

La posición asumida por Jellinek en relación con este debate fue muy crítica, y a nuestro juicio, *Das Pluraltheorie* constituye un testimonio de ello. En el proceso de centralización en marcha, Jellinek identificaba uno de los factores que contribuirían a la parlamentarización del gobierno. Precisamente este detalle en particular lo afrontó y profundizó Jellinek en el ensayo *Regierung und Parlament in Deutschland (Gobierno y Parlamento en Alemania)*²³⁰. Según el jurista, el proceso de centralización debilitaría progresivamente el parlamento regional prusiano y el Bundestrat, esto es, las dos estructuras que habían representado desde siempre un «freno» en relación con el Reichstag²³¹.

La concentración de poderes en manos de las instituciones centrales desplazaría el centro del poder a favor del Reichstag, y en consecuencia reafirmaría la práctica de la responsabilidad ministerial y del Canciller; pero todo esto revolucionaría la propia estructura institucional del estado²³²:

si quisieramos realizar un parlamentarismo según el modelo occidental, sucedería solamente al precio de un sofocamiento del Bundestrat y, por tanto, al precio de la destrucción del orden federal del estado. Los gobiernos federales deberían someterse a la voluntad del Reichstag, representado a través del gobierno imperial, y transformarse en meras sombras²³³.

En la óptica de Jellinek, la centralización en marcha debía ser bloqueada porque determinaría la *Vorberrschaft* (primacía) del Reichstag y con ella el debilitamiento del sistema federal²³⁴. El gran interés por este tipo de problemáticas podría explicar por qué, a principios del siglo xx, el tema de la tiranía de la mayoría parecía sustancialmente secundario en las obras jellinekianas de análisis político²³⁵. Lo que, de todos modos, permanecía soterrado en el pensamiento político de Jellinek era una postura crítica y de descon-

²³⁰ El ensayo reproducía el texto de la intervención leída por Jellinek el 13 de marzo de 1909 en el congreso internacional de los juristas alemanes.

²³¹ G. Jellinek, *Regierung und Parlament in Deutschland*, Vortrag gehalten am 13. März 1909 in der Geheisung zu Dresden, Leipzig, B. G. Teubner, 1909, pág. 29.

²³² *Ibid.*, pág. 31.

²³³ *Ibid.* La idea de la parlamentarización como amenaza para la estructura federal del Imperio puede encontrarse también en *Bundestrat und parlamentarische Regierung* de 1911, en el que recorta la imagen de los gobiernos regionales reducidos a «meras sombras». G. Jellinek, «Bundesstatat und parlamentarische Regierung», en *idem.*, *Ausgewählte Schriften*, 2 Bd., cit., pág. 439; págs. 444-447.

²³⁴ Sobre la relación entre centralización y desarrollo de las prerrogativas del Reichstag en la Alemania guillermina, cfr. C. Schönberger, ob. cit., pág. 10.

²³⁵ Este tema reaparecería no obstante en *Verfassungsgänderung und Verfassungswandel*. G. Jellinek, *Verfassungsgänderung und Verfassungswandel*, cit., págs. 63-64.

fianza con respecto al parlamento, ya sea como espacio en el que los derechos de libertad y de las minorías podían ser gravemente limitados, ya sea, en el caso más específico del Reich, como «amenaza» para el ordenamiento federal del estado.

4. EL PARLAMENTO COMO «ÓRGANO DE LA SOCIEDAD» EN LOS *HAUPTPROBLEME DER STAATSRICHTSLEHRE*

La literatura crítica ha analizado los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* desde una doble perspectiva: como la obra con la que el joven Kelsen se disranció críticamente de la *Staats y Rechtslehre* jellinekiana y, al mismo tiempo, como el primer paso hacia la formulación de su *Reine Rechtslehre*.

Los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, la monografía kelseniana de 1911, ha sido así «descompuesta» en todos sus componentes de doctrina del derecho y de filosofía del derecho: han sido identificadas las raíces filosóficas dentro de la corriente neokantiana de Margburg, se han entendido las aportas conceptuales, y la propia «ruptura» con la doctrina del maestro Jellinek ha sido interpretada, casi unánimemente, como el inicio de ese proceso de «purificación» del derecho de los elementos políticos, históricos, empíricos que encontrarían su expresión más sistemática y completa en la *kelseniana Reine Rechtslehre*²³⁶.

Ciertamente, estas interpretaciones resultan esenciales para la comprensión de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, si bien no se han decidido en considerar con la misma atención otro aspecto que consideramos, sin embargo, particularmente interesante: la imponente *Habilitationsschrift* de 1911 representa, aunque en menor manera, pero no por esto menos significativa, una (polémica) respuesta del joven Kelsen a Jellinek, precisamente sobre el significado y el papel del parlamento²³⁷.

