

Max Weber y Hans Kelsen de Norberto Bobbio*

Rafael Pérez Miranda

Señalaré ante todo que las consideraciones serán acerca del nexo entre Weber y Kelsen con respecto al problema de la sociología del derecho, tema de este ensayo o, más precisamente, con respecto al problema de la relación entre sociología del derecho y teoría del derecho. Esta delimitación se hace necesaria debido a que la relación entre Weber y Kelsen puede ser considerada desde otros puntos de vista, como por ejemplo el problema de la democracia y el parlamentarismo.⁽¹⁾

Cabe destacar la no reciprocidad de la relación Weber-Kelsen. Weber escribe su sociología del derecho, es decir, la obra que constituirá el capítulo VII de *Wirtschaft und Gesellschaft* (**), titulado *Wirtschaft und Recht (Rechtssoziologie)* (***), entre 1911 y 1913,⁽²⁾ cuando Kelsen ya había publicado los *Problemas Principales de la Doctrina del Estado de Derecho*, en 1911, con el editor Mohr de Tübingen (el mismo editor de Weber). A pesar de esto, Weber no parece haber tenido conocimiento de la obra de Kelsen. Este último, cita a Weber por única vez en el prefacio, con fecha 1911, (y ya no lo cita en el prefacio a la segunda edición que aparece en 1923).⁽³⁾ Pero esta única cita revela la gran

1 Con respecto a este género de relaciones véase por ejemplo, R. Racinaro, *Hans Kelsen y el Debate sobre Democracia y Parlamentarismo en los años Veinte-Treinta* Introducción a la edición Italiana de H. Kelsen, *Socialismo y Estado*. Una investigación sobre la teoría política del marxismo de Donato, Bari, 1978.

* Ensayo publicado originalmente en el volumen *Max Weber y el Derecho*, Ed. Rane Angelí Editore, Milán (Italia), 1981, coordinado por Renato Treves, profesor titular de Sociología del Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Milán y director de la Revista de Sociología del Derecho de la misma.

Norberto Bobbio, Profesor titular de Filosofía de la Política en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Torino (Italia), es más conocido en lengua castellana por sus escritos de ciencia política que por aquellos relacionados con la jurisprudencia. En efecto, es apenas en 1980 que se publica la recopilación sistematizada y ordenada de ensayos bajo la responsabilidad de Alfonso Ruiz Miguel titulada *Contribución a la Teoría del Derecho de Norberto Bobbio* (Fernando Torres, Editor, Valencia, España, 1980) y luego *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio* de Alfonso Ruiz Miguel (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983).

En la traducción del italiano, hemos respetado las palabras que figuraban en alemán o inglés en el original, realizando la traducción entre corchetes. Se pueden consultar en español los siguientes libros citados en el texto: Kelsen, Hans: *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, traducción de Luis Legaz Yacamba, 15a. ed., 1983. *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, prólogo de Carlos Cossío, 2a. ed., 1983. También UNAM, traducción de Roberto J. Vernengo, 2a. reimp., México, 1982. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Editora UNAM, México,

año. Rudolf Stommer: *Economía y Derecho de Acuerdo con la Concepción Histórica Materialista*, 1986, Editora Rens, SA, traducción de W. Roces (1921), 3a. ed., Madrid, 1929. G. Jellinek: *Teoría General del Estado* Editora Librería General de Victoriano Suárez, traducción de la 2a. ed. alemana, prólogo de F. de los Ríos Urrutia. Madrid, 1914.

** *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1a ed. en español 1944, sexta reimpresión, 1983 (las referencias futuras serán respecto a esta edición) (N.T.).

*** *Economía y Derecho (Sociología del Derecho)*, cap. VII, op. cit, p 498 y 55 (N.T.).

2 La primera edición de la gran obra de Weber ya apareció con el editor Mohr de Tübingen en 1922, cuando Weber ya había muerto. Siguió las ediciones de 1925, de 1947 y de 1955. La sociología del derecho ha sido por primera vez reimpresa directamente del manuscrito felizmente encontrado por Johannes Winckelmann: *M. Weber, Rechtssoziologie*, Luchterhand, Neuwied, 1960. La última edición de *Wirtschaft und Gesellschaft*, por mi citada, apareció en 1976 en tres volúmenes de los cuales uno cuenta con nota siempre de Winckelmann, con el editor Mohr de Tübingen. Aquí la *Rechtssoziologie* ocupa las pp. 387-513.

3 H. Kelsen, *Hauptprobleme der staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen 1911, p. IX. La importancia de esta cita ya ha sido puesta de manifiesto por G. Calabró en el ensayo *La Jurisprudencia como ciencia del espíritu según Hans Kelsen*, antepuesto a la traducción Italiana de H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer*

consideración en que el joven y ya connotado jurista, formado en la escuela de Jellinek, tenía al autor de los ensayos metodológicos de las ciencias sociales, quien ya había obtenido una amplia resonancia en Alemania. Después de haber afirmado que la obra a punto de publicarse era de carácter prevalentemente metodológico, porque tenía en la mira la liberación de los conceptos jurídicos de los elementos sociológicos y psicológicos, el autor precisa que sus investigaciones están bajo el signo de dos grandes antítesis, la existencia entre Sein y Sollen, y forma y contenido. Con respecto a la segunda, cita el ensayo weberiano sobre la objetividad de las ciencias sociales (1904), y escribe: "Si puedo... precisar mi punto de vista con las palabras de Max Weber, el fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que ellos no quieren rebasar el trato puramente formal de las normas jurídicas, porque en mi opinión, en dicha limitación reside la esencia de la traducción formal-normativa de la jurisprudencia", ⁽⁴⁾ Es discutible que la referencia a Weber sea correcta. Lo cierto es la deuda que Kelsen tiene, o muestra, o cree tener, con respecto a las tesis weberianas, hasta el punto de anexar una afirmación weberiana al núcleo fundamental de su teoría.

Cuando, en 1921, sale *Wirtschaft und Gesellschaft*, [Economía y Sociedad], que contiene la sociología del derecho weberiano, hasta entonces inédita, Kelsen la somete inmediatamente a un análisis crítico profundizado en un artículo *Der Staatsbegriff der "Verstehende Soziologie"*, (El concepto de Estado de la "Sociología Nacional"), que aparece en *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie* (Revista para Economía Popular y Sociología) en 1921 y deviene un capítulo del libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, (El Concepto Sociológico y Jurídico de Estado) publicado en 1922, que constituye un momento decisivo en el pasaje de los *Hauptprobleme* a la *Allgemeine Staatslehre* (Los Problemas Principales de la Teoría General del Estado) de 1925. ⁽⁵⁾ Este artículo es fundamental para el conocimiento

y comprensión de la relación entre Kelsen y Weber, con respecto al problema de la sociología del derecho y de su contraposición a la teoría del derecho, así como la concibe Kelsen. Cuando en la *General Theory of Law and State* (Teoría General del Derecho y del Estado) de 1945, retoma brevemente el tema de la sociología jurídica weberiana, repetirá aproximadamente los mismos conceptos. La obra de Weber es presentada como la obra más significativa aparecida después de la sociología de Simmel.

