



Derecho y democracia en Hans Kelsen. La crítica kelseniana de la personalización del Estado

Law and democracy in Hans Kelsen. The Kelsenian critique of the personalization of the State

Soraya Nour Sckell¹

¹ Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal. E-mail: soraya.sckell@novalaw.unl.pt
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1365-1465>.

Versão original: NOUR SCKELL, S., **Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'état**, *Transformação*, 38, 1, 57-80 (2015). DOI: 10.1590/S0101-31732015000100005.

Traducción recibida en 5/08/2021 y aceptada en 14/10/2021.

Cómo citar en *Ahead of print*:

SCKELL, Soraya Nour. *Derecho y democracia en Hans Kelsen. La crítica kelseniana de la personalización del Estado*. Traducción de Augusto Fernando Carrillo Salgado. Revista *Direito e Praxis*, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2021. Disponible en: [link para el artículo](#). Aceso em: DOI: 10.1590/2179-8966/2021/61516.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumen

En este estudio se analiza como Kelsen, para liberar al derecho y la democracia de los rastros de aquello que llamó hipóstasis colectiva o mito del alma colectiva, adopta una postura frente a las grandes teorías de la sociología y psicología social de su tiempo (Durkheim, Simmel, Weber y Freud). En primer lugar, se muestra la forma en que Hans Kelsen critica las metáforas del alma colectiva. En segundo término, se expone la manera en que el pensamiento kelseniano sobre la democracia, trata de evitar los problemas vinculados a la metáfora del alma colectiva. Lo anterior, permite entrever algunos puntos en común entre la teoría de Kelsen y las propuestas contemporáneas sobre el derecho y democracia, libres de premisas de una comunidad homogénea.

Palabras clave: Kelsen; Durkheim; Simmel; Weber; Freud.

Abstract

This study analyzes how Kelsen, in order to free Law and democracy from traces of what he called collective hypostasis or myth of the collective soul, adopts a position *vis-à-vis* the great theories of sociology and social psychology of his time (Durkheim, Simmel, Weber, and Freud). First, it will try to show how Hans Kelsen criticizes the metaphors of the collective soul. Secondly, it will seek to show how Kelsenian thought on democracy tries to avoid the problems linked to the metaphor of the collective soul. This allows us to glimpse some points in common between Kelsen's theory and contemporary theories of Law and democracy freed from the premises of a homogeneous community.

Keywords: Kelsen; Durkheim; Simmel; Weber; Freud.



1. Introducción

La personalización del Estado en las teorías jurídicas, así como la utilización de otros conceptos o metáforas personalistas (por ejemplo, voluntad del Estado, voluntad general, etcétera) acompañan todo el desarrollo del derecho moderno en un marco de usos diversos, radicalmente diferentes unos de los otros e, inclusive, con funciones antagónicas. En la época de la consolidación del Estado moderno, durante el siglo XVIII, con el propósito de separar al Estado de la persona del soberano e identificarlo con los ciudadanos, Immanuel Kant presentó una concepción personalista del Estado¹ en oposición a una concepción patrimonialista, de acuerdo con la cual, el soberano lo consideraba parte de su propiedad². Puesto que el Estado es una persona, Kant estima inadmisibles que los soberanos lo repartan, vendan, truequen, hereden, donen como dote de matrimonio y, en el derecho de gentes, que sea sometido, conquistado o anexado.³ Esta persona jurídica es pura y epistemológicamente formal, no posee ninguna sustancia ni presupone una sociedad homogénea.

Sin embargo, la utilización de este concepto tendió, más y más, a descansar sobre la hipótesis de la formación de colectividades relativamente homogéneas, un sentido que no existía en el pensamiento de Kant. De acuerdo con este uso del término, la idea de voluntad general deviene una concepción de voluntad sustancial. Trata de expresar aquello que un grupo relativamente homogéneo siente, piensa y desea; como si aquel grupo fuese una persona representada por el Estado. Es esta metamorfosis que, al inicio del siglo XX, conduce a Hans Kelsen a dirigir todos sus esfuerzos hacia una lucha incesante contra la personalización sustancial del Estado, donde sea que esta aparezca. De acuerdo con él, la idea de una colectividad homogénea ignora, en efecto, todos los vínculos que existen en una sociedad, todos los conflictos que la constituyen y, más aún, las diferentes voluntades subyugadas que no se expresan en la voluntad general. Por ejemplo, la voz de

¹ VLACHOS, Georges. *La pensée politique de Kant*. París : PUF, 1962, 565.

² KANT, Immanuel, Rechtslehre, en preußische Akademie der Wissenschaften. *Kantwerke*. Berlín: Walter de Gruyter, 1900b, v. 6, 317.

³ KANT, Immanuel. Zum ewigen Frieden (1795), en preußische Akademie der Wissenschaften. *Kantwerke*. Berlín: Walter de Gruyter, 1900a, v. 7, 344. Cfr. SANER, Hans. Die negativen Bedingungen des Friedens, en HÖFFE, Ottfried. *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*. Berlín: Akademie Verlag, 1995, 43-67; 59-60.

N. del T. Respecto a la primera de las obras referidas, existe traducción al castellano. Véase, KANT, Immanuel, *Hacia la paz perpetua* (edición bilingüe alemán-español), trad. de Gustavo Leyva, México: Fondo de Cultura Económica, 2018.



las mujeres, proletariado y minorías excluidas. En consecuencia, la democracia misma no puede, de ninguna manera, reposar en esta concepción.

Sin embargo, ¿cómo explicar el tipo de formación social que constituye al Estado? ¿cuál es la naturaleza de esta “unidad específica de una multiplicidad de individuos”?⁴ . Kelsen no creía que las teorías sociológicas, que reflexionaban sobre el fenómeno de socialización de los individuos, pudiesen aplicarse al Estado, puesto que no presupone ninguna comunidad. Más aún, estas teorías que trataban de describir la existencia de grupos sociales, no los explican de manera adecuada al recurrir a la idea de la formación de entidades supraindividuales, como lo hacían, por ejemplo, Emile Durkheim y Georg Simmel, en los cuales Kelsen estaba convencido de hallar las premisas de una concepción de alma colectiva. Por si fuera poco, aunque una teoría que explicase correctamente la constitución de un grupo social, sin presuponer la formación de una entidad supraindividual, como Kelsen creía encontrarla en Sigmund Freud, no podría aplicársele al Estado porque se encuentra conformado por diversos grupos sociales en antagonismo constante. Por último, el jurista emprendió un profundo combate epistemológico contra las teorías democráticas formadas por herramientas políticas que eran objeto de su preocupación, como el autoritarismo y la exclusión social. La condición para la construcción de una ciencia adecuada del derecho y democracia, es la absoluta libertad de toda asociación a la idea de una comunidad.

Este estudio analiza la manera en que Hans Kelsen, para liberar el derecho y democracia de los vestigios de lo que llama hipóstasis colectiva o mito del alma colectiva, adopta una postura frente a las grandes teorías de la sociología y psicología social de su tiempo. En la segunda parte, se tratará de mostrar la forma en que Hans Kelsen critica las metáforas del alma colectiva. En la tercera sección, se explica como el pensamiento kelseniano sobre el derecho y democracia trata de superar los problemas relacionados a la metáfora del alma colectiva. Lo anterior, para dejar entrever aquellos puntos en común entre la teoría de Kelsen y las propuestas contemporáneas sobre el derecho y democracia, libres de las premisas de una comunidad homogénea.

⁴ KELSEN, Hans. Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. *Imago*, VIII, 2, 97-141 (1922).

N. del T. Existe una versión al castellano de este texto. KELSEN, Hans, El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud), trad. de F. Luce, en CORREAS, Oscar, *El otro Kelsen*, México: UNAM-IJ, 1989, 333-372.



