

## LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS DE WEBER Y KELSEN: SU CONTINUIDAD TEÓRICA

Ulises SCHMILL\*

SUMARIO: I. *Sentido de la tesis de la complementariedad de las teorías de Weber y Kelsen.* II. *Max Weber.* III. *Hans Kelsen.* IV. *Bibliografía.*

### I. SENTIDO DE LA TESIS DE LA COMPLEMENTARIEDAD DE LAS TEORÍAS DE WEBER Y KELSEN

El siguiente ensayo tiene la finalidad fundamental de establecer una comparación entre las teorías de Max Weber y Hans Kelsen sobre la forma en que construyen su problemática teórica y su concepto del derecho. La comparación es muy instructiva debido a que ambas teorías son *complementarias*. Las diferencias entre el concepto del derecho en ambas teorías se encuentran condicionadas por la diversidad de perspectivas doctrinales, una sociológica y la otra filosófica. Para introducir al lector en estas dos perspectivas teóricas complementarias resulta muy ilustrativo transcribir el siguiente texto de Max Rheinstein, contenido en la introducción al libro de *Max Weber on Law in Economy and Society*, la concluye con las siguientes palabras que podemos aceptar de manera cabal:

Estos hechos de que las ideas existen en las mentes de los hombres realmente y que de hecho influyen la conducta social pertenecen al mundo del “ser”; las ideas mismas, sin embargo, al ámbito del “deber ser” (ought).

\* Ex magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación; ex embajador de México en Austria, Alemania Occidental y Hungría; ex ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Profesor de tiempo completo en el ITAM.

Ambos constituyen campos de investigación, aquél del científico social, éste del abogado y del jurista analítico. Sus investigaciones requieren, sin embargo, de métodos distintos. Sólo confusión puede resultar cuando son mezclados entre sí. En la pureza del método han insistido tanto Weber, como sociólogo, como Kelsen, el jurista. Sus trabajos son complementarios. Kelsen, en su teoría pura del derecho, se ocupa de las normas y su estructura. ¿Cuál es la característica distintiva de esas ideas que son normas jurídicas frente a otras ideas? ¿En qué formas estas ideas están relacionadas con las ideas referentes al Estado? ¿En qué orden están las ideas jurídicas relacionadas unas con otras? Esta es la problemática planteada por Kelsen. ¿Por qué las gentes tienen estas ideas jurídicas? ¿Cómo obtienen su contenido? ¿Cómo y por qué cambian? ¿En qué formas estas ideas influyen la conducta social? Esta es la problemática planteada por Weber.<sup>1</sup>

Hemos de demostrar la complementariedad de ambas doctrinas, tarea que parece imposible a primera vista, aunque Kelsen se percató claramente de ello, como lo mostraremos más adelante. Huellas de la sociología comprensiva de Weber son notorias desde las primeras páginas de la teoría pura del derecho. Debe hacerse notar que Kelsen analizó las tesis de la sociología comprensiva de Weber en un importante libro *El concepto sociológico y el jurídico del Estado. Investigación crítica de las relaciones entre el Estado y el derecho (Der soziologische und der juristische staatsbegriff. kritische untersuchung des verhältnisses von Staat und recht)*, muy escasamente traducido y citado, lo que nos motiva a exponer los comentarios contenidos en este trabajo de Kelsen a las tesis de Weber, para comprobar la complementariedad mencionada. Es muy significativo que el capítulo donde expone y comenta las tesis weberianas sobre el Estado lo denomina *El Estado como orden jurídico en las categorías de la "sociología comprensiva" (Max Weber) (Der Staat als Rechtsordnung in den Kategorien der "verstehenden Soziologie")*, en el que demuestra que Weber identifica, con terminología sociológica, al Estado con el orden jurídico, que es una tesis típicamente kelseniana. Lo que acontece es que los sociólogos, prescindiendo de los conceptos normativos de manera explícita, los utilizan, sin embargo, implícitamente, como puede fácilmente descubrirse con un análisis detallado de los presupuestos de dicha terminología. Entremos *in medias res*.

<sup>1</sup> Rheinstein, Max, "Introduction", *Max Weber. Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1969.

## II. MAX WEBER

### 1. *Perspectiva teórica de Max Weber*

Tenemos que determinar, primeramente, cuál es la perspectiva teórica de la que parte Max Weber en la construcción de los conceptos fundamentales de su teoría sociológica. En su principal obra teórica *Economía y sociedad*, desde su primer párrafo, establece las líneas fundamentales que delimitarán el campo de sus investigaciones: “Debe entenderse por sociología (en el sentido aquí aceptado de esta palabra, empleada con tan diversos significados): una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos”.<sup>2</sup>

Sólo un genio como Weber puede en una frase concentrar una multiplicidad enorme de conceptos. Para ello, deben definirse los conceptos de “acción”, “acción social”, las causas de la acción y, entre ellas, las causas que son significados o sentidos de la acción, los desarrollos y efectos de la misma, el concepto de “entender”, etcétera. No es el objeto de este ensayo intentar hacer una explicación exhaustiva de estos conceptos, respecto de los cuales únicamente intentaremos exponer los más fundamentales. Comencemos con el concepto de “acción”, el cual ha sido explicitado por el propio Weber: “Por «acción» debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo”.<sup>3</sup>

El presupuesto de estos conceptos lo podemos encontrar en las consideraciones metodológicas que hace Weber en su complicada refutación a Stammler.<sup>4</sup> Para entender cabalmente sus conceptos debemos tener presente dos dimensiones de toda acción humana: una dimensión puramente física, perceptible por los sentidos, y una dimensión no perceptible, el sentido o significado de la acción. El hombre liga a su acción o a sus omisiones un sentido determinado, particular del individuo

<sup>2</sup> Weber, Max, *Law in Economy and Society*, trad. de Edward Shils y Max Rheinstein, Harvard University Press, 1969, p. 5.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Weber, Max, *La “superación” de la concepción materialista de la historia*, trad. de Óscar Julián Guerrero, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001.

cuya conducta quiere entenderse. Weber expone estos conceptos de la siguiente manera:

Dos hombres, quienes por lo demás están fuera de toda “relación social” —dos nativos de diferentes tribus, o un europeo que encuentra en el África negra a un nativo—, “intercambian” dos objetos cualesquiera. Por consiguiente, uno pone —y con toda razón— el énfasis en una simple descripción de lo externamente perceptible del hecho ocurrido: el movimiento de los músculos, si eventualmente se habla, los tonos, todo lo que, por decirlo así, conforma la “física” de lo ocurrido y cuya “esencia” en manera alguna se capta. Por cierto, esta “esencia” consiste, en el sentido que ambos imputan a su comportamiento exterior y este “sentido” de su comportamiento presente representa de nuevo una “regulación” de su comportamiento futuro. Sin la existencia de este “sentido” —uno puede expresarse así— un “intercambio”, ni es realmente posible, ni conceptualmente construible. ¡Completamente cierto! La circunstancia de que los signos “exteriores” sirvan como “símbolos” es uno de los presupuestos constitutivos de toda relación “social”... Si yo ubico un “separador de lectura” en un “libro”, lo que con posterioridad es perceptible “externamente” del resultado de esta acción es únicamente eso, un “símbolo”. La circunstancia de que una tira de papel u otros objetos estén grapados entre dos hojas tiene un “significado” sin cuyo conocimiento el separador de lectura para mí sería inútil y carente de sentido, y la acción en sí misma también sería causalmente “indescifrable”... está presente el proceso externamente perceptible, pero no el “proceso completo”: el “sentido” de estas medidas cuyo contenido... es lo que les imprime su carácter, lo que les da “significado”... Separemos ahora conceptualmente el “sentido” que nosotros encontramos “expresado” en un objeto o un proceso de las partes componentes del mismo. Cuando nosotros abstraemos de plano aquel “sentido” dejando inalterados los demás elementos y denominamos a esta consideración, que refleja exclusivamente el estado de los elementos, como consideración “naturalista”, entonces tenemos enseguida un concepto de “naturaleza” distinto de los anteriormente tratados. Naturaleza es entonces, “lo carente de sentido”, más exactamente, un proceso *llega a ser* naturaleza, *si* nosotros no le preguntamos a él por el “sentido”. Sin embargo, es comprensible por sí mismo que lo contrapuesto a “naturaleza”... es... justamente lo que está “lleno de sentido”, es decir, el “sentido” atribuido a un objeto o a un proceso, el sentido “que *puede* ser descubierto en él”.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 119-121, énfasis añadido.

Aquí se tocan temas fundamentales.<sup>6</sup> De los dos elementos de que se compone toda acción u omisión, uno, los movimientos corporales son la “física” de dicha acción y su “esencia”, la que lo caracteriza unívocamente, es el sentido que el actor enlaza a esos movimientos o a sus efectos. Por ello, dice que “naturaleza” son las consideraciones en las que no interviene el sentido, lo carente de sentido propiamente dicho.

Lo interesante de todo ello se puede ver en lo que expresa Weber en otro trabajo, en donde afirma que el sentido de una acción puede ser existente de hecho, lo cual se presenta con dos modalidades: *i*) en un caso históricamente dado, o *ii*) como promedio en una determinada masa de casos. Pero adicionalmente, el sentido puede ser construido en un “tipo ideal” con actores del mismo tipo.<sup>7</sup>

## 2. Función metodológica de los “tipos ideales”

¿Cuál es la función de la construcción de “tipos ideales” en la sociología? A mi entender tiene la misma función que, en otro campo, tiene la ley de la inercia (la primera ley de Newton): ningún cuerpo se mueve en línea recta con velocidad uniforme sin influencia de ninguna fuerza externa o permanece en su estado de reposo, a menos que una fuerza lo perturbe. Este es el “tipo ideal” del movimiento. Todo movimiento real de cualquier objeto se encuentra bajo la influencia de diversas fuerzas, por lo que no encontramos, sino de manera aproximada en ciertas circunstancias, movimiento alguno que se ajuste al contenido de la ley de la inercia. Pero la ley de la inercia nos permite “construir” conceptualmente la descripción exacta de los movimientos reales, por medio de la adición de las fuerzas que inciden en el objeto estudiado. Lo mismo pasa con el “tipo ideal”:

<sup>6</sup> Cfr. el ensayo de Skinner, B. F., “Un análisis operante de la solución de problemas”, *Contingencias de reforzamiento. Un análisis teórico* (CR), trad. de Edgar Galindo Cote, México, Trillas, 1979, pp. 131-133, en donde se encuentra un análisis muy interesante del significado de la construcción de estímulos discriminativos. El “separador de lectura” de Weber es un estímulo discriminativo para Skinner, igual que las marcas de tiza en las maletas en el aeropuerto, que describe el psicólogo conductista. Muchos de los conceptos de la sociología comprensiva de Weber se dejan formular en la teoría de la conducta operante de Skinner. Sobre este punto véase el intento hecho por el autor de este ensayo en Schmill, Ulises, *La conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.