²³⁶ Recordemos nuevamente: N. Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto*, cit. *idem.*, *Dalla struttura alla forma, nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, Comunità, 1977; *idem.*, *Kelsen e il problema del potere*, cit. *idem.*, *Diritto e potere*, *Saggi su Kelsen*, cit. A. Carino, *Kelsen e le interpretazioni della sovranità*, cit. *idem.*, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, cit. H. Dreier, *Rechtstheorie, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit. V. Fosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, cit. S. Goyard-Fabre, *Kelsen e Kant*, cit. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit. *idem.*, «Prefazione», cit. *idem.*, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, cit. *idem.*, «Introduzione», cit. R. Treves,

²³⁷ Es mérito de M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit. y de G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato*, *Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milán, Giuffrè, 1998, el haber captado la importancia del parlamento en la *Habilitationsschrift* kelseniana de 1911.

En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen se opuso explícitamente a la concepción jellinekiana del parlamento como «órgano del estado», tal y como ésta había sido formulada tanto en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte* como en la *Allgemeine Staatslehre*. Una oposición que se remitía a la distinción entre plano empírico y plano normativo, entre «ser» (Sein) y «deber ser» (Sollen), este último entendido como norma jurídica que se manifestaba en «juicios de deber»²³⁸. A la luz de la distinción entre «ser» y «deber ser», en 1911 Kelsen replantaba y redefinía, principalmente en oposición a Jellinek, el concepto de voluntad estatal y de órgano y, a partir de ello, el concepto mismo de parlamento y su relación con respecto al estado.

Por lo que respecta a la definición de voluntad del estado, Kelsen se distanció de Otto von Gierke²³⁹ y sobre todo, de Jellinek. A Gierke, Kelsen le reprochaba haber identificado la «voluntad colectiva», que concernía a una dimensión «espiritual» y «psicológica», con la «sustancia del estado», que en cambio era, según Kelsen, de naturaleza «jurídico-normativa»²⁴⁰.

Desde la perspectiva kelseniana, la teoría del estado de Gierke se basaba en la combinación de dos momentos que eran radicalmente diferentes: el plano fáctico y el normativo. Sin embargo, la verdadera «diana» de las críticas de Kelsen era, en realidad, Jellinek y su concepción de estado y de voluntad del estado. Según Kelsen, la *Staatslehre* del maestro se basaba esencialmente sobre la concepción del estado como «sujeto jurídico», es decir, como «sujeto distinto de las personas físicas individuales del pueblo estatal»²⁴¹. Tal consideración —que, como Kelsen justamente subrayaba, aparecía ya en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*²⁴²— presentaba, según Kelsen, una «contradicción» interna.

²³⁸ Cfr. cap. 1. En el capítulo precedente, hemos observado por otra parte que el propio estado se identificaba para Kelsen con una realidad jurídico-normativa, cfr. E. Buljgin, ob. cit., pág. 195; M. G. Losano, «Introduzione», cit., pág. XXVII; M. W. Hebeisen, ob. cit., págs. 169-170.

²³⁹ Para algunas notas sobre la figura de Otto von Gierke, cfr. cap. 1.

²⁴⁰ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., págs. 203-204. Observa a propósito Kelsen: «la comunidad espiritual, en cuyo interior se forma una voluntad colectiva, no está ligada únicamente a la asociación puramente externa de las personas que forman el pueblo del estado. La comunidad espiritual, que forma una voluntad colectiva en el sentido de la psicología de los pueblos, está constituida solo por los individuos en los que la interacción espiritual ha producido efectivamente la misma orientación de la voluntad», *ibid.*, pág. 205.

²⁴¹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 212.

²⁴² En el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, lemos de hecho: «el estado posee una personalidad propia. Personalidad o persona es la capacidad de poder ser titular de derechos». Y después: «el estado, al crear su propio ordenamiento, se afirma como sujeto de derecho, dotado de una voluntad unitaria distinta de la de los individuos que lo constituyen». G. Jellinek, *Systema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pág. 31; pág. 37.

El joven jurista criticaba al maestro por haber rechazado, por un lado, la identificación *tout court* de la voluntad del estado «como autónomo sujeto jurídico» con la voluntad de una «persona física cualquiera»; y, por otro, por haber postulado que la voluntad estatal se expresaba en un conjunto de «voluntades psíquicas individuales» que pertenecían²⁴³.

a aquellos individuos que con sus actos de voluntad persiguen los objetivos del estado, esto es, los órganos estatales. Aquí surge inmediatamente, por la teoría inorgánica del estado, la dificultad de entender la voluntad psíquica de innumerables órganos estatales como una voluntad unitaria, sin la cual el concepto de la persona unitaria del estado no puede ser pensada²⁴⁴.