2. La crítica de Kelsen al alma colectiva

2.1. La crítica epistemológica del concepto de alma colectiva

Se presume permanecer en el terreno de lo psicológico, presumiendo también, sin embargo, aprehender lo supraindividual, cuando se reconoce como una forma de lazo social o de la unidad social, a una pluralidad de individuos como comunidad por el hecho que se supone poder lanzar la hipótesis de una especie de convención del contenido de su voluntad, de su sentir, de su pensamiento. Podríamos hablar aquí de un paralelismo del proceso psíquico, y siempre existe uno similar cuando se trata de “voluntad colectiva” o de “sentido común”, de conciencia o de interés colectivo. Es a este estado de cosas que la pretendida psicología de los pueblos denomina “espíritu popular”. En la medida en que este concepto sólo expresa cierta comunidad de conciencia, es inofensivo. Permanece no obstante la tendencia evidente de afirmar este “espíritu del pueblo” como una realidad psíquica, distinta a las almas individuales, por lo que el concepto de espíritu del pueblo adquiere el carácter metafísico inherente al espíritu objetivo según Hegel.⁵

La crítica de Kelsen a las teorías sustanciales de la sociedad entraña un carácter epistemológico sobre el que reposa su crítica política. Puesto que estas teorías tratan de aplicar a la sociedad la metodología de las ciencias naturales, sustancializan los vínculos sociales en concepciones como alma colectiva. El Estado es considerado como una realidad natural, un vínculo de individuos que constituyen una formación social; una relación bajo las categorías causa-consecuencia, que confiere a estas teorías un carácter biológico. Los hechos sociales son definidos como procesos físicos que tienen lugar en el alma, en tanto que el vínculo social, como las influencias psíquicas recíprocas de una persona sobre la otra. Kelsen cree encontrar una variante de esta concepción en Georg Simmel. No obstante lo anterior, de acuerdo con el jurista, será suficiente tomar en consideración las fuerzas de disociación entre las personas para destacar que, por una parte, los seres humanos están vinculados en sus interacciones al seno de los grupos sociales (por intereses económicos, nacionales, religiosos, etcétera), por la otra, las diferentes comunidades sociales están separadas, precisamente, por aquellas fuerzas.

Psicológicamente, analiza Kelsen, el vínculo social significa que, cuando alguien dice “A está vinculado a B”, no se trata de una relación externa (entre dos cuerpos en el mismo espacio), sino más bien interna, consistente en aquello que, en el plano psíquico, “A se siente enlazado a B”. Sin embargo, esta representación se expresa por una imagen

⁵ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 105.

N. del T. Véase, KELSEN, El concepto de Estado y la psicología social, op. cit., 339-340.



espacial y corporal que Hans Kelsen describe como una transferencia equivocada de un fenómeno psicológico individual hacia el mundo exterior. El resultado es la “superación y negación del individuo”⁶.

Las teorías que afirman las formaciones sociales, consolidadas a partir de influencias recíprocas entre elementos psíquicos, son de naturaleza supraindividual y crean una hipóstasis, una teoría de la sociedad propiamente orgánica que corresponde, de acuerdo con Kelsen, a un mito. Esta representación de un alma colectiva conduce a imaginar un cuerpo portador de esa alma. Observamos una supra individualidad objetiva, un alma colectiva más allá de las almas individuales y, dado que un alma requiere de un cuerpo, un cuerpo colectivo distinto a los individuales, crea una hipóstasis de carácter místico que impide el análisis científico de los lazos sociales.

2.2. La crítica ideológica del concepto de alma colectiva

Kelsen añade a esta reflexión el análisis de un problema político fundamental: estas teorías no explican como las diferencias desaparecen de las conciencias y, en consecuencia, la manera en que los conflictos de una sociedad se reducen hasta el punto de devenir casi invisibles. Por una parte, no todos los individuos que son miembros del Estado, participan en la interacción psíquica de lo que se supone constituye un grupo sociológico cuya unidad empírica⁷ sería la base del Estado. “Entre los individuos dominados por la unidad jurídica del Estado se encuentran niños, locos, durmientes y otros a los que les falta esa conciencia de pertenencia”⁸. Por si fuera poco, el análisis sociológico revela una división entre clases sociales al seno de un Estado y sería, entonces, contradictorio afirmar que la burguesía y el proletariado están separados por la oposición de sus conciencias de clase y, al mismo tiempo, vinculados por la comunión de sus conciencias de Estado⁹. La oposición de clase debe desaparecer de la conciencia para que la comunidad estatal (como unidad real, psico-sociológica) pudiese existir, papel atribuido de manera habitual, de acuerdo con Kelsen, a los partidos políticos. Las oposiciones entre los grupos políticos deben ser remplazadas por una conciencia de Estado para que los miembros estatales constituyan, en su realidad psicológica, una unidad. Sin embargo,

⁶ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 104.

⁷ KELSEN, Hans. *Aufsätze zur Ideologiekritik*. Introducción de Ernest Topitsch. Neuwied: Luchterhand, 1964. KRAWIETZ, Werner; TOPITSCH, Ernst; KOLLER, Peter (Coords.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlín: Duncker & Humblot, 1982.

⁸ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 101.

N. del T. Véase, KELSEN, El concepto de Estado y la psicología social, op. cit., 336.

⁹ KELSEN, Hans, *Sozialismus und Staat* (1920). Leipzig: Hirschfeld, 1923.



observa, los intereses de clase, religiosos y nacionales son superiores a la conciencia del Estado¹⁰. La referencia histórica de Kelsen es su propio país de origen, que revela una característica general del derecho:

A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social o biológico-social de los hombres que jurídicamente pertenece al Estado, se muestran claramente como ficciones.

11

De esta forma, Kelsen critica la tendencia a conferir un sentido realista, empírico y psicológico a lo que es llamado voluntad general o interés general del Estado. No niega la existencia de grupos sociales poseedores de un querer colectivo, pero los percibe provisorios e inestables. Una muchedumbre con una comunidad de voluntades, sentimientos o representación es siempre inestable, fluctuante, es una comunidad que aparece y desaparece súbitamente; en consecuencia, no puede conferir una estructura permanente al Estado. Por si fuera poco, una comunidad de voluntades, sentimientos o representación no puede estar fundada exclusivamente en la interacción. La iglesia, que conduce a sus feligreses a un estado de éxtasis, el discurso de un dirigente que encamina a una multitud a una exaltación revolucionaria son, para Kelsen, algunos ejemplos de una comunidad que no es generada por la interacción entre individuos singulares, sino por un tercero externo que interpreta, por tanto, un papel principal en este proceso, aunque la conciencia que los otros sienten, piensan o quieren de manera idéntica crea también una intensificación psíquica de la vida entre los individuos.

2.3. La crítica de Kelsen a Durkheim

De esta forma, Kelsen cree encontrar los antecedentes de la metáfora del alma del pueblo en Durkheim. El primer punto que cuestiona el jurista austriaco de él, es su pretendido análisis objetivo (el cual resulta acético y legitimador de acuerdo con Kelsen), de la forma en que la sociedad es representada por el individuo, similar a Dios y su autoridad.

El problema sociológico principal de Durkheim es descubrir aquello que ha determinado las diferentes fuentes de autoridad moral que se manifiestan en formas

¹⁰ KELSEN, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus* (1926). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

¹¹ Citado por Rudolf A. Métall. KELSEN, Hans, *Vie et Œuvre*, *Incidence* 3, 218-219, (2007).