<sup>7</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 6.

El “sentido” del comportamiento “externo” de los dos sujetos que intercambian cosas, puede ser considerado en dos direcciones lógicas distintas. Primero, como “*idea*”: nosotros podemos preguntar, ¿cuáles consecuencias en el orden conceptual se pueden encontrar en el “sentido” que nosotros —los observadores— atribuimos a un proceso concreto de esta clase?; o ¿cómo se incorpora este “sentido” a un sistema conceptual en donde a “lo lleno de sentido” se lo comprenda en forma más amplia? Desde estos puntos de vista ya elaborados, podemos ocuparnos con la “valoración” del transcurso empírico del proceso. Nosotros podríamos preguntar, por ejemplo, ¿cómo debería ser el comportamiento “económico” de Robinson Crusoe, si estuviese impulsado por las últimas consecuencias lógicas de su pensamiento? (así procede la teoría de utilidad marginal). Nosotros podríamos “evaluar” su comportamiento empírico en aquel patrón conceptualmente investigado. Y justamente en el mismo plano podríamos preguntar: ¿cómo se “deberían” comportar los dos “individuos que intercambian” objetos, con posterioridad a la ejecución externa del acto de entrega, a efecto de que su forma de obrar corresponda a la “*idea*” de intercambio? Es decir, con ello nosotros podríamos hallar conforme a la conducta, las consecuencias lógicamente pensadas del “sentido” que *nosotros* encontramos en su acción. Por lo tanto, nosotros *salimos* de los hechos empíricos que transcurren *fácticamente* asociados de acuerdo a representaciones y que en determinada forma poseen cierto “sentido”, pero no aquel sentido detalladamente claro y metódicamente investigado, sino el confuso y vago que se asocia a lo externamente perceptible. *Abandonamos* entonces el terreno de lo empírico y preguntamos: ¿cómo se deja construir en forma conceptual el sentido de la acción de los participantes, sin que se genere una contradicción con el sistema ideal del que se deriva? Transitamos, entonces, por la “dogmática del sentido”.<sup>8</sup>

De lo anterior, Weber saca la siguiente conclusión:

El método científico consistente en la construcción de tipos investiga y expone todas las conexiones de sentido irracionales, afectivamente condicionadas, del comportamiento que influyen en la acción, como “desviaciones” de un desarrollo de la misma “construido” como puramente racional con arreglo a fines. Por ejemplo, para la explicación de un “pánico bursátil” será conveniente fijar primero cómo se desarrollaría la acción fuera de todo influjo de afectos irracionales, para introducir después, como “perturbacio-

<sup>8</sup> Weber, Max, *La “superación” de la concepción materialista de la historia*, trad. de Óscar Julián Guerrero, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001, pp. 121 y 122.

nes”, aquellos componentes irracionales. De igual modo procederíamos en la explicación de una acción política o militar: tendríamos que fijar, primero, como se *hubiera* desarrollado la acción de haberse conocido todas las circunstancias y todas las intenciones de los protagonistas y de haberse orientado la elección de los medios —a tenor de los datos de la experiencia considerados nosotros como existentes— de un modo rigurosamente racional con arreglo a fines. Sólo así sería posible la imputación de las desviaciones a las irracionalidades que las condicionaron. La construcción de una acción rigurosamente racional con arreglo a fines sirve en estos casos a la sociología —en méritos de su evidente inteligibilidad y, en cuanto racional, de su univocidad— como un tipo (tipo ideal), mediante el cual comprender la acción real, influida por irracionalidades de toda especie (afectos, errores), como una desviación del desarrollo esperado de la acción racional.<sup>9</sup>

Esta es la metodología de los tipos ideales, la que permite comprender, por la adición al tipo ideal de aquellos elementos que constituyen desviaciones del curso construido intelectualmente, con arreglo a fines, de la acción humana, de manera completamente análoga a como en la física, que construye las leyes del movimiento uniforme y rectilíneo, que permite la determinación (construcción) intelectual de los movimientos empíricamente observables, con la adición de las fuerzas o perturbaciones que modifican el curso del movimiento ideal del objeto.

### *Primer comentario de Kelsen*

Kelsen comenta que la metodología del tipo ideal es la construcción de una conducta racional con arreglo a fines y constituye un “esquema de significación” (Deutungsscheme, expresión que utiliza en la TPD1 y TPD2, en la primera traducido por Jorge G. Tejerina como “esquema de interpretación” y en la segunda, por Roberto J. Vernengo como “esquema de explicitación conceptual”, lo cual no es correcto). Considera que el Estado en el sentido de la sociología comprensiva es claramente un “tipo ideal”, una construcción conceptual de conducta estrictamente racional con arreglo a fines, es decir, un sistema teleológico pensado, que se utiliza como “esquema de significación” de la conducta humana, la cual entiende como estatal en la medida que se corresponda con estos esquemas de significación. Se

<sup>9</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 7.

utilizan estos esquemas de significación en la comprensión de la conducta real, como si los hombres se comportaran siempre de manera teleológicamente racional. Si la conducta real no se corresponde con estos esquemas de significación, Weber los considera “desviaciones” (*Abweichung*). La sociología comprensiva, como Weber siempre ha enfatizado, está dirigida a la conducta real de los hombres. Pero esta conducta sólo se puede entender, por lo menos con base en los tipos ideales que se han podido construir, sólo en la medida que la conducta real se corresponda con el contenido del tipo ideal construido conceptualmente.<sup>10</sup>

### 3. *El concepto de la “relación social”*

Weber, una vez que ha establecido el concepto de “sentido” de una conducta, define en forma constructiva a la “relación social”, como una conducta plural que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad.<sup>11</sup> Es de hacerse notar el esfuerzo por prescindir de conceptos normativos para la comprensión de la relación social. Después de haber definido la “relación social”, manifiesta lo siguiente:

La relación social *consiste*, pues, plena y exclusivamente, en la *probabilidad* de que se actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable; siendo indiferente, por ahora, aquello en que la probabilidad descansa...<sup>12</sup>

La relación social *consiste* sola y exclusivamente —aunque se trate de “formaciones sociales” como “estado”, “iglesia”, “corporación”, “matrimonio”, etcétera— en la *probabilidad* de que una forma determinada de conducta social, de carácter recíproco por su sentido, haya existido, exista o pueda existir. Cosa que debe tenerse siempre en cuenta para evitar la *sustancialización* de estos conceptos.<sup>13</sup>

Con estas palabras pareciera que Weber permanece en el campo de las puras descripciones de acontecimientos reales. Es muy importante la observación de que debe evitarse toda sustancialización, considerando como existentes, de manera independiente y autónoma, el sentido de la relación social.

<sup>10</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 158.

<sup>11</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.



*Segundo comentario de Kelsen*

Kelsen transcribe el texto anterior y comenta que la esencia del “Estado”, en distinción con la Iglesia o el matrimonio, se encuentra claramente en el contenido significativo específico de conductas humanas y no en las contracciones musculares sin relación con el sentido o significación de la conducta, “el Estado es el sentido específico de ciertas conductas”.<sup>14</sup> Observa que sin duda alguna es importante la frecuencia o la probabilidad con la que se realizan ciertas conductas, con determinado sentido, pero la probabilidad de la ocurrencia de ciertas conductas debe distinguirse del contenido significativo de dichas conductas. Sólo por el contenido significativo pueden distinguirse las diversas conductas de las formaciones sociales diferentes. La esencia del Estado, la Iglesia y el matrimonio puede captarse cuando las observaciones se dirigen al contenido de sentido de las mismas y no a los movimientos sin significado de las conductas externas.<sup>15</sup> Inmediatamente después Kelsen hace una crítica certera a Weber, respecto del siguiente texto: “Un «Estado» deja, pues, de existir sociológicamente en cuanto desaparece la «probabilidad» de que ocurran determinadas acciones sociales con sentido”.<sup>16</sup> La crítica de Kelsen consiste en que en este párrafo Weber se olvida del contenido significativo de las conductas y se concentra en la “probabilidad” de su realización efectiva. “El Estado ya no es el sentido de una conducta, sino esta misma conducta”.<sup>17</sup>

A continuación Kelsen observa que Weber destruye el uso cotidiano de las palabras cuando se habla de la “existencia” del Estado de igual manera que se habla de la “existencia” de procesos y objetos perceptibles. El Estado es objeto de las consideraciones sociológicas comprensivas como el sentido de ciertas conductas, como contenido significativo, como sistema teleológico o como esquema de significación y sólo como tal existe, de igual manera como existe el teorema de Pitágoras: su existencia (Existenz) es su “validez” (Geltung) y “por ello, es una esencia distinta de la efectividad de la conducta, cuyo sentido es” (Seine “Existenz” ist seine Geltung, und darum ist er wese nverschieden von der

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 15.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 22.

<sup>17</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 159.

Tatsächlichkeit del Handlungen, deren Sinn er ist).<sup>18</sup> Por ello, observa que de la misma manera que la probabilidad de que el hombre piense o exprese dicho teorema no se identifica con el mismo, no puede identificarse el Estado con la probabilidad de que se realice la conducta con el contenido significativo peculiar de él.<sup>19</sup>

Para seguir construyendo de manera sistemática sus conceptos sociológicos, Weber hace dos observaciones: uno, que una relación social puede tener carácter transitorio o permanente, entendiendo por esta permanencia:

Que exista en este caso la probabilidad de la *repetición* continuada de una conducta con el sentido de que se trate (es decir, la tenida como tal y, en consecuencia, esperada). La *existencia* de relaciones sociales consiste tan sólo en la presencia de esta “chance”, la mayor o menor *probabilidad* de que tenga lugar una acción de un sentido determinado y *nada* más...<sup>20</sup>

#### 4. *Formulación lingüística del sentido de una relación social*

Dos, lo que podríamos denominar “consagración lingüística del sentido de una relación social”:

El sentido que constituye de un modo *permanente* una relación puede ser formulado en forma de “máximas” cuya incorporación aproximada o en término medio pueden los partícipes *esperar* de la otra u otras partes y a su vez orientar por ellas (aproximadamente o por término medio) su propia acción.<sup>21</sup>

The meaningful content which remains relatively constant in a social relationship is capable of formulation in terms of maxims which the parties concerned expected to be adhered to by their partners on the average and approximately.<sup>22</sup>

Me importa destacar tres conceptos involucrados en estos párrafos: 1) la permanencia del sentido en una relación social; 2) su formulación lingüís-

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 159 y 160.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>20</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 22.