Kelsen consideraba que precisamente el *System der öffentlichen subjektiven Rechte* de Jellinek contenía otra importante «contradicción»: la unidad de la voluntad estatal se fundaba en la de los órganos, mientras la unidad de la persona estatal sobre el pueblo del estado²⁴⁵: «como persona estatal está de hecho reconocido el pueblo estatal unido por los límites del estado y por un objetivo perseguido en común, pero como voluntad estatal no actúa una voluntad colectiva del pueblo estatal, sino la voluntad [...] de los órganos estatales»²⁴⁶.

Kelsen subrayaba que las voluntades de los «órganos estatales», teorizados por Jellinek, debían entenderse como voluntades reales, psíquicas, no como metas abstracciones. El alumno reprochaba al maestro el haber querido ocultar la efectiva naturaleza (empírica y física) de los «órganos estatales» en un doble sentido.

De manera muy precisa, Kelsen recordaba que, en el capítulo del *Systema der öffentlichen subjektiven Rechte* dedicado a la naturaleza de los órganos, Jellinek admitía la distinción entre voluntad del órgano y voluntad de los individuos, para acabar después identificando las dos cosas, contradiciendo sus posiciones iniciales²⁴⁷.

A Kelsen le parecía igualmente indebida la afirmación, contenida en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, según la cual los actos de las voluntades individuales valían como voluntad del estado²⁴⁸.

²⁴³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 212.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Leemos en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*: «El estado es una unidad de objetivo constituida por individuos humanos establecidos sobre un limitado territorio, posee una voluntad propia en la voluntad de sus miembros órganos.» G. Jellinek, *Systema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pág. 36.

²⁴⁶ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 215.

²⁴⁷ *Ibid.*, pág. 177; cfr. G. Jellinek, *Systema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., pág. 37 y sigs.

²⁴⁸ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 177.

un error fundamental de la construcción no orgánica del derecho se identifica en el hecho de que para ella la voluntad estatal es precisamente aquella voluntad psíquica del órgano que debe eliminarse para nuestra consideración aquí, y que confunde este hecho psíquico-real, presente sólo para la consciencia psicológica, con una cualidad que a su vez existe sólo para la consideración jurídica.²⁴⁹

En ese sentido, según Kelsen, el error de Jellinek consistía en haber «añadido» a las voluntades psíquicas, individuales, concretas, expresadas por las personas físicas, una cualidad jurídica que no les competía.²⁵⁰ En otros términos, Kelsen objetaba a su maestro de Heidelberg haber superpuesto el plano jurídico-normativo al empírico.

La crítica de Kelsen a la concepción jellinikiana de la voluntad de los órganos y de la voluntad estatal como «producto» de la voluntad de estos últimos tenía por objeto afirmar que la naturaleza objetiva de la voluntad del estado (y del estado mismo) era de tipo «jurídico-normativo», y que, en síntesis, la voluntad del estado concernía al «deber ser», más que al «ser».²⁵¹

En la *Habilitationsschrift* de 1911, Kelsen era igualmente consciente de que una afirmación así necesitaba de una fundamentación teórica sólida, que él identificaba en el concepto de «imputación». La voluntad estatal era, de hecho, redefinida como un «centro de imputación», es decir, como el punto ideal hacia el cual «confluían» acciones que, sobre la base de criterios fijados en determinadas «proposiciones jurídicas»²⁵², debían valer como acciones del estado.²⁵³

si ciertas acciones de determinadas personas físicas valen para la consideración jurídica no como acciones de esa persona sino de otra distinta de ella, aquí hay un caso particular de imputación. [...] el punto de imputación no recae, sin embargo, en otro ser humano. La imputación, por así decirlo, atraviesa el sujeto físico agente y su acto psíquico de voluntad y no se detiene en otra persona física. [...] los individuos en los que se realiza una imputación tal [...] es la voluntad estatal.²⁵⁴

²⁴⁹ *Ibid.*, pág. 224.

²⁵⁰ *Ibid.*, pág. 218.

²⁵¹ *Ibid.*, págs. 220-222.

²⁵² Por «proposición jurídica» Kelsen entendía aquel «juicio hipotético entorno a una voluntad del estado realizar una conducta propia», *ibid.*, pág. 517. Sobre el concepto de imputación en la obra de 1911, cfr. G. Stella, *Stato e scienza...*, cit., pág. 10.

²⁵³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., págs. 515-517.

²⁵⁴ *Ibid.*, pág. 223. *Nei Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* la imputación es esencialmente entendida como «vínculo normativo de dos casos». En 1913, con *Die Rechtswissenschaft als Norm oder Kulturwissenschaft (La ciencia del derecho como ciencia normativa o cultural)*, Kelsen precisaría que por imputación se entiende también la simple referencia a una determinada persona física. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., págs. 22-23.