N. del T. Existe una versión en castellano. Véase, MÉTALL, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Vida y obra*. Traducción de Javier Esquivel. México: UNAM-IJ, 1976, 49.



diversas de coerción exterior. Para lograrlo, examina dos aspectos distintos, aunque igualmente reales, propios de los fenómenos sociales: la presión social y el apoyo conferido por la sociedad al individuo¹². Durkheim observa que la sociedad despierta en los individuos la sensación de lo divino, representa para sus miembros aquello que es Dios para los feligreses. Así como Dios parece una entidad superior de la que se depende, la sociedad obliga a someterse a sus reglas de conducta y pensamiento. El imperio de la sociedad deriva de su autoridad moral: ella es respetada, suscita o inhibe la acción y el pensamiento, con independencia de la utilidad o nocividad de sus consecuencias.

La orden actúa por su propia fuerza, excluyendo la deliberación o el cálculo. El individuo, sin percibir la influencia de la sociedad sobre su acción social, inventa un sistema de interpretaciones míticas, se representa estas imágenes míticas bajo formas transfiguradas, que no pueden ser explicadas, de acuerdo con Durkheim, sino por la ciencia. Así, la presión social es el primer aspecto de los fenómenos sociales:

El problema sociológico -si se puede decir que hay un problema sociológico- consiste en buscar, a través de las diferentes formas de coerción exterior, los diferentes tipos de autoridad moral que les corresponden, y en descubrir las causas que han determinado a estos últimos. En particular, el problema que tratamos en la presente obra tiene por principal objeto investigar bajo qué forma ha nacido y se ha formado esta especie particular de autoridad moral que es inherente a todo lo religioso.¹³

Durkheim analiza, también, como esta presión social transmite una suerte de energía vital a los individuos cuando se conforman a las expectativas (justas o injustas) de la sociedad, lo que parece para Kelsen legitimar aún más esta autoridad sin criticarla. Durkheim considera que, de la misma manera en que Dios no es solamente una autoridad de la que se depende, sino también una fuerza sobre la cual se apoya, que proporciona confianza y energía, la sociedad penetra las conciencias, las impulsa, reconforta y revitaliza:

El sentimiento que la sociedad tiene de él, eleva el sentimiento que él tiene de sí mismo. Porque está en armonía moral con sus contemporáneos, tiene más confianza, coraje, audacia en la acción, como el fiel que cree sentir la mirada de su dios vuelta benévolamente hacia él.¹⁴

¹² DURKHEIM, Émile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie*. París: Librairie Générale Française, 1991, 365 y ss.

N. del T. Existe versión en castellano. DURKHEIM, Emilio, *Las formas elementales de la vida religiosa*, trad. de Iris Josefina Ludmer, Argentina: Editorial Schapire, 1968, 246.

¹³ Ibid., 369.

¹⁴ Ibid., 373.

Véase, DURKHEIM, Emilio, *Las formas elementales de la vida religiosa*, op. cit., 222.



Ese soporte de mi ser moral varía según mi relación más o menos activa con los grupos sociales que me rodean; percibo que ese tono moral depende de una causa que desconozco, que me represento como algo distinto a mí mismo, como una conciencia moral representada por símbolos religiosos.

Sin embargo, el punto decisivo de Kelsen es el siguiente: considerar las reglas sociales como reglas divinas¹⁵, que se imponen en tanto obligaciones a los individuos, significa pasar del conocimiento psicológico a la reflexión axiológica, ético-política o jurídica. La intención que Hans Kelsen atribuye a Emile Durkheim es pretender fundamentar la sociología como si de una ciencia natural se tratase, al desarrollar la idea comtiana, de la necesidad de asir los fenómenos sociales como hechos naturales, objetos sometidos a las leyes de la naturaleza; oponiendo al conocimiento de las ideas o ideologías una ciencia de la realidad. Los hechos sociales son tomados como elementos objetivos, autónomos en relación con los individuos. Estos hechos se manifiestan en la acción, pensamiento y sentimientos de los individuos, pero no son considerados como emanaciones individuales¹⁶. Se supone que el grupo piensa en forma distinta a los miembros aislados. De ahí la crítica de Kelsen:

El hecho de saber que los individuos, cuando están ligados los unos a los otros, se comportan diferentemente que si estuvieran aislados, conduce por la vía conocida de una hipótesis no crítica a las hipótesis de una realidad social existente exteriormente a los hombres. La diferencia de función, dentro de la diferencia de condiciones, se convierte en diferencia de sustancias, en “cosas” diferentes. [...] El “método de la sociología” de Durkheim es la aplicación sencilla de una concepción ingenuamente sustancialista, y por tanto mitológica, a la observación del comportamiento humano condicionado por influencia recíproca.¹⁷

En otras palabras, pensar que los hombres se comportan diferente al asociarse que cuando permanecen aislados, es hipostasiar la idea de una comunidad social, hacerla una realidad exterior a los individuos y atribuirle un interés general, una voluntad colectiva, etcétera. Kelsen atribuye a la sociología de Durkheim una tendencia normativa porque la existencia de objetos sociales, realidades naturales, independientes de los deseos y voluntades individuales, confiere una validez objetiva a las normas éticas y políticas, que adoptan una validez dogmática. Cada sociedad confiere imperativamente obligaciones a

¹⁵ BEAUD, Olivier; PASQUINO, Pasquale (Coords.). *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*. París : Panthéon-Assas, 2007.

¹⁶ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 127-128.

¹⁷ Ibid., 129-130.

N. del T. Véase, KELSEN, Hans, El concepto de Estado y la psicología social, op. cit., 361-362.



los individuos, con una trascendencia similar a la divina de las religiones. Aquello que es percibido *a priori* como una simple manera de actuar, pensar y sentir de un individuo, le ha sido impuesto, de hecho, de manera coercitiva, debido a la intromisión de una presión exterior irresistible. “Durkheim no tiende tanto o, cuando menos, no tiende sólo a explicar el hecho psicológico por la fuerza motivadora ligada a ciertas representaciones normativas: justifica su validez basándose en una autoridad, en la sociedad elevada al rango de divinidad”¹⁸.

Sin embargo, la idea de la sociedad como un ser divino que se impone frente a los individuos, así como la idea de la eferescencia colectiva, difícilmente serían compatibles con la noción kelseniana de una sociedad democrática, en la cual todos los diversos intereses podrían florecer (de manera particular aquellos contrarios a las normas mayoritarias y, en consecuencia, susceptibles de entrañar una transformación social y jurídica). Sería necesario explicar de otro modo por qué las reglas sociales son impuestas, así como evitar naturalizar este proceso (lo que, de hecho, permitiría oponerse a él). Kelsen estima que la identificación de la autoridad social con la autoridad religiosa no deriva necesariamente del descubrimiento de una fuente común al lazo religioso y social. Freud, en efecto, de acuerdo con Kelsen, también ha subrayado los lazos entre ambas esferas, sin embargo, los explica a través de la psicología individual sin justificar la autoridad social. Esto permitirá pensar de otra manera a la sociedad, donde las normas no serían impuestas al individuo. Por el contrario, él mismo sería el autor de las normas jurídicas (estas últimas podrían ser contrarias a las normas sociales y, por tanto, capaces de hacerlas progresar).

2.4. La recepción de Freud en Kelsen

En *Psicología de las masas y análisis del yo* de Sigmund Freud, Hans Kelsen encuentra una herramienta teórica para soportar su crítica del método hipostasiante¹⁹. En este texto, Freud (que en un primer momento busca oponerse a la *Psicología de las masas*²⁰ de Gustave Le Bon) desarrolla las ideas sobre las formaciones sociales que ya

¹⁸ Ibid., 132.

¹⁹ Sobre la influencia de Kelsen sobre Freud, véase, BALIBAR, Étienne. Freud et Kelsen, 1922. L'invention du Surmoi. *Incidence 3*, 21-73 (2007).

²⁰ LE BON, Gustave. *Psychologie des Foules* (1895). París : PUF, 1981.