<sup>21</sup> Weber, Max, *Law in Economy and Society*, trad. de Edward Shils y Max Rheinstein, Harvard University Press, 1969, p. 23.

<sup>22</sup> *Idem*.

tica en “máximas” y, consecuentemente, 3) la “esperanza” o probabilidad de que la otra parte de la relación orientará su conducta conforme al sentido de la relación, es decir, conforme a la máxima.

Hay que distinguir entre dos conceptos importantes: el de regularidad y el de orden. En la conducta social se pueden observar regularidades de diversa índole: “Se pueden observar en la acción social regularidades de hecho; es decir, el desarrollo de una acción repetida por los mismos agentes o extendida a muchos (en ocasiones se dan los dos casos a la vez), cuyo sentido *mentado* es típicamente homogéneo”.<sup>23</sup>

Esta es una simple descripción empírica que constata el hecho de que la acción con el sentido mentado por los sujetos se repite regularmente.

### 5. Concepto de “orden”

Pero cuando existe la permanencia en el sentido de la acción y se ha consagrado lingüísticamente el sentido de tal relación permanente en una o varias máximas, entonces es posible construir el concepto de “orden”, de la siguiente forma: “§ 5.2. Al «contenido de sentido» de una relación social le llamamos: a) «orden» cuando la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por «máximas» que pueden ser señaladas”.<sup>24</sup>

#### A. Tercer comentario de Kelsen

Kelsen observa que Weber designa al derecho como un “orden”. Pero un orden es un específico “contenido significativo” de relaciones sociales, el cual sólo puede caracterizarse con el concepto del “deber ser” (Sollens), como regla de deber ser o norma. Indica que Weber afirma que la “Validez de un orden significa para nosotros algo más que una regularidad en el desarrollo de la acción social simplemente determinada por la costumbre o por una situación de intereses”.<sup>25</sup> La “validez de un orden”, dice Kelsen, aparece en tanto que el transcurso o secuencia de la conducta (transcurso o secuencia establecida por el orden) se encuentra garantizada por la “validez” de un orden (reglamento de servicio), como manda-

<sup>23</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

<sup>24</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 21, p. 25.

<sup>25</sup> *Idem.*

to cuya transgresión no sólo acarrearía perjuicios, sino que (normalmente) se rechaza por el “sentimiento del deber” del propio funcionario (efectivo, sin embargo, en muy varia medida [*sic*]). La traducción al inglés de este texto es más concorde con el texto alemán, por lo que lo transcribo a continuación: “But regularly also by the validity of an order (viz., the civil service rules) as a command the violation of which will not only involve detriments but will also, at least normally, be obhorrent to his sense of duty in the value-rational manner”.<sup>26</sup>

Estas máximas pueden constatar la regularidad o pueden ser establecidas voluntariamente. Lo que importa destacar es que existe un orden sólo cuando existen formuladas las máximas que contienen el sentido de una relación social y la acción se orienta efectivamente por el contenido de sentido de esas máximas.

#### B. Cuarto comentario de Kelsen

Observa Kelsen que estas “máximas” son equivalentes a las “normas” que configuran un orden.<sup>27</sup>

#### 6. El concepto de la “validez” de un orden

El concepto de la “validez” de un orden lo expresa Weber de la siguiente manera:

Y sólo hablaremos b) de una “validez” de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen válidas *para* la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta. De hecho la orientación de la acción por un *orden* tiene lugar en los partícipes por muy diversos motivos. Pero la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese *orden* como obligatorio o modelo, o sea, como algo que *debe ser*, acrecienta la probabilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>27</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 162.

<sup>28</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 21, p. 25.

### *Quinto comentario de Kelsen*

Kelsen dice que esta construcción desemboca en lo siguiente: si se designa como “orden” el contenido significativo de ciertas conductas, el actor con su conducta conecta la representación de una norma, que establece esa conducta como debida. Si el orden, como contenido significativo, es idéntico a la norma, entonces la validez de este orden es idéntico con el “deber ser” (Sollen). A continuación Kelsen considera que no es correcto el deslizamiento terminológico que lleva Weber al denominar “validez” lo que Kelsen denomina “efectividad”, como probabilidad de ejecutar los contenidos significativos en que las normas consisten. Todo ello demuestra que para la sociología comprensiva el orden, como conjunto de máximas o reglas, es concebido como conjunto de normas).<sup>29</sup>

### *7. El problema de la obligatoriedad del orden*

El problema teórico es el siguiente: ¿cuándo podemos considerar que el orden es obligatorio, que la conducta que lo ejecuta debe ser?, ¿cuándo las máximas constitutivas del orden se consideran obligatorias?, ¿bajo qué condiciones las máximas aparecen como válidas para la acción?

El inicio de una solución se encuentra en las afirmaciones de Weber al describir la regularidad con la que un funcionario acude a su oficina a realizar sus funciones, en contraposición a una mera regularidad en la conducta cuando no interviene orden alguno:

Empero, cuando un funcionario acude todos los días a su oficina a la misma hora, tal ocurre *no sólo* por causa de una costumbre arraigada, ni sólo por causa de una situación de intereses —que a voluntad pudiera o no aceptar—, sino también (por regla general) por la “validez” de un orden (reglamento de servicio), como mandato cuya transgresión no sólo acarrearía perjuicios, sino que (normalmente) se rechaza por el “sentimiento del deber” del propio funcionario (efectivo, sin embargo, en muy varia medida).<sup>30</sup>

Shils traduce la parte final de este párrafo de la siguiente manera: “But regularly also by the validity of an order (viz., the civil service rules) as a command the violation of which will not only involve detriments but

<sup>29</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 162.

<sup>30</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 21, p. 25.

will also, at least normally, be abhorrent to his sense of duty in the value-rational manner”.<sup>31</sup>

Se observa una regularidad de la conducta. Se pregunta por el motivo de esas conductas permanentes y regulares. Eso puede acontecer por costumbre o por una constelación de intereses, como el caso de un vendedor que visita regularmente a sus clientes. Pero en una multiplicidad de regularidades de conducta se encuentra un motivo específico que difiere de los demás: se encuentra una máxima, cuyo contenido se considera que debe orientar la conducta, es decir, determinarla. Esa máxima es considerada como un modelo verbal de la conducta a seguir, como una conducta que debe realizarse y ser concorde con la conducta significada en la máxima. Entonces se predica la “validez” del orden constituido por las máximas correspondientes: “§ 5. La acción, en especial la social y también singularmente la relación social, pueden orientarse, por el lado de sus partícipes, en la *representación* de la existencia de un *orden legítimo*”.

La representación de unas máximas que orientan la conducta de manera efectiva, es uno de los elementos que determinan que se lleve a cabo la conducta.

### 8. *Motivos de la obligatoriedad de un orden*

La obligatoriedad de una máxima, el que los partícipes la consideren como obligatoria, que estatuye conductas que *deben ser* ejecutadas, puede ser atribuida por los motivos o consideraciones siguientes:

§ 7. Los que actúan socialmente pueden atribuir validez *legítima* a un orden determinado:

- a) en méritos a la *tradición*: validez de lo que siempre existió;
- b) en virtud de una *creencia afectiva* (emotiva especialmente): validez de lo nuevo revelado o de lo ejemplar;
- c) en virtud de una *creencia racional con arreglo a valores*: vigencia de lo que se tiene por absolutamente valioso;
- d) en méritos a lo *estatuido positivamente*, en cuya *legalidad* se cree.<sup>32</sup>

Para nuestras finalidades, resulta muy interesante la atribución de validez legítima, marcada con el inciso *d*, que es la más común en los tiem-

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 29.

pos modernos. Según Weber consiste en la: “Obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos”.<sup>33</sup>

Entramos ahora a una parte central de la teoría jurídica de Weber. Ya tenemos el concepto de orden y de validez del orden, así como los motivos de legitimidad. Debemos ahora exponer el concepto del derecho y relacionarlo con los criterios de legitimidad expuestos.

### 9. *El concepto del derecho*

Sin avanzar en el concepto del derecho de Austin, Weber dice que un orden debe llamarse, “derecho: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia del orden o de castigar su transgresión”.<sup>34</sup>

Debemos observar, en primer lugar, que el orden, el conjunto de máximas, se llama derecho cuando se encuentran garantizadas externamente. La garantía consiste en los medios que se utilizan para conseguir que la conducta real se ajuste efectivamente al contenido de las máximas. El medio que se utiliza para obtener tal finalidad consiste en la existencia de un “cuadro de individuos instituidos con la tarea de obligar a la observancia del orden o sancionar su transgresión”. Es de suma importancia señalar que el orden es un elemento determinado y el cuadro de individuos que ejercen la coacción, es externo al orden, *i. e.*, su conducta no forma parte del orden cuya validez *garantizan*. El orden se llama derecho cuando se encuentra en relación con un cuerpo externo de individuos que garantizan la validez del orden. Esta garantía debe entenderse como elementos que determinan o condicionan que los sujetos del mismo orienten de hecho su conducta por el contenido de sentido de las máximas constitutivas del orden. El orden garantizado externamente, no es el que instituye al cuadro coactivo, aunque la existencia de este cuadro coactivo es el que determina la juridicidad del orden. Para Weber lo decisivo en el concepto del derecho es la existencia del cuadro coactivo, de la misma manera que lo es para Rudolf von Ihering, e incluso para Georg Jellinek,

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 27.

que consideraba que el derecho era un conjunto de normas cuya ejecución estaba “garantizada”, en un sentido más amplio que en Weber.