Por lo que, prosiguiendo en su confrontación con la doctrina de Jellinek, Kelsen concluía que: «el concepto de voluntad estatal no tiene nada que ver con un hecho psicológico de voluntad. Esta debe considerarse exclusivamente como producto de la construcción jurídica, y precisamente de una construcción emprendida con la imputación como objetivo»²⁵⁵.

La relación entre órgano estatal y voluntad estatal no estaba ya regulada, como en Jellinek, por el principio de causa-efecto, sino por el de imputación: para Kelsen, Jellinek había cometido el «error» de querer comprender la naturaleza de la voluntad estatal como producto de la acción de los órganos, y, por tanto, de analizarla sobre la base de la ley causal que, sin embargo, competía al «ser», a la dimensión empírica. En ese sentido, según Kelsen, el autor de la *Allgemeine Staatslehre* había terminado por tergiversar completamente la esencia de la voluntad estatal que, en el análisis kelseniano, era de tipo jurídico-normativo y que, en cuanto tal, podía ser entendida sólo a través del principio de imputación, a través del «vínculo normativo de dos casos»²⁵⁶.

El concepto de imputación permitiría así a Kelsen explicar la voluntad estatal, sin utilizar argumentaciones de tipo causal a las que había recurrido Jellinek. A partir del concepto de imputación Kelsen definía la que, a su juicio, era la naturaleza real del órgano estatal. Por eso, la separación de Kelsen de las posiciones de Jellinek no consistía tanto en el rechazo de la terminología utilizada por el maestro (voluntad estatal, órgano estatal), como en la crítica a su significado²⁵⁷. Kelsen examinaba antes que nada el concepto de órgano estatal, así como este había sido interpretado por algunos de los

²⁵⁵ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 224.

²⁵⁶ *Ibid.*, pág. 226; cfr. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., págs. 22-23; ídem, «Introduzione», cit., págs. XI-XLII, págs. LXIV-LXV; G. Stella, *Stato e scienza...*, cit., pág. 10. La distinción entre ley causal y vínculo normativo la profundizaría Kelsen, algunos meses después de la publicación de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Fronteras entre el método jurídico y sociológico)*, donde el jurista puntualizaba que «la oposición metodológica entre sociología y jurisprudencia [...] es aquella entre ser y deber ser», por la cual la sociología indagaba según criterios «causales», mientras la jurisprudencia se basaba en criterios «lógico-formales». La distinción entre sociología y jurisprudencia se relacionaba también con los respectivos ámbitos de investigación: la primera se ocupaba de las manifestaciones de voluntad (Wollend), mientras la segunda del «deber ser», y eso permitía a Kelsen concluir que «sobre la base de la oposición entre ser y deber ser se funda la distinción entre disciplinas explicativas y normativas». H. Kelsen, *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübinga, Verlag von J. C. B. Mohr, 1911, págs. 3-15.

²⁵⁷ En las obras sucesivas dedicadas a la teoría del derecho y del estado, como la *Allgemeine Staatslehre* (1925) y la *Reine Rechtslehre* (1934), Kelsen polemizaría también con otros autores y pensadores, no sólo con Jellinek, como testimonio del consumado distanciamiento de las enseñanzas del maestro. M. W. Hebeisen, ob. cit., pág. 170.

principales pensadores del siglo XIX: observaba que en Gerber los órganos estatales (monarca y parlamento por clases)²⁵⁸ eran los instrumentos con los que se realizaba la voluntad de la personalidad estatal²⁵⁹; en Laband faltaba en cambio una definición efectiva de órgano estatal²⁶⁰, mientras que en Gierke se asistía a una identificación estrecha entre el concepto de órgano y el de «función vital del estado», es decir, entre concepto de órgano y una especie de «función biológica»²⁶¹.

En la interpretación kelseniana, ninguno de estos pensadores había conseguido formular una definición realmente satisfactoria de órgano estatal, ya que los tres habían confundido el plano del «ser» con el del «deber ser», el plano factual con el jurídico-normativo²⁶².

La verdadera «diana» de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era, en realidad, Jellinek: según Kelsen, el autor de la *Allgemeine Staatslehre* no se había limitado a confundir la voluntad psíquica de los individuos que componían el órgano con la voluntad del estado; había también formulado la distinción entre «órgano primario» y «órgano secundario», que Kelsen entendía científicamente infundada. El joven jurista recordaba que, en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Jellinek identificaba el estado con el órgano y, sobre la base de esto, no reconocía ninguna personalidad jurídica al órgano, para después identificarla, en la *Allgemeine Staatslehre*, en la relación entre «órgano primario» (pueblo) y «órgano secundario» (parlamento)²⁶³. Según Kelsen, Jellinek caía así en contradicción: inicialmente negaba al órgano estatal la personalidad jurídica, para después redescubrir ésta en la relación entre «órgano primario y secundario»²⁶⁴.