N. del T. Existe versión en castellano. Véase, LE BON, Gustave, *Psicología de las masas*, 6ª ed., trad. de Alfredo Guerra Miralles, España: Ediciones Morata, 2014.



estaban presentes en *Tótem y tabú*²¹ (las cuales serían ampliadas más tarde en sus textos de crítica social). Kelsen ve en *Psicología de las masas y análisis del yo* el problema mismo del vínculo social en general. Aunque *Tótem y tabú* ya trataba un problema particular de la psicología social (la psicología de las masas, tal y como fue desarrollada por Sighele y Le Bon), parecía tener poco que ofrecer a una teoría del derecho.

Kelsen no tiene, de ninguna manera, la intención de efectuar la síntesis entre el psicoanálisis y el derecho. Por el contrario, considera que el antagonismo entre estas dos disciplinas resulta de la oposición entre el individuo y la sociedad, razón por la cual los diferentes problemas no pueden ser abordados por una sola ciencia. Recurre al psicoanálisis solo para reforzar su crítica de la sociología psicológica-moderna, ya que la crítica de Freud a Le Bon es de la misma naturaleza que la de él a la sociología holística. Le Bon considera una colectividad, como una reunión de individuos que deviene una muchedumbre psicológica cuando, en ciertas circunstancias, ella adquiere un alma colectiva. En la muchedumbre, se pierde la estructura psíquica particular para adquirir las mismas características que los demás, se entra en un estado hipnótico donde la personalidad consciente desaparece y se tiende a realizar, sin duda, las ideas que son sugeridas: “No es la necesidad de libertad la que domina siempre el alma de las masas, sino la servidumbre. Su sed de obediencia las hace someterse instintivamente a aquel que se declara su dueño”²². Le Bon afirma que, la muchedumbre, tiende al autoritarismo e intolerancia, respetando la fuerza y dudando de la bondad, experimentando simpatía, no por los líderes mansos, sino por los tiranos que la dominan. De un líder como Julio César, “les seduce su pompa, su autoridad les amilana y su sable les atemoriza”²³. “los instintos de ferocidad destructiva son residuos de edades primitivas que permanecen en el fondo de nosotros. Para el individuo aislado -continúa Le Bon- sería peligroso satisfacerlos, mientras que el hecho de su absorción por una masa irresponsable, en la que está asegurada su impunidad, le deja en plena libertad de seguirlos.”²⁴.

²¹ FREUD, Sigmund. Totem und Tabu (1912-1913). En *Studienausgabe*, vol. IX. Fráncfort del Meno: Fischer, 2000a.

N. del T. Existe versión en castellano. Véase, FREUD, Sigmund, *Tótem y tabú y otras obras (1913-1914)*, col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XIII, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1991.

²² LE BON, *Psychologie*, op. cit., 71.

N. del T. Véase, LE BON, Gustave, op. cit., 71.

²³ *Ibid.*, 28.

N. del T. Véase, LE BON, Gustave, op. cit., 35.

²⁴ *Ibid.*, 29.

N. del T. Véase, LE BON, Gustave, op. cit., 36.



Kelsen observa como la diferencia en los comportamientos de los individuos cuando constituyen una masa, por una parte, y cuando se encuentran aislados, por la otra, produce la ficción de una oposición en el individuo y la muchedumbre:

Y llegado el caso, se insiste con pleno reconocimiento sobre esta hipostatización de una unidad puramente abstracta, sobre el hecho de sostener como real, en la hipótesis de un “alma colectiva”, el hecho de una relación de concordancia de contenido presente en una buena cantidad de individuos, y la hipótesis según la cual se trataría solamente de los fenómenos individuales semejantes, queda absolutamente refutada. [...] Como los individuos en la masa revelan propiedades nuevas, la masa es hipostasiada en un “cuerpo”, un nuevo individuo que posee esas nuevas propiedades.²⁵

Kelsen considera que Freud va más allá que Le Bon en su explicación de aquello que caracteriza el vínculo de la muchedumbre. Freud desvela el misterio del alma colectiva hipostasiada y hace del problema de la muchedumbre el de la unidad social, el vínculo social en general. Gracias a Freud, Hans Kelsen puede identificar otro tipo de vínculo social, la relación a través de la cual un individuo hace de otro el objeto de su deseo. La libido, que ha sido considerada propia del amor o amistad, deviene con Freud un problema central de la psicología social, sobre la naturaleza del vínculo social. Gracias a la libido, Freud comprende la relación de los individuos en una unidad social como un lazo afectivo debido a dos razones: no hay más que un Eros que asegura la unidad de todo lo que existe y cuando el individuo renuncia a todo aquello que le es particular para dejarse influenciar por los demás, lo hace por amor al otro, para estar de acuerdo con él y no por oposición²⁶. Sin embargo, aquello no se trata de pulsiones amorosas que persiguen fines sexuales directos, sino pulsiones desviadas de sus fines primitivos sin pérdida de energía. Los individuos en masa “soportan todas las particularidades de sus vecinos, los consideran como sus iguales, no sienten ninguna aversión por ellos”. Una restricción tal al narcisismo²⁷, una limitación de su propio amor, no puede resultar sino de la fijación libidinal a otras personas, al amor por los objetos exteriores.

²⁵ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 111-112.

N. del T. Véase, KELSEN, Hans, El concepto de Estado y la psicología social, op. cit., 345-346.

²⁶ FREUD, Sigmund. Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921). En: *Studienausgabe*. Fráncfort del Meno: Fischer, 2000c, v. 9.

N. del T. Existe traducción al castellano. Véase, FREUD, Sigmund, *Más allá del principio de placer, psicología de las masas y análisis del yo y otras obras (1920-1922)*, col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XVIII, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1992.

²⁷ FREUD, Sigmund. Zur Einführung des Narzissmus (1914). En *Studienausgabe*. Fráncfort del Meno: Fischer, 2000b, v. 3.



El tipo específico de relación libidinal en una muchedumbre es la característica²⁸, a través de la cual, Freud explica los comportamientos colectivos. Aquello que falta, para Kelsen, en la sociología es la comprensión psicológica del fenómeno de la identificación entre los individuos en una masa. La sociología puede constatar el fenómeno de los comportamientos colectivos, pero no puede explicar la exteriorización de las reglas sociales. Kelsen encuentra, en el psicoanálisis, la explicación del carácter ambiguo del proceso de identificación, aquella forma, la más primitiva, de fijación afectiva a una persona u objeto que deviene el fenómeno central en la construcción del carácter. Por una parte, Freud observa que, si cada uno es partícipe de diferentes grupos sociales (familia, escuela, religión, etcétera), así como una multiplicidad de identidades, es por la identificación con diversos modelos, que el individuo construye una personalidad independiente, original y establece vínculos afectivos con el otro. De esta forma, la identificación sostiene la formación del carácter de cada uno, el mantenimiento de la vida común y enriquece los fundamentos culturales. Por otra parte, este proceso es fracturado cuando la identidad es fijada en un solo modelo cultural tenido como invariable, excluido por otros o que excluye a otros. El concepto más importante para Kelsen, el *quid* de su argumento contra la sociología psicológica moderna, deviene el concepto freudiano de identificación: “la identificación con la autoridad, he aquí el secreto de la obediencia”²⁹. Se observa que Freud descompone los fenómenos de la muchedumbre al observar simplemente un conjunto de actitudes psíquicas individuales, lo que le permite explicar el hecho complejo, por el simple, y evitar proponer la hipótesis que emerge un ser social de un género nuevo. Es esta la idea que Kelsen retoma de Freud.

El psicoanálisis, permite a Hans Kelsen simplificar la categoría de alma a actos psíquicos individuales, lo que puede extenderse a otras entidades sociales, reduciendo aquello que se presenta como una sustancia u objeto sólido a una función o relación. De esta forma, es rechazada la concepción de la sociología de acuerdo con la cual, las formaciones sociales, son consolidadas a partir de acciones recíprocas, en un elemento psíquico de naturaleza supraindividual, por ejemplo, un alma colectiva.