Para nosotros lo decisivo en el concepto del “derecho” (que para otros fines puede delimitarse de manera completamente diferente) es la existencia de un *cuadro coactivo*... Desde luego, según la terminología aquí aceptada (como conveniente) no puede en realidad designarse como derecho a un orden que sólo esté garantizado por la expectativa de la reprobación y de las represalias de los lesionados —es decir, convencionalmente y por la situación de intereses— y que carezca de un cuadro de personas especialmente *destinado* a imponer su cumplimiento.<sup>35</sup>

#### *Sexto comentario de Kelsen*

No se oculta en lo anterior la definición del *derecho como un conjunto de normas coactivas, aunque dada la orientación de la sociología de Weber se hable de “probabilidad”*.<sup>36</sup>

Si se relaciona este concepto del derecho con el de la legitimidad derivada del concepto de lo estatuido positivamente y en cuya legalidad se cree, nos encontramos con un orden, conjunto de reglas o normas, cuya efectividad está garantizada externamente por un cuadro coactivo y que se considera obligatorio porque son “preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos”.<sup>37</sup> En consecuencia, el orden del derecho, en la época moderna, es aquel orden normativo que adquiere su normatividad por dos hechos fundamentales:

- a) porque es un orden garantizado externamente por la existencia de un cuadro coactivo;
- b) porque ese orden ha sido estatuido formalmente de manera correcta, *i. e.*, siguiendo un determinado procedimiento.

La disposición a avenirse con las ordenaciones “otorgadas”, sea por una persona o por varias, supone siempre que predominan ideas de legitimidad y —en la medida en que no sean decisivos el simple temor o motivos de

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 28; *cf.* Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 160.

<sup>36</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 160.

<sup>37</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 30.



cálculo egoísta— la creencia en la *autoridad* legítima, en uno u otro sentido de quien impone ese orden.<sup>38</sup>

Esto nos conduce directamente al concepto de “dominación”, la que debe entenderse como “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”.<sup>39</sup> Por lo tanto, el orden está constituido por mandatos que se cumplen u obedecen. Casi como un eco de las palabras de Austin y Jellinek, Weber dice:

El concepto de *dominación*... sólo puede significar la probabilidad de que un *mandato* sea obedecido... La situación de dominación está unida a la presencia actual de *alguien* mandando eficazmente a *otro*, pero no está unida incondicionalmente ni a la existencia de un cuadro administrativo ni a la de una asociación; por el contrario, sí lo está ciertamente —por lo menos en todos los casos normales— a *una* de ambas.<sup>40</sup>

En este párrafo se puede observar que Weber sólo tiene frente a sí los actos de obediencia o desobediencia efectiva a un mandato.

#### 10. *El concepto de “asociación”*

Es, por otra parte, pertinente analizar el concepto de “asociación”:

§ 12. Por *asociación (Verband)* debe entenderse una relación social con una regulación limitadora hacia fuera cuando el mantenimiento de su orden está garantizado por la conducta de determinados hombres destinada en especial a ese propósito: un *dirigente* y, eventualmente, un *cuadro administrativo* que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo.<sup>41</sup>

Debe notarse que el cuadro administrativo, destinado a realizar los fines de la asociación, no es un cuadro coactivo; es un conjunto de personas encargadas de ejecutar las finalidades de la asociación y es perfectamente comprensible que este cuadro tenga su orden normativo no coactivo. Las

<sup>38</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 21, p. 30.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 39.

personas se organizan, plantean sus finalidades, hay un dirigente y un cuadro administrativo destinado a la realización de las finalidades planteadas por el orden de la asociación.

La acción de la asociación consiste en: a) la conducta legítima del cuadro administrativo que, en méritos de los poderes de gobierno o representación, se dirige a la realización del orden de la misma; b) la conducta de los partícipes en la asociación en cuanto *dirigida* por las ordenanzas de ese cuadro administrativo.<sup>42</sup>

Cabe preguntar hasta qué grado una asociación, con su orden interno que distribuye los poderes de los dirigentes y del cuadro administrativo, puede existir sin coacción interna o externa. Weber observa que una asociación “es siempre en algún grado *asociación de dominación* por la simple existencia de un cuadro administrativo”.<sup>43</sup>

#### A. Séptimo comentario de Kelsen

Con ello, como Kelsen lo demuestra, el orden de la asociación es un conjunto de normas coactivas.<sup>44</sup>

Una asociación de dominación debe llamarse asociación política cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un ámbito geográfico determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo.

Por Estado debe entenderse un instituto político (asociación cuyas ordenaciones estatuidas han sido “otorgadas” y rigen de hecho con respecto a toda acción que con determinadas características dadas tenga lugar en el ámbito de su poder) de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>44</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 164.

<sup>45</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, pp. 43 y 44.

### B. *Octavo comentario de Kelsen*

Finalmente, dice Kelsen, el derecho es idéntico al Estado, es decir, el Estado es un orden jurídico.<sup>46</sup> El derecho es un conjunto de normas coactivas y lo decisivo del Estado es la posesión de un cuadro coactivo, que forma una asociación, la cual tiene un orden normativo que regula la acción de la misma. La identidad entre el Estado y el derecho es clara y definitiva. Dice Kelsen que el concepto de “monopolio” está tomado de la ciencia económica, para referirse a lo que los juristas llaman “soberanía”.<sup>47</sup> El derecho se presenta como, según su esencia, un orden soberano, en tanto que no es derivable de ningún otro orden y que aparece como el supremo.<sup>48</sup>

El Estado es un orden eficaz, que tiene una ordenación interna, es una asociación de dominación, que mantiene con éxito el monopolio legítimo de la coacción física. Por lo tanto, el concepto de “mandato” es central en esta conceptualización y lo mismo el concepto de la organización del cuadro coactivo. Muchas consecuencias pueden deducirse de estos conceptos, los que no podemos deducir en este lugar. Weber estuvo a un milímetro de considerar que el orden de la asociación de dominación era el derecho, pero no lo hizo porque el concepto de mandato, como en Austin, tiene como sujeto destinatario del mismo, no al cuadro coactivo, sino a los sujetos cuya conducta regula.

Caracteriza hoy formalmente al Estado el ser un orden jurídico y administrativo —cuyos preceptos pueden variarse— por el que se orienta la actividad —“acción de la asociación”— del cuadro administrativo (a su vez regulado por preceptos estatuidos) y el cual pretende validez no sólo frente a los miembros de la asociación —que pertenecen a ella esencialmente por nacimiento— sino también respecto de toda acción ejecutada en el territorio a que se extiende la dominación (o sea, en cuanto instituto territorial). Es además característico: el que sólo exista coacción “legítima” en tanto que el orden estatal la permita o prescriba (por ejemplo, este orden deja al padre “poder disciplinario”; el resto de lo que fue en su tiempo potestad propia del señor de la casa, que disponía de la vida de hijos y esclavos).<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 168.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 45.

### *C. Noveno comentario de Kelsen*

Dice Kelsen que toda la construcción o arquitectura del sistema conceptual de Weber conduce directamente al conocimiento de que el Estado es un orden jurídico. Con ello, se revela que la sociología del Estado es teoría del derecho.<sup>50</sup>

Tendríamos que concluir, con lo hasta aquí dicho, que el orden de la asociación política es normativo siempre y cuando sea efectivo porque los sujetos que lo ejecutan son motivados por algunos de los elementos que atribuyen legitimidad a un orden. Si el orden de la asociación política es legítimo, entonces sus ordenaciones deben considerarse como válidas, *i. e.*, como obligatorias, como un modelo de conducta, estableciendo un deber ser.

Esta normatividad la obtiene de un conjunto de elementos que han sido denominados por Weber: *a)* por la tradición; *b)* la creencia afectiva; *c)* creencia racional con arreglo a valores, y *d)* legalidad.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que los elementos que determinan que un orden (máximas que orientan efectivamente la conducta) se considere válido (como modelo de conducta considerada obligatoria) son extraños y ajenos al orden.

### *D. Décimo comentario de Kelsen*

La legitimidad es caracterizada por Weber como garantía de que las máximas sean un modelo de conducta y tengan carácter obligatorio, con lo que de nuevo se confirma que los conceptos normativos se encuentran en la base de estas tesis de la sociología comprensiva.<sup>51</sup>

## *11. Las “máximas” de la legitimidad*

Podríamos decir que “la atribución de validez legítima a un orden determinado” puede formularse a su vez en una o varias máximas, las que entonces se constituyen en un orden superior determinante de la legitimidad de la validez del orden al que se refiere. Podríamos formular estas

<sup>50</sup> Kelsen, Hans, *CSJE*, p. 169.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 168.

meta-máximas fundantes de la obligatoriedad o validez de otro orden de la siguiente manera, según la clasificación weberiana:

— Debes comportarte conforme a la tradición.

La validez de un orden en méritos del carácter sagrado de la tradición es la forma más universal y primitiva. El temor a determinados perjuicios mágicos fortaleció la traba psíquica para toda variación en las formas habituales en inveteradas de las conductas; y los varios intereses que suelen estar vinculados al mantenimiento de la sumisión al orden vigente, cooperan en la dirección de su conservación.<sup>52</sup>

— Debes comportarte conforme a lo nuevo revelado o a lo que consideres ejemplar.

Primitivamente, creaciones *conscientes* de un orden nuevo fueron debidas a oráculos proféticos o, por lo menos, se presentaron como revelaciones consagradas proféticamente y tenidas, por tanto, como santas... El sometimiento dependió entonces de la creencia en la legitimidad de los profetas. En las épocas dominadas por un riguroso tradicionalismo, la formación de órdenes “nuevos”, es decir, que se consideran como tales, sólo era posible, de no ocurrir por la revelación aludida, mediante la consideración de que en realidad habían sido válidos desde siempre pero *no bien* conocidos, o que habiendo estado oscurecidos por algún tiempo venían a ser *redescubiertos* en ese momento.<sup>53</sup>

— Debes comportarte conforme lo que consideres absolutamente valioso. “El tipo más puro de una validez racional con arreglo a valores está representado por el *derecho natural*. Cualquiera que haya sido su limitación frente a sus pretensiones ideales, no puede negarse, sin embargo, el influjo efectivo y no insignificante de sus preceptos lógicamente deducidos sobre la conducta”.<sup>54</sup>

— Debes comportarte conforme a lo estatuido positivamente en cuya legalidad crees. “La forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos

<sup>52</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 2, p. 30.

<sup>53</sup> Weber, Max, *op. cit.*, nota 21, p. 30.