Kelsen atacaba la distinción entre «órgano primario y secundario» también desde la perspectiva de la «representación»: todos los órganos del estado representan *inmediatamente* al estado, sin ninguna necesidad de órganos *intermedios*²⁶⁵. Y esto se integraba perfectamente en una *Staats* y *Rechtslehre* que, como sintetiza eficazmente Carrino, tenía una visión «unitaria» del estado como ordenamiento jurídico²⁶⁶.

²⁵⁸ Una de las contribuciones principales en la que Gerber había expresado su teoría de los órganos eran los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1869).

²⁵⁹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblica*, cit., pág. 505.

²⁶⁰ Kelsen recordaba que precisamente Gierke había reprochado a Laband haber renunciado a una definición específica y puntual de órgano estatal, *ibid.*, pág. 506.

²⁶¹ *Ibid.*, págs. 505-506.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*, pág. 507; cit. 2.1.

²⁶⁴ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblica*, cit., pág. 537.

²⁶⁵ *Ibid.*, págs. 772-774.

²⁶⁶ A. Carrino, *Presentazione*, cit., pág. XLI.

Las «contradicciones» de Jellinek y las mismas «lagunas» de la literatura jurídica tradicional sobre el problema del órgano estatal derivaban, según Kelsen, de la incapacidad de captar su relación efectiva con el estado, que, a su juicio, consistía en una relación de imputación, por lo que: «la esencia [del órgano estatal] consiste en la imputación artificial de determinadas acciones a un sujeto distinto del que actúa físicamente»²⁶⁷. Como se ha observado anteriormente, el «sujeto distinto del que actúa físicamente» era el estado, entendido como ordenamiento jurídico-normativo.

En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen tomaba una posición opuesta a la de Jellinek: para el maestro los «órganos estatales», que eran parte integrante del estado, del que recibían determinadas funciones y determinados deberes, participaban en la creación y en la manifestación de la voluntad estatal²⁶⁸. En Kelsen, la voluntad del estado era redefinida como «centro de imputación», y los órganos como aquellas entidades que, sobre la base de determinados criterios, imputaban («adscribían») al estado particulares acciones.

Precisamente este conjunto de criterios, reglas, normas de conducta, de «juicios de deber» que establecían qué acciones debían valer como voluntad del estado, es decir, qué acciones debían recibir el atributo de la estatalidad, constituían, para Kelsen, el ordenamiento jurídico-normativo, identificado por él con el estado²⁶⁹. Quedaba como principal problema entender *quién* creaba efectivamente aquellas normas, *quién* determinaba su contenido, esto es, en último término, *quién* producía concretamente el *contenido* de la voluntad estatal.

En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* esto venía establecido por el parlamento, que se convertía así en vínculo entre la «vida social» y el ordenamiento estatal²⁷⁰.

debe necesariamente haber un punto en el que la corriente de la vida social penetra de nuevo en el cuerpo estatal, un lugar de paso donde los elementos amortos de la sociedad atraviesan las formas fijas del estado y del derecho. Es el lugar donde consumbres y moral, donde intereses económicos e intereses religiosos, se convierten en proposiciones jurídicas, contenido de la voluntad estatal: el acto legislativo. Así el proceso de formación

²⁶⁷ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblica*, cit., págs. 536-537.

²⁶⁸ *Cf.* cap. 2.1.

²⁶⁹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblica*, cit., pág. 536

y sigs.

²⁷⁰ *Ibid.*, pág. 460.

de la voluntad estatal es por así decirlo el cordón umbilical que liga duraderamente las formas del estado al vientre materno de la sociedad. Es el gran misterio del derecho y del estado el que se cumple en el acto legislativo»²⁷¹.

En el fragmento citado, Kelsen negaba así otro principio maestro de la doctrina jurídica de Jellinek: la idea del estado como productor del derecho²⁷².

que el estado, si es el creador del derecho, considerado históricamente, debía necesariamente preceder temporalmente a este último como causa de un efecto, es solo la consecuencia [...] de aquella concepción que considera la creación del derecho como función del estado. Es necesario, no obstante, rechazar con decisión una relación tal entre estado y derecho, por la cual el estado es el *prinus* y el derecho el *posterius*²⁷³.

Kelsen consideraba que tal concepción derivaba de la supuesta «analogía» entre el estado y la persona humana, entre la voluntad del estado y la voluntad humana, que, por lo demás, para Kelsen, estaba en la base de la idea jellinekiana, según la cual la voluntad del estado se fundaba en la voluntad de los órganos, esta última entendida como voluntad de personas físicas²⁷⁴. Tras haber negado que la producción de la voluntad estatal competía al estado, Kelsen atribuía este específico deber al parlamento que, a diferencia de lo que Jellinek sostenía, no era concebido por Kelsen como «órgano del estado», y aún menos como «órgano secundario del estado»:

²⁷¹ *Ibid.* Este aspecto está claramente subrayado en A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen*, cit., pág. 13.

