

## LA TEORÍA DE LA IDENTIDAD DEL DERECHO Y DEL ESTADO DE HANS KELSEN

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

La teoría del Estado se encuentra escindida por un dualismo metódico: una especie de grieta la recorre. Por un lado, se encuentran las consideraciones de orientación causal sobre el Estado y, por el otro, las de orientación normativa o jurídica. Se ha intentado construir la teoría del Estado como una disciplina autónoma y unitaria teniendo como base la dualidad metódica constituida por los conceptos distintos de la causalidad y de la normatividad. El ejemplo más conspicuo, clásico podríamos llamarlo, de esta dualidad es la teoría Georg Jellinek, quien propone la construcción de una teoría general del Estado dividida en dos partes: la doctrina social o sociológica del Estado y la doctrina jurídica del Estado. Una exposición detallada de esta doctrina está fuera de lugar en esta ocasión. Sin embargo, debemos señalar que contiene consideraciones que señalan a ciertos hechos reales y designan fenómenos que deben ser tomados en cuenta. Estos hechos reales, a los que explícitamente se refiere, aparecen expuestos con toda claridad en la concepción que del derecho y el Estado tiene el gran sociólogo y jurista alemán Max Weber, cuyo pensamiento será expuesto brevemente.

En su intento por definir la política, Weber se ve en la necesidad de presentar un concepto del Estado, desde el punto de vista peculiar y característico de la ciencia de la sociología. En relación con el Estado moderno, dice Weber que dicho 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-Li-

tovska. 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. Hoy, 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<sup>1</sup>

En esta concepción del Estado deben destacarse como particularmente importantes los conceptos de *territorio*, *violencia física* y *monopolio*, los que determinan esta concepción sociológica del Estado y que adquirirán significación específica en la teoría de la identidad del Estado y el derecho ofrecida por Kelsen.

Ahora bien, debemos acudir a su gran obra sociológica, *Economía y sociedad*, para esclarecer estos conceptos. En ella, Weber nos proporciona los siguientes conceptos, que constituyen el fundamento de los contenidos en el párrafo que acabo de leerles. “Por *dominación* debe entenderse la posibilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”.<sup>2</sup>

Sociológicamente concebido, un sujeto domina a otro sujeto si existe la probabilidad de que un mandato emitido por el sujeto dominante encuentre obediencia por parte del sujeto destinatario del mandato. Como puede ser fácilmente observado, el concepto de *mandato* es el concepto determinante, pues en relación con él se construye el concepto de dominación. Si, además, concebimos una pluralidad de sujetos destinatarios de un conjunto de mandatos emitidos por uno o varios sujetos, estamos en la situación de analizar, aunque sea someramente, la situación que se presenta en relación con un conjunto de mandatos que normalmente son obedecidos en una comunidad.

1 Weber, Max, *La política...*, p. 83.

2 Weber, Max, *Economía y Sociedad*, p. 43.

Por diversos motivos los destinatarios de los mandatos pueden considerarlos como formaciones verbales que tienen una dimensión de obligatoriedad, es decir, que constituyen modelos de conductas que conllevan una compulsión a realizarlos o ejecutarlos. Weber denomina *validez* de un orden a este hecho de que los sujetos consideren a los mandatos emitidos por otros sujetos como normas obligatorias. Define la existencia del *derecho* cuando la validez de un orden; *i. e.*, cuando hay un conjunto de máximas que orientan de hecho la conducta de una pluralidad de individuos, “está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”<sup>3</sup>

Para resumir la tesis que estamos exponiendo y que nos conducirá de manera directa a la tesis de Kelsen de la identidad del derecho y el Estado, diremos que Weber:

1. Comprende los mandatos emitidos por ciertos sujetos como máximas, es decir, como formaciones lingüísticas significativas de una cierta clase de conductas.

2. Pueden existir formaciones lingüísticas que tienen la forma de un mandato, pero que no pueden ser considerados por sus destinatarios como modelos de su conducta, o sea, como significaciones obligatorias para ellos. El mandato dirigido a un sujeto por un niño de tres años de edad tiene todas las características externas de un mandato, pero no puede ser considerado como obligatorio.