<sup>54</sup> *Idem.*

positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos”.<sup>55</sup>

Debe observarse que la normatividad de un orden se atribuye, en Weber, a un conjunto de elementos ajenos o extraños (que se encuentran fuera) del orden al cual legitiman. Como elementos determinantes de la representación de la legitimidad de un orden, se encuentran dentro de la problemática de la sociología. Encontramos señaladas determinadas causas del surgimiento de estas representaciones de la legitimidad.

Nuestras cuatro meta-máximas de la legitimidad constituyen la formulación semántica de los elementos que atribuyen legitimidad a un orden. Debe observarse que en el apartado 5.1 de *Economía y Sociedad* Weber habla de un mandato implícito en la validez. Es por ello que pueden formularse las máximas de la legitimidad. En estas máximas, la palabra “debe” está significando la normatividad correspondiente, no una obligación.

### III. HANS KELSEN

#### 1. *Exposición de la construcción de su concepto del derecho*

Las siguientes consideraciones toman como punto de referencia la primera gran obra teórica de Kelsen, los *Hauptprobleme*, que contiene las tesis que serían el fundamento de toda su ingente labor teórica durante setenta años. He seleccionado esta obra, para explicar el concepto del derecho de Kelsen como un orden coactivo de la conducta humana, por la originalidad de sus planteamientos y porque nunca he visto que autor alguno exponga su contenido en estos temas. En libros posteriores Kelsen afirma, como un axioma, que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana y que este concepto será el fundamento de toda su elaboración teórica, sin hacer explícitos los razonamientos que lo condujeron, en su primera obra (HP), a esa conclusión fundamental. Más tarde, en 1925 dice:

Considero que mi misión consiste en desenvolver los objetos tratados hasta ahora bajo el nombre de “Teoría general del Estado” partiendo de un principio fundamental único: la idea del Estado como orden coactivo de la conducta humana. En tanto que he logrado este propósito, parece que

<sup>55</sup> *Idem.*

he establecido un sistema natural en lugar de uno artificial, y que en lugar de un complejo de cuestiones sólo externamente enlazadas entre sí, he creado una conexión real interior y, por tanto, verdaderamente sistemática. Pero, al mismo tiempo, el descubrimiento de esta conexión confirma la verdad del mencionado principio fundamental: la idea normativa se comprueba en su virtualidad sistemática.<sup>56</sup>

Es sabido que la raíz filosófica de la teoría pura del derecho lo constituye la filosofía trascendental kantiana. Incluso, estoy convencido de ello, la categoría central de la teoría es el concepto o categoría de la “imputación periférica”, que juega en la ciencia jurídica un papel análogo al de la causalidad en las ciencias naturales de fundamento matemático.

La teoría de Kelsen tiene la gran virtud, como lo ha señalado Stanley L. Paulson, de ser una teoría positivista sobre el derecho, que ha prescindido de conceptos morales o teológicos, en general, metafísicos, para fundamentar la normatividad del material jurídico. El derecho es un orden autónomo de normas, independientemente de cualquier “norma” moral o religiosa. Este es uno de los sentidos de la *pureza metódica* afirmada por Kelsen. Algunos iusnaturalistas han afirmado que la normatividad del derecho la obtiene de su fundamento moral o de justicia. Esta es la concepción heterónoma de la normatividad jurídica. Si la anterior caracterización es correcta, uno de los problemas centrales a los que tiene que enfrentarse la teoría es establecer los conceptos que permitan afirmar la existencia de la normatividad, concebida autónomamente, sin recurrir a ningún tipo de moralidad o de entidades metafísicas, como Dios o una peculiar concepción de la naturaleza. Dice Kelsen:

Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos?<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1954, p. VIII.

<sup>57</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 207 y 208.

Es paradójico que el concepto de legitimidad de Weber, de la legalidad de lo estatuido positivamente, como el cuarto criterio de legitimidad, que en principio es una concepción heterónoma de la normatividad, se convierta en una concepción autónoma de ella, en la medida en que no se recurre a ningún elemento externo al conjunto de normas estatuidas. Es la tendencia hacia la constitución de un orden normativo independiente, como parte de la evolución histórica, creadora de sistemas autónomos en los diversos campos de la cultura.

### *El deber ser (sollen)*

Kelsen se encuentra en la misma corriente de pensamiento que hemos expuesto de Jellinek y Weber y plantea la misma problemática: cómo transitar de la sociología a la jurisprudencia, del poder a la normatividad. Con una influencia claramente kantiana y weberiana se pregunta sobre el tránsito del sentido subjetivo de un acto de dominación o de mando al sentido objetivo de una norma integrante de un orden jurídico, o para expresarlo en la intuitiva terminología de Hart, el tránsito del “verse obligado a” a “estar obligado a”. Parte del supuesto de que el derecho consiste en conjuntos de normas que disponen que algo debe hacerse o producirse, *deber ser* que constituye el sentido de actos de voluntad dirigidos al comportamiento de otros sujetos, que comprende, entre otros, los actos de dominación por los cuales un sujeto expresa su voluntad de que otro se comporte en cierta forma. Pero el sentido de los actos dirigidos al comportamiento de otros, que se expresa con las palabras deber ser (*sollen*), también comprende el sentido de los actos de permisión, de prohibición y de facultamiento.

Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o faculta (Vernengo traduce la palabra alemana *ermächtigt* con la palabra *autoriza*, lo que no es del todo correcto, por lo que usaré siempre la palabra *faculta*, *facultad*, *Ermächtigung* y derivadas) esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar... En esto la palabra “deber” (*sollen*) es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “debe” solo tiene correspondencia con el ordenar algo; el “esta permitido”, con una



permisión; el “puede”, con un facultamiento (*Ermächtigen*). Aquí, empero, designaremos con “deber ser” (*sollen*)<sup>58</sup> el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro.<sup>59</sup>

## 2. Rendimiento fundamental de la teoría de Kelsen: la imputación periférica

El origen del concepto de la imputación periférica se encuentra en el concepto de la voluntad, tal como este concepto es expuesto en los *Hauptprobleme* (HP).

### A. Análisis del concepto de voluntad

Uno de los conceptos que se discuten con mayor acuciosidad en esta obra genial es el concepto de voluntad, comprendido desde el punto de vista de la psicología. La finalidad de esta elucidación de un concepto psicológico consiste en hacer posible una delimitación conceptual de este concepto con el concepto, de idéntico nombre, que utiliza la jurisprudencia. El concepto de voluntad que utiliza la jurisprudencia debe distinguirse, con toda claridad y énfasis, del que utiliza la psicología, pues se trata de dos ciencias diferentes, con orientaciones metodológicas distintas: una es una ciencia explicativa causal y otra es una ciencia normativa, *i. e.*, que tiene por objeto de estudio las normas. Con fundamento en el principio metódico de la pureza, no podría consistentemente hacer uso del concepto psicológico dentro del campo de la normatividad.

Sin que de manera inmediata esclarezca su significado, afirma: “Las siguientes investigaciones parten del principio de que el derecho objetivo es la voluntad del Estado”.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Nuevamente debo apartarme de la observación de Vernengo en el sentido de que el verbo modal “sollen” debe traducirse simplemente con la palabra “deber” y no con la expresión “deber ser”. Yo me atenderé a esta última traducción, por dos razones: una, porque ha adquirido carta de ciudadanía en la literatura jurídica en español, y dos, porque puede dar lugar a ser confundida con la palabra “obligación”. En alemán no hay lugar a confusión alguna: para la expresión “deber ser” corresponderá siempre la palabra modal *sollen*; para la palabra “obligación” corresponderá el sustantivo *Pflicht*. En español, lamentablemente, se utiliza la palabra “deber”, “debido” con el significado de obligatorio.

<sup>59</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 56, p. 18.

<sup>60</sup> Kelsen, Hans, *Hauptprobleme*, p. 83.

De la tesis que la norma jurídica es la voluntad del Estado depende la solución del problema de la esencia y de la forma lógica de la norma jurídica. Esta tesis se impone a la conciencia del investigador de manera muy clara cuando la norma jurídica no es el producto inconsciente de las costumbres, donde lo que de hecho acontece se acerca demasiado a lo que debe acontecer, pues la norma no es otra cosa que el significado idéntico de los actos humanos repetidos durante un cierto tiempo en una determinada comunidad.

Mientras la creación del derecho corre, exclusiva o preferentemente, a cargo de la costumbre, mientras sólo vale como derecho lo que de hecho se practica, nada más fácil que considerar como el sujeto o portador del orden jurídico, no al Estado, sino a la comunidad cuyo comportamiento efectivo y constantemente reiterado determina el contenido de aquellas normas que el Estado, con sus órganos, no hace otra cosa que aplicar... Conforme va relegándose a segundo plano la creación consuetudinaria de derecho y triunfa, en el Estado moderno, el principio de la legislación consciente, va ganando también terreno aquella teoría que concibe al derecho objetivo como la voluntad del Estado. Y se comprende que así sea, pues a partir del momento en que tampoco el *contenido* de las normas jurídicas es determinado por el “pueblo” a través de la costumbre, en que las organizaciones estatales absorban también el proceso de la creación jurídica, en que las *condiciones* formales de lo que ha de acatarse como derecho aparecen expresadas por el propio orden jurídico mediante los preceptos a que ha de atenerse el proceso legislativo, va destacándose cada vez más el papel del Estado en relación con el problema de la naturaleza del derecho objetivo.<sup>61</sup>

Este párrafo presenta claramente el contraste entre la legislación inconsciente de la costumbre y la consciente del Estado moderno. Enseguida, Kelsen investiga el concepto psicológico de la voluntad, para determinar si es el mismo concepto que utiliza la jurisprudencia y la teoría del Estado cuando se habla de que el derecho es la “voluntad” del Estado.

Se denomina, así, voluntad la aspiración que va asociada a la noción de un fin o de una meta. Ahora bien, la aspiración es una actividad de la conciencia por medio de la cual “se produce o se prepara un cambio en el estado o en el contenido de la conciencia, haciendo surgir en ella algo nuevo o venidero, lo cual se caracteriza por el hecho de que con ello se provo-

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 83 y 84.

can, se mantienen o acrecientan los sentimientos agradables y disminuyen, se eliminan o rechazan los desagradables”.<sup>62</sup>

Dice Kelsen, con un notable parecido a la concepción conductista, que el punto de partida de todo acto de voluntad es un sentimiento de insatisfacción o descontento, de penuria, el que va estrechamente unido a la aspiración a superar lo que tiene de desagradable. Para ello, debe intervenir una noción adicional: la idea de un medio apto o causalmente eficiente para acabar con la sensación de penuria, dolor o insatisfacción. Es clara la similitud de esta concepción con las tesis que Freud, amigo de Kelsen, propuso en diversas obras demasiado conocidas, especialmente en *Más allá del principio del placer*.