²⁷² *Ibid.*, págs. 406; cfr. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pág. 56; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato*, cit., págs. 22 y sigs.; *idem.*, «Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920», en *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., pág. 327 y sigs. Para Kelsen, en el momento en que el estado debía de ser el productor del derecho venía a menos también la denominada teoría del *Mehrwert* (plusvalía), de la que Otto Mayer había sido, a finales del siglo XIX, uno de los exponentes más ilustres. En su *Deutsche Verwaltungsverfassung (Historia administrativa alemana)*, el estado aparecía como *prinus* del derecho y, en base a ello, a la administración se le reconocía una *plusvalía* respecto a los ciudadanos privados. La administración era de hecho definida por Mayer como «libre en sí misma», es decir, capaz de actuar sobre la base de la propia fuerza, más que sobre la base de la ley. B. Sordi, ob. cit., págs. 5-7; M. Stolleis, ob. cit., págs. 404-407; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico...*, cit., págs. 462-473. Sobre la concepción kelsensiana de la administración, G. Winkler, «Kelsen e il diritto amministrativo», *Diritto e cultura*, 1, 1994, págs. 67-83.

²⁷³ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 455.

²⁷⁴ *Ibid.*, pág. 456.

Ninguno de los actos que pertenecen a la legislación, y ni siquiera el proceso en su totalidad, puede valer como función del estado. Esto encuentra expresión en su uso lingüístico. No es posible decir que el estado vota en la Cámara de los diputados o que el estado delibera un proyecto de ley; sólo el diputado vota y es el parlamento el que convierte en decisión una propuesta. Y aún menos se puede decir que el estado sanciona la deliberación parlamentaria; de hecho sólo el monarca concede la sanción por su persona²⁷⁵.

Con un lenguaje bastante insólito para él, Kelsen expresaba una consideración aparentemente banal, pero derivada en realidad de los rompedores resultados, por lo que concernía a su relación con la obra de Jellinek: «ya el uso lingüístico ingenuo imputa todos los actos que forman parte de la legislación a los singulares seres humanos y corporaciones que realizan estos actos y no al estado [...] y el uso lingüístico sucede sin falta en el signo»²⁷⁶.

En otros términos, Kelsen negaba que los actos legislativos fueran «funciones del estado», o mejor, «acciones del estado», ya que el estado era una realidad puramente jurídico-normativa: la producción legislativa caía «fuera de la esfera jurídica» y entraba en la esfera de la sociedad²⁷⁷.

Como puntualiza Dreier, en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* se delineaban así dos conceptos de derecho: por un lado, el derecho como aquellos «juicios de deber», aquel conjunto de normas relativas al «deber ser», y que consistían esencialmente en las reglas y en los criterios en base a los cuales sucedía el proceso de imputación. Por otro, el derecho como el fruto de la actividad legislativa, que derivaba de la concreta actividad del parlamento, que era planteado por un «poder social», y que, en cuanto tal, debía entenderse como «órgano de la sociedad»²⁷⁸.

Según este segundo significado, subrayaba eficazmente M. Fioravanti, la producción legislativa no pertenecía ya, como en Jellinek, al estado, sino al parlamento y, por medio de este, a la «*Gesellschaft*», es decir, a la sociedad con su inevitable carga de divisiones, diversidades y conflictividad²⁷⁹.

²⁷⁵ *Ibid.*, pág. 457.

²⁷⁶ *Ibid.*, pág. 458.

²⁷⁷ *Ibid.*, págs. 458-459.

²⁷⁸ H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., págs. 41-42; M. G. Losano, «Introduzione», cit., págs. XXXI-XXXIV. En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, el interés principal de Kelsen estaba dirigido a la descripción y a la definición de las normas generales que regulan el mecanismo de la imputación, y que constituirían el objeto de investigación de la ciencia jurídica. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., págs. 22-23; cfr. G. Stella, *Scienza e stato...*, cit., pág. 10 y sigs.

²⁷⁹ M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., págs. 58-59. Para Kelsen sólo el Ejecutivo debía ser entendido como «órgano del estado», en la medida en

Kelsen tumbaba completamente la perspectiva de Jellinek, «devolvien- do» el parlamento a la *societät*. En su ensayo, Fioravanti insiste particular- mente sobre este aspecto, dejando no obstante de lado otro que, sin embar- go, a nuestro juicio, es igualmente significativo. En los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen no se limitaba a definir el parlamento como «fun- ción social» sino que, precisamente a la luz de esta consideración, se distan- ciaba de la doctrina de Jellinek también con respecto a la definición de elec- tor y pueblo. En el *System der öffentlichen und subjektiven Rechte* y en la *Allgemeine Staatslehre*, el derecho electoral era definido más veces como «función del estado»²⁸⁰. En la obra kelseniana de 1911, por el contrario, el derecho electoral caía, precisamente como el parlamento, «fuera de la esfera jurídica», por lo que:

aquí es suficiente con apuntar el hecho de que la elección, en cuanto que consiste en acciones, de los dichos electores, es un acto de organización y no ya un acto del todo organizado, del estado; éste, por su naturaleza, como presupuesto para la formación del parlamento que hace las leyes, pertenece al gran proceso de la denominada producción de la voluntad del estado, cuya naturaleza social, extra-estatal, ha sido ya antes demostra- da²⁸¹.

