de un orden sobrenatural de la voluntad divina distinto del orden de la naturaleza (en el sistema de las leyes naturales) e independiente de él; en ese operar con dos órdenes diferentes, con una doble verdad. Sin embargo, la propia Teología enseña que para explicar el acontecer universal debe recurrirse en principio, y mientras sea posible, a las leyes naturales, y sólo en algún caso extremo debe suponerse la existencia de un milagro divino. Es extraordinariamente característico que, precisamente en su contraposición con el Derecho, adopta el Estado la significación de un principio que, en ciertos casos, puede destruir la ley jurídica positiva. Así se enseña que, en general, todo debe ocurrir en la medida de lo posible, dentro de los cauces de la juridicidad; pero que el “Estado” tiene la misión de proteger el bien público incluso sin el Derecho o aún contra el Derecho; dicese que “en caso de necesidad”; pero esto no significa, de ordinario, sino lo

⁵¹ *Ibidem.*

siguiente: “cuando así conviene a ciertos intereses políticos contrarios al Derecho positivo”⁵².

Por lo tanto, el dualismo del Estado y el Derecho es el dualismo de dos sistemas de normas diferentes, una de cuyas funciones es facilitar la introducción de postulados políticos en contra del Derecho positivo.

h) La identidad del Derecho y el Estado es el Analogon del panteísmo.

La teoría de la identidad del Derecho y del Estado, que Kelsen ha postulado, como ya se ha demostrado más arriba, tiene la misma estructura conceptual del panteísmo, entendido como la posición teórica que identifica a Dios con el todo: Deus sive Natura. Si el orden de la naturaleza, si el orden del Universo es un sistema de leyes, entonces, si éste no se personifica y no se lleva a cabo la hipóstasis de la personificación de la que tanto se ha hablado, no surge el falso problema de establecer las relaciones entre el objeto ficticio, creado por el error lógico de llevar a cabo la hipóstasis, con el orden de leyes cuya unidad ha sido hipostasiada. Con el rechazo de la hipóstasis sólo se tiene un orden, no una dualidad de ellos, su unidad puramente conceptual y, por tanto, la identidad de Dios con el Universo. Consideraciones análogas deben hacerse en relación con el Derecho y el Estado⁵³.

i) Se hacen algunas consideraciones sobre el origen sociológico y psicológico del concepto de la autoridad y de la dependencia del individuo dentro de la sociedad: la imagen del padre como el origen familiar del concepto de la autoridad.

Sabido es que Kelsen fue amigo de Sigmund Freud y que era un conocedor profundo de la teoría psicoanalítica, como lo demuestran los ensayos *Der Staatsbegriff der Psychoanalyse* (El concepto del Estado del psicoanálisis), *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (El Estado y la Psicología Social, con especial referencia a la teoría de la Masa de Freud) y *Die Platonische Liebe* (El Amor Platónico). Esto le permitió, en ocasiones, formular observaciones muy agudas de carácter psicológico y sociológico, sobre diversos temas sociales y culturales. Su ensayo *Gott und Staat* contiene algunas consideraciones muy interesantes sobre el surgimiento de la experiencia social, de la vivencia de la dependencia del hombre con sus semejantes y de la subordinación del individuo al grupo y a la autoridad del mismo. Lo mismo pasa con la experiencia religiosa:

«La experiencia religiosa no se agota en la conciencia de un ser autoritario supraindividual. A su contenido característico pertenece el sentimiento, por parte del sujeto que experimenta lo divino, de encontrarse implicado en una interconexión universal, incluido en una totalidad comprensiva, que abarca a otros

⁵² TGE, pp. 104-105.

⁵³ Cf. SJS, capítulo 12, pp. 247-253.

además de a sí mismo y que se manifiesta a través de la deidad»⁵⁴.

Estas afirmaciones tienen su apoyo en algunas tesis de Durkheim, al cual cita y tienen cierta similitud con las que con posterioridad formularía Rudolf Otto en su famoso libro *Lo Santo* y las contenidas en el libro de Van der Leeuw *Fenomenología de la Religión*.