N. del T. Existe traducción al castellano. Véase, FREUD, Sigmund, *Contribución a la historia del movimiento psicoanalítico. Trabajos sobre metapsicología y otras obras (1914-1916)*, col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XIV, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1992.

²⁸ FREUD, *Massenpsychologie*, op. cit.

²⁹ KELSEN, Hans. *Staatsform und Weltanschauung*. Tubinga: Mohr, 1933; HERRERA, Carlos Miguel. *Communauté introuvable, inéluctable contrainte. Le Freud de Kelsen*, *Incidence* 3, 84 (2007).



3. La teoría del derecho de Kelsen

3.1. La distinción entre el punto de vista jurídico y el punto de vista sociológico

Kelsen confronta tres disciplinas (derecho, psicoanálisis y sociología) para llegar a las mismas conclusiones que el psicoanálisis acerca de ciertos comportamientos colectivos (sumisión de los individuos a una autoridad) que, de acuerdo con él, la sociología de la época no podía comprender. Sin embargo, la perspectiva que Hans Kelsen va a privilegiar en sus textos sucesivos no es la del psicoanálisis, sino la de la teoría jurídica; ahora se trata de observar cómo se constituye dicha perspectiva de acuerdo con la crítica de las teorías sociológicas sustancialistas. Puesto que considera al Estado como un tipo de unidad distinta a los lazos sociales estudiados por los sociólogos holistas, lo que importa para Kelsen es definir adecuadamente las bases epistemológicas de la teoría del derecho, las cuales serán diferentes de las sociológicas. Encuentra una parte de su inspiración en el pensamiento de Max Weber, como Norberto Bobbio³⁰ analiza a detalle. En su texto *La “objetividad” cognoscitiva de la ciencia social y de la política social (1904)*, Weber afirma que:

Ningún análisis científico “objetivo” de la vida cultural o [...] de los “fenómenos sociales” es *independiente* de puntos de vista especiales y “unilaterales”, de acuerdo con los cuales estos [...] son seleccionados, analizados y organizados como objeto de investigación. La razón de ello reside en la especificidad de la meta cognoscitiva de cualquier investigación de ciencias sociales que quiera ir más allá de una consideración puramente *formal* de las *normas* -legales o convencionales- de la convivencia social. ³¹

A partir de esta concepción weberiana, que distingue el trabajo de las ciencias sociales de una ciencia jurídica puramente formal, Kelsen explica su posición en la elaboración de una teoría del derecho: “si puedo expresar mi punto de vista en las palabras de Max Weber, la característica del objetivo cognitivo de mi trabajo, consiste en querer otorgar un tratamiento puramente formal a la norma jurídica; me parece que,

³⁰ Lo que se retoma en este estudio, véase, BOBBIO, Norberto. Max Weber e Hans Kelsen, en *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, 159-177; así como la obra de PAULSON, Stanley L. (coord.). *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen: Scientia-Verlag, 1992.

³¹ WEBER, Max. Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904). En WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Editado por Johannes Winckelmann. Tubinga: Mohr, 1985a, 148-161.

N. del T. Existe traducción al castellano. Véase, Weber, Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. de José Luis Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 2012.



sobre esta limitación, se basa la esencia del tratamiento formal-normativo de la jurisprudencia³². Su objetivo, distinguir el punto de vista jurídico del sociológico y psicológico, opera sobre la base de dos grandes antítesis: ser/deber ser (sein/sollen)³³ y forma/contenido. El derecho corresponde a sollen, la forma; sociología y psicología al ser (sein), al contenido³⁴. A partir de esta distinción Kelsen, siguiendo a Weber, establece otras categorías como, sociedad y derecho, sociología y jurisprudencia, entre la esfera del conocimiento y la esfera de la acción. El problema metodológico es, precisamente, el de la distinción entre ciencia natural y ciencia del saber y, para Kelsen, de manera precisa, la distinción entre ciencia explicativa y ciencia normativa. La sociología del derecho es parte integrante de una ciencia explicativa de la vida social, pero no puede explicar aquello que es el derecho.³⁵ La diferencia epistemológica más importante, no es entre lo causal y lo teleológico, sino entre lo causal y lo teleológico³⁶ (esfera del ser), por una parte y lo normativo (esfera del deber ser), por la otra. El derecho tampoco es la forma de la sociedad y acción social, porque confundiría la validez empírica y la validez normativa.

La diferencia establecida por Weber³⁷ entre el punto de vista jurídico y el punto de vista sociológico deriva de la distinción entre validez empírica y validez ideal. Lo que

³² KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911). Aalen: Scienta Aalen, 1960.

³³ Véase la crítica de Kelsen, de acuerdo con Weber, sobre la distinción de Stammler entre ciencia causal de la naturaleza y ciencia teleológica de la sociedad (tesis metodológica), así como derecho en tanto forma y economía como contenido.

³⁴ KELSEN, Hans. Der Staatsbegriff „der verstehenden Soziologie“. En *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), Tubinga: Mohr, 1928. Cabe destacar que el capítulo Rechtssoziologie de *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921) Tubinga: Mohr, 2001, capítulo en el cual Weber presenta su sociología del derecho, ha sido encontrado posteriormente y publicado en la edición de 1960.

N. del T. Existe traducción al castellano respecto a la última obra mencionada. Véase, Weber, Max, *Economía y sociedad*, 3ª d., trad. de José Medina Echavarría et al., México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

³⁵ Véase la crítica que realiza Kelsen, de acuerdo con Weber, a Kantorowicz y Ehrlich sobre el error de confundir la validez ideal con la real, reduciendo la jurisprudencia a una disciplina sociológica, (PAULSON, op. cit.). Para la posición de Kantorowicz, véase, KANTOROWICZ, Hermann. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe: Muller, 1962. Sobre la posición de Ehrlich, véase, EHRLICH, Eugen (1913). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlín: Duncker und Humblot, 1989. KELSEN, Hans; EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915-1917)*, Baden-Baden: Nomos, 2003. Para la crítica de Weber, véase, WEBER, Max. *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Tubinga: Mohr, 1911, 323-330; *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tubinga: Mohr, 1988; *Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit.

³⁶ Véase la crítica de Weber y Kelsen a Rudolf Stammler. STAMMLER, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (1896), Berlín: Walter de Gruyter, 1924; KELSEN, *Hauptprobleme*, op. cit.; WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit.; WEBER, Max. *Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung* (1907). En *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Editado por Johannes Wickelmann, Tubinga: Mohr, 1985b.

