

KELSEN Y MAX WEBER *

Norberto BOBBIO

Anticipo que mis consideraciones abordan la relación entre Weber y Kelsen respecto del problema de la sociología del derecho, que es el tema de este congreso y más exactamente, respecto del problema de la relación entre sociología del derecho y teoría del derecho. Esta delimitación se hace necesaria por el hecho de que la relación entre Weber y Kelsen puede ser considerada desde otros puntos de vista; por ejemplo, desde el punto de vista del problema de la democracia y del parlamentarismo.¹

Preliminar es la observación de que entre Weber y Kelsen la relación no es recíproca. Por más que Weber haya escrito su *Sociología del derecho*, y con esta expresión se entiende la obra que constituirá el capítulo VII de *Wirtschaft und Gesellschaft*, titulado "Wirtschaft und Recht (*Rechtssoziologie*)", entre 1911 y 1913,² cuando Kelsen ya había publicado su primera gran obra, *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre*, que aparece en 1911 en la editorial Mohr Ditzingen (que es el mismo editor de Weber), no parece que la haya conocido. Kelsen cita a Weber en el prefacio, fechado en febrero de 1911 (mientras que ya no lo citará más en el largo prefacio a la segunda edi-

* Publicado en *Sociología del derecho*, 1/1981, con el título "Max Weber e Hans Kelsen", traducción de Jorge E. Gutiérrez Ch., revisada por Óscar Correas.

¹ Para este tipo de relaciones véase, por ejemplo, R. Racinaro, "Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta", en H. Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, México, Siglo XXI, 1982.

² La primera edición de la gran obra de Weber fue publicada por la editorial Mohr de Tübingen en el año de 1922, cuando Weber había ya muerto, siguiendo luego las ediciones de 1925, de 1947 y de 1956. La sociología del derecho fue reimpressa por primera vez directamente del manuscrito felizmente encontrado, y como libro, por Johannes Winckelmann: M. Weber, *Rechtssoziologie*, Luchterhand, Neuwied, 1960. La última edición de *Wirtschaft und Gesellschaft*, de la cual extraigo las citas, apareció en 1976, en tres volúmenes, uno de los cuales es sólo de notas, siempre cuidado por Winckelmann, por el editor Mohr de Tübingen. La *Rechtssoziologie* se encuentra en las pp. 387-513. (Esp. 498 y ss.)

ción, que aparece en 1923).³ Lo cita en el prefacio pero no en el curso de la obra. Sin embargo, esta cita única es importante como signo de la consideración que el joven y ya conocido jurista, formado en la Escuela de Jellinek, mostró tener del autor de aquellos ensayos metodológicos de las ciencias sociales que en Alemania ya tenían amplia resonancia. Después de haber dicho que la obra que está por publicar tiene un carácter prevalentemente metodológico, ya que entiende liberar la construcción de los conceptos jurídicos de elementos sociológicos y psicológicos, precisa que sus investigaciones están bajo el signo de dos grandes antítesis: aquella entre *sein* y *sollen*, y aquella entre forma y contenido. A propósito de la segunda, cita el ensayo weberiano sobre la objetividad de las ciencias sociales (1904) y escribe:

si puedo (...) precisar mi punto de vista con las palabras de Max Weber, la característica del fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que éste no quiere ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas porque, según mi parecer, en esta limitación está escondida la esencia del tratamiento formal-normativo de la jurisprudencia.⁴

Que la referencia a Weber sea correcta del todo, se puede discutir. Lo que es cierto es la deuda que Kelsen tiene, muestra o cree tener en relación con las tesis metodológicas weberianas, tanto como para

³ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, Tübingen, 1911, p. IX. La importancia de esta cita ha sido ya puesta en evidencia por G. Calabró en el ensayo "La Giurisprudenza come scienza dello spirito según Hans Kelsen", que se encuentra en la traducción italiana de H. Kelsen "Tra metodo giuridico e sociologico" Guida, Napoli, 1974, p. 11. La mayor parte de las citas desaparecen en el paso de la primera (1920) a la segunda (1929) edición de *Vom Wesen und wert der demokratie*, como ha sido hecho notar por Racinaro en la introducción citada.

⁴ Kelsen cita, sin señalarlo, una parte del ensayo de Weber, "Die Obiektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", *Archiv für sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, IX, 1904, p. 45. Se trata del siguiente párrafo: "No existe ningún análisis científico puramente 'objetivo' de la vida cultural o (...) de los 'fenómenos sociales', independientemente de los puntos de vista específicos y 'unilaterales', según el cual éstos (...) son escogidos como objeto de investigación, analizados y organizados en la exposición. El fundamento de esto se encuentra en el carácter específico del fin cognoscitivo de todo trabajo de ciencia social, que quiera ir más allá de una consideración puramente formal de las normas, jurídicas o convencionales, de la subsistencia social" (de la trad. de Pietro Rossi, en M. Weber, *El método delle science sociali*, Einaudi, Torino, 1958, p. 84). (Esp. *La acción Social: Ensayos metodológicos*, Ed. Península, Barcelona, 1984, pp. 112 y ss.).

conectar una afirmación weberiana al núcleo fundamental de su propia teoría.

Cuando en 1921 aparece *Wirtschaft und Gesellschaft*, que contiene la *Sociología del derecho* weberiana, hasta entonces inédita, Kelsen la somete inmediatamente a un profundo análisis crítico en el artículo "Der Staatsbegriff der 'Verstehende Soziologie'", que aparece en *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie* en 1921, que llegará a ser un capítulo del libro *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, publicado en 1922, y constituye un momento decisivo en el paso de los *Hauptprobleme* a la *Allgemeine Staatslehre* de 1925.⁵ Para el conocimiento y la comprensión de la relación entre Kelsen y Weber respecto del problema de la *Sociología del derecho* y de su contraposición en la *Teoría del derecho*, tal como Kelsen la concibe, este artículo es fundamental. Cuando en la *General Theory of Law and State*, de 1945, retoma, si bien brevemente, el tema de la sociología jurídica weberiana, repite poco más o menos los mismos conceptos. La obra de Weber es presentada como la obra más significativa aparecida después de la sociología de Simmel.