3. La validez de un mandato consiste en el hecho de que los sujetos destinatarios del mismo orientan su conducta por dicho mandato, en virtud de que lo consideran como obligatorio, como modelo de conducta.

4. La calidad o el prestigio de que un conjunto de mandatos sea considerado como válido; *i. e.*, como obligatorio para los destinatarios del mismo, es la *legitimidad* de ese orden.

5. La legitimidad del orden puede estar garantizada por diversos hechos, entre los cuales algunos tienen carácter externo.

6. Cuando la legitimidad del orden está garantizada por la probabilidad de que un conjunto de sujetos que forman un cuadro administrativo instituido con la misión de obligar a la observancia del

3 *Idem*, p. 27.

orden o castigar su transgresión, ejerzan coacción física o psíquica para esas finalidades, estamos en presencia del derecho.

Por lo tanto, Weber concibe al derecho de manera que contiene dos elementos:

a) Un conjunto de mandatos que determinan la conducta que se considera obligatoria por parte de los destinatarios;

b) Existe una situación real, objetiva, de la existencia de un conjunto de hombres constitutivos de un cuadro administrativo encargado de ejercitar la coacción física o psíquica, al que podemos denominar *cuadro coactivo*.

El derecho es concebido, para decirlo sintéticamente, como *un orden o conjunto de mandatos garantizado por la existencia de un cuadro coactivo*. De otra manera expresado, el derecho, para Weber, es un conjunto de normas o máximas que establecen obligaciones las cuales están garantizadas en su cumplimiento por la existencia real, sociológicamente comprobable, de un cuadro coactivo. Los concedores de la doctrina de Jellinek pueden comprobar el grado en que su doctrina coincide con esta de Weber, que ha sido expuesta de manera muy sucinta.

Si lo anterior se pone en relación con el concepto de la dominación, se podrá entender cómo se construyó el concepto del Estado que hemos presentado. El sujeto emisor del mandato es el sujeto dominante. Si el mandato está garantizado en su validez por la existencia de un cuadro coactivo encargado de ejercitar la coacción física, el sujeto dominante crea el derecho al emitir el mandato obligatorio. Dice Weber: “por *Estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”.<sup>4</sup> Dada esta definición, podemos concluir que, para Weber, el Estado es algo diferente del derecho, pues este último, aunque relacionado íntimamente con aquél, se distingue por ser un conjunto de normas que establecen obligaciones: constituyen un orden garantizado por la constelación de hechos que determinan al Estado, como una situación de carácter real. El orden vigente es el derecho y éste se encuentra garantizado por el Estado, entendido como un conjunto de hombres especializados en la aplicación monopólica y legítima de la coacción física,

4 *Idem*, pp. 44 y 45.

dentro de un territorio determinado. Esto hace comprensible la afirmación de que el derecho y el Estado constituyen dos objetos diferentes y que guardan ciertas relaciones entre sí, especialmente aquellas que consisten en estimar al Estado como el creador y el garantizador de las normas jurídicas. Que el derecho no pueda ser entendido sin el Estado resulta de la circunstancia de que en el concepto mismo de la norma jurídica se incluye la nota definitoria de que el mandato debe estar garantizado por un cuadro coactivo, encargado de la aplicación de la coacción.

Conforme a Weber, y esto es necesario enfatizarlo, el cuadro administrativo encargado del ejercicio de la coacción *tiene su ordenamiento propio*, es decir, un conjunto de reglas que regulan su funcionamiento. Weber, sin embargo, no señala expresamente que ese conjunto de reglas constituya parte de un orden jurídico ni tampoco se preocupa por integrarlas de modo sistemático a las normas o mandatos que considera integran el orden normativo del derecho. Es posible conjeturar que en el caso de que esta integración hubiera sido hecha por Weber, habría obtenido la tesis de la identidad del derecho y el Estado. La formulación explícita y pormenorizada de esa identidad fue hecha por Kelsen, al cual le corresponde el mérito histórico, tanto de haberla formulado por primera vez como de haber realizado su desarrollo sistemático.