No hay que olvidar que en los mismos años en los que Kelsen publicaba los *Hauptprobleme* (Problemas principales) y Weber escribía su sociología del derecho, el problema de la sociología del derecho, y naturalmente de sus relaciones con la jurisprudencia, estaban a la orden del día. En 1910, Hermann Kantorowicz presentó su célebre conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie*, (Ciencia del Derecho y Sociología), que es una de las contribuciones principales y más fascinante al desarrollo de la disciplina. En el período de 15 años en el cual Kelsen construyó su sólido castillo teórico, entre 1910 y 1934 [año de publicación de la *Reine Rechtslehre* (Teoría Pura del Derecho)], en su primera redacción sintética, su capacidad de entrar en discusión crítica con las principales corrientes y doctrinas del momento tiene características prodigiosas. Su crítica de las teorías del derecho socialistas y comunistas es conocida desde hace mucho, aunque en esos últimos años ha sido redescubierta y tomada más en serio de lo que había acontecido en el tiempo de las excomuniones. Sólo recientemente nos hemos dado cuenta de que el "puro" teórico del derecho ("puro" usado frecuentemente en el significado despreciativo de "vacío"), se sabía interesado, primero entre los juristas sobre el psicoanálisis. Y bien, no se le escaparon ni el ensayo de Kantorowicz ni el libro de Ehrlich. Al primero dedicó parte de un artículo aparecido en 1912 ⁽⁶⁾ al segundo un largo ensayo en 1915. ⁽⁷⁾

und soziologischer Methode, 1911 (entre Método jurista y sociólogo, Gulda, Nápoles 1974, p. 11). La mayor parte de las citas de Weber desaparecen en el pasaje de la primera edición de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) a la segunda (1929), como ha sido puesto de relieve por Raclnaro en la Introducción citada.

4 Kelsen cita, sin reportarlo, parte del ensayo weberiano, "Die Objektivität Sozialwissenschaftlicher und Sozialpolitischer Erkenntnis", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, IX, 1904, p. 45. Se trata de la siguiente: "No hay análisis científico alguno puramente objetivo" de la vida cultural o [...] de los "fenómenos sociales" independientemente de los puntos de vista específicos y 'unilaterales', según los cuales ellos [...] son escogidos como objetos de investigación, analizados y organizados en la exposición. El fundamento de esto se encuentra en el carácter específico del fin cognoscitivo de todo trabajo de ciencia social, que quiera proceder más allá de una consideración puramente formal de las normas Jurídicas o convencionales, de la subsistencia social" (de la trad. It. de Pietro Rossi, en M. Weber, *El Método de las Ciencias Sociales*, Einaudi, Turín 1958, p. 84).

5 En la revista, el artículo se encuentra en las pp. 104-109; en el libro, el capítulo correspondiente se encuentra en las pp. 156-170.

6 La crítica a Kantorowicz se encuentra en la conocida "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* XXXIV, 1912, pp. 601-604, en el cual Kelsen toma posición con respecto a Kantorowicz, pp. 601-607, y del libro de Kantorowicz, *Soziale Machtverhältnisse* (1911), pp. 607-614.

7 A la crítica de la sociología del derecho de Ehrlich, Kelsen dedicó un largo ensayo, "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, pp. 839-876. Esta crítica motivó la reacción de Ehrlich, el cual expuso con *Engagement*, eodem, XLI, 1916, pp. 844-849, seguida por una *Replik* de Kelsen, pp. 611. La crítica de Kelsen a todas las tesis sostenidas por Ehrlich es puntillosa, insistente y severa: no se puede hablar de la sociología del derecho como de una ciencia del derecho porque la ciencia del derecho es una sola y es la ciencia normativa del derecho; la sociología del derecho no es una disciplina autónoma, porque es una simple sección de una ciencia explicativa de la vida social; sus límites pueden ser precisados sólo en base y una definición del derecho cuya determinación deriva del concepto normativo del derecho. Kelsen mueve a Ehrlich la misma crítica, en sustancia, que moverá a Weber: la sociología del derecho no puede definir lo que es derecho por lo tanto debe presuponer el concepto de derecho elaborado por la ciencia normativa del derecho.



POSADA

Debido a que las relaciones entre los dos autores no son solamente directas sino también indirectas, es necesario tener presente también a los escritores en los cuales el uno y el otro se han inspirado o han tenido en cuenta, considerándolos importantes para sus fines. Aunque no sea una investigación fácil porque ni Weber ni Kelsen abundan en citas (menos aún Weber), hay que recordar, por lo menos respecto a nuestro tema, que Weber también escribió una crítica al ensayo de Kantorowicz,⁽⁸⁾ y muestra conocer la sociología de Ehrlich, que cita aunque reprochándole el error de confundir el punto de vista sociológico con el jurídico (que es el mismo reproche que le hace Kelsen).⁽⁹⁾ No es este lugar apropiado para buscar las fuentes comunes de nuestros dos autores. Pero, siempre con respecto a la relación entre derecho y sociedad, no se pueden dejar de citar dos obras aparecidas pocos años antes y que constituyen normalmente el punto de referencia crítico tanto para el primero como para el segundo: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (Economía y Derecho de Acuerdo con la Concepción Histórica

Materialista) de Rudolf Stammler (1896) y *Allgemeine Staatslehre* (Teoría General del Estado) de Georg Jellinek (1900).

Con respecto a Kantorowicz y a Ehrlich, Weber y Kelsen se encuentran del mismo lado. Los dos sociólogos tendían a reducir la jurisprudencia a disciplina sociológica, a no reconocer la distinción entre validez ideal y validez real, tesis que Weber siempre consideró, y Kelsen con él, una fuente de confusión.

Además ambos, el primero enérgico partidario del derecho libre, el otro crítico igualmente combativo de la jurisprudencia formalista y estatal en nombre de un "derecho viviente", habían concebido sus escritos también como arma de una batalla de política del derecho; mientras que Weber y Kelsen, fieles al ideal de la ciencia evaluativa de la distinción entre esfera del conocimiento y esfera de la acción, enfrentan el problema con algunas notables afinidades al plantear el método y el contenido. En su amplia obra sobre derecho y economía desde el punto de vista del materialismo histórico, criticada a su publicación por Croce y Stammler, sustentaba sobre todo dos tesis: la distinción entre las ciencias causales de la naturaleza y las ciencias biológicas de la sociedad (que era tesis metodológica) y la distinción entre derecho como forma y economía como contenido (que era un intento de reconstrucción conceptual global del sistema social). Ambas tesis son objeto de críticas por parte de Weber⁽¹⁰⁾ y de Kelsen: las críticas de Kelsen no se diferencian sustancialmente de las de Weber. De neta inspiración weberiana es la crítica que Kelsen realiza a la primera distinción en los Hauptprobleme (Problemas Principales), si bien se hace referencia a la autoridad de Sigwart, el cual ha esclarecido en su lógica que la relación causa efecto y la relación medios fines no es más que la misma relación considerada desde dos puntos de vista distintos, y no pueden ser asumidas como categorías generales capaces de distinguir dos tipos de ciencias. Wundt también sostuvo que los dos principios no se excluyen, al contrario, la aplicación del principio de fin es posible sólo bajo la presuposición de la simultánea validez del principio causal. Para Kelsen la distinción entre los dos tipos de ciencia no pasa por la diferencia entre lo casual y lo teleológico, sino por las disparidades concernientes a la esfera de los hechos, y a la normativa, que concierne a la esfera del deber-ser. En cuanto a la segunda tesis, la distinción entre derecho-forma y economía-contenido, Weber critica a Stammler no sólo por no haber diferenciado la validez empírica de la validez normativa (sobre este tema regresaré más adelante), sino también