Es necesario no olvidar que en los mismos años en los cuales Kelsen publicaba los *Hauptprobleme* y Weber escribía su *Sociología del derecho*, el problema de ésta, y naturalmente de sus relaciones con la jurisprudencia, estaba en el orden del día. En 1910 Herman Kantorowicz había sustentado su célebre conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie*, y en 1913 Eugen Ehrlich publicaba su obra fundamental, la *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, que ha permanecido como una de las contribuciones principales y más fascinantes para el desarrollo de la disciplina. En los veinticinco años en los que Kelsen construyó su sólido castillo teórico, entre 1910 y 1934 (año de publicación de la *Reine Rechtslehre* en su primera redacción sintética), su capacidad para entrar en discusión crítica con las principales corrientes y doctrinas del tiempo es prodigiosa. Su crítica de las teorías del derecho socialista y comunista es conocida desde hace tiempo, si bien en estos últimos años ha sido redescubierta y tomada más en serio que en el tiempo de las excomuniones. Sólo recientemente se han dado cuenta de que aquel teórico "puro" del derecho ("puro" usado frecuentemente en el sentido peyorativo de "vacío") se había

⁵ En la revista, el artículo se encuentra entre las pp. 104-119; en el libro, el capítulo correspondiente se encuentra entre las pp. 156-170. (Véase el artículo en este mismo número de G.J. N. del E.)

ocupado, el primero entre los juristas, del psicoanálisis. Y bien, no se le escaparon el ensayo de Kantorowicz ni el libro de Ehrlich. Al primero dedicó una parte del artículo aparecido en 1912;⁶ al segundo el largo ensayo en 1915.⁷

Como las relaciones entre los dos autores no solamente son directas sino también indirectas, también es necesario tener presentes a los escritores en los cuales uno y otro se inspiraron en aquello que han considerado relevante para sus fines. Aun cuando no se trata de una investigación fácil, ya que ni Weber ni Kelsen abundan en citas (menos Weber que Kelsen), se debe recordar que, al menos para nuestro tema, Weber también escribió una reseña crítica del ensayo de Kantorowicz,⁸ y muestra conocer la sociología de Ehrlich, que también cita reprochándole el error de confundir el punto de vista sociológico con el jurídico (el mismo reproche que le hace Kelsen).⁹ No es aquí el lugar para ir en busca de las fuentes comunes de nuestros dos autores. No obstante, siempre a propósito de la relación entre

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

⁷ A la crítica de la sociología del derecho de Ehrlich, Kelsen dedicó un largo ensayo "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, pp. 839-876. Esta crítica suscitó una resentida reacción de Ehrlich, el cual respondió con una *Entgegnung*, *Idem*, XLI, 1916, pp. 844-849, seguida de una *Replik* de Kelsen, pp. 850-853. La polémica resurgió el año siguiente con una *Replik* de Ehrlich, *Idem*, XLII, 1916-17, pp. 609-610 y con un *Schlusswort* de Kelsen, pp. 611. La crítica de Kelsen a todas las tesis sostenidas por Ehrlich es aguda, insistente y severa: no se puede hablar de la sociología del derecho como una ciencia del derecho porque la ciencia del derecho es una sola y es la ciencia normativa del derecho; la sociología del derecho no es una disciplina autónoma, porque es una simple sección de una ciencia explicativa de la vida social; su demarcación puede ser hecha solamente sobre la base de una definición del derecho cuya demarcación deriva del concepto normativo del derecho. Kelsen hace a Ehrlich, en sustancia, la misma crítica que le hará a Weber: la sociología del derecho no está en condiciones de establecer aquello que es derecho, y por lo tanto debe presuponer el concepto de "derecho" elaborado por la ciencia normativa del derecho.

⁸ En una *Diskussionrede* en las jornadas sociológicas alemanas de Frankfurt, promovidas por la sociedad alemana de sociología en octubre de 1910, donde Kantorowicz había presentado su discurso sobre la ciencia del derecho y la sociología. La intervención de Weber fue publicada en las *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Mohr, Tübingen, 1911, pp. 323-330, y después en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Mohr, Tübingen, pp. 471-476.

⁹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ta. edición, Mohr, Tübingen, 1976, p. 441 (en la trad. italiana, Ediziomi di Comunità, Milán 1961, II, p. 18) (esp., p. 512.)

derecho y sociedad, no se puede dejar de citar dos obras aparecidas pocos años antes y que constituyen frecuentemente un punto de referencia crítico, tanto para el primero como para el segundo: *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung* de Rudolf Stammler (1896) y la *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek (1900).

Respecto a Kantorowicz y a Ehrlich, Weber y Kelsen se encontraron en la misma parte de la barricada. Los dos sociólogos tendían a reducir la jurisprudencia a disciplina sociológica, a no reconocer la distinción entre validez ideal y validez real, tesis que Weber consideró siempre, y Kelsen con él, si no propiamente detrás de él, una fuente de confusión. Además ambos, el primero partidario belicoso del derecho libre, el otro cuestionador de la jurisprudencia formalista y estatalista en nombre del "derecho viviente", también habían concebido sus escritos como armas de batalla política del derecho, mientras Weber y Kelsen, fieles al ideal de la ciencia valorativa, de la distinción entre la esfera del conocimiento y la esfera de la acción, afrontaron el problema de fondo de la relación entre sociedad y derecho, o mejor, entre la tarea de la sociología y la tarea de la jurisprudencia respecto al fenómeno jurídico, esencialmente como un problema en torno a la distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu particularmente, según la conocida distinción kelseniana entre ciencias explicativas y ciencias normativas.

Mucho más compleja y metodológicamente más interesante es la relación crítica de Weber y Kelsen con Stammler; interesante porque las críticas son en gran parte comunes y revelan algunas notables afinidades de implementación, tanto en el método como en el contenido. En su amplia obra sobre derecho y economía desde el punto de vista del materialismo histórico, que ya había sido criticada por Croce, cuando apareció, Stammler sostenía sobre todo dos tesis: la distinción entre las ciencias causales de la naturaleza y las ciencias teleológicas de la sociedad (que era una tesis metodológica), y la distinción entre el derecho como forma y la economía como contenido (que era un intento de reconstrucción conceptual global del sistema social). Ambas tesis son objeto de crítica por parte de Weber¹⁰ y Kelsen: las