Fijémonos, ante todo, en cómo discurre el proceso de la voluntad cuando el medio representado sea un medio exterior. Volvemos encontrarnos aquí con dos posibilidades. Puede ocurrir que, para satisfacer la aspiración de que se trata, baste con realizar un movimiento corporal propio, o bien que el proceso encaminado a la satisfacción consista en un cambio operado en el mundo exterior que circunda a nuestro cuerpo. Este cambio, a su vez, puede ser causalmente producido por un movimiento corporal propio, pero puede también ocurrir que la propia reflexión le diga a uno que no es posible obtener por este medio el resultado satisfactorio apetecido. Ahora bien, cuando la reflexión nos dice que es posible llegar a la meta de la satisfacción por medio de un movimiento corporal propio o de un resultado exterior causalmente determinado por él, se produce una acción peculiar sobre los nervios motores, los que a su vez, ponen en movimiento los músculos, hasta obtener el movimiento corporal mentalmente representado que conduce a la satisfacción directa o pone en movimiento aquella serie causal en el término o en el transcurso de la cual se produce el resultado exterior conducente a la satisfacción. En cambio, si no se da la noción de que un movimiento corporal propio sirve para conducir *causalmente* un resultado dirigido a la satisfacción no se producirá el impulso que actúe sobre los nervios motores. Al descargarse el impulso sobre los nervios motores, el acto de voluntad ha terminado.<sup>63</sup>

En esta concepción, la meta final de toda actividad es la obtención de satisfactores o la eliminación del dolor o de lo desagradable. Si una de-

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 93. Cita de Jodl, *Lehrbuch der Psychologie*, 3a. ed., 1908, t. II, p. 58.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 93.

terminada actividad del propio cuerpo conduce a la meta de obtener lo que agrada o apartar lo que desagrada, piensa Kelsen que esto va unido a una determinada noción, *i. e.*, un conocimiento de lo operado en el mundo externo por medio de movimientos de nuestro cuerpo. El contenido de esta noción no es otra cosa que la del medio conducente a la satisfacción o eliminación de lo desagradable. La materia de esta noción, el medio, es también querido. Por otra parte, cuando el medio para obtener la satisfacción o eliminación de lo desagradable no es un objeto o acontecimiento exterior, sino un cambio puramente interno, no acontece la descarga sobre los nervios motores. En este caso, el acto de voluntad es un proceso enteramente interno.<sup>64</sup>

“Resumiendo lo que llevamos dicho, vemos que lo querido, en sentido psicológico, es un estado o un proceso que nos representamos mentalmente, en unión de una actividad propia que desarrollaremos para satisfacer una aspiración”.<sup>65</sup>

### B. Esquemas simbólicos del concepto de voluntad

Si utilizamos algunos símbolos para representar el contenido de estos conceptos, entonces tenemos, como primer elemento, un sujeto al que podemos representar como  $O_1$ . En adición, se está considerando el movimiento corporal del sujeto, al que representamos como  $O_1(a)$ . (a) denota a los movimientos corporales del sujeto  $O_1$ . Estos movimientos corporales producen efectos en el entorno del sujeto, *i. e.*, son el inicio de una serie causal de elementos exteriores, que se producen con independencia del sujeto, como efectos del movimiento o movimientos de su cuerpo. Esto lo podemos representar de la siguiente manera:

$$(1) O_1(a) \rightarrow C_1, C_2, C_3 \dots C_n$$

Donde las  $C_1$  son los acontecimientos externos, causalmente producidos por los movimientos corporales de  $O_1$ . Hay un elemento faltante en esta representación tipográfica de los conceptos expuestos: la “noción” o “representación” que acompaña a todo acto de voluntad.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 96.

Por lo tanto,

$$(2) O_1 \text{ (representación) (a)} \rightarrow C_1, C_2, C_3 \dots C_n$$

En (2) tenemos esquematizado los elementos centrales en la concepción de Kelsen. La representación se encuentra insertada inmediatamente después del símbolo del sujeto  $O_1$  para indicar que es algo interno a él. Pero la representación tiene un contenido determinado en el caso  $C_3$ , es decir, es la representación de un acontecimiento exterior futuro producido por los movimientos del cuerpo de  $O_1$ .

A la pregunta de cuál es la relación existente entre la ley causal y el concepto psicológico de la voluntad —sin querer plantear con ello el problema de si la voluntad es o no libre— podría contestarse del modo siguiente: en sentido psicológico, no se quiere nunca más que el contenido de una representación. El acaecer efectivo congruente con el contenido de esta representación no debe considerarse nunca como “querido”, sino, en ciertas y determinadas circunstancias —no siempre— como causalmente producido por la voluntad.<sup>66</sup>

Esto lo podemos esquematizar de la siguiente manera:

$$(3) O_1 \text{ (representación = } C_3) \text{ (a)} \rightarrow C_1, C_2, C_3 \dots C_n$$

Donde el contenido de la representación es  $C_3$ . La congruencia entre el contenido de la representación del sujeto y el acontecimiento externo generado causalmente, puede ser esquematizado de la siguiente manera:

$$O_1 \text{ (representación = } C_3) \text{ (a)} \rightarrow C_1, C_2, C_3 \dots C_n$$

|\_\_\_\_\_↑  
(=)

Nos falta un elemento: el estado de carencia o insatisfacción del sujeto, estado del cual se percata, *i. e.*, un estímulo aversivo  $S_{av}$ , en relación con el cual tiene la noción o representación de la relación causal entre su movimiento corporal y la producción de un resultado exterior concordando

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 99.

te con el contenido de su representación. Esto lo podemos esquematizar de la siguiente manera:

$$(3) \text{ Sav} \cdot O_1 (\text{representación} = C_3) (a) \rightarrow C_1, C_2, C_3 \dots C_n$$

$$\begin{array}{c} | \qquad \qquad \qquad \hat{=} \\ \hline (=) \end{array}$$

Respecto a la relación de concordancia entre el contenido de la representación y los acontecimientos producidos por los movimientos corporales del sujeto, podemos decir, de acuerdo con la tesis de Kelsen, que todas las consecuencias distintas de  $C_3$ , causadas por un movimiento voluntario, no son queridas:

De ahí que sea también inexacto el definir la voluntad, simplemente, como la causa de nuestros movimientos corporales, según lo hacen numerosos juristas. (Deben ser considerados como fundadores de esta corriente Zitelmann y Becker). Hay, en efecto, movimientos corporales que responden a una voluntad como causa y otros que no son “queridos”. Tiene razón Sigwart cuando dice que quien descarga el martillo sobre el dedo, en vez de descargarlo sobre la cabeza del clavo, como se proponía, realiza un movimiento voluntario, pero no querido, es decir, su movimiento tiene como causa la voluntad, pero no puede decirse que sea “querido”, ya que no se halla en consonancia con la representación de la voluntad. Se representa, se quiere un movimiento y se ejecuta en realidad otro.<sup>67</sup>

Esto puede representarse de la siguiente manera:

$$(4) \text{ Sav} \cdot O_1 (\text{representación} = C_3) (a) \rightarrow C_1, C_2, C_3^+ \dots C_n$$

$$\begin{array}{c} | \qquad \qquad \qquad \hat{=} \quad \hat{=} \quad \hat{=} \\ \hline (\neq) \end{array}$$

Las consecuencias o efectos del o de los movimientos corporales de  $O_1$ , *i. e.*,  $C_1, C_2 \dots C_n$  no son coincidentes o congruentes con el contenido de la representación, que solamente es  $C_3$ , el cual conduce a la satisfacción del sujeto, lo que está indicado de esta manera  $C_3^+$ . Lo que se quiere

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 99.

es el estado que es el contenido de la representación, en el caso,  $O_1$  (representación =  $C_3$ ).

Cuando se quiere un estado o proceso representado, el hecho de que se produzca o no, es indiferente en cuanto al problema de la voluntad. El que un resultado exterior querido se produzca tal y como había sido propuesto dependerá de la exactitud de la representación que el sujeto de la voluntad tenga de la conexión causal tal y como se da en el mundo exterior. Si se trata de que el resultado sea causalmente producido por el movimiento corporal propio, seguirá siendo querido aunque de hecho no llegue a producirse por efectos de perturbaciones imprevistas.<sup>68</sup>

Observa Kelsen que cuando se quiere un estado o un proceso determinado, la voluntad ha tenido lugar aunque el estado o proceso no se produzca exteriormente por operancia de la causalidad. La realización exterior del suceso querido es independiente de la voluntad.

Con objeto de hacer patente lo fructífero de estos conceptos, transcribiré el siguiente párrafo de Kelsen, que contiene una cita de Sigwart:

El piloto de un vapor ante el cual se interpone un barco de vela y que, conscientemente, deja de hacer la maniobra necesaria para esquivarlo, es considerado con razón como culpable del abordaje y de sus consecuencias, aunque, considerado mecánicamente su proceder, no haya hecho nada y la violencia del choque sea, desde este punto de vista, un resultado de la fuerza del vapor, debiendo considerarse el abordaje, en este sentido, como un hecho fortuito y el rumbo de cada barco como algo determinado por causas muy dispersas entre sí.

En las anteriores consideraciones, es evidente que la mirada de nuestro autor aparece empañada por una reflexión específicamente ética: aquella en que el piloto es considerado “con razón” como “culpable” del abordaje. Puede el piloto haber *querido* que el choque se produjera, puede, incluso, ser culpable de él; lo que en modo alguno puede es haberlo causado, desde el momento en que no ha hecho *nada*. Desde el punto de vista “mecánico”—que no es otro que el de la conexión causal—, el comportamiento adoptado aquí por el piloto no es nada; no es, por tanto, una causa. Cabe perfectamente querer, proponerse un fin y alcanzarlo y, sin embargo, no producirlo causalmente.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> *Idem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 101.

Por ello concluye, acertadamente, que es un error pensar que toda imputación de un hecho a un sujeto tiene como base una relación causal. La imputación tiene una base normativa, no causal, como lo muestra el ejemplo puesto.