8 En una Diskussionrede a las jornadas sociológicas alemanas de Frankfurt promovidas por la Sociedad Alemana de Sociología en octubre de 1910, donde Kantorowicz habla presentado su discurso sobre la ciencia del derecho y la sociología. La intervención de Weber fue publicada en *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie und Sozialpolitik*, Mohr, Tübingen, pp. 471-476.

9 M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5a. Edición, Mohr, Tübingen 1946, p. 441 (trad. It. ediciones de comunidad, Milán 1961, II, p. 18).

10 Véase sobre todo el escrito "Überwindung der materialistischen geschichtsauffassung" (1907), en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3a. edición, Mohr, Tübingen 1986, pp 191 -359. Las referencias siempre áspicas a las teorías de Stammler son frecuentes también en *Wirtschaft und Gesellschaft*, desde la primera página, en la cual se cita "el libro muy desviante" (Starkirreführendes) de R. Stammler

por no haber dado cuenta de que la acción social no se orienta sólo con base en ordenamientos y, por tanto, aunque se admita que se puede definir un ordenamiento como forma del actual social (que Weber no admite), "el reglamento normativo es un componente importante, pero únicamente una componente casual, del actuar según consenso: no es -como quisiera Stammler su forma universal".⁽¹¹⁾ Se podría pensar que Kelsen, promotor de una teoría formal del derecho y considerado más allá del bien y del mal un formalista, se encuentra más cercano a Stammler que a Weber, con respecto a la concepción del derecho como forma. En realidad no es así la gran dicotomía kelsiana, la que distingue las dos esferas cognoscitivas, no es forma-contenido, sino "Sein-Sollen". Una cosa es afirmar que el derecho es forma de la sociedad, otra afirmar, como hace Kelsen, que la tarea de la teoría pura del derecho, esto es de una teoría que pretende ser científica, es estudiar el derecho en su estructura formal. Como ha dicho desde el principio en el pasaje citado anteriormente, Kelsen no se propone en su primera gran obra presentar el derecho como forma, o inclusive como "la" forma de la sociedad, sino "no ir más allá de una elaboración puramente formal de las normas jurídicas". Una frase de este tipo nos hace entender, además, que se puede ofrecer una elaboración no formal del derecho, como lo es precisamente la sociología jurídica.



POSADA

En los años inmediatamente anteriores a la obra de sociología jurídica de Weber y a los primeros escritos de Kelsen, había tenido lugar un encuentro fructífero entre sociólogos y juristas. Más que al nacimiento de la sociología del derecho como disciplina autónoma (como sucede más adelante) se asiste, por un lado, al reconocimiento que algunos grandes sociólogos, como Durkheim, hacen de la importancia de la estructura jurídica de las sociedades, por el otro, al reconocimiento que algunos grandes juristas, como Hauriou, hacen de la importancia del estudio de la sociología para la comprensión del fenómeno jurídico.⁽¹²⁾ Este encuentro entre sociólogos y juristas no podía dejar de suscitar el problema de la determinación de las líneas limítrofes de las respectivas disciplinas. Pero no se trataba del mismo Methodenstreit (Afán por el método), del que había participado intensamente Max Weber, acerca de la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, entre ciencias generalizantes e individualizantes, etc., porque la jurisprudencia no era ni una ciencia social por contraponerse a las ciencias naturales, ni una ciencia ideográfica por contraponerse a las ciencias nomotéticas, y por lo tanto, no tenía cabida en ninguna de aquellas ciencias cuyo status epistemológico había sido el objeto de la contienda.

Por parte de los sociólogos y de los juristas que miraban al derecho desde el punto de vista de la sociedad, se tuvo la tentación de resolver la dificultad negando el status de ciencia, en el sentido en el cual se hablaba de ciencias sociales, del espíritu o de la cultura, a la jurisprudencia. La consideraban a la par de la teología, una dogmática; esto es, un conjunto de reglas para la interpretación de textos (hoy se llamaría una hermenéutica); sosteniendo que, una vez fijado el lugar y descubierto el rol de las ciencias sociales en el universo del conocimiento científico, la única disciplina jurídica o concerniente al derecho, que podría presumir el status de ciencia, era la sociología del derecho. Pero hubo también quien se preocupó de encontrar un criterio de distinción entre sociología del derecho, que tenía cabida en la categoría de las ciencias sociales y la jurisprudencia: este criterio naturalmente no podía ser el que había permitido la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu y, pese a eso, habría permitido atribuir a la jurisprudencia el status de ciencia.

Nunca se subrayará suficientemente que en la obra destinada a ser uno de los monumentos del derecho público, la *Augemeine Staatstehre*, (Teoría General del Estado), Jellinek resolvió la contienda que contraponía a sociólogos y juristas, dividiendo salomónicamente la doctrina en dos partes llamadas respectivamente doctrina

11 *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit. p. 194 (trad. Ir cit. I, p. 330).

12 Con respecto a éstas y otras observaciones sobre la historia de la sociología del derecho remito a R. Treves, *Introducción a la sociología del derecho*, 2a. edición, Einaudi, Turin 1980.

"Sociológica" y doctrina "Jurídica" del Estado: una solución que Kelsen habría hecho pasar a la historia, criticándola, con el nombre de *Zweiseitentheorie* (Teoría Bilateral) (pero también acerca de esto trataremos más adelante). Esta división de la Teoría del Estado de Jellinek se fundaba sobre una tipología de las ciencias que no coincidía con aquellas más frecuentemente en discusión. Distinguía la ciencia de las causas de la ciencia de las normas, reconduciendo a la distinción entre conocimiento causal que se sirve de las leyes naturales, y conocimiento normativo que tiene que ver con las reglas de conducta. En cuanto a la distinción entre leyes naturales y normas, el criterio que Jellinek presentaba era aquel destinado a tener una imprevisible fortuna exactamente por obra de Kelsen, de la distinción entre reglas que expresan lo que es y reglas que expresan lo que debe ser. Esta distinción le permitía definir la ciencia del derecho como ciencia de normas, esto es, "una ciencia no de la leyes de lo que es, sino de las normas" y de distinguirla, en cuanto tal, de la sociología del derecho que es una ciencia de las causas. Referida a la doctrina del Estado, la distinción permitía, a su vez, distinguir la doctrina social del Estado "que tiene como contenido a la existencia objetiva, histórica o...natural del Estado" de la doctrina jurídica que tiene como contenido "las normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse" y que "no son más sin duda algo real" sino "algo realizable a través de una ininterrumpida actividad humana" y, en definitiva, "de evitar para siempre la confusión entre las dos partes de la teoría del Estado".¹³