¹⁰ Véase, sobre todo, el escrito "Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung" (1907), en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ra edición, Mohr, Tübingen, 1968, pp. 291-359. Las referencias a las teorías de Stammler, siempre

críticas de Kelsen no se diferencian sustancialmente de las de Weber. De neta inspiración weberiana es la crítica que hace Kelsen a la primera distinción en los *Hauptprobleme*, aun cuando apela a la autoridad de Sigwart, el cual ha aclarado en su lógica que la relación causa-efecto y la relación medios-fines no son otra cosa que la misma relación considerada desde dos puntos de vista diversos, y no pueden ser asumidos como categorías generales capaces de distinguir dos tipos de ciencias. También Wundt sostuvo que los dos principios no se excluyen y que, aún más, la aplicación del principio de fin es posible sólo sobre el presupuesto de la simultánea validez del principio causal. Para Kelsen, la distinción entre los dos tipos de ciencia pasa no a través de la distinción entre lo causal y lo teleológico, sino entre lo causal y lo teleológico, y por un lado, que atañe a la esfera de los hechos; y el normativo, que toma en consideración la esfera del deber ser, por el otro lado. En lo que toca a la segunda tesis, la distinción entre derecho-forma y economía-contenido, Weber critica a Stammler no sólo por no haber distinguido la validez empírica de la validez normativa (sobre este tema me detendré más adelante), sino también por no haberse dado cuenta de que el obrar social no se orienta únicamente sobre la base de ordenamiento y, por lo tanto, aun admitiendo que se pueda definir un ordenamiento como forma del obrar social (lo que Weber no admite), "la regulación normativa es una *componente* importante, pero sólo causal, de la actividad consensual, pero no como quisiera Stammler en su forma universal".¹¹ Se podría pensar que Kelsen, sostenedor de una teoría formal del derecho, y considerado para bien y para mal un formalista, está más cercano a Stammler que a Weber respecto a la consideración del derecho como forma. En realidad no es así. La gran dicotomía kelseniana, que sirve para distinguir las dos esferas de conocimiento, no es forma-contenido sino *sein-sollen*. Una cosa es decir que el derecho es una forma de la sociedad y otra afirmar, como lo hace Kelsen, que la tarea de la teoría pura del derecho, esto es, una teoría que pretende ser científica, es estudiar el derecho en su estructura formal. Como por lo demás, se ha dicho desde el inicio, en el pasaje citado poco antes, Kelsen no se propone en su primer gran obra de conjunto presentar el derecho

polémicamente ásperas, son frecuentes también en *Wirtschaft und Gesellschaft*, comenzando por la primera página, en la cual se cita "el libro por demás desviado" (*stark irreführendes*) de R. Stammler.

¹¹ *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit. p. 194 (trad. italiana, cit. I, p. 330). (Esp. p. 268).

como forma, o directamente como *la* forma, de la sociedad, sino "no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas". Una frase de esta naturaleza deja entender, más allá de cualquier otra cosa, que se puede dar un tratamiento no formal al derecho, lo cual es justamente la sociología jurídica.

En los años inmediatamente anteriores a la obra de sociología de Weber y a los primeros escritos de Kelsen, había sucedido un fructífero encuentro entre sociólogos y juristas. Más que al nacimiento de la *sociología del derecho* como disciplina autónoma (que ocurre más tarde) se asiste, por un lado, al reconocimiento que hacen algunos grandes sociólogos, como Durkheim, de la importancia de las estructuras jurídicas de la sociedad; por el otro, al reconocimiento que hacen algunos grandes juristas, como Hauriou, de la importancia del estudio de la sociología para la comprensión del fenómeno jurídico.¹² Este encuentro entre sociólogos y juristas no podría dejar de suscitar el problema de la delimitación de las líneas de demarcación de las respectivas disciplinas. Pero no se trataba del mismo *Methodenstreit*, en el cual había participado intensamente Max Weber, acerca de la distinción entre ciencia de la naturaleza y ciencia del espíritu, entre ciencia generalizante e individualizante, etcétera, porque la jurisprudencia no era ni una ciencia social para contraponerla a las ciencias naturales, ni una ciencia ideológica para contraponerla a las ciencias nomotéticas, y por lo tanto no encajaba en ninguna de aquellas ciencias cuyo estatus epistemológico había sido objeto de la disputa. Por parte de los sociólogos y de los juristas, que veían el derecho desde el punto de vista de la sociedad, existió la tentación de resolver la dificultad negando el estatus de ciencia, en el sentido en el que se hablaba de ciencias sociales o del espíritu o de la cultura, a la jurisprudencia considerada, a la par de la teología, una dogmática. Es decir, un conjunto de reglas para la interpretación de textos (hoy se diría una hermenéutica), sosteniendo que una vez fijado el puesto y descubierto el papel de las ciencias sociales en el universo del saber científico, la única disciplina jurídica, o perteneciente al derecho, que podía ostentar el estatus de ciencia, era la sociología del derecho. Sin embargo, hubo también quien se preocupó por encontrar un criterio de distinción entre sociología del derecho, que se enlistaba con justo título en la categoría de las ciencias sociales, y la jurisprudencia: este

¹² Para éstas y otras observaciones sobre la historia de la sociología del derecho me remito a R. Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, 2a. edición, Einaudi, Torino, 1980. (Esp: *Introducción a la sociología del derecho*, Ed. Taurus).

criterio naturalmente no podía ser aquel que había permitido la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencia del espíritu, que no obstante también habría permitido atribuir a la jurisprudencia el estatus de ciencia.

Nunca será suficientemente subrayado que en su obra destinada a permanecer como uno de los monumentos del derecho público, la *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek había resuelto la disputa que contraponía la sociología a los juristas, dividiendo salomónicamente la doctrina del Estado en dos partes, que llamó respectivamente doctrina "sociológica" y doctrina "jurídica" del Estado: una solución que Kelsen haría pasar a la historia, criticándola con el nombre de *Zweiseiten-theorie*. Jellinek fundaba esta división de la doctrina del Estado en una tipología de las ciencias que no coincidía con aquella más frecuentemente en discusión. Distinguía la ciencia de las causas de la ciencia de las normas, llevándola a la distinción entre conocimiento causal, que se apoya en las leyes naturales, y conocimiento normativo, que se refiere a las reglas de conducta. Por lo que toca a la distinción entre leyes naturales y normas, el criterio aducido por Jellinek era aquel destinado a tener una imprevisible fortuna, justamente por obra de Kelsen, de la distinción entre las reglas que explican aquello que es y las reglas que explican aquello que debe ser. Esta distinción le permitía definir la ciencia del derecho como ciencia de normas, es decir, como "una ciencia no de las leyes de aquello que es, sino de las normas" y de distinguirla, en cuanto tal, de la sociología del derecho que es una ciencia de las causas. Referida a la teoría del Estado, la distinción permitía a su vez distinguir la teoría sociológica del Estado "que tiene como contenido la existencia objetiva, histórica o... natural del Estado", de la teoría jurídica que tiene como contenido "las normas jurídicas que en aquella existencia real deben manifestarse", y que "no son en absoluto algo real" sino "algo realizable mediante una ininterrumpida actividad humana" y en definitiva "de evitar de una buena vez para siempre la confusión entre las dos partes de la teoría del Estado".¹³

No pretendo sobrevalorar la distinción de Jellinek que, examinada atentamente, muestra ser sólo aproximativa, ni suponer que haya sido tenida en cuenta por Weber,¹⁴ que cita a Jellinek, pero en otros con-

¹³ G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato*, Società Editrice Libreria, Milano, 1921, Vol. I, p. 73.