### *Teoría de la identidad del derecho y del Estado*

Con las teorías de Weber y Jellinek estaba preparado el camino para que Kelsen formulara su teoría de la identidad del derecho y del Estado. Esta tesis no debe entenderse en el sentido de que el derecho, como conjunto de mandatos o normas obligatorias y el Estado, como poder o cuadro coactivo que tiene su propio orden, son uno y el mismo objeto, porque ello conduciría a la identificación de dos objetos que de antemano se han considerado como distintos. Si el Estado es el poder de un cuadro coactivo que garantiza la obligatoriedad del conjunto de normas constitutivas del derecho, la tesis de la identidad de ambos es imposible y contradictoria, pues se ha partido del supuesto de que el derecho y el Estado son dos objetos distintos y dos objetos distintos no pueden ser idénticos, es decir, no pueden ser un mismo e idéntico objeto.

Si se concibe el derecho como un conjunto de normas que establecen obligaciones y derechos subjetivos correlativos, como lo sostiene la tesis de la bilateralidad del derecho, se cierra de antemano la posibilidad de comprender la identidad del Estado y el derecho. Esto puede afirmarse no sólo de la teoría de la bilateralidad, sino de toda teoría sobre el derecho que lo considere constituido por normas cuya característica esencial sea la de imponer obligaciones o conceder derechos y se excluya de su concepto la nota esencial de la coactividad.

Hay una larga tradición jurídica que concibe al derecho positivo relacionándolo con el concepto de la coacción, como ya lo hemos visto con Weber y Jellinek. Ihering dice:

La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho, una regla desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbraba. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa. Son derecho todas las normas realizadas de este modo; todas las demás, aunque de hecho fueran universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el *elemento exterior de la coacción pública* se les agrega <sup>5</sup>

A pesar de la imprecisión de algunas expresiones, aquí se encuentra consignada la tesis de que el derecho puede ser concebido con el concepto de coacción, aunque a esa coacción la califica como “elemento exterior”, acercándose esta concepción de Ihering de manera muy estrecha a las concepciones de Weber y Jellinek. El derecho y el Estado se implican, se relacionan de manera esencial: la coacción del Estado permite definir a la norma jurídica, pero es indudable que en las frases de Ihering se encuentra implícita la concepción de que el derecho, como conjunto de normas, y el Estado son dos entidades distintas. En la última frase del párrafo transcrito aparece con toda claridad la dualidad del derecho y el Estado, así como el carácter externo al derecho de la coacción estatal. Habla del “elemento exterior de la coacción pública”, en el mismo sentido en que se pronuncia Weber.

5 Ihering, Rudolf, *El fin en el derecho*, pp. 159 y 160.

En contraposición parcial, Kelsen, desde su primera obra, “Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica”, presenta de manera enfática la hipótesis fundamental: la norma entendida como un enunciado hipotético, que dispone el ejercicio de la coacción por los órganos del Estado. Habla de la norma como un juicio hipotético que dispone el ejercicio condicionado de la voluntad del Estado, que es voluntad coactiva. El derecho, en resumen, es entendido como un orden coactivo de la conducta humana. Kelsen lleva a cabo un cambio fundamental: en vez de concebir a la coacción estatal como un elemento externo al derecho, la concibe como parte integrante de la norma jurídica. Esto es posible porque en su teoría ha realizado un procedimiento que ha denominado *interiorización de la coacción en la norma jurídica*. Esta interiorización tiene que producir un cambio fundamental en la concepción de la forma de la norma jurídica: la norma no puede seguir siendo concebida como un imperativo, como una regla que prescribe una determinada conducta, a la manera en que lo hacen las normas del Decálogo: ¡Haz X!, ¡No hagas Y! Si la coacción se introduce dentro de la norma de manera tal que se conciba que ésta dispone el ejercicio condicionado de la voluntad coactiva del Estado, es claro que su forma debe tener un carácter hipotético o condicional: sólo bajo ciertas condiciones o supuestos deben ejercerse, como consecuencia, actos coactivos de unos hombres contra otros hombres. La introducción de la coacción dentro de la norma jurídica determina que la concepción imperativa de la misma se convierta no sólo en falsa, sino en totalmente impropia. Carece de sentido un imperativo cuyo contenido fuera el ejercicio de la coacción. Su formulación sería así: “¡Coaccional!, lo que, en rigor, es totalmente inadecuado, pues está ordenando el ejercicio de la coacción en todo caso. Sólo es posible una norma que ordene el ejercicio de la coacción si su forma es la de un condicional. La coacción, determinante del concepto del derecho, deja de ser un elemento que se encuentra *fuera* del contenido de la norma, como un elemento social o natural o psíquico o de cualquier carácter que se quiera. En esto se encuentra la diferencia fundamental entre Kelsen y todos los demás autores que hablan de la coacción estatal. Con esto, toda la problemática sobre la coacción y el monopolio de la fuerza y la violencia