No es mi intención sobrevalorar la distinción de Jellinek que, examinada atentamente, muestra ser algo aproximativa, ni lo es hacer conjeturas sobre si fue tomada en cuenta por Weber,¹⁴ que sí cita a Jellinek, pero en otros contextos; o por Kelsen, por lo que no hay que olvidar que al final del prefacio de la primera edición de los *Hauptprobleme* (Problemas principales) expresa la gratitud al maestro, muerto mientras estaba por ser publicado el libro, escribiendo entre otras cosas que el libro mostraría el potente influjo que este ejerció sobre el desarrollo de la doctrina del Estado. Pero es un hecho que Jellinek se había dado cuenta perfectamente del problema

derivado de la transformación del derecho público en una disciplina jurídica cada vez más rigurosa y, por lo tanto, de la necesidad de distinguirlo netamente de la sociología del derecho.



POSADA

En el mismo momento en el que se dispone a componer una sociología del derecho, Weber también se preocupa del *actio finium regum dorum*, entre punto de vista sociológico y punto de vista jurídico. El tema es abordado a principios del capítulo I de la 2da. parte de *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economía y Sociedad) con estas palabras: "Cuando se habla de 'derecho', 'ordenamiento jurídico', 'norma jurídica', es necesario un rigor particular para diferenciar el punto de vista jurídico del sociológico".¹⁵

La diferencia es orientada por Weber a la distinción entre validez ideal y validez empírica de una norma o de un ordenamiento: una distinción entre el plano del deber ser en el que se coloca la ciencia del derecho, y el plano del ser, en el cual se coloca la sociología jurídica. Desde el punto de vista de la validez ideal se nos presenta el problema, según Weber, de cuál es el "sentido normativo" que se tiene que atribuir a una proposición que se presenta como norma jurídica, tarea propia del jurista o del juez que investiga el sentido "Lógicamente correcto" de

13 G. Jellinek, *La doctrina general del Estado*, sociedad editora, Milán 1921, Vol. I, p. 73.

14 Con respecto a la relación Weber-Jellinek es importante a la *Gedankerede auf Georg Jellinek*, realizadas poco después de la muerte del padre, publicado en el volumen *Max Weber zum Gedächtnis*, de R. König y J. Winckelmann, como suplemento de la *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 7, 1963, pp. 13-17; Weber enumera las siguientes deudas hacia Jellinek: la distinción entre pensamiento naturalístico y pensamiento dogmático en el Sistema de los derechos subjetivos, respecto al problema metodológico; la formación del concepto de doctrina social del Estado, con respecto al esclarecimiento de las tareas de la sociología; la prueba de la derivación religiosa en la génesis de los derechos del hombre, con respecto a la Investigación de la relevancia del fenómeno religioso en general en los campos donde no se le busca, (p. 15).

15 *Wirtschaft und Gesellschaft*, clt. p. 181 (trad. it. cit. cit p. 309). Para una discusión acerca del concepto de derecho y sobre la distinción entre el derecho de los juristas y el derecho de los sociólogos en Weber, es necesario remitirnos al escrito de Stammler ya citado, "Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung", clt p. 323 y 55.

una norma y tiende a reconducirlo a un sistema lógicamente privado de contradicciones. Al contrario, desde el punto de vista de la validez empírica se plantea el problema de qué pasa de hecho en una comunidad en la que los individuos, considerando válido un determinado ordenamiento, orientan su comportamiento en vista precisamente de este ordenamiento. A los dos puntos de vista corresponden dos distintos significados de "ordenamiento". Según el primero, "ordenamiento" quiere indicar un conjunto de motivos afectivos que determinan el actuar humano, de donde se debería extraer la comprensión del porqué un individuo actúa de una cierta manera en un determinado contexto social. No se debe olvidar que para Weber la tarea de la sociología es comprender el actuar social y, que por actuar, él entiende una acción a la cual el individuo agente atribuye un sentido subjetivo. Esto explica porqué el punto de vista sociológico con respecto al derecho debería consistir en analizar las acciones determinadas por la existencia de un ordenamiento jurídico o, en otras palabras, aquellas acciones cuyo motivo, y por lo tanto su sentido subjetivo, es la representación de la existencia de un ordenamiento que por eso mismo, es decir, por el hecho de constituir un punto de orientación de la acción de los asociados, tiene que ser considerado un ordenamiento válido (empíricamente). No es este el momento de discernir si lo que Weber ha llamado sociología del derecho corresponde a este intento. Me parecería difícil dar una respuesta positiva. Algunos temas, como el de la distinción entre derecho y convención, o el de la definición del ordenamiento jurídico, son temas tradicionales de la filosofía del derecho. Gran parte del cap. VII, ya citado, cabe en la historia del derecho, aunque en una historia que tiene particularmente en cuenta la formación del derecho y del ordenamiento económico, entre transformación del derecho y de las distintas formas del poder político.⁽¹⁶⁾ Es importante poner de relieve para nuestro fin la neta distinción que Weber introduce entre

validez ideal y validez empírica. Entonces nos interesa poner el acento en el hecho de que introducida esta distinción, Weber, como sociólogo, se interesa en esclarecer el concepto de validez empírica, en cuanto es ésta y no la validez ideal, la que interesa a la sociología del derecho. A este esclarecimiento contribuyen sobre todo dos observaciones: a) para la validez empírica de un ordenamiento no es necesario que todos ni tampoco la mayoría, de aquellos que orientan su comportamiento en base a ese ordenamiento se conducen de tal manera porque ese comportamiento es prescrito por las normas del ordenamiento; varios pueden comportarse de ese modo por mera costumbre o por temor a la desaprobación de los otros, no por una obediencia sentida como deber jurídico; b) ni es necesario que el ordenamiento sea de hecho observado por todos, porque lo que distingue la validez empírica de un ordenamiento no es su observancia sino el actuar orientado hacia él, y no hay duda de que también quien lo viola actúa orientando la propia acción hacia aquella norma cuya presencia debe tener en cuenta para poderla eludir. Ambas observaciones tienden a demostrar que la validez empírica de un ordenamiento no coincide con la obediencia a las normas por parte de los participantes, porque son comprendidos tanto aquellos que lo aceptan sin propiamente obedecerlo (en el sentido fuerte de sentirse obligados por aquellas normas) como los que lo desobedecen (pero lo tienen presente).