¹⁴ Para la relación entre Weber y Jellinek es importante la *Gedankenrede auf Georg Jellinek*, que Weber pronunció el 21 de marzo de 1911, en ocasión de la

textos, o por Kelsen, aun cuando no se olvide que al final del prefacio a la primera edición de los *Hauptprobleme* expresa su gratitud al maestro, fallecido mientras el libro esperaba ser publicado, escribiendo, entre otras cosas, que el libro mostrará el potente influjo que este autor ha ejercido en el desarrollo de la doctrina del Estado. No obstante, es un hecho que Jellinek se había dado perfectamente cuenta del problema creado por la transformación del derecho público en una disciplina jurídica siempre más rigurosa y, por esto, la necesidad de distinguirla netamente de la sociología del derecho.

En el momento mismo en que se apresta a redactar su *Sociología del derecho*, Weber se preocupa de la *actio finium regundorum* entre punto de vista sociológico y punto de vista jurídico. El tema es afrontado al inicio del capítulo 1 de la 2a. parte de *Wirtschaft und Gesellschaft* con estas palabras: "Cuando se habla de derecho, 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica".¹⁵ La diferencia es reconducida por Weber a la distinción entre validez ideal y validez empírica de una norma o de un ordenamiento: una distinción entre el plano del deber ser, sobre el cual se coloca la ciencia del derecho, y el plano del ser sobre el cual se coloca la sociología jurídica. En el momento que tomamos el punto de vista de la validez ideal surge el problema, según Weber, de cuál es el "sentido normativo" que se debe atribuir a una proposición que se presenta como norma jurídica, tarea que es propia del jurista o del juez, el cual busca el sentido "lógicamente correcto" de una norma y tiende a introducirlo a un sistema lógicamente falto de contradicciones. Cuando, por el contrario, se toma en cuenta el punto de

boda de la hija de Jellinek, celebrada poco después de la muerte del padre, publicada en el volumen *Max Weber zum Gedächtnis*, al cuidado de R. König y J. Winkelmann, como suplemento de la *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 7, 1963, pp. 13-17. Weber enumera las siguientes dudas que él tiene respecto de Jellinek: la distinción entre pensamiento naturalista y pensamiento dogmático en el "sistema de los derechos subjetivos", respecto al problema metodológico; la formación del concepto de doctrina social del Estado, respecto de la determinación de las tareas de la sociología, la prueba de la derivación religiosa en la génesis de los derechos del hombre, respecto a la investigación de la importancia del fenómeno religioso en los campos donde generalmente no se le busca (p. 15).

¹⁵ *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 181 (trad. italiana, cit., p. 309) (esp. 251). Para una discusión del concepto de derecho y la distinción entre el derecho de los juristas y el de los sociólogos en Weber, es necesario ir por lo menos al escrito sobre Stammler ya citado, "Überwindung der Materialistischen Geschichtsauffassung", cit., pp. 323 y siguientes.

vista de la validez empírica, surge el problema de qué cosa acontece de hecho en una comunidad en la cual los individuos, considerando un determinado ordenamiento como válido, orientan sus comportamientos en vista de este ordenamiento. A los dos puntos de vista corresponden dos significados diferentes de "ordenamiento". De acuerdo con el primero, "ordenamiento" es un conjunto de reglas válidas cuyo sentido debe ser interpretado con el fin de aplicarlo a este o aquel caso; según el otro, el "ordenamiento" indica un conjunto de motivos efectivamente determinantes del obrar humano, de donde se debería extraer la comprensión de por qué un individuo obra de cierto modo en un determinado contexto social. No se olvide que para Weber la tarea de la sociología es la de comprender el obrar social, y que por obrar entiende una acción a la cual el individuo agente atribuye un sentido subjetivo. Esto explica por qué el punto de vista sociológico respecto al derecho debería consistir en analizar las acciones que son determinadas por la existencia de un ordenamiento jurídico o, en otras palabras, aquellas acciones cuyo motivo, y sentido subjetivo, es la representación de la existencia de un ordenamiento que, por esto mismo, es decir, por el hecho que constituye un punto de ordenación de los coasociados, es de considerarse un ordenamiento válido (empíricamente). No es el caso de decir que lo que Weber llamó *sociología del derecho* corresponda a este intento. Me parecería difícil dar una respuesta positiva. Algunos temas, como el de la distinción entre derecho y convención, sobre el cual regresa muchas veces, o el de la definición de ordenamiento jurídico, son temas tradicionales de la filosofía del derecho. Gran parte del capítulo VII citado entra en la historia del derecho, si bien en una historia que toma particularmente en cuenta la relación entre formación del derecho y ordenamiento económico, entre formación del derecho y las diversas formas del poder político.¹⁶ Lo que importa resaltar para nuestros fines es la distinción