se ha transformado pues, en vez de concebirlas causalmente y como elementos naturales externos al derecho, adquiere carácter deóntico, y pierde esa dimensión sociológica naturalista. La “interiorización” de la coacción en la norma jurídica entraña un procedimiento que he denominado “*semantización de elementos pragmáticos*”. Esta semantización implica una transformación radical de la ciencia jurídica, pues elementos que eran considerados ajenos al derecho quedan incluidos en éste, generándose con ello una gran cantidad de problemas sistemáticos que la ciencia del derecho debe resolver. El derecho no es sólo un conjunto de normas que imponen obligaciones, con la garantía externa de un cuadro coactivo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente, a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de actos de coacción. Estar obligado y ser objeto de un acto de coacción ordenado condicionalmente por una norma son expresiones sinónimas. El llamado “acto antijurídico” debe, entonces, formar parte integrante de la norma, debe ser un elemento integrante del contenido del derecho, pues constituye la condición o supuesto de la sanción. Con ello, el delito pierde su característica de ser algo ajeno al derecho, algo que lo ataca o intenta destruir, algo anómico, para convertirse en el supuesto central de todo él, pues el acto coactivo se ejerce contra el sujeto o sujetos que realizaron el acto que aparece como condición de la norma hipotética que dispone la coacción.

Podemos, en consecuencia, sacar de modo inmediato la siguiente conclusión: si el Estado es un cuadro coactivo y el derecho es un orden coactivo, y tomando en 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, *ergo* el Estado es idéntico al derecho. A partir de este concepto, debe afirmarse que el contenido propio y directo del derecho no es la conducta humana establecida con la calidad de obligatoria, sino el establecimiento 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, por definición, regula el ejercicio de la coacción, entonces su contenido propio tiene que consistir en:



- a) La especificación de los actos coactivos;
- b) Determinación de los actos que constituyen la condición del ejercicio de la coacción;
- c) Definición del procedimiento de aplicación de la coacción;
- d) Establecimiento de los órganos que tienen encargado el ejercicio de la coacción.

Dice Kelsen:

Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá que prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en su proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición.<sup>6</sup>

El derecho, como conjunto de normas, es un orden coactivo de la conducta humana. Esto significa que los actos de coacción, los actos de violencia física legítima, en la terminología de Weber, no son extraños al derecho, cuya función sea la garantía del cumplimiento de las normas del derecho, las que entonces deben entenderse como normas que establecen obligaciones y conceden derechos. En esta concepción de Kelsen, la coacción se introduce dentro de la norma jurídica y *lo que le era ajeno, 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 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 puede afirmarse que estos 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 es concebido como el mismo orden jurídico.

El siguiente párrafo de Kelsen permite comprender con exactitud la teoría de la identidad del derecho y el Estado:

6 *Teoría general del Estado*, p. 62.