Es nuestro interés poner de relieve el análisis weberiano sobre la validez empírica porque constituye el punto de encuentro y de choque con Kelsen. El punto de encuentro porque en la General Theory of Law and State (Teoría General del Derecho y del Estado), en un capítulo en gran medida nuevo con respecto a la *Reine Rechtslehre* (Doctrina Pura del Derecho), enfrentando el problema de la relación entre jurisprudencia sociológica, Kelsen afirma que "la tentativa hasta ahora más lograda para definir el objeto de la sociología del derecho es aquella hecha por Max Weber".⁽¹⁷⁾ El punto de choque, porque el problema que interesa a Kelsen como sostenedor de la teoría pura del derecho, o es la validez empírica, sino la validez ideal, o pura y simplemente la validez. En la teoría pura del derecho el término 'validez' coincide con la expresión weberiana 'validez ideal'. Los temas weberianos de la validez empírica corresponden en la teoría pura del derecho al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico, del cual Kelsen no se ocupa particularmente, aunque no niega ni su relevancia ni su legitimidad. Pero hasta en la diversidad del objeto de análisis por parte de Weber sociólogo y de Kelsen jurista, y también en la diferencia de la terminología, Weber y

16 Si el cap. VII de *Wirtschaft und Gesellschaft* es propiamente una sociología del derecho y en qué sentido de sociología del derecho, es tema todavía en discusión, no fácilmente resolvable porque es al fin un problema de definición. De todas maneras, sobre la sociología del derecho weberiana, además del cap. V de la Introducción a la Sociología del Derecho de Treves ya citada (pp. 85-98), se pueden consultar con utilidad tanto la introducción de M. Rheinstein, a la edición americana, *Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, pp. XXV-LVII, como la introducción de J. Winckelmann a la edición alemana, ya citada, pp. 15-49. Además, M. Rehbinder, "Max Weber Rechtssoziologie" en *Max Weber zum Gedächtnis*, cit. 470-488 y K. Engisch, "Max Weber Rechtssoziologie" en *Max Weber zum Gedächtnis*, cit. 470-488 y K. Engisch, "Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziolog", en *Max Weber, Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians Universität zum 100. Wiederkehr seines Geburtstags*, en 1987, Ducker and Humboldt, Berlin 1966, pp. 67-88; J. Reund, "La rationalization du droit selon Max Weber", *Archives de philosophie* Crisis del Mundo Normativo, Durkheim y Weber, Laterza Bari 1975, y A. Febbrak, "Para una relectura de la sociología del derecho weberiano", *Sociología del Derecho*, III, 1976, pp. 1-28.

17 H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, ediciones de comunidad, Milán 1952. p. 178.

Kelsen concuerdan sobre un punto muy importante, es decir, acerca de la distinción de los dos puntos de vista, del sociólogo y del jurista, y respectivamente de las dos esferas, la esfera del ser y la del deber ser, en la cual se colocan las dos ciencias: distinción que viene negada o no reconocida por los mayores exponentes de la jurisprudencia sociológica. Con el elogio inicial a Weber, citado anteriormente, Kelsen concluye la crítica a los juristas sociologizados y alineados con la teoría predictiva del derecho, quienes sostienen, por ejemplo, que existe una obligación cuando se puede prever con mucha probabilidad que una determinada acción tendrá una determinada consecuencia y, cuando, piensan haber resuelto totalmente la validez ideal en la validez empírica y, por lo tanto, no admiten la legitimidad de una jurisprudencia normativa más allá de la jurisprudencia sociológica. Siguiendo a Weber, Kelsen piensa por el contrario que la distinción es necesaria, y que el criterio propuesto por Weber para la distinción es justo, aunque Weber lo desemboque en el mismo error en el cual cayó Austin al dar una definición sociológica del derecho subjetivo, esto es una definición que hace referencia a la probabilidad (previsibilidad) de un determinado acontecimiento.⁽¹⁸⁾



Pero el acuerdo acaba aquí. Kelsen no se ajusta a Weber. Va más allá.

No se limita a afirmar la existencia de dos puntos de vista contra los sociólogos que lo niegan, sino que, a diferencia de Weber, invierte completamente la relación entre los dos puntos de vista, sosteniendo la primacía o la prioridad de lo jurídico sobre lo sociológico. Es propiamente esta tesis la que sostiene en polémica directa con Weber (aunque naturalmente valga no sólo contra Weber sino en contra de todos los sociólogos del derecho que presumen poder prescindir de la teoría del derecho así como ha sido reconstruida por la teoría normativa). El argumento principal de Kelsen es el siguiente: ningún sociólogo del derecho está preparado para desarrollar una investigación sobre los comportamientos jurídicos de una sociedad determinada, si no posee un criterio que le permita distinguir el comportamiento jurídico del no jurídico. Pero sólo la teoría del derecho le proporciona este criterio. "Únicamente refiriendo el comportamiento humano al derecho como sistema de normas válidas, esto es, 'al derecho tal como es definido por la jurisprudencia normativa', la jurisprudencia sociológica puede delimitar su objeto específico distinguiéndolo del objeto de la sociología general".⁽¹⁹⁾ Puede ser útil presentar el ejemplo, Kelsen expone estos tres casos: a) la exigencia del pago de una tasa con la amenaza de una pena: b) la exigencia de la misma suma por un bandido, con el mismo tipo de amenaza; c) la exigencia de la misma suma por parte de un amigo para su sostenimiento. ¿Bajo cuál aspecto, se pregunta Kelsen, el orden fiscal difiere del orden del bandido, y ambos del pedido del amigo? Es claro que en el caso de que el individuo, sometido a las tres formas de pedido, lo satisfaga, la acción o el actuar social dotado de sentido, para usar la terminología de Weber, es desde el punto de vista sociológico el mismo. Pese a eso, el primero sólo de estos tres actos es un comportamiento jurídico y entonces, como tal, objeto de la sociología jurídica. El segundo es objeto de la sociología jurídica en cuanto viene considerado un acto de extorsión. El tercero no es objeto de la sociología jurídica. La sociología jurídica no puede describir la diferencia entre los tres casos sin hacer referencia alguna al derecho como conjunto de normas válidas, como sistema normativo, tal como es descrito por la teoría jurídica. No significa que Weber haya tratado de definir el comportamiento jurídico, con el fin de determinar el objeto de la sociología jurídica. Pero cuando define este objeto como el comportamiento humano orientado hacia un ordenamiento considerado válido por él, esta definición es insatisfactoria para Kelsen, por su excesiva restricción. El ejemplo que Kelsen hace a este propósito es el del ilícito cometido sin que el culpable sea consciente de la existencia de una norma jurídica que lo castiga. En este

18 Kelsen se refiere al pasaje en el cual Weber define el derecho subjetivo en esos términos: "Que una persona tenga, según el ordenamiento Jurídico estatal, un derecho (subjetivo), significa para la sociología [...] que tal persona tiene la posibilidad garantizada de hecho [...] de pedir el auxilio de un aparato Coercitivo ya subsistente para la tutela de determinados Intereses (Ideales y materiales)*, und Gesell Schaft; cft. p. 184, trad. It. cft. I, p. 314.