¹⁶ Que el cap. VII de *Wirtschaft und Gesellschaft* sea propiamente una *Sociología del derecho* y en qué sentido de "sociología del derecho" lo sea, es un tema hasta hoy en discusión, no fácilmente resoluble porque finalmente es un problema de definición. En todo caso sobre la sociología del derecho weberiano, además del cap. V de la *Introducción a la sociología del derecho* de Treves, ya citada (pp. 85-98), se puede útilmente consultar tanto la introducción de M. Rheinstein, en la edición americana, *Law in economy and society*, Harvard University Press, 1954, pp. XXV-LXII, como la introducción de J. Winckelmann a la edición alemana, ya citada pp. 15-49. Asimismo: M. Rehbinder, "Max Weber Rechtssoziologie", en *Max Weber zum Gedächtnis*, cit., 470-488, y K. Engisch, "Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziolog", en *Max Weber Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians Universität zum 100. Wiederkehr, seines Geburtstags*, 1964, Duncker

neta que Weber introduce entre validez ideal y validez empírica. Nos interesa poner el acento sobre el hecho de que, introducida esta distinción, Weber, como sociólogo, se detiene a esclarecer el concepto de validez empírica, en tanto que es ésta, y no la validez ideal, la que interesa a la sociología del derecho. Para esta aclaración contribuyen sobre todo dos observaciones: a) para la validez empírica de un ordenamiento no es necesario que todos y ni siquiera la mayoría de aquellos que orientan su comportamiento sobre la base de aquel ordenamiento, se comportan en tal modo porque aquel comportamiento es prescrito por las normas del ordenamiento; muchos pueden comportarse de aquel modo por mero hábito o por temor a la desaprobación de los otros, no por una obediencia sentida como deber jurídico; b) tampoco es necesario que el ordenamiento sea observado por todos, porque lo que contradistingue la validez empírica de un ordenamiento no es su cumplimiento sino el obrar orientado hacia él, y no hay duda de que también quien lo viola obra orientando la propia acción hacia aquella norma cuya presencia debe considerar para poderla eludir. Ambas observaciones tienden a mostrar que la validez empírica de un ordenamiento no coincide con la obediencia a las normas por los participantes, porque están comprendidos tanto aquellos que se uniforman sin obedecerlo propiamente (en el sentido fuerte de sentirse obligados por aquellas normas), como aquellos que lo desobedecen (pero lo tienen presente).

Nos interesa resaltar el análisis weberiano de la validez empírica porque constituye el punto de encuentro y choque con Kelsen. El punto de encuentro porque en la *General Theory of Law and State*, en el capítulo, en gran parte nuevo, respecto a la *Reine Rechtslehre*, afrontando el problema de la relación entre jurisprudencia normativa y jurisprudencia sociológica, Kelsen afirma que "el ensayo más afortunado de definición del objeto de la sociología del derecho nos lo ofrece Max Weber".¹⁷ El punto de choque, porque el problema que preocupa a Kelsen, como sostenedor de la teoría pura del derecho, no es la validez empírica sino la validez ideal, o pura y simplemente va-

Humboldt, Berlín 1966, pp. 67-88; J. Freund, "La retionalisation du droit selon Max Weber", *Archives de philosophie du droit*, 1978, pp. 69-92. En Italia M. A. Toscano, *Evoluzione e crisi del mondo normativo, Durkheim e Weber*, Laterza, Bari, 1975, y A. Febbrajo, "Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana", *Sociologia del Diritto*, III, 1976, pp. 1-28.

¹⁷ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969, p. 209.

lidez. En la teoría pura del derecho el término "validez" coincide con la expresión weberiana de "validez ideal". Los temas weberianos de la validez empírica corresponden, en la teoría pura del derecho, al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico, del cual entre otras cosas Kelsen no se ocupa particularmente, si bien no le niega ni importancia ni legitimidad. Pero, aun en la diversidad del objeto de análisis por parte del Weber sociólogo y el Kelsen jurista, y aun en la diferencia de terminología, ambos concuerdan en un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista, del sociólogo y del jurista, y respectivamente de las dos esferas, la esfera del ser y la del deber, sobre las cuales se colocan las dos ciencias: distinción que es negada o no reconocida por los mayores exponentes de la jurisprudencia sociológica. Con aquel elogio inicial a Weber, recordado poco antes, Kelsen concluye la crítica a los juristas sociologizantes que con la teoría predictiva del derecho, sosteniendo, por ejemplo, que existe una obligación cuando se puede prever con amplia probabilidad que una determinada acción tendrá una cierta consecuencia, pretenden haber resuelto totalmente la validez ideal en la validez empírica, y por lo tanto no admiten legitimidad de la existencia de una jurisprudencia normativa además de la jurisprudencia sociológica. Siguiendo a Weber, Kelsen sostiene, por el contrario, que la distinción es necesaria, y que el criterio propuesto por Weber para la distinción es justo, aun cuando más adelante Weber termina por caer en el mismo error en el cual cayó Austin al dar, o bien una definición sociológica del derecho subjetivo, o bien una definición que hace referencia a la probabilidad (predecibilidad) de un determinado acontecimiento.¹⁸

Aun cuando el acuerdo termina aquí, Kelsen no se queda en Weber. Va más allá. No se limita a afirmar la existencia de los dos puntos de vista contra los sociólogos que los niegan, sino que respecto de los sociólogos, a diferencia de Weber, trastoca completamente la relación entre los dos puntos de vista, sosteniendo la primacía o la prioridad del punto de vista jurídico sobre el sociológico. Es esta la tesis

¹⁸ Kelsen se refiere al pasaje en el cual Weber define el derecho subjetivo en estos términos: "El hecho de que alguien, gracias a un orden jurídico estatal, tiene un "derecho" (subjetivo), significa, por tanto, en el curso normal... para la consideración sociológica: que posee una probabilidad garantizada efectivamente (...) de pedir la ayuda de un "mecanismo coactivo" preparado a tal fin en favor de determinados intereses (ideales o materiales)" (*Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 184, trad. It., cit., I, p. 314). (Esp.: 254).