### C. *La voluntad del Estado*

¿Qué significa adscribirle una voluntad al Estado? La primera posibilidad que se presenta es la de considerar que la voluntad del Estado es psicológica. La única manera de poder afirmar esto es incurriendo en hipótesis imposibles de sostener, como son las existentes dentro de las teorías que hablan del alma de los pueblos o la *psique* de las naciones. Tiene que afirmarse enfáticamente que toda psicología es necesariamente psicología individual,<sup>70</sup> sin que pueda aceptarse la existencia de un alma colectiva o de una voluntad del legislador, que no son otra cosa que burdas hipostatizaciones<sup>71</sup> de cierto orden de cosas y la proyección del concepto de persona o sujeto humano a estas formaciones. El problema, si quiere evitar lo anterior, consiste en determinar cómo es posible que la voluntad individual de una persona (el monarca) o un grupo de personas (la asamblea parlamentaria) pueda adscribirse o imputarse al orden social correspondiente, dentro del cual el monarca y los diputados quieren, en algunos casos, ciertas conductas de los súbditos. Se debe preguntar por el fundamento de esa imputación, no operar con base en una hipostatización de un orden normativo determinado. Ya se demostró anteriormente que la imputación no tiene ni puede tener una base causal, sino siempre es un fundamento normativo el que constituye el elemento que permite hacer la imputación de una cierta conducta a un sujeto.

Kelsen hace en este capítulo VI de su obra una refutación, a mi modo de ver, definitiva de esta clase de conceptos, la que no debo repetir en este lugar. El Estado actúa por conducto de sus órganos, legislativos, ejecutivos y judiciales. Es una ficción imputar la conducta de los titulares de esas funciones orgánicas al pueblo, a la voluntad general, a Dios, etcétera. La imputación de una cierta clase de actos de uno o varios individuos

<sup>70</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 55, p. 11. "Toda psicología es justamente psicología individual, porque no hay más que almas individuales".

<sup>71</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 12.



sólo puede imputarse al Estado si dichos actos están regulados jurídicamente como tales.

El acto de una persona física sólo se determina como “acto de un órgano” cuando se realiza en cumplimiento de una voluntad del Estado. La actividad de una persona, cualquiera que ella sea, sólo puede envolver un acto del Estado... [y es] el acto de un órgano de él cuando represente la aplicación de una ley, la ejecución —en el más amplio sentido de la palabra— de la voluntad del Estado. Antes de que la autoridad aplique al delincuente la pena legal, de que el juez dicte el fallo, de que el funcionario de prisioneros encierre al delincuente en una celda, tiene que existir una voluntad del Estado de que estos actos se realicen, puesto que de actos del Estado se trata; esa voluntad del Estado debe darse por supuesta como existente, pues de otro modo habría que considerar los actos en cuestión como actos *arbitrarios* emanados *simplemente* de las personas físicas que los realicen. Pues bien, esta voluntad del Estado tiene que encontrarse en la ley. En la ley —y solamente en ella— proclama el Estado su voluntad de castigar y de ejecutar las sentencias de los tribunales, cuando se dan los requisitos establecidos para ello, de socorrer a los pobres y construir caminos, de concertar tratados y declarar la guerra.<sup>72</sup>

Por lo tanto, la voluntad del Estado no puede ser ningún proceso psíquico de hombre alguno o de cualquier conjunto de hombres, por idéntico que pueda ser el contenido de sus voluntades individuales. La imputación de ciertos actos de personas físicas determinadas al Estado es un proceso que no tiene un sustento en la causalidad, sino que su fundamento y su posibilidad se encuentran en las normas jurídicas.

Ahora bien, si nos preguntamos cuál es el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y cuáles son los hechos que se hallan sujetos a ella, en otras palabras, qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la *norma jurídica*: es la ley —entendida como el conjunto de las normas jurídicas— la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos.<sup>73</sup>

Estos conceptos fueron adquisiciones teóricas que nunca fueron abandonados por Kelsen en el curso de su larga trayectoria teórica de más de

<sup>72</sup> Kelsen, Hans, *Hauptprobleme*, pp. 150 y 151.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 156 y 157.

sesenta años. En estas afirmaciones se encuentra *in nuce* la teoría de la identidad del derecho y el Estado, de consecuencias tan fecundas.

#### *D. Estructura de la norma jurídica y su fundamento*

Estos fueron los fundamentos teóricos que condujeron a Kelsen a afirmar que la estructura de la norma jurídica no era un imperativo, sino un juicio condicional o hipotético. La estructura de la norma jurídica, su expresión, dependerá exclusivamente del contenido que deba dársele a la voluntad estatal.

Para quien concibe la voluntad en sentido ético-jurídico como una construcción erigida con vistas a la imputación viendo en la voluntad del Estado, concretamente, el punto común de imputación de los actos de los órganos cualificados como actos del Estado, es evidente que éste no puede querer otra cosa que sus *proprios* actos. Sólo puede reputarse como “querido” en sentido ético-jurídico lo imputado; ahora bien, decir comportamiento imputado vale tanto como decir comportamiento “propio”. Un acto o una omisión se consideran como “ajenos” con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra. Hablar de un acto o una omisión “propios” de una persona, significa en otras palabras, que ese acto o esa omisión se le imputan.<sup>74</sup>

Esta tesis se encuentra en contradicción directa con las tesis tradicionales sobre el derecho y algunas de cuño moderno y hasta contemporáneo. El Estado sólo puede querer sus propias conductas. Esto significa que no puede querer las conductas ajenas, por lo menos de manera directa. Pero todas las teorías sobre el derecho afirman que lo que el Estado quiere es que los súbditos, los demás, realicen ciertas conductas que se estiman beneficiosas y eviten otras que se consideran perjudiciales. El destinatario de las normas jurídicas son los súbditos, no los órganos del Estado. Kelsen es enfático en la presentación de estas tesis tradicionales:

Con arreglo a esta concepción dominante con carácter general en el campo de la jurisprudencia, lo que el Estado “quiere” en la norma jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de derecho, y, concretamente, una conducta a tono con el or-

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 163.

den jurídico, es decir, una serie de actos u omisiones ajustados a derecho. Lo que el Estado “quiere” —tal como lo entiende el criterio general— es que sus súbditos no roben, no estafen, no asesinen, restituyan las cantidades recibidas en préstamo, paguen el precio convenido en concepto de compra, hagan efectivos los impuestos, cumplan el servicio militar, etcétera.<sup>75</sup>

Esta podría ser llamada la concepción que realiza la *inversión copernicana en la jurisprudencia*: ya el derecho no es contemplado como un orden de la conducta de las demás personas, de los súbditos, sino como un orden que regula su propio comportamiento y de esta manera, y sólo de esta manera, regula el comportamiento de las demás personas. Las obligaciones de los súbditos vienen a ser como un reflejo secundario de las normas que regulan la conducta del propio Estado. Se realiza la *inversión copernicana* en el modo de comprender al derecho: ya el sol no gira en torno a la tierra, sino la tierra en torno al sol; de igual manera, el derecho ya no regula la conducta de los súbditos directamente, no gira alrededor de ellos, sino que ellos giran alrededor del Estado, pues éste regula su propia conducta y sólo por ello, de manera secundaria, refleja y regula la conducta de los demás sujetos de derecho. Esta tesis alguna vez se ha imputado a Alf Ross,<sup>76</sup> alumno de Kelsen, el cual la ha expuesto con mucho énfasis, pero cuyo origen se encuentra en la primera obra de Kelsen que hemos citado profusamente.

No es, por tanto, de extrañar que la concepción tradicional considere como la forma de la norma jurídica al imperativo, a la orden o al mandato dirigido a los súbditos, lo que se explica por las siguientes consideraciones: si la voluntad del Estado, si lo que el Estado “quiere”, es que los súbditos se comporten de cierta manera estimada beneficiosa y omitan la que considera perjudicial, entonces las normas que emita tendrán que especificar la conducta querida por el Estado, que no es otra que la conducta del súbdito constitutiva de un deber u obligación y la forma adecuada para ello es la emisión de un imperativo, de una orden o mandato que especifique como debida esa conducta querida.

La voluntad dirigida sola y exclusivamente a un comportamiento ajeno encuentra su expresión en la orden. A los ojos de la doctrina dominante, la

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>76</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 57 y ss.

norma jurídica se manifiesta bajo la forma de una orden o prohibición. Y esta manera de concebir el derecho objetivo se caracteriza generalmente bajo el nombre de teoría imperativa.<sup>77</sup>

Es en este punto que resultan trascendentes las investigaciones sobre el concepto psicológico de la voluntad, para contrastarlo con el concepto ético-jurídico. Incluso desde el punto de vista psicológico.

Sólo se pueden reputar como queridos los movimientos corporales *proprios*, es decir, los actos propios, en un sentido mecánico causal. Aunque el concepto de la voluntad se haga extensivo —como lo hace Zitelmann— a la llamada serie ampliada de actos, considerando también como queridas las consecuencias causales de los movimientos del propio cuerpo, jamás se podrá calificar de “querido” un acto ajeno, pues también éste supondrá como causa —así enfocado el problema— una voluntad, la voluntad del sujeto agente, y no la del que quiso el acto primitivo. Y esta voluntad jamás podrá encontrarse *dentro* de lo que Zitelmann llama la serie ampliada del acto cuyos eslabones se hallan enlazados entre sí con necesidad causal, ya que la voluntad, desde el punto de vista ético-jurídico, tiene que ser siempre y bajo cualesquiera condiciones, una voluntad *libre*.<sup>78</sup>

Cuando interviene una segunda voluntad el asunto se complica, sobre todo si el sujeto destinatario del mandato es considerado como teniendo una voluntad libre, lo que significa que ella es el origen de la conducta y no una causa externa.