19 H. Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, cft. p 179

caso nos encontramos frente a un comportamiento que no está orientado a un ordenamiento y que a la vez la sociología del derecho no puede renunciar a hacer objeto de las propias investigaciones. La conclusión es una vez más la dependencia necesaria de la sociología del derecho de la teoría normativa, con las mismas palabras de Kelsen: "La jurisprudencia sociológica presupone el concepto jurídico del derecho, esto es, el concepto del derecho tal como es definido por la jurisprudencia normativa".⁽²⁰⁾

La confrontación entre Weber y Kelsen hecha hasta aquí, concierne al problema del método, con respecto al cual se puede repetir la afirmación de Max Rheinstein, formulada al concluir la introducción a la edición americana de la sociología jurídica weberiana, según la cual, debido a la mezcla de los métodos, jurídico y sociológico, no se puede crear más que confusión; las obras de Weber y Kelsen en los respectivos campos deben ser consideradas complementarias.⁽²¹⁾ Otra confrontación amerita ser mencionada con respecto a un importante cuestión de contenido. Me refiero al problema verdaderamente central de una teoría del derecho, de la relación entre derecho y Estado. El modo de argumentar de Kelsen con respecto a los conceptos weberianos de derecho y Estado y de su relación es análogo al usado con respecto al método. La principal argumentación, al enfrentar el problema de la relación entre el derecho y Estado en Weber, es más o menos de esta naturaleza: Weber ha dado un paso adelante con respecto a la tradición pero se obtuvo demasiado pronto. En la tradición, derecho y Estado siempre han sido considerados dos conceptos distintos aunque ligados: distintos en el sentido en que el Estado siempre ha sido considerado como una forma de poder (la soberanía es 'suma potestas'); el derecho, al contrario, como una forma de norma o regla de conducta (de donde los problemas clásicos de distintos tipos de poder en la teoría del Estado, de las distintas especies de normas en la teoría del derecho); ligados, en el sentido que el poder estatal crea derechos, aunque no todas las normas jurídicas son de origen estatal, y porque el derecho regula también el poder del Estado; si bien no todo el poder estatal, por lo menos según la tradición bien consolidada, puede ser regulado por el derecho. Con el avanzar del positivismo jurídico, que ha marcado los límites siempre más rígidos entre el derecho y moral de un lado, y derecho y política del otro, y ha puesto en marcha un proceso siempre mayor de "tecnificación" del derecho público, se ha venido acentuando la tendencia a tratar el Estado desde el punto de vista del derecho, o, si me es permitido de signar esta tendencia con una

sola palabra, a "juridizar" el Estado. Esta tendencia es clara, según Kelsen, en Weber. En el libro que ya he citado, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (El concepto de Estado Sociológico y Jurídico), Kelsen distingue las doctrinas que consideran el derecho como un presupuesto del Estado. Weber se coloca (junto con Stammler y otros) en la segunda categoría.

Por el contrario, Kelsen reconoce a Weber el mérito de haber considerado al Estado como ordenamiento jurídico, y así de haberse contrapuesto de manera radical a las doctrinas sociológicas del Estado que lo consideran y lo tratan como una "realidad social".

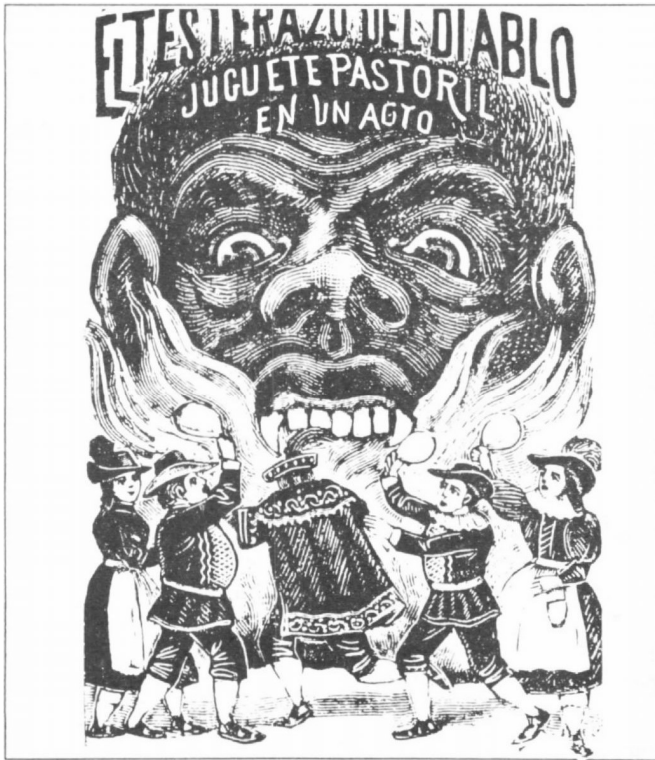
Ciertamente en Weber los conceptos de derecho y Estado se remiten el uno al otro, aunque no se reducen el uno al otro. El término común a ambos es el de coerción, término que tiene un lugar central también en la teoría Kelsiana. El concepto de coerción tiene una parte importante, esencial, tanto en la definición del derecho, en tanto que sirve para distinguir el derecho de la convención social, como en la definición de Estado, en cuanto sirve para distinguir el Estado como grupo político de la iglesia, por ejemplo, como grupo ierocrático. Pero es necesario añadir que lo que caracteriza al derecho y al Estado no es únicamente la coerción. Para la definición del derecho es esencial el concepto de aparato, en el sentido de que sólo habrá derecho, según Weber, cuando "su validez esté garantizada desde el exterior a través de la posibilidad de una coerción (física o psíquica) por parte del accionar, dirigido a obtener la observancia o ha castigar la infracción, de un aparato de hombres expresamente dispuesto a tal fin";²² para la definición del Estado es esencial el concepto de monopolio de la fuerza (y por lo tanto de la posibilidad de coerción), ya que el Estado, para Weber, puede ser definido únicamente recurriendo al medio específico, que es propiamente el monopolio de la coacción física y no mediante el fin, siendo que los fines de los Estados históricos han sido y pueden ser de lo más distintos. Siendo el aparato esencial al derecho, parece inconcebible un Estado que no sea también un ordenamiento jurídico; mientras, habiendo sido definido el Estado sólo mediante la organización del monopolio de la fuerza, es concebible, en el sistema conceptual weberiano, un ordenamiento jurídico que no sea un Estado. "No todo derecho (objetivo) garantizado es garantizado mediante la fuerza (esto es, mediante una amenaza de coerción física). Para que se pueda hablar del derecho basta al sociólogo constatar si por el uso de la coerción jurídica (*Rechtszwang*), que prescinde del uso de la fuerza, "sea ordenado un aparato coercitivo, y si éste posee de hecho un peso tal para dejar subsistir, en medida prácticamente relevante, una posibilidad de que la norma vigente sea observada en consecuencia en el recurso

20 Op. cit., p. 182.

21 M Weber, *Law in Economy and Society*, cit. p. LXXI.

22 *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit. p. 17 (trad. It. cit. I, p 31).

correspondiente a tal coerción jurídica", la identificación del Estado con el derecho sobre un determinado territorio, es un fenómeno característico del Estado moderno, es decir, un hecho histórico. Eso ha acontecido porque hoy la coerción jurídica mediante el uso de la fuerza es monopolio de la institución del Estado, pero es verdad que se puede hablar de "derecho estatal", lo que significa "garantizado estatalmente", en tanto y en cuanto para garantizarlo es usada la coerción jurídica mediante los medios coercitivos específicos -y en el caso normal directamente físicos de la comunidad política".⁽²³⁾



POSADA

Quien tenga alguna familiaridad con el pensamiento Kelsiano, no tardará en captar el nexo estrechísimo que hay entre la teoría weberiana y la kelsiana del derecho y del Estado con respecto al planteamiento general, a la posición central del concepto de coacción, a la definición meramente instrumental del derecho y del Estado, al rechazo de cualquier referencia a los fines, aunque para Kelsen el derecho, y no el Estado, tiene que ser definido ateleológicamente (como "técnica social específica"), la concepción del Estado como monopolio de la fuerza, y así sucesivamente.