que sostiene propiamente en polémica directa contra Weber (si bien ésta vale, naturalmente, no sólo contra Weber sino contra todos los sociólogos del derecho que presumen ignorar la teoría del derecho, tal como ha sido reconstruida por la teoría normativa). El principal argumento de Kelsen es el siguiente: ningún sociólogo del derecho está en condiciones de desarrollar una investigación de los comportamientos jurídicos de una sociedad dada, si no posee un criterio que le permita distinguir un comportamiento jurídico de uno que no lo es. Pero sólo la teoría del derecho puede proporcionar este criterio. "Sólo refiriendo tal comportamiento al derecho, concebido como sistema de normas válidas, al derecho tal como lo define la jurisprudencia normativa, es capaz la jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general".¹⁹ Puede ser útil dar el ejemplo. Kelsen expone tres casos: a) la demanda de pagar una tasa con la amenaza de una pena; b) la demanda de la misma suma hecha por un bandido en un determinado lugar con la misma amenaza; c) la demanda de la misma suma hecha por un amigo para su propio sustento. ¿En qué aspecto, se pregunta Kelsen, la orden fiscal difiere de la orden del bandido, y ambas de la demanda del amigo? Es claro que en caso de que el individuo sometido a los tres requerimientos los satisfaga, la acción o el obrar social dotado de sentido, para usar la terminología de Weber, es, desde el punto de vista sociológico, la misma. Sin embargo, uno solo de estos tres actos corresponde a un comportamiento jurídico, y por lo tanto objeto de la sociología jurídica. El segundo es objeto de la sociología jurídica en cuanto sea considerado un acto de extorsión. La sociología jurídica no puede describir la diferencia entre los tres casos sin buscar referencia al derecho como conjunto de normas válidas, como sistema normativo, tal como es descrito por la teoría jurídica. No es que Weber no haya buscado definir el comportamiento jurídico, con el fin de determinar el objeto de la sociología jurídica. Pero, cuando define este objeto como el comportamiento humano orientado hacia un ordenamiento, considerado por él como válido, esta definición es, para Kelsen, insatisfactoria ya que es demasiado estrecha. El ejemplo que nos da Kelsen a este propósito es el del ilícito cometido sin que el culpable sea consciente de la existencia de una norma jurídica que lo castiga. En este caso nos encontramos con un comportamiento que no está orientado hacia un ordenamiento y que no obstante ello, la sociología del

¹⁹ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 211.

derecho no puede renunciar a hacerlo objeto de sus propias investigaciones. La conclusión es, una vez más, la necesaria dependencia de la sociología respecto de la teoría normativa. Con palabras del mismo Kelsen: "La jurisprudencia sociológica presupone el concepto jurídico del derecho, es decir, el concepto del derecho definido por la jurisprudencia normativa".²⁰

La confrontación entre Weber y Kelsen hecha hasta aquí, considera el problema del método, respecto del cual se puede repetir la afirmación de Max Rheinstein, en su conclusión a la introducción de la edición norteamericana de la sociología jurídica weberiana, según la cual, si la mezcla de los dos métodos, jurídico y sociológico, sólo puede crear confusiones, la obra de Weber y de Kelsen en sus respectivos campos deben ser consideradas complementarias.²¹ Hay otra confrontación que merece analizarse, respecto de una importante cuestión de contenido. Me refiero al problema, verdaderamente central de toda teoría del derecho, de la relación entre derecho y Estado. La argumentación de Kelsen tocante a los conceptos weberianos de derecho y Estado y su relación, es análoga a aquella utilizada respecto del método. Su principal argumentación, cuando afronta el problema de la relación entre derecho y Estado en Weber, es poco más o menos de esta naturaleza: Weber ha dado un paso adelante en relación a la tradición, pero se detuvo demasiado pronto. En la tradición, el derecho y el Estado siempre han sido considerados dos conceptos distintos, pero ligados entre sí: distintos en el sentido de que el Estado siempre ha sido considerado como una forma de poder (la soberanía es *summa potestates*), mientras que el derecho, por el contrario, como una forma de norma o regla de conducta (de donde surgen los problemas clásicos de los diversos tipos de poder en la teoría del Estado y de las diversas especies de normas en la teoría del derecho); ligados, en el sentido de que el poder estatal crea derecho, aunque no todas las normas jurídicas son de origen estatal, y aunque el derecho regula también el poder del Estado, y si bien no todo el poder estatal, al menos según una tradición bien conciliada, puede ser regulado por el derecho. Con el avance del positivismo jurídico, que ha marcado fronteras siempre más rígidas entre derecho y moral por un lado, y derecho y política por el otro, y ha emprendido un proceso de una siempre mayor tecnificación del derecho público, se

²⁰ *Ibidem*, p 212.

²¹ M. Weber, *Law in economy and society*, cit., pp. LXXI.

ha venido acentuando la tendencia a tratar al Estado desde el punto de vista del derecho o, si se me permite designar esta tendencia con una sola palabra, a "juridizar" el Estado. Esta tendencia es clara, según Kelsen, en Weber. En el libro, que ya he citado, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Kelsen distingue las doctrinas que consideran al Estado como un presupuesto del derecho respecto de aquellas que consideran el derecho como un presupuesto del Estado. Weber es colocado (junto a Stammler y otros) en la segunda categoría. Kelsen reconoce a Weber el mérito de haber considerado al Estado como ordenamiento jurídico y así haberse contrapuesto de manera radical a las doctrinas sociológicas del Estado que lo consideran o tratan como una "realidad social".

Ciertamente, en Weber los conceptos de derecho y Estado se reclaman recíprocamente, aun cuando ninguno subsume al otro. El término común a ambos es la coacción, término que tiene también un lugar central en la teoría kelseniana. El concepto de coacción tiene una parte importante, esencial, tanto en la definición del derecho, en tanto sirva para distinguir el derecho de la convención, como en la definición del Estado, en tanto sirve para distinguir al Estado como grupo político de la Iglesia, por ejemplo, como grupo hierocrático. Es necesario, sin embargo, agregar inmediatamente que aquello que caracteriza al derecho y al Estado no es solamente la coacción. Para la definición del derecho es esencial también el concepto de "aparato", en el sentido de que un orden debe llamarse "derecho", según Weber, 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 de ese orden o de castigar su transgresión".²²

Para la definición del Estado es esencial el concepto de monopolio de la fuerza (y por lo tanto de la posibilidad de la coacción), ya que el Estado, para Weber, solamente puede ser definido recurriendo al medio específico, que es justamente el monopolio de la coacción física, y no mediante el fin, toda vez que los fines históricos de los Estados han sido y pueden ser los más diversos. Ya que el aparato es esencial al derecho, parece inconcebible un Estado que no sea también un ordenamiento jurídico, mientras que, definiendo el Estado sólo mediante la organización del monopolio de la fuerza, es concebible, en el sistema weberiano, un ordenamiento jurídico que no sea Estado. "No

²² *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 17 (trad. It., cit., I, p. 31). (Esp. p. 27).

todo derecho (objetivo) está garantizado por la 'fuerza' (perspectiva de coacción física)". Para poder hablar de derecho, al sociólogo le basta constatar si para el empleo de la coacción jurídica (*Rechtswang*), que prescindida del uso de la fuerza, "se halle 'ordenado' el uso del aparato coactivo (...) y que posea de hecho un peso tal que, por término medio, exista un grado prácticamente importante, la probabilidad de que una norma válida sea observada a consecuencia de la existencia de aquella coacción jurídica". La identificación del Estado con el derecho en un determinado territorio es un fenómeno característico del Estado moderno, vale decir, es un hecho histórico. Lo que se ha dado porque "hoy la coacción jurídica violenta es un monopolio del Estado", pero sigue siendo verdadero que se puede hablar de "derecho estatal", lo que significa "garantizado por el Estado", "cuando y en la medida en que la garantía, la coacción jurídica, se establece mediante los medios coactivos específicos, es decir, directamente físicos, en el caso normal de la comunidad política".²³