Contrariamente a cuanto sostenía Jellinek, el parlamento, la actividad legislativa, la misma práctica electoral no debían considerarse «funciones del estado», sino «funciones sociales»²⁸². Kelsen reconocía, no obstante, que una parte «no irrelevante del evento global de la elección consistía también en acciones de órganos estatales, por tanto, en actos del estado»²⁸³. Entre es- tos, Kelsen identificaba la obligación por parte del estado de aceptar y tratar las declaraciones de voto de los ciudadanos, el hecho de que en algunos es- tados estuviese previsto la obligación de voto, la entrega de la papeleta elec- toral, la designación del candidato e incluso la simple obligación para los electores de ir a un lugar concreto para votar²⁸⁴. En la práctica electoral se verificaba entonces una especie de «mezcla» entre los actos estatales (aquella

que su competencia estaba fundada en una «proposición jurídica». H. Kelsen, *Problemi fon- damentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 557.

²⁸⁰ Cfr. cap. 2. Kelsen recordaba que, en el *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, el derecho electoral era a menudo definido como «actividad del estado» que consistía, como sintetizaba Kelsen, «en el reconocimiento del individuo en su calidad de elector». H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 764.

²⁸¹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 748.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*, pág. 749.

²⁸⁴ *Ibid.*, págs. 745-747.

serie de actos que, sobre la base de proposiciones jurídicas, se imputaban a la voluntad del estado) y los actos de los individuos particulares. En ese sen- tido, el elector representaba al estado cuando cumplía con obligaciones pre- vistas por el estado, y que arañían esencialmente a la reglamentación y a la actuación misma de la elección (por ejemplo, el hecho de utilizar la papele- ta electoral para expresar el voto), pero representaba a la sociedad cuando decidía a qué candidato votar, qué programa político premiar con su prefe- rencia, etc.²⁸⁵

Igual de radical es la crítica de Kelsen al concepto jellinekiano de pue- blo, y, en consecuencia, a la idea de pueblo como «órgano del estado». A Jellinek, que en la *Allgemeine Staatslehre* atribuía al pueblo una voluntad uni- taria²⁸⁶, Kelsen le replicaba que, en la realidad, no existiría ningún pueblo que correspondiese a esta definición, ya que el pueblo no era para nada una en- tidad unitaria, dotada de una voluntad homogénea²⁸⁷. Observaba, sin em- bargo, que el mismo Jellinek terminaba por contradecirse cuando, en un momento de la *Allgemeine Staatslehre*, reconocía que, en un análisis más atento y profundo, la voluntad del pueblo parecía a veces heterogénea y fragmentaria²⁸⁸.

Pero, continuaba Kelsen, él había querido justificar de todos modos su idea de voluntad del pueblo afirmando que ésta se convertiría en unitaria en el momento en que *todas* los electores se comprometían a desarrollar la mis- ma «función»: elegir la cámara de los diputados²⁸⁹. Precisamente a este frag- mento se dirigía la irónica crítica del discípulo: «este método jellinekiano hace posible presentar incluso las orientaciones de la voluntad tanto opues-

²⁸⁵ *Ibid.*, pág. 749.

²⁸⁶ En la *Allgemeine Staatslehre*, el pueblo era definido como sujeto dotado de una volun- tad sustancialmente unitaria ya sea en los sistemas democrático-representativos, ya sea en aquellos con democracia directa. G. Jellinek, *Dottrina generale dello stato*, cit., págs. 537-539.

²⁸⁷ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 540.

²⁸⁸ *Ibid.* Kelsen se estaba refiriendo al capitulo «La naturaleza de los órganos» de la *Allge- meine Staatslehre*. Incluso en los *Grenzen der juristischen und soziologischen Methode*, Kelsen re- pitió que el pueblo estaba compuesto por una «miríada de grupos» y que la conflictividad existente entre las varias clases sociales era una prueba evidente. Criticaba así todos los inten- tos de fundamentar la voluntad estatal sobre la voluntad del pueblo; intentos de los que, se- gún Kelsen, un ilustre representante había sido Otto von Guericke. H. Kelsen, *Grenzen der ju- ristischer und soziologischer Methode*, cit., págs. 28-29.