Sería demasiado fácil observar que estas analogías se deben al hecho de pertenecer ambos al movimiento del positivismo jurídico, a través del cual tiene lugar el

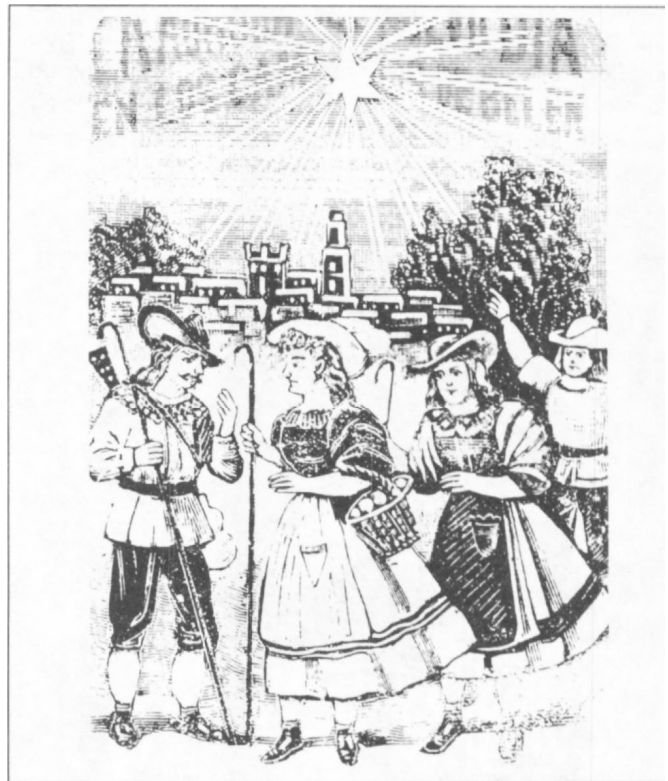
proceso de juridización del Estado y de estatalización del derecho, y por obra del cual el derecho es cada vez más identificado con el conjunto de normas ligadas directa o indirectamente con el aparato coactivo (que en su forma más completa y propia del Estado). Por otro lado, mientras Kelsen es un positivista declarado y elabora una verdadera teoría del positivismo jurídico, Weber puede ser positivista únicamente en el sentido en que reconoce en el proceso de formación del Estado moderno un proceso de progresiva positivización del derecho, y por lo tanto de progresiva eliminación de toda forma de derecho de que no sea impuesto por el Estado (se trata de *Gesetzesrecht* [Derecho Legislativo]; esto es, de las otras tres formas de derecho vigentes en otras épocas, entre las cuales, precisamente, el derecho natural, cuya validez emerge sobre todo en las épocas revolucionarias [cuando las otras formas de derecho, que son, además del derecho establecido (*lit=statuito*), el derecho revelado y el derecho tradicional, entran en crisis]. La distinción entre derecho positivo y derecho natural descansa en la teoría pura del derecho sobre diferencias esenciales, de las cuales las dos principales son la distinción entre validez formal, propia del derecho positivo, y validez material, propia del derecho natural, y la distinción entre sistema dinámico propio de un ordenamiento jurídico y sistema estático, propio de los ordenamientos éticos. La diferencia es tal que el derecho natural no puede ser definido como derecho' de la misma manera en la cual es definido 'derecho' el derecho positivo, y al fin, conducido el razonamiento kelsiano a sus extremas consecuencias, el derecho natural no es derecho, de donde, a justo título, la teoría pura del derecho se coloca como teoría del derecho positivo. Para Weber, por el contrario, la positivización del derecho es un fenómeno histórico, es un proceso característico del Estado moderno, esto es del Estado legal-racional, en el cual el derecho establecido por el poder soberano toma ventaja sobre todas las otras formas tradicionales de derecho, entre ellas también el derecho natural, que además permanece como la forma legítima específica de los ordenamientos creados por las revoluciones. En otras palabras, el advenimiento del Estado moderno marca la edad de la preeminencia, por no decir de la exclusividad, del derecho establecido, que es el derecho impuesto por el legislador, con respecto a las formas más arcaicas del derecho, que son el derecho revelado y el derecho tradicional, y también con respecto al derecho natural, definido como "el tipo más puro de validez racional según el valor",⁽²⁴⁾ que además "siempre ha constituido la forma de legitimidad específica de los ordenamientos en los cuales las clases que revelaban en contra del ordenamiento existente conferían una

legitimidad a sus aspiraciones de creación jurídica, cuando no se apoyaban en formas y revelaciones de una religión positiva" ⁽²⁵⁾

¿En qué sentido se puede decir, como he afirmado, que para Kelsen Weber se ha detenido demasiado pronto? En los más breves términos posibles, se puede decir esto: Weber, en pocas palabras, ha reconocido que el Estado es un ordenamiento jurídico, pero no llegó a reconocer que el Estado no es nada fuera del ordenamiento jurídico, es decir, que una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, el Estado desaparece como entidad distinta del derecho, como ante que tiene una realidad distinta de aquella del ordenamiento jurídico que regula las múltiples actividades de éste. En la obra varias veces mencionada en la cual Kelsen, recurriendo a una encendida analogía con las disputas teológicas, compara la disputa entre deístas, que contraponen Dios y mundo, y panteístas, que hacen a Dios inmanente al mundo, a la disputa entre juristas dualistas que, distinguiendo el derecho del Estado, atribuyen al Estado una realidad distinta de la del derecho, y juristas monistas que no reconocen trascendencia alguna del Estado con respecto al derecho; reconoce a Weber el mérito de haber construido, aunque sea sin atención, una teoría del Estado como ordenamiento jurídico, donde la premisa, en las primeras líneas de la Auseinandersetzung, (desorganización, desorden, desquiciamiento) de las investigaciones weberianas confirman "que todos los esfuerzos hechos para determinar la esencia del Estado de manera extra-jurídica, en particular de manera sociológica, llegan siempre a una más o menos enmascarada identificación del concepto buscado con el ordenamiento jurídico"; ⁽²⁶⁾ y la conclusión, al final del análisis punto por punto, de que "la sociología del estado se revela como una doctrina del derecho (Rechtslehre)". ⁽²⁷⁾ Pero, el reconocimiento de este mérito no es suficiente para considerar la doctrina del Estado de Weber como idéntica a la teoría del Estado propia de la teoría pura del derecho. Sólo la teoría pura del derecho alcanza la plena conciencia de que, una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, ya no hay nada en el concepto tradicional de Estado que no esté en el derecho, así como, una vez resuelto Dios en la naturaleza, a la manera de los panteístas, no hay en el concepto de Dios nada más que no haya en el concepto de naturaleza. En otras palabras, que el Estado es un ordenamiento jurídico, significa que todos los actos atribuibles al Estado son actos jurídicos, en cuanto actos de producción o de ejecución de normas jurídicas, entendido el derecho como ordenamiento coactivo, y

entendidas las normas jurídicas como las normas pertenecientes a este tipo de ordenamiento.