Todo el que tenga alguna familiaridad con el pensamiento weberiano, no tarda en darse cuenta del estrechísimo nexo que existe entre la teoría weberiana y aquella kelseniana del derecho y del Estado respecto del planteamiento general, de la posición central del concepto de coacción, de la definición meramente instrumental del derecho y del Estado, del rechazo de cualquier referencia a los fines, si bien el derecho para Kelsen, y no el Estado, debe ser definido ateológicamente (como "técnica social específica"), de la concepción del Estado como monopolio de la fuerza y así sucesivamente.

Resultaría demasiado fácil observar que estas analogías dependen del hecho de que ambos pertenecen al movimiento del positivismo, a través del cual se da el proceso de juridización del Estado y de estabilización del derecho, por obra del cual el derecho es cada vez más identificado con el conjunto de normas ligadas directa o indirectamente con el aparato coactivo (que en su forma más completa es propiamente del Estado). Entre otras cosas, mientras Kelsen es un positivista declarado y elabora una verdadera y propia teoría del positivismo jurídico, Weber puede ser positivista sólo en el sentido que reconoce en el proceso de formación del Estado moderno un proceso de progresiva positivización del derecho y, por esta razón, de progresiva eliminación de toda forma de derecho que no sea impuesta por el Estado (se trata del *Gesetztes Recht*), vale decir, de las otras tres

²³ *Ibidem*, p. 183 (trad. It., I, p. 312). (Esp. 253).

formas de derecho vigentes en otras épocas, entre las cuales se encuentran el derecho natural, cuya validez emerge, sobre todo, en las épocas revolucionarias (cuando las otras formas de derecho que son, además del derecho estatuido, el derecho revelado y el derecho tradicional, entran en crisis). La distinción entre derecho positivo y derecho natural reposa, en la teoría pura del derecho, sobre diferencias esenciales de las cuales las dos principales son la distinción entre validez formal, propia del derecho positivo y validez material, propia del derecho natural, y la distinción entre sistema dinámico, propio de un ordenamiento jurídico, y sistema estático, propio de los ordenamientos éticos. La diferencia es tal que el derecho natural no puede ser llamado "derecho" en la misma medida que se llama "derecho" al derecho positivo y al final, siguiendo el razonamiento kelseniano hasta sus últimas consecuencias, el derecho natural no es derecho, de donde, a justo título, la teoría pura del derecho se propone como una teoría del derecho positivo. Para Weber, por el contrario, la positivización del derecho es un fenómeno histórico; es un proceso característico del Estado moderno, es decir, del Estado legal-racional, en el cual el poder soberano se sobrepone a todas las otras formas tradicionales de derecho, entre las cuales encontramos también el derecho natural, que entre otras cosas queda como la forma legítima y específica de los ordenamientos creados mediante revoluciones. En otras palabras, la llegada del Estado moderno merece la edad de la preeminencia, por no decir de la exclusividad, del derecho estatuido, que es el derecho creado por el legislador sobre las formas más arcaicas de derecho, que son el derecho revelado y el derecho tradicional, pero también sobre el derecho natural, definido como "el tipo más puro de validez racional con arreglo a valores"²⁴ el cual, por cierto, "ha constituido siempre la forma de legitimidad específica de los ordenamientos en los cuales las clases que se rebelan contra el ordenamiento existente conferían una legitimidad a sus aspiraciones de creación jurídica, cuando no se apoyaban en normas y revelaciones de una religión positiva".²⁵

¿En qué sentido se puede decir, como he dicho, que para Kelsen, Weber se detiene demasiado pronto? En los términos más breves posibles se puede decir como sigue: Weber ha reconocido que el Estado es un ordenamiento jurídico, pero no ha llegado a reconocer que el Estado no es nada fuera del ordenamiento jurídico, o bien, que,

²⁴ *Ibidem*, p. 19 (trad. It. 1, p. 34). (Esp. 30).

²⁵ *Ibidem*, p. 497 (trad. It., 2 p. 175).

una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, el Estado desaparece como una entidad diversa del derecho, como un ente que tiene una realidad diversa del ordenamiento jurídico que le regula sus varias actividades. En la obra tantas veces citada en la cual Kelsen, recurriendo a una osada analogía con las disputas teológicas, parangona la disputa entre teístas, que contraponen Dios y mundo, y panteístas, que hacen a Dios inmanente al mundo, con la disputa entre juristas dualistas que distinguiendo el derecho del Estado atribuyen al Estado una realidad distinta del derecho, y juristas monistas que no reconocen ninguna trascendencia del Estado respecto del derecho. Es reconocido a Weber el mérito de haber construido, si bien no intencionalmente, una teoría del Estado como ordenamiento jurídico, de donde la premisa, en las primeras líneas del *Auseinandersetzung*, de que las investigaciones weberianas confirman "que todos los esfuerzos hechos para determinar la esencia del Estado en vía extrajurídica, en modo particular sociológica, llegan siempre a una más o menos enmascarada identificación del concepto buscado con el concepto del ordenamiento jurídico;²⁶ y la conclusión, al final del análisis punto por punto, que "la sociología del Estado se devela como una doctrina del derecho (*Rechtslehre*)".²⁷ No obstante, el reconocimiento de este mérito no basta para considerar la doctrina del Estado de Weber como idéntica a la teoría del Estado propia de la teoría pura del derecho. Es solamente la teoría pura del derecho la que llega al pleno convencimiento de que, una vez definido el Estado como ordenamiento jurídico, no hay nada de más en el concepto tradicional de Estado, que no exista ya en el del derecho, así como, una vez resuelto Dios en la naturaleza, a la manera de los panteístas, no existe en el concepto de Dios nada de más que no exista ya en el concepto de naturaleza. En otras palabras, que el Estado siga un ordenamiento jurídico, significa que todos los actos atribuibles al Estado son actos jurídicos, en cuanto actos de producción o de ejecución de normas jurídicas, entendido el derecho como ordenamiento coactivo, y entendidas las normas jurídicas como normas pertenecientes a este tipo de ordenamiento.