²⁸⁹ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 540. Kel- sen se refería al siguiente fragmento de la *Allgemeine Staatslehre*: «en realidad, en la elección, por lo que pueda pasar en tantos distritos electorales y de formas distintas, encuentra su sitio una voluntad unitaria de todo el pueblo. De hecho, la voluntad de cada grupo de electores, y así de la totalidad de los electores, está dirigida no sólo a nombrar un diputado en concreto, sino también a la propia cámara». G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato*, cit., pág. 155.

tas como acordas. Si de hecho dos individuos quieren la misma cosa, quieren de todos modos cosas contradictorias, estos podrían en todo caso alguna vez acordar que, sin embargo, quieren algo».²⁹⁰

En su intento de legitimar el carácter unitario de la voluntad del pueblo (y del pueblo mismo), Jellinek comenta, según Kelsen, el error de identificar el pueblo que votaba con el pueblo *tout court*.²⁹¹ Y para esto, según Jellinek se había inspirado en la concepción roussoniana del pueblo soberano.²⁹² de este modo, Jellinek, que en sus escritos de análisis político había criticado la concepción política de Rousseau en cuanto «antiliberal», terminaba por ser acusado por Kelsen de haber construido su idea de pueblo remitiéndose precisamente a la obra del ginebrino.

Sujeto, o mejor, sujetos de la elección eran por tanto, para Kelsen, aquellos ciudadanos que gozaban de los derechos electorales y que, en las urnas, expresaban sus preferencias del todo heterogéneas y subjetivas:

responder a la cuestión de qué han querido los electores es asunto de los psicólogos y es posible sólo en la investigación de cada caso particular. Si, no obstante, el jurista, desde este punto de vista explicativo de la consideración empírica, afirma sin ningún fundamento que en el acto electoral el pueblo entero, es decir, cada ser humano individual, ha manifestado una voluntad acorde en contenido es, por supuesto, lo que significa ficción en la peor acepción del término: una mentira.²⁹³

La crítica a la concepción unitaria de pueblo y la insistencia con la que se subrayaba la real dinámica electoral, se integraban directamente en una reflexión más amplia que, en explícita oposición a la lección de Jellinek, rechazaba considerar al pueblo, o mejor, a la sociedad como meros «órganos del estado», y que en ellos identificaba, más bien, el presupuesto necesario de la voluntad estatal. La rigurosa separación entre «ser» y «deber ser» y el ataque al concepto jellinekiano de voluntad estatal y «órgano del estado» aparecían así estrechamente ligadas a una visión del parlamento que recuperaba su nexa y su correspondencia con la sociedad, considerada en su dimensión heterogénea y diversificada.²⁹⁴

²⁹⁰ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 540.

²⁹¹ Una consideración análoga, aunque no en referencia a Jellinek, reaparecería en la primera edición de *De la Esencia y valor de la democracia*, de la que nos ocuparemos en el cap. 6.

²⁹² Según Kelsen, la identificación del pueblo con el pueblo elector, la identificación del todo con la parte, derivaba de una indebida superposición entre reflexión jurídica y reflexión teórico-política. H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., pág. 541.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Cf. G. Bongiovanni, *Stato di diritto e giustizia costituzionale...*, cit., pág. 327.

Con su *Habilitationschrift*, Kelsen «devolvía» al parlamento una nueva «dignidad», en la medida en que reconducía este último y la propia figura del elector a la sociedad. Exponía estas teorías suyas pocos años antes del estallido de la guerra mundial, que confirmaría el final del Imperio alemán (la referencia institucional de Jellinek) y del Imperio habsbúrgico, en el que el joven jurista había crecido y vivido.

Con el final del conflicto, en lugar de la Monarquía constitucional de los Habsburgo, surgiría una (débil) República democrática y, como veremos en el capítulo siguiente, el paso de la monarquía a la república comportaría el nacimiento de un nuevo régimen político, basado precisamente en la centralidad del órgano parlamentario.

El gran relieve que, en polémica con Jellinek, Kelsen había atribuido al parlamento, como verdadero y único productor de la voluntad estatal, como «órgano de la sociedad», como «función de la sociedad», parecía en parte anticipar, en el plano teórico, los acontecimientos austriacos entre 1918-1920, que representarían otra significativa etapa en el recorrido hacia *De la Esencia y valor de la democracia*, ya que habrían inducido a Kelsen a ocuparse nuevamente del «problema parlamento», no como teórico del derecho y del estado comprometido a distanciarse críticamente de la *Lehre* del maestro, sino como observador atento y partícipe en los acontecimientos políticos de su país.

Desde este punto de vista, la transformación política e institucional de Austria ofrecería a Kelsen la ocasión para precisar y profundizar, en el plano del pensamiento político, su análisis del parlamento y, por tanto, de completar su confrontación en la distancia con Jellinek.