En el sistema conceptual de Weber, derecho y Estado ocupa dos lugares distintos. En el sistema conceptual de Kelsen no hay lugar para un concepto de derecho.



POSADA

El Estado es, en la teoría Kelsiana, un tipo de ordenamiento jurídico, caracterizado por "un cierto grado de centralización". ⁽²⁸⁾ De aquí sigue que, mientras para Weber la teoría del Estado, centrada en la teoría del poder y de las distintas formas de poder es distinta de la teoría del derecho, en Kelsen la teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho. Tal identificación de derecho y Estado es favorecida por la misma definición de derecho a la que Kelsen llega gradualmente [y será expuesta claramente y de manera definitiva en la Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado) de 1925, según la cual no la fuerza sino el contenido de las normas jurídicas es el medio para la realización del derecho y, por lo tanto, el derecho es concebido como el conjunto de las normas que regulan el uso de la fuerza (uso de la fuerza que en el Estado moderno es monopolizado por el poder político). Ahí donde la fuerza en la forma de poder coactivo deviene considerada como medio para la actuación del derecho, o mejor, de normas de conducta que, en cuanto reforzadas por la coacción, son llamadas habitualmente normas

25 Wirtschaft und Gesellschaft, cit p. 497 (trad. it. cit II, p. 175.)

26 H. Kelsen, Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff, cit. p 156.

27 Op. cit. 169.

28 H. Kelsen. Lincamientos de doctrina pura del derecho, Einaudi, Tunn, 1967, p. 134.

jurídicas, el estado, en cuanto detentador del poder de usar la fuerza con exclusión de otros sobre un determinado territorio, puede ser presentado como un ente distinto del conjunto de las normas jurídicas. De modo diferente, ahí donde, como en la teoría de Kelsen, seguida sucesivamente por Ross, y acogida, independientemente de Kelsen, por Olivecrona, el uso de la fuerza, de la cual tiene el monopolio el poder coactivo del Estado, es el contenido de las normas jurídicas, el Estado como ente en sí desaparece y no queda más que el ordenamiento jurídico como ordenamiento de la fuerza (Zwangsgesetz). (Orden Compulsivo).

Más allá de las comparaciones textuales entre Weber y Kelsen, en las cuales me entretuve hasta ahora, el problema de la relación Weber-Kelsen puede ser abordado también desde un punto de vista más general, al cual he dedicado algunas páginas en un escrito precedente.⁽²⁹⁾ Según Weber, la formación del Estado moderno es caracterizada por un proceso de racionalización formal, proceso que da lugar a aquella forma de poder legítimo que Weber llama legal-racional. La característica del poder legal-racional es la de ser un poder regulado por leyes a todos los niveles, desde lo más bajo a lo más alto; es decir, por normas generales y abstractas impuestas por un poder "ad hoc". Me parece que la construcción en grado del ordenamiento jurídico, en la que culmina la teoría pura del derecho, es una representación fiel, o la representación más adecuada, del Estado legal-racional, cuya formación constituye según Weber la línea de tendencia del Estado moderno. En otras palabras, la teoría estructural de Kelsen (estructural en el sentido que define el derecho y por lo tanto el Estado a partir de la estructura del ordenamiento) se presenta en estrecha conexión con la estructura del Estado moderno, entendido weberianamente como Estado legal-racional. Esto no significa que Kelsen, pese a su pretensión de elaborar una teoría general del derecho, válida para los sistemas jurídicos de todos los tiempos, haya construido una teoría válida únicamente para un tipo histórico de Estado. Significa que una acabada teoría del sistema jurídico como sistema normativo complejo, y por sistemas normativo complejo entiendo un sistema en el cual también los actos que producen derechos son regulados por el derecho, no podía nacer más que una continua reflexión sobre la formación del Estado moderno, en la cual la racionalización o legalización de los procesos de producción jurídica hace más evidente la estructura piramidal del ordenamiento o permite percibir que el ordenamiento normativo, al que damos el nombre de

ordenamiento jurídico, es un universo estructurado en una determinada manera. Es un hecho que cuando Kelsen describe la progresiva juridización del Estado moderno, hasta el punto de llegar a la reducción del Estado a derecho, revela el mismo proceso que Weber capta en la formación del poder legal que acompaña al desarrollo del Estado en el período histórico. Entre Kelsen y Weber se podría establecer a este propósito la siguiente relación: el Estado es el ordenamiento jurídico mismo (Kelsen) en cuanto el poder sea completamente legalizado (Weber). Lo que distingue el Estado de otros ordenamientos jurídicos en un determinado grado de organización, esto es la existencia de órganos que trabajan según las reglas de la división del trabajo para la producción y la aplicación de las normas por las que está constituido.⁽³⁰⁾ Cuando Kelsen precisa que la presencia de esta organización para la producción y la aplicación como poder estatal se diferencia de las otras relaciones de poder por el hecho de ser él regulado por normas jurídicas, no parece muy alejado de la descripción de aquel poder legítimo que es el poder legal, cuya principal característica es la de tener aparatos especializados como el aparato judicial y el administrativo (Kelsen añadiría el aparato legislativo) que actúan entre los límites de reglas generales y abstractas constitutivas del ordenamiento.

La representación Kelsiana se encuentra en un nivel superior de abstracción con respecto a la weberiana. Pero, como ya he observado, Kelsen se propone elaborar una teoría general del Estado, mientras Weber describe un tipo ideal de Estado que es históricamente individualizado. Tan es así que para Kelsen la teoría pura del derecho en cuanto a teoría formal debería valer para toda forma posible de Estado y específicamente, como suele repetirlo muchas veces para defenderse de las acusaciones provenientes de partes opuestas, tanto para el Estado capitalista como para el socialista; mientras que Weber, describiendo el Estado legal-racional, cuyo carácter específico es el fenómeno de la burocratización, pensaba que el modelo tenía valor únicamente para los Estados capitalistas, del análisis de los cuales había sido creado el modelo. Los Estados socialistas del futuro, cuyo primer grandioso y a la vez trágico experimento, se estaba desarrollando bajo sus ojos en los últimos años de su vida, habrán expresado nuevas formas de racionalidad material.

29 Estructura y función de la teoría del derecho de Kelsen", en *De la Estructura a la función Nuevos estudios de teorías del derecho* Ediciones de comunidad, Milán, pp. 208-210.

30 H. Kelsen, *La doctrina pura del derecho*, Einaudi, Turin 1966, p. 318