³⁷ Ibid. Véase, también, WEBER, Max, *Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung*, op. cit.



interesa a la sociología, en el dominio del ser, es la validez empírica; lo que interesa a la ciencia del derecho (así como a la sociología del derecho de Weber) es, en el dominio del deber ser, la validez ideal. El problema de la validez ideal es descubrir el sentido de una norma en un sistema jurídico que se asume sin contradicciones. El problema de la validez empírica es la investigación de la motivación que impulsa a los individuos de una comunidad a orientar sus comportamientos de acuerdo con un orden jurídico considerado como empíricamente válido. Así, Kelsen define el problema de la teoría del derecho como el de la validez ideal y no como el de la validez empírica. Esto esclarece por qué las teorías sustancialistas de la sociedad no pueden explicar el método del Estado:

Organización e institución son complejos normativos, sistemas de prescripciones que rigen el comportamiento humano, que pueden ser concebidos en su especificidad sólo desde un punto de vista orientado hacia la validez normativa, o de “deber ser”, de las normas en sí mismas, y no hacia la eficacia real, existente, de los actos humanos de voluntad y de representación que tienen como contenido a estas mismas normas.³⁸

Si Kelsen distingue el punto de vista jurídico del sociológico, esto no significa que su pensamiento jurídico pueda librarse de una reflexión sobre la sociedad y psicología individual. Su concepción de una sociedad conflictiva (en oposición a las teorías sociológicas holistas), tanto como su concepción psicológica conformada por el pensamiento de Freud (ambas en el dominio de *sein* y no de *sollen*) son fundamentales para comprender su teoría jurídica. Ambos puntos de vista (*sein* y *sollen*) se muestran dependientes uno del otro. Sin embargo, de acuerdo con Kelsen, se tiene que definir rigurosamente la diferencia de perspectiva cuando se trate de teoría del derecho y su concepción de la sociedad, así como de la psicología individual. Más aún, es la teoría del derecho la que ha desarrollado a profundidad; sus consideraciones sociológicas y psicológicas interpretan un papel fundamental, pero no han sido desarrolladas a tal punto que se pueda encontrar en ellas una teoría sociológica o psicológica cuya complejidad se aproxime a su obra jurídica. Solo quedan en forma de esbozo, al que se remite (recordando siempre que la sociedad es conflictiva y no homogénea, así como que la psicología es individual y no colectiva) y extrae consecuencias para su teoría jurídica.

3.2. Unidad jurídica

³⁸ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 124.

N. del T. Véase, KELSEN, Hans, El concepto de Estado y la psicología social, op. cit., 357-358.



Kelsen extrajo del psicoanálisis los fundamentos de la crítica del Estado como unidad social, pero no ha sido más que en sentido negativo que el psicoanálisis le ha servido. El psicoanálisis muestra negativamente que el Estado no es una unidad social, pero no identifica el tipo específico de nexo activo en el Estado, de tal suerte que permanece en pie la pregunta: ¿qué constituye la unidad del Estado si no es la unidad social empírica? La respuesta de Kelsen es que no hay en el Estado más que una unidad jurídica, aglutinante de todos aquellos que se someten a ella. Lo que caracteriza la pertenencia a un Estado es puramente jurídico. La noción de validez ideal (en términos de Weber) interpreta un papel central debido a que la norma jurídica es válida, de acuerdo con sus propias y específicas leyes, para todos aquellos que pertenecen jurídicamente a un Estado. Si Kelsen reprocha a la sociología fundamentarse sobre el concepto de unidad social, no abandona el concepto de unidad, pero considera que la unidad del Estado es solamente jurídica y no social. De ahí la importancia de no confundir, al contrario de lo que hacía la sociología de su tiempo, de acuerdo con Kelsen, la unidad sociológica, empírica y causal con la unidad jurídica del Estado. El vínculo entre los individuos de un Estado no puede producirse más que por un orden jurídico válido, de tal manera que todos aquellos para los que este orden jurídico se supone válido, sean reconocidos como miembros del Estado.

Esta concepción kelseniana del Estado como unidad jurídica, busca escabullirse de las aporías, tanto de la sociología como del psicoanálisis. El proceso de identificación descrito por Freud, no tiene un aspecto positivo de formación del carácter, más que en la psicología individual, pero no así para establecer los vínculos sociales o sentimientos de pertenencia hacia un Estado. Sea en una institución, sea en el Estado, la identificación no puede servir sino para producir una hipóstasis colectiva. Epistemológicamente, Kelsen desea diferenciar, de esta manera, la ciencia jurídica de una ciencia sociológica, apoyada sobre un sistema causal natural. La pertenencia a un orden jurídico no es más que una conexión de orden causal: todos aquellos para los que este orden jurídico es supuesto como válido, son admitidos en tanto miembros del Estado. Es inadmisibles, para Kelsen, crear la ficción de una unidad sociológica, empírica y causal, que se entremezcla con la unidad jurídica del Estado.



3.3. Los conflictos de la sociedad

Al considerar como una ficción las nociones de voluntad del Estado y unidad sociológica en el Estado, Kelsen concibe al Estado histórico como una organización de dominación. Las teorías que presentan al Estado como el instrumento de una voluntad general o comunidad solidaria, consideran lo ideal como real o, peor aún, tratan de justificar una realidad. Para Kelsen, sin embargo, lo ideal de un interés que va más allá de los intereses de grupo, como el ideal de una solidaridad entre todos los miembros de una sociedad (sin distinción de nacionalidad, clase, religión, etcétera) es una ilusión metafísica³⁹.

Kelsen reprocha a la escuela moderna del derecho natural su visión idealista de la naturaleza humana; también critica al marxismo, debido a la existencia de conflictos cuyo origen se halla en la psicología y no en la economía. El marxismo, de acuerdo con Kelsen, sostiene que la desaparición de las contradicciones económicas suprimirá todas las contrariedades vitales. Sin embargo, existen conflictos religiosos, artísticos y de género que no pueden reducirse a conflictos económicos: toda diferencia de opinión puede devenir una lucha de vida o muerte. La creencia en la solidaridad social se basa en la ignorancia de la naturaleza humana o en la esperanza de una transformación radical. Las relaciones de dominación deben ser explicadas a partir de la naturaleza psíquica del ser humano. Por el contrario el marxismo afirma que, debido a la vileza del capitalismo, el ser humano deviene malvado. Para Kelsen, el capitalismo (un sistema de explotación que él considera, ciertamente, condenable) es posible solamente debido al impulso humano por utilizar a los otros como un medio para sus propios fines; un impulso que puede encontrar una oportunidad en la explotación económica, así como en otras formas de abuso⁴⁰.

Por último, cabe destacar que, la misma concepción psicológica del Estado, como la suma de una relación de fuerza, es un problema para Kelsen porque no puede haber en la realidad una unidad ni de los dominantes, ni de los dominados. No obstante, Kelsen observa toda dominación como una motivación donde la voluntad de un hombre deviene la voluntad de otro, un fenómeno que se halla en todas las relaciones interpersonales,

³⁹ HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, París : Kimé, 1997, 109.

⁴⁰ HERRERA, *Théorie juridique*, op. cit., 250-251.



aun en las de amor o amistad. De esta forma, los vínculos sociales implican, siempre, una correlación de fuerzas, un polo más fuerte y uno más débil⁴¹.

3.4. Democracia y crítica de la representación

Kelsen reprocha a los sociólogos holistas la negación del conflicto social y muestra como la sociedad se constituye, sobre todo, por conflictos. Podríamos, no obstante, reclamar al jurista vienés que su concepción de unidad jurídica conlleva las mismas dificultades que una teoría de la unidad social. Sin embargo, Kelsen comprende esta unidad jurídica, no como el producto de una voluntad común o consenso general, sino como el resultado de un compromiso sustentado entre los intereses más divergentes. Las consecuencias de esta visión, deben modificar la concepción clásica de soberanía: es necesario considerar que los conflictos se manifiestan directamente en el Estado. Dicho esto, discurrirá hacia una transformación de mecanismos de representación, así como por la introducción de formas democráticas directas, para que todos los intereses puedan manifestarse en el momento legislativo. Existe una articulación estrecha entre su crítica de las sociologías holistas, su teoría del conflicto y su propuesta de renovación del parlamentarismo. Esta articulación se encuentra expresada en su estudio *El problema del parlamentarismo*⁴². Comprometido con la discusión sobre la crisis, bancarrota y agonía del parlamentarismo, considera que, la lucha histórica contra la autocracia ha sido, de hecho, una lucha contra el parlamentarismo (por una constitución que dé lugar a la representación del pueblo en la toma de decisiones del Estado). La democracia moderna depende de la capacidad del parlamentarismo (el único modelo apto para realizar la democracia) para resolver los problemas sociales de su tiempo, lo que significa para él, la capacidad para rendir cuentas de todos sus conflictos y no ocultarlos al propagar la idea de una voluntad general que podría ser representada por unos cuantos electos: “la decisión sobre el parlamentarismo es, al mismo tiempo, la decisión sobre la democracia”⁴³.