En el sistema conceptual de Weber, derecho y Estado ocupan dos posiciones diversas. En el sistema conceptual de Kelsen no hay lugar para un concepto de Estado distinto del concepto de derecho. El Esta-

²⁶ H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische staatsbegriff*, cit., p. 156.

²⁷ *Ibidem*, p. 169.

do en la teoría kelseniana es un tipo de ordenamiento jurídico, especialmente aquel tipo de ordenamiento jurídico que está caracterizado por "un cierto grado de centralización".²⁸ Por consiguiente, mientras que para Weber la teoría del Estado estructurada sobre la base de la teoría del poder y las diversas formas de poder, es distinta de la teoría del derecho, en Kelsen la teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho. Tal identificación de derecho y Estado ha sido favorecida por la misma definición de derecho a la cual Kelsen llega gradualmente (que será expuesta claramente y en modo definido en el *Allgemeine Staatslehre* de 1925), según la cual la fuerza no es el medio para la realización del derecho, sino el contenido de las normas jurídicas, y por lo tanto, el derecho es concebido como el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza (el uso de la fuerza en el Estado moderno está monopolizado por el poder político). Allí donde la fuerza, en la forma de poder coactivo, es considerada como medio para la actuación del derecho, o para decirlo mejor, de normas de conducta que, en cuanto reforzadas por la coacción, son habitualmente llamadas normas jurídicas, el Estado, en cuanto detentador del poder de usar la fuerza con exclusión de cualquier otro en un determinado territorio, puede ser presentado como un ente diverso y distinto del conjunto de normas jurídicas. Diversamente, allí donde, como en la teoría de Kelsen, que será más adelante seguida por Ross, y acogida, independientemente de Kelsen, por Olivecrona, el uso de la fuerza, de la cual tiene el monopolio el poder coactivo del Estado, es el contenido de las normas jurídicas, el Estado como ente autónomo desaparece y no queda más que el ordenamiento jurídico como ordenamiento de la fuerza (*Zwangordnung*).

Más allá de las confrontaciones textuales entre Weber y Kelsen, sobre las cuales me he detenido hasta ahora, el problema de la relación Weber-Kelsen puede ser también afrontado desde un punto de vista más general, al cual he dedicado algunas páginas de un escrito anterior.²⁹ Según Weber, la formación del Estado moderno se caracteriza por un proceso de racionalización formal, proceso que da lugar a aquella forma de poder legítimo que Weber llama legal-racional. La característica del poder legal-racional es la de ser un poder regulado a todos los niveles, del más bajo al más alto, por leyes, vale decir, por

²⁸ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 134.

²⁹ "Struttura e Funzione della teoria del diritto di Kelsen", in *Dalla struttura alla funzione*, *Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, pp. 208-210.

normas generales y abstractas puestas por un poder *ad hoc*. A mí me parece que la construcción en grados del ordenamiento jurídico, con la que culmina la teoría pura del derecho, es una fiel representación, o la representación más adecuada, del Estado legal-racional, cuya formación constituye, según Weber, la línea de tendencia del Estado moderno. En otras palabras, la teoría estructural de Kelsen (estructural en el sentido que define el derecho y por consecuencia el Estado a partir de la estructura del ordenamiento jurídico), se presenta en estrecha conexión con la estructura del Estado moderno, entendido weberianamente como Estado legal-racional. Lo que no significa que Kelsen, no obstante su pretensión de elaborar una teoría general del derecho, válida para los sistemas jurídicos de todos los tiempos, haya construido una teoría válida solamente para un tipo histórico de Estado. Lo que significa que una completa teoría del sistema jurídico, como sistema normativo complejo, y por sistema normativo complejo entiendo un sistema en el cual están regulados, por el derecho también, los actos que producen derecho, no podía nacer sino de una continua reflexión sobre la formación del Estado moderno en el cual la racionalización y legalización de los procesos de producción jurídica hace más evidente la estructura piramidal del ordenamiento, o bien, permite percibir que el ordenamiento normativo, el cual damos el nombre de ordenamiento jurídico, es un universo estructurado de un cierto modo. Es un hecho que cuando Kelsen describe la progresiva juridización del Estado moderno, al grado de llegar a la reducción del Estado al derecho, observa el mismo proceso que Weber utiliza en la formación del poder legal que acompaña el desarrollo del Estado en el periodo histórico. Entre Kelsen y Weber se podría, a este propósito, establecer la siguiente relación: el Estado es el mismo ordenamiento jurídico (Kelsen) en cuanto el poder se ha legalizado completamente (Weber). Lo que distingue al Estado de otros ordenamientos jurídicos de las sociedades preestatales o del ordenamiento internacional, es un cierto grado de organización, o bien la existencia de órganos "que trabajan según las reglas de la división del trabajo para la producción y aplicación de las normas por las cuales éste ha sido constituido".³⁰ Cuando Kelsen precisa que la presencia de esta organización para la producción y la aplicación del derecho comporta la consecuencia de que la relación definida como poder estatal se diferencia de las otras relaciones de poder por el hecho de ser éste mismo regulado por normas jurídicas, no parece muy le-

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

jos de la descripción de aquel poder legítimo que es el poder legal, cuya característica principal es la de tener aparatos especializados como el aparato judicial y el administrativo (pero Kelsen agrega el aparato legislativo) que actúan en los límites de reglas generales y abstractas constitutivas del ordenamiento.

Bien entendido, la representación kelseniana se encuentra en un nivel superior de abstracción respecto a la weberiana. Sin embargo, como ya he observado, Kelsen se propone elaborar una teoría general del Estado, mientras Weber describe un tipo ideal de Estado que está históricamente individualizado. Tanto es así, que para Kelsen la teoría pura del derecho, en cuanto teoría formal, debería valer para toda forma posible de Estado, y específicamente, como repite más de una vez para defenderse de las acusaciones provenientes de opositores, tanto para el Estado capitalista como para el socialista; mientras que Weber, describiendo el Estado legal-racional, cuyo fenómeno específico es el fenómeno de la burocratización, pensaba que el modelo valía solamente para los Estados capitalistas, del análisis de los cuales el modelo había sido obtenido. Los Estados socialistas del futuro, cuyo primero, grandioso y conjuntamente trágico experimento, se estaba desarrollando bajo sus ojos en los últimos años de su vida, habrían expresado nuevas formas de racionalidad material.