Ahora bien, ¿cuál es el carácter por medio del cual puedo distinguir algunas acciones como actos del Estado, de otras que no lo son? ¿Cuál es el criterio merced al cual ciertas acciones humanas no se atribuyen al hombre que las efectúa, sino que a través de él se imputan a otro ente supuesto detrás de él, a un sujeto ideal, en una palabra, al Estado? Para la mera percepción sensible, para una consideración exclusivamente empírica e inductiva de la realidad, no hay más que actos individuales. La afirmación de que determinados actos son considerados como actos del Estado (y para una visión empírica del Estado se da únicamente en estos actos que se le atribuyen), es una cualidad no perceptible por los sentidos. Para llegar al concepto del Estado como soporte o sujeto de estos actos es indispensablemente precisa una operación mental que designaré con la palabra *imputación* (*Zurechnung*). Sólo llegamos al Estado en tal sentido, mediante un juicio de imputación. El Estado como sujeto de los actos estatales, es un centro de imputación. Ahora bien, el criterio para que ciertos actos humanos puedan ser concebidos como actos del Estado, es decir, para que puedan ser imputados al mismo es única y exclusivamente el siguiente: que estos hechos —y sólo ellos— correspondan de una manera específica a un orden que se ha supuesto en vigencia: o sea, que coinciden con las normas integrantes de dicho orden, las cuales regulan los actos de determinados hombres en ciertas condiciones. Su calificación como estatales, en primer término no significa sino que estos actos corresponden o coinciden específicamente con el orden estatal, en tanto que están regulados por ese orden y situados dentro del mismo; por cuya razón pueden ser referidos a la unidad de dicho orden. El Estado, como sujeto de estos actos, no es más que una expresión personificadora de la unidad de este orden. La referencia de estos actos a la unidad del orden —en méritos de la norma que estatuye el acto en cuestión—, constituye la imputación al Estado.<sup>7</sup>

De todo lo expuesto, puede uno percatarse de que la concepción del derecho como orden coactivo fundamenta la afirmación de la identidad del derecho y del Estado. Esta teoría de la identidad significa, en el fondo, que todo problema referente al Estado es un problema jurídico y debe resolverse en función de las normas jurídicas. Este es el sentido teórico de la teoría de la identidad del derecho y del Estado.

7 *Compendio de teoría general del Estado*, pp. 116 y 117.

Si se concibe al Estado como ordenamiento jurídico, entonces hay que desarrollar y resolver todos los problemas de la Teoría General de aquél, desde este punto de vista, es decir, como problemas de la Teoría Jurídica. La exactitud de este supuesto, esto es, de la opinión que afirma que el Estado es el ordenamiento jurídico, se comprueba, no meramente porque sólo es posible obtener así las soluciones buscadas que forman un sistema unitario y cerrado; sino también, porque únicamente a la luz de este supuesto quedan claras las conexiones íntimas entre dichos problemas. Y, efectivamente, todos los problemas de la Teoría General del Estado son problemas en torno a la validez o vigencia así como a la producción del orden jurídico; son, por lo tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama elementos del Estado: poder, territorio, pueblo, no son más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos espacial y personal de éstas, respectivamente: Los problemas en torno a la naturaleza de aquellos complejos jurídicos que surgen en virtud de la articulación territorial del Estado representan un caso singular dentro de la cuestión acerca del campo espacial de vigencia del orden jurídico: tales son las cuestiones acerca de la descentralización y descentralización... La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico. Los órganos del Estado pueden ser concebidos solamente como situaciones en la producción del derecho; y las formas del Estado no son otra cosa, más que métodos de producción del orden jurídico, el cual se llama en sentido figurado “voluntad del Estado”.<sup>8</sup>

Con esto creo que he presentado a ustedes, de manera no convencional, el principio interno que condujo a Kelsen a postular la teoría de la identidad del derecho y del Estado. La explicitación detallada de las consecuencias de esta identidad se puede encontrar en el libro que, en mi opinión, es el más importante de Kelsen: la *Teoría general del Estado*, publicada en alemán en 1925, de la cual existe una espléndida traducción en español hecha por el profesor Luis Legaz y Lacambra.

#### BIBLIOGRAFÍA

WEBER, Max, “La política como vocación”, *El político y el científico* (trad. de Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial.

<sup>8</sup> *Idem*, pp. 131 y 132.

- , *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), Madrid, Labor, 1934.
- , *Compendio de teoría general del Estado* (trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate), México, Editora Nacional, 1974.
- , *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* (trad. de Wenceslao Roces), México, Porrúa, 1987, Ulises Schmill (ed.).
- IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Biblioteca Omeba, 1960.