Kelsen critica el argumento, popular en su tiempo, de transformar al parlamento en una suerte de organización corporativista: aquellos que ejercen la misma profesión tienen los mismos intereses, de esta forma, los conflictos al seno de una profesión son atenuados. Según el principio de la división de trabajo, es necesario introducir

⁴¹ KELSEN, Der Begriff des Staates, op. cit., 108-109.

⁴² KELSEN, Hans. *Das Problem des Parlamentarismus* (1926). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

⁴³ KELSEN, Parlamentarismus, op. cit., 5.



parlamentos especializados por diferentes ramos legislativos en lugar de un cuerpo legislativo central, universal y electo democráticamente. No obstante lo anterior, contra la idea de la existencia de una suerte de unidad social al interior de las categorías sociales, Kelsen observa que los individuos no poseen solamente intereses profesionales, ellos tienen otros intereses vitales, por ejemplo, religiosos, éticos, estéticos. Ellos desean, también, una determinada regulación jurídica del matrimonio, de la relación entre la Iglesia y el Estado, así como el resto de los nexos sociales⁴⁴. Más aún, continua, los trabajadores de todas las profesiones se sienten más unidos entre ellos que con los patrones capitalistas de una misma profesión. La organización corporativista no expresa las verdaderas fuerzas sociales. Por el contrario, es el principio de mayoría-minoría, forma oficial del parlamento democrático, lo que constituye la verdadera expresión de la sociedad dividida en dos clases. Este argumento se encuentra vinculado a una crítica ideológica. Históricamente, observa Kelsen, las corporaciones profesionales han sido siempre el medio empleado por un grupo para dominar a otro: “¿no es curioso que el llamado a la organización corporativista provenga del lado burgués, cuando el proletariado, hasta este momento una minoría, se convierte en mayoría y, cuando el parlamentarismo democrático amenaza volverse contra el grupo que hasta ahora dominaba la política?”⁴⁵.

Debido a que Hans Kelsen parte de una concepción de la sociedad caracterizada por el conflicto, a diferencia de las tesis sociológicas holistas que subrayaban la unidad, puede criticar todos los principios clásicos del parlamentarismo. La definición clásica es que, el parlamentarismo, resulta de un órgano electo por el pueblo bajo el sufragio universal e igualitario, de acuerdo con el principio de la mayoría, con miras a formar la voluntad estatal. El primer principio expresado en esta definición es el de libertad, el principio de la autodeterminación democrática. La lucha por el parlamentarismo ha sido siempre, de hecho, un combate por la libertad política. No obstante, Kelsen nota que, la realidad social y práctica política, niegan la existencia de la libertad, que significa autodeterminación política. El orden social debe estar formado por todos aquellos que lo comparten, pero el pueblo no construye el orden social. Este, solamente elige los individuos capaces de representarlo, considerados como una hipóstasis colectiva, como en la teoría del contrato social. Sin embargo, para Kelsen, la voluntad de unos cuantos

⁴⁴ Ibid., 26.

⁴⁵ Idem.



individuos no significa la voluntad del pueblo, porque el talante de unos y otros, siempre difiere al estar en conflicto.

El segundo principio es la intermediación en la formación de la voluntad (principio de representación), que implica una división del trabajo y una diferenciación social. La idea consistente en que el parlamentarismo expresa la libertad democrática se apoya en que aquello que Hans Kelsen ha denominado la ficción de la representación; una concepción de acuerdo con la cual el pueblo no puede expresarse sino a través del parlamento que lo representa, aun si este es independiente de aquel y si los parlamentarios no reciben alguna instrucción de sus electores. Así, la ficción de la representación legitima al parlamento de acuerdo con el principio de soberanía popular. Sin embargo, no es posible, para Kelsen, representar al pueblo de la misma forma en que una persona no puede representar a otra porque tienen intereses divergentes.

En consecuencia, no existe una verdadera representación, no existe una unidad de voluntad; los parlamentarios deben estar siempre sometidos al control del pueblo. Kelsen no acepta, entonces, el principio de no-responsabilidad de los legisladores. El principio de inmunidad (de acuerdo con el cual, un parlamentario puede ser juzgado y condenado solamente si el parlamento está de acuerdo) tiene como función proteger a los legisladores en la monarquía constitucional, pero carece de sentido en una república parlamentaria. Kelsen también considera que, si el pueblo se opone al parlamento, este debe ser disuelto. Lo anterior no significa necesariamente que el próximo parlamento expresará la voluntad del pueblo, lo que debido a la naturaleza conflictiva del sistema social es imposible, pero al menos no se opondrá a él.

Aunque no es posible que la voluntad estatal sea construida por el pueblo en todos sus niveles, es factible, sin embargo, que el pueblo pueda, cuando menos por otros medios, participar con mayor intensidad en el proceso legislativo que en el caso del parlamento, cuya participación está restringida a la elección. El referendo (no solamente constitucional, sino también legislativo) amplía esta participación. Otra institución, de acuerdo con Kelsen, que permite una injerencia inmediata del pueblo en la voluntad del Estado, es la iniciativa popular a través de la cual, un cierto número de electores proponen una iniciativa de ley que el parlamento está obligado a considerar. Esta institución, siguiendo a Kelsen, debería tener un mayor peso en la constitución y permitir al pueblo presentar, sobre todo, directivas generales. Puesto que los electores no pueden instruir



al parlamento, ellos podrían, cuando menos, conferir a sus representantes algunas directrices que los orientaran.

El tercer principio que Hans Kelsen critica es el de la mayoría. El parlamento y el orden social están basados en el principio de la mayoría, pero esta supone una minoría. Por tanto, solamente aquellos que pertenecen a la mayoría son libres y se autodeterminan. La minoría se encuentra en contradicción con el orden social. Aún aquellos que pertenecen a la mayoría no son completamente libres, porque no pueden cambiar su punto de vista sin necesitar otra mayoría a la cual unirse. El principio de la mayoría no permite a todos los diferentes intereses estar representados en el parlamento; no permite que todas las opiniones y oposiciones se desarrollen (problemas que permanecen hasta ahora en el centro del debate sobre la democracia y la crisis de la representación). Tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, Hans Kelsen, quizá imaginando que las posibilidades de controlar la soberanía del Estado a través del derecho interno eran demasiado limitadas, se dedicó, sobre todo, al estudio del derecho internacional. En lo sucesivo, buscará en el derecho exterior al Estado, el medio que permita frenar adecuadamente su siempre feroz soberanía⁴⁶.