«La similitud psicológica de las actitudes religiosas y sociales son explicables, según el punto de vista de Freud, por lo menos, por el hecho de que tales nexos se retrotraen a una y la misma experiencia psíquica, que es igualmente efectiva en relación tanto con la autoridad religiosa, como con la social. Se trata de la relación del niño con el padre, el que se presenta en el alma del niño como un gigante, como una fuerza todopoderosa y es, para el niño, la autoridad en cuanto tal. Posteriormente, toda autoridad se experimenta como al padre y aparecen como sustitutos del padre, el dios venerado, el héroe admirado, el príncipe amado con temor reverencial; sólo como representantes del padre pueden estas autoridades provocar esos afectos psíquicos que convierten a los hombres en niños sin voluntad y opiniones propias»⁵⁵.

l) Se hacen consideraciones muy importantes sobre la función social de la identificación religiosa con Dios y se compara con la función del patriotismo.

En relación con las consideraciones hechas en el punto anterior, Kelsen analiza la función social que desempeña el sometimiento a Dios y la dependencia a Él. Con los párrafos que siguen comienza una serie de consideraciones de carácter realista, de crítica a la ideología, de una crudeza sobrecogedora:

«Si tomamos la religión en sus manifestaciones históricas, nunca ha existido un creyente que se haya contentado con estar con Dios en la soledad; siempre se han sometido a un Dios, para poder someter a los demás a ese Dios. Y entre más profunda es la propia subordinación, entre más fanática sea la propia renuncia religiosa, más poderosamente es exaltada la deidad, más apasionada es la lucha por esta deidad, más ilimitado es el impulso para dominar a los demás en su nombre y más triunfante en su victoria, porque es la victoria del guerrero de la fe que se identifica con su deidad. Esta no es, sin embargo, la psicología especial del hombre religioso; es, simplemente, la psicología del hombre social: autosujeción a la autoridad del grupo, para que los demás de igual manera se sometan, precisamente aquellos que no quiero se encuentren sobre mí, a los que, cuando mucho, soporto en un plano igual al mío y sean iguales a mí y a quienes, como no puedo dominarlos directamente, puedo hacerlo indirectamente, en tanto que los veo sometidos a la autoridad que yo he escogido y se doblegan ante mi bandera; “mi” autoridad no es sólo la autoridad ante la que me inclino porque la reconozco, sino la autoridad en la que yo soy»⁵⁶.

m) Se afirma que la religión y el Derecho son ideologías (en un sentido NO peyorativo). El uso de la metáfora de las máscaras.

⁵⁴ GS, p. 172.

⁵⁵ GS, p. 175.

⁵⁶ GS, pp. 176-177.

Con las anteriores afirmaciones se comprende fácilmente porqué Kelsen considera a la religión, como al Estado y a la sociedad, como ideologías, utilizando esta palabra no en un sentido peyorativo, sino como constructos conceptuales que llevan a cabo importantes funciones de carácter social. Para terminar, transcribiré un párrafo largo de su ensayo, con el objeto de que el lector conozca y experimente las propias palabras de Kelsen:

«De igual manera que el primitivo, en ciertas épocas, cuando se coloca la máscara del animal totémico, que es el ídolo de la tribu, puede cometer todas las transgresiones que de otra manera se encuentran prohibidas por normas estrictas, de igual manera el hombre civilizado, detrás de la máscara de su dios, su nación o su Estado, puede dar rienda suelta a todos esos instintos que, como simple miembro del grupo, tiene que reprimir dentro de él. Aquel que se alaba, es despreciado como fanfarrón; en cambio, puede desvergonzadamente alabar a su Dios, a su nación o a su Estado y al hacerlo sólo se abandona a su propia vanidad; y aunque el individuo en cuanto tal no está legitimado para coaccionar a otros, dominarlos o incluso matarlos, puede hacer todo esto con el máximo de sus derechos si lo hace en el nombre de Dios, de la nación o del Estado, a los que por esa razón ama, con los que amorosamente se identifica, como “su” Dios, “su” nación, “su” Estado.