### E. Crítica a la teoría imperativa de las normas

Inmediatamente después, Kelsen recuerda algunos fundamentos que ya han sido expuestos y que es necesario dejar sentados en este lugar, con el objeto de que se tengan presentes cuando se presente la argumentación relativa a la forma condicional en que se expresa a la norma jurídica. Recordemos los supuestos psicológicos de los que parte Kelsen:

1. La conducta de los hombres, como la de cualquier ser vivo, responde toda ella, de manera exclusiva y sin excepción alguna, al princi-

<sup>77</sup> Kelsen, Hans, *Hauptprobleme*, pp. 150-151.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 165.

pio de la propia conservación o del egoísmo, en el sentido más amplio que esta palabra pueda tener.<sup>79</sup>

2. La voluntad del hombre busca siempre su propio bien, lo que significa alcanzar los beneficios y evitar los perjuicios, acrecentar el placer y disminuir el dolor.
3. El punto de partida de todo acto volitivo es un estado de insatisfacción, que hemos representado por Sav.
4. La superación de este estado de insatisfacción Sav es la meta final del impulso que va asociado a la noción de un medio para conseguirlo, impulso que es precisamente lo que llamamos “voluntad”.

Según esto, si queremos mover a alguien a obrar de determinado modo, provocar en él una voluntad dirigida a ese modo de conducirse, no tendremos más camino para ello que despertar en el hombre de que se trate la idea de que la conducta que de él se pide constituye un medio para la satisfacción de sus necesidades, o sea, un medio para procurarle ventajas y evitarle perjuicios.<sup>80</sup>

Es aquí donde interviene la crítica a la concepción de la teoría imperativa de las normas.

El imperativo escueto dirigido al hombre y que no sea otra cosa que la expresión directa de una voluntad enderezada al comportamiento ajeno jamás podrá provocar, por sí mismo, ese proceso de motivación que acabamos de señalar. El caso se plantea del siguiente modo: la voluntad de un sujeto se dirige a los actos o las omisiones de otro sujeto, dotado también de voluntad, pero sin que esta sea idéntica a la de aquél (el que ordena). Son, pues, dos voluntades que se enfrentan y que se trata de armonizar. Supuestos dos sujetos de voluntad distintos e independientes entre sí, no cabe pensar en que la voluntad del uno influya directamente en la del otro. Es imposible que la simple voluntad de un sujeto —dando por supuesta su declaración— produzca una voluntad análoga en el otro. La declaración de voluntad del que ordena jamás conduce directamente a la voluntad de aquel a quien la orden se dirige... Si se quiere que ésta (la propia voluntad) se ponga en consonancia con la ajena, es necesario que a la idea de la voluntad ajena se una la idea de un interés *propio*, cuya satisfacción vaya aparejada al acatamiento de la orden o deseo; es necesario despertar en

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>80</sup> *Idem*.

aquel a quien se trata de mover a una determinada conducta, o por lo menos suponer como ya existente en él, la idea de que la conducta apetecida es, para él mismo, para el que ha de hacer algo o abstenerse de hacerlo, un medio de lograr una ventaja o evitar un perjuicio.<sup>81</sup>

Aquí está el centro de la cuestión. No puede ser explicado más claramente. La esencia del argumento consiste en que el imperativo no contiene elemento alguno que pueda mover a su destinatario a realizar la conducta que se le ordena. El imperativo es la expresión lingüística inmediata de una voluntad o un deseo de que otro se comporte de cierta manera, pero no contiene elemento alguno que induzca al destinatario egoísta a realizar la conducta deseada por el emisor del mandato o la orden, que son emitidos por el sujeto respectivo con la finalidad de que el destinatario realice la conducta que será satisfactoria para el emisor, pero éste no tiene motivo alguno para realizarla, pues el contenido del mandato se constriñe exclusivamente a indicar cuál es la conducta que el emisor desea que el destinatario lleve a cabo.

“El imperativo no es, en efecto, otra cosa que la expresión directa de una voluntad por medio del lenguaje”.<sup>82</sup>

Si el destinatario de la norma imperativa realiza la conducta que el emisor quiere que realice, aquél la ejecuta movido por cualquier consideración que se quiera, menos por el contenido del mandato u orden imperativa. Se supone que el destinatario está motivado por otros elementos completamente ajenos y exteriores al mandato. El imperativo mismo no contiene garantía alguna que permita establecer la concordancia de su voluntad con la del emisor.

Esto hace que sea necesario llevar a la conciencia del individuo, no sólo el comportamiento a que se aspira y que impropriamente se dice “querido por el Estado”, sino también el interés que tiene en poner su propia voluntad en consonancia con el fin perseguido por la norma jurídica. Este interés se lo sugiere al individuo la idea de que la conducta que ha de seguir supone, para él, un beneficio o la evitación de un perjuicio. *Y esta garantía tiene que expresarse en la norma jurídica, para que ésta pueda cumplir su fin* (énfasis añadido). De hecho, el Estado sólo se sirve, en la norma jurídica, de la segunda de las dos garantías indicadas y que consisten en sugerir al

81 *Ibidem*, pp. 174 y 175.

82 *Ibidem*, p. 176.

individuo una ventaja que ha de conseguir o un perjuicio que ha de evitar. Esa garantía es la sanción que puede, a su vez, adoptar dos formas: la de la pena o la de la ejecución.<sup>83</sup>

Como puede verse de los párrafos transcritos y del énfasis añadido, esta es la única ocasión en que Kelsen indica las circunstancias en las que se introduce dentro de la semántica de las normas (o lo que es lo mismo, de los enunciados descriptivos de las normas) las garantías del cumplimiento de la orden emitida, que en todos los demás autores es una garantía externa y ajena, aunque vinculada estrechamente, a la norma. En el caso de Kelsen, la forma de la norma jurídica es completa, en la medida que ella especifica las garantías correspondientes para producir el móvil, en el destinatario, de su conducta concordante con la deseada por el emisor. La norma jurídica establece las consecuencias que se suscitarán en contra del destinatario del imperativo en el caso de que no observe la conducta ordenada. Pero la norma jurídica, al establecer la pena o la ejecución forzada como sanciones (los son por estar establecidas en la norma), está regulando de manera indirecta la conducta de los súbditos destinatarios, pues ellos están en la obligación de llevar a cabo cierta conducta en la medida que la norma faculta a un órgano del Estado a imponer una sanción al destinatario. La sanción es una acción del Estado. Esta conducta del Estado es una conducta propia de él y es la conducta querida por él. El Estado sólo quiere su propia conducta. Kelsen en todas sus obras posteriores se abstuvo de hacer una construcción tan detallada de la forma en que se expresa la norma jurídica. Simplemente afirmó que el orden jurídico es un orden coactivo de la conducta humana y que emplea la motivación indirecta para conseguir que los súbditos realicen la conducta que constituye el fin de la norma coactiva. La conducta que regula la norma coactiva es la de los órganos del Estado que aplican las sanciones.<sup>84</sup>

Esta misma lectura la hace Olivecrona:

The mere declaration by A that he wants B to behave in this or that way can never call forth a will in B to do so. The declaration is aimed at the intellect of B. It evokes the idea that A entertains a certain wish. But this idea cannot act as a motive for B. His will can be brought into conformity

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 176 y 177.

<sup>84</sup> *Cfr.* Kelsen, Hans, "La idea del derecho natural", *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946.

with the will of A only through his getting the idea that it is in his own interest to act according to the wish of A.<sup>85</sup>

No cabe duda que el cumplimiento o realización de la conducta ordenada por A no puede conseguirse exclusivamente por la operancia del contenido del mandato o por la amenaza adjunta a él de un mal que sobrevendrá al destinatario en el caso de desobediencia. Hay condiciones más poderosas que el propio mandato que impulsan a su ejecución, como ideas religiosas, de legitimidad del emisor del mandato y demás motivos reseñados por Weber. Quizá este tipo de consideraciones llevaron a Jellinek a considerar al derecho como normas “garantizadas” en su cumplimiento por una pluralidad de factores reales. Pero Kelsen no está haciendo sociología ni psicología, sino señalando una característica de los mandatos que nos permitan identificarlos como normas jurídicas. Ya Ihering había escrito: “La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra”.<sup>86</sup>

A pesar de estas palabras, debe tenerse en cuenta que la coacción del Estado es externa a la norma jurídica en la teoría del autor que estamos tratando, por más que ésta se identifique con base en el concepto de coacción. Ihering lo dice muy claramente:

El derecho puede, en mi opinión, definirse exactamente: el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción. Esta definición encierra dos elementos: la *norma* y la realización de ésta por la *coacción*... el Estado es el soberano detentador de la coacción. Las prescripciones revestidas, por él, de esta coacción, son las únicas normas jurídicas. En otros términos: el Estado es la única fuente del derecho.<sup>87</sup>

Consideraciones similares determinaron que Kelsen abandonara la teoría imperativa de la norma jurídica y considerara que los enunciados que describen a la norma jurídica son juicios o proposiciones condicionales o hipotéticas, en donde la consecuencia está constituida por una sanción y la condición expresa la conducta del súbdito que condiciona esa aplicación: el impropriamente llamado “acto antijurídico”. La forma ca-

<sup>85</sup> Olivecrona, Karl, *Law as Factk*, Londres, Stevens and Sons, 1971, p. 126.

<sup>86</sup> Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, p. 159.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 158.



nónica es la siguiente: *si A es debe ser B*, en donde B representa la sanción y A es el acto antijurídico.

Si como hemos visto, Kelsen introduce dentro del concepto de la proposición jurídica el elemento de la coacción, a las sanciones que se establecen como consecuencia directa de ciertos actos, a los que por ello se califican de ilícitos (o prohibidos o antijurídicos), entonces la conclusión inmediata de esto es que el derecho, como orden coactivo, se identifica con el Estado como instituto territorial coactivo. La concepción del derecho utilizando el concepto de la coactividad conduce directamente a la teoría de la identidad del derecho y el Estado. La teoría del Estado es teoría jurídica y los problemas relacionados con el mismo deben plantearse y resolverse normativamente.<sup>88</sup>

Los desarrollos de estas ideas en las otras obras de Kelsen son demasiado conocidas para detenernos en su exposición detallada.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- IHERING, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- , *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1954.
- , “La idea del derecho natural”, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. de Francisco Ayala, Buenos Aires, Losada, 1946.
- OLIVECRONA, Karl, *Law as Factk*, Londres, Stevens and Sons, 1971.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- SCHMILL, Ulises, *La conducta del jabalí. Dos ensayos sobre el poder: Kafka y Shakespeare*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.
- WEBER, Max, *Law in Economy and Society*, trad. de Edward Shils y Max Rheinstein, Harvard University Press, 1969.
- , *La “superación” de la concepción materialista de la historia*, trad. de Óscar Julián Guerrero, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2001.

<sup>88</sup> Cfr. tesis de Weber.