4. Reflexión final

Uno de los autores que ha continuado la crítica de Hans Kelsen al concepto de alma colectiva y que hace un llamado al control de la soberanía del Estado por el derecho internacional, es el filósofo Jürgen Habermas. Ciertamente, los dos autores tienen inmensas diferencias epistemológicas y políticas. Una de las más importantes es que, el derecho, para Kelsen, es el producto de un compromiso, ya que la divergencia de la pluralidad de intereses es irreconciliable, en tanto que Habermas, al acentuar la racionalidad de la construcción del derecho, lo ve producido no como un compromiso, sino como un consenso o el resultado de una comunicación donde el mejor argumento convence (lo que supondría para Kelsen volver a caer en la metáfora de la voluntad general que tanto

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Law and peace in international relations*. Cambridge: Harvard University Press, 1948; *Peace through law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

N. del T. Existe traducción al castellano de ambas obras. Véase, KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 2ª ed., trad. de Florencio Acosta, México: Fondo de Cultura Económica, 1996; KELSEN, Hans, *La paz por medio del derecho*, trad. de Luis Echávarri, Argentina: Losada, 1946.



ha criticado). Sin embargo, los dos filósofos se encuentran más próximos en otro punto: su crítica al nacionalismo. Habermas se opone al punto de vista étnico-nacional de la sociedad, pues presupone la existencia de una nación, un pueblo con una homogeneidad cultural⁴⁷. Esto hace imposible pensar al Estado en el marco de una sociedad pluricultural; es decir, una sociedad donde coexistan diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, credos, imágenes del mundo y formas de vida⁴⁸. La nación de ciudadanos no encuentra su identidad en las similitudes étnico-culturales⁴⁹, el consenso debe basarse en la unidad de un proceso⁵⁰, donde “los mismos principios legales deben ser interpretados desde perspectivas de diferentes tradiciones e historias nacionales”⁵¹. De esta forma, no existe contradicción entre la universalidad de los principios jurídicos y la particularidad de las interpretaciones de estos principios legales impregnados por las diferentes historias nacionales. Lo anterior permite a Habermas, también, el acuerdo con los extranjeros, así como la inclusión del otro, que no implica una uniformidad⁵².

En sus últimos textos, Habermas ha introducido expresiones como identidad europea, refiriéndose a los sistemas jurídicos como la expresión de los valores y cultura de un pueblo⁵³. Se trata, seguramente, de una respuesta a las críticas de una visión muy formalista y ciega a las cuestiones socioculturales, así como una tentativa de dar cuenta de las divergencias de los sistemas políticos, jurídicos y culturales. Sin embargo, no está claro cómo esta noción de cultura, aunque sólo incluya la actitud hacia los derechos humanos, podría escapar de la vaguedad que el propio Habermas quería combatir en sus primeros textos. Desde el punto de vista de Kelsen, parecería acercarse a esa sustancialización que no podía tolerar en Simmel o Durkheim, y que consideraría, sin duda, vigente en la obra de hoy en día.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1996, 158.

⁴⁸ HABERMAS, *Einbeziehung*, op. cit., 174.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1992, 636.

N. del T. Existe traducción al castellano de esta obra. Véase. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, España: Trotta, 2004.

⁵⁰ *Ibid*, 638.

⁵¹ *Ibid.*, 634.

⁵² HABERMAS, *Einbeziehung*, op. cit., 164-165.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Ach, Europa*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2008.



Traducción:

Augusto Fernando Carrillo Salgado, Universidade Nacional do México, UNAM México, E-mail: fernando90@comunidad.unam-mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>.

5. Fuentes de consulta

BALIBAR, Étienne, Freud et Kelsen, 1922: *l'invention du Surmoi*, *Incidence*, 3, París.

BEAU, Olivier ; PASQUINO, Pasquale (coords.). *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, París: Panthéon-Assas, 2007.

BOBBIO, Norberto. Max Weber e Hans Kelsen. En *Diritto e Potere: saggi su Kelsen*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

DURKHEIM, Emile. *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, París: Librairie Générale Française, 1991.

_____, *Las formas elementales de la vida religiosa*, trad. de Iris Josefina Ludmer, Argentina: Editorial Schapire, 1968.

EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913)*, Berlín: Duncker und Humblot, 1989.

FREUD, Sigmund. Totem und Tabu (1912-1913). En FREUD, Sigmund. *Studienausgabe*. Fráncfort del Meno, 2000a. v. 9.

_____, *Tótem y tabú y otras obras (1913-1914)*, col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XIII, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1991.

_____. Zur Einführung des Narzissmus (1914). En FREUD, Sigmund, *Studienausgabe*. Fráncfort del Meno: Fischer, 2000b. v. 3.

_____, *Contribución a la historia del movimiento psicoanalítico. Trabajos sobre metapsicología y otras obras (1914-1916)*, col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XIV, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1992.

_____. Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921). En FREUD, Sigmund, *Studienausgabe*. Fráncfort del Meno: Fischer, 2000c. v. 9. _____, *Más allá del principio de placer, psicología*



de las masas y análisis del yo y otras obras (1920-1922), col. Obras completas de Sigmund Freud, vol. XVIII, trad. de José L. Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 1992.
 HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1992.

_____, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, España: Trotta, 2004.

_____, *Die Einbeziehung des anderen: Studien zur politischen Theorie*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1996.

_____, *Ach, Europa*, Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, París: Kimé, 1997.

_____, *Communauté introuvable, inéluctable contrainte : Le Freud de Kelsen*, *Incidence*, 3, París, 2007.

KANT, Immanuel. Zum ewigen Frieden (1795). En: PREUSSISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN. *Kantwerke*. Berlín: Walter de Gruyter, 1900a. v. 7.

_____. *Rechtslehre* (1797). En preußische Akademie der Wissenschaften. *Kantwerke*. Berlín: Walter de Gruyter, 1900b. v. 6.

_____, *Hacia la paz perpetua (edición bilingüe alemán-español)*, trad. de Gustavo Leyva, México: Fondo de Cultura Económica, 2018.

KANTOROWICZ, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe: Muller, 1962.

KELSEN, Hans. Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse, *Imago*, Viena, v. 8, n. 2.

_____, *Sozialismus und Staat (1920)*, Leipzig: Hirschfeld, 1923.

_____, Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“. En KELSEN, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922)*, Tubinga: Mohr, 1928.

_____, *Staatsform und Weltanschauung*, Tubinga: Mohr, 1933.

_____, *Peace through law*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

_____, *La paz por medio del derecho*, trad. de Luis Echávarri, Argentina: Losada, 1946.

_____, *Law and peace in international relations*, Cambridge: Harvard University Press, 1948.



___, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 2ª ed., trad. de Florencio Acosta, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

___, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)*, Aalen: Scientia Aalen, 1960.

___, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Introducción de Ernst Topitsch. Neuwied: Luchterhand, 1964.

___, *Das Problem des Parlamentarismus (1926)*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

___; EHRlich, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915 - 1917)*. Baden-Bande: Nomos, 2003.

___, El concepto de Estado y la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud), trad. de F. Lucce, en CORREAS, Oscar, *El otro Kelsen*, México: UNAM-IIIJ, 1989.

KRAWIETZ, Werner; TOPITSCH, Ernst; KOLLER, Peter (coords.), (1982), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlín: Duncker und Humblot, 1982.

LE BON, Gustave. *Psychologie des Foules (1895)*, París: Presses Universitaires de France, 1981.

___, *Psicología de las masas*, 6ª ed., trad. de Alfredo Guerra Miralles, España: Ediciones Morata, 2014.

MÉTALL, Rudolf Aladár, Hans Kelsen. *Vie et Ouvre, Incidence 3*, París, 2007.

___, *Hans Kelsen. Vida y obra*. trad. de Javier Esquivel. México: UNAM-IIIJ, 1976.

PAULSON, Stanley L. (coord.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen: Scientia-Verlag, 1992.

SANER, Hans. Die negativen Bedingungen des Friedens. En HÖFFE, Ottfried. *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*. Berlín: Akademie Verlag, 1995,.

STAMMLER, Rudolf, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (1896)*, Berlín: Walter de Gruyter, 1924.



VLACHOS, Georges. *La pensée politique de Kant*, Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

WEBER, Max. *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Tubinga: Mohr, 1911.

_____. Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904). En WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Editado por Johannes Winckelmann. Tubinga: Mohr, 1985a.

_____. Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung (1907). En WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Editado por Johannes Winckelmann. Tubinga: Mohr, 1985b.

_____. *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*. Tubinga: Mohr, 1988.

_____, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. de José Luis Etcheverry, Argentina: Amorrortu editores, 2012.

_____. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tubinga: Mohr, 2001.

_____, *Economía y sociedad*, 3ª d., trad. de José Medina Echavarría et al., México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