Si a los actores, que representan en el escenario político su papel en el drama religioso o social, les arrancamos la máscara de sus rostros, entonces no hay ya más Dios castigando o premiando, o al Estado condenado o haciendo la guerra, sino hombres que coaccionan a otros hombres, ya sea el señor X triunfando sobre el señor Y o a una bestia que acalla su nuevamente revivida sed de sangre. Una vez que han caído las máscaras, el drama pierde su sentido propio; ¡una vez que han sido arrancadas las máscaras, se renuncia precisamente a esa interpretación específica en que consiste la religión o la sociedad! En esta imagen está contenido un punto de vista metodológico: este prescindir de las máscaras, este mirar a través de ellas a los movimientos desnudos, naturalmente necesarios, determinados causalmente, de las almas y de los cuerpos, es la perspectiva adoptada por una psicología y una biología científico-naturalísticamente orientadas. Desde ella, no se contempla ni religión, ni nación, ni sociedad, pues estas son las “máscaras”, las ideologías específicas que surgen sobre la infraestructura de los hechos reales, sistemas ideales de relaciones valorativas o normas que el espíritu humano crea para sí, en cuyas legalidades propias inmanentes uno tiene que compenetrarse e instalarse, para que con ello cualquiera de estos objetos, a los que se les designa religión, nación, Estado, etc., nos sean dados»⁵⁷.

Todo esto demuestra la tesis central del paralelismo de la Jurisprudencia y la Teología y corrobora indirectamente la hipótesis central del pensamiento kelseniano por la *unificación no primariamente intencionada* que lleva a cabo entre las diversas problemáticas que se han tratado en este ensayo.

⁵⁷ GS, pp. 177-178.

Para completar la información sobre las tesis de Kelsen en relación con Dios y la Teología, comparándolas con el Estado y la Jurisprudencia, es conveniente citar el trabajo denominado *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (El Fundamento de la Teoría del Derecho Natural) en el que contrasta la positividad y relatividad de las normas del Derecho positivo, creadas por actos de voluntad humanos, con la no positividad o naturalidad de las normas cuya existencia afirma la Teoría del Derecho Natural. En este ensayo sostiene que las teorías del Derecho Natural sólo son posibles bajo un supuesto específico: la creencia en una deidad justa, cuya voluntad es inmanente a la naturaleza creada por ella. La fundamentación de esta tesis se encuentra en la no-aceptación por parte de Kelsen de la existencia de normas que no sean el sentido de actos de voluntad de seres humanos o sobrehumanos. Niega la existencia de normas inmanentes a la naturaleza, a las circunstancias o a la naturaleza del hombre o de su razón. El dualismo de ser y deber ser hace su aparición y el Ser o la realidad o la naturaleza, en general, o del hombre, en particular, no pueden contener norma alguna, puesto que toda norma es el sentido de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otro hombre. Conforme a esto, la tesis que afirma la inmanencia de ciertas normas en la naturaleza debe necesariamente aceptar la inmanencia de una voluntad en la naturaleza. Se pregunta Kelsen de dónde puede surgir en la naturaleza una voluntad inmanente a ella, cuando no es más que una serie de acontecimientos conectados entre sí por relaciones causales:

«Una voluntad en la naturaleza es o una superstición o es la voluntad de Dios en la naturaleza creada por él, la inmanencia de valores divinos en la realidad»⁵⁸.

Debemos concluir con la siguiente observación: si se adopta un punto de vista general, propio de la teoría general del Derecho, la problemática que se presenta en los ensayos que hemos comentado consiste en el manejo, dentro de la misma esfera de conocimiento, de dos sistemas normativos independientes y distintos, los que no pueden unificarse en un orden unitario, porque uno consiste en la hipóstasis del otro.

Bibliografía

BSS: Kelsen, Hans, *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (El Concepto del Estado y la Psicología Social. Con Especial Consideración a la Teoría de la Masa de Freud), "Imago", 8. Jahrgang, 1922.

CM: Ryle, Gilbert, *The Concept of Mind* (El Concepto de lo Mental), Penguin Books, 1968.

⁵⁸ GN, p. 5.

CRP: Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Pura*, Ediciones Alfaguara, Madrid, 1978. Prólogo, Traducción y Notas de Pedro Ribas. Prólogo a la segunda edición, pág. 15. Página VII de la Segunda Edición Alemana.

EKV: Kelsen, Hans, *La Aparición de la Ley de la Causalidad a Partir del Principio de Retribución*, en *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos*, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1946. Trad. Francisco Ayala (Traducción al español del ensayo *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*, aparecido en "The Journal of Unified Science" ("Erkenntnis"), Vol. 8, 1939.

ERW: Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens* (Ética de la Voluntad Pura), 3ª Ed., 1921.

FR: Van der Leeuw, G., *Fenomenología de la Religión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964. Trad. Ernesto de la Peña.

FTJO: Berman, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México. Trad. Mónica Utrilla de Neira.

GN: Kelsen, Hans, *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (El Fundamento de la Teoría del Derecho Natural), "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", Springer Verlag, Wien, 1963.

GS: Kelsen, Hans, *Gott und Staat* (Dios y Estado), "Logos", 11. Band, 1922/1923. Aparece publicado en WRS.

HK: Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y Obra*, UNAM, México, 1976. Trad. Javier Esquivel de Hans Kelsen. *Leben und Werk*, Verlag Franz Deuticke, Wien, 1969.

HP: Kelsen, Hans, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, Desarrollados con Base en la Doctrina de la Proposición Jurídica*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987. Trad. Wenceslao Roces. Notas, Revisión y Presentación de Ulises Schmill. Es traducción de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.

LGS: Kelsen, Hans, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materialen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* en *Juristische Blätter*, "Jahrgang", 42, s. 229-232, contenido en WRS.

LS: Otto, Rudolf, *Lo Santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. Trad. Fernando Vela.

NP: Le Goff, Jacques, *El Nacimiento del Purgatorio*, Taurus Ediciones, S. A., 1981. Trad. Francisco Pérez Gutiérrez.

PF: Carnap, Rudolf, *Philosophical Foundations of Physics. An Introduction to the Philosophy of Science* (Fundamentos Filosóficos de la Física. Una Introducción a la Filosofía de la Ciencia), edited by Martin Garner, Basic books, Inc. Publishers, New York, London, 1966.

PL: Kelsen, Hans, *Die Platonische Liebe* (El Amor Platónico), “Imago. Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendung”, hrg. v. Sigm. Freud, Band XIX, 1933.

PSTV: Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional. Aportación a una teoría Pura del Derecho), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

PV: Weber, Max, *La Política como Vocación*, Alianza editorial, Madrid, 1967. Trad. Francisco Rubio Llorente.

SJS: Kelsen, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht* (El Concepto Jurídico y el Concepto Sociológico del Estado. Investigación Crítica de las Relaciones entre el Estado y el Derecho), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1922.

SN: Kelsen, Hans, *Sociedad y Naturaleza. Una Investigación Sociológica*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945. Trad. Jaime Perriau del original en inglés *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943.

SP: Kelsen, Hans, *Der Staatsbegriff der Psychoanalyse* (El concepto del Estado del psicoanálisis), “Almanach für das Jahr 1927”, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Wien, 1927, contenido en WRS.

TGE: Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1934. Trad. Luis Legaz Lacambra de *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23. Band, Berlin, Julius Springer, 1925.

US: Kelsen, Hans, *Ueber Staatsunrecht*, 1913, en *Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Verlag Alfred Hölder, Wien, 1913. Aparece publicado en WRS.

VSR: Kelsen, Hans, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, “Zeitschrift für öffentliches Recht”, 2. Band, 1921. Aparece publicado en WRS.

WRS: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, editado por Hans Klecatsky, René Marcic y Herbert Schambeck, Europa Verlag, 1968.

ZLG: Kelsen, Hans, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materialen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* en *Juristische Blätter*, “Jahrgang”, 42, s. 229-232. Aparece publicado en WRS.

ZTJF: Kelsen, Hans, *Zur Theorie der Juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob* (Sobre la Teoría de las Ficciones Jurídicas, con especial consideración a la Filosofía del “Como Si” de Vaihinger), publicado en “Annalen der Philosophie”, 1. Band, 1919. Aparece publicado en WRS.