

WEBER Y LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO EN LA CRÍTICA DE KELSEN¹

AGOSTINO CARRINO²

Resumen: Las críticas de Kelsen encaminadas a los sociólogos del derecho son radicales, sin embargo, dice el autor, con Weber, su crítica buscó desenvolverse en la línea de la afinidad, más que de las oposiciones y los contrastes. No concibe la idea de una sociología del derecho, donde el término de “derecho” sea el mismo objeto de investigación, por ello la sociología del derecho no existe y no puede existir, razón por la que buscó la elaboración de una teoría “pura” del Derecho y del Estado.

Resumo: As críticas de Kelsen encaminhadas aos sociólogos do direito são radicais, no entanto, diz o autor, com Weber, sua crítica buscou progredir na linha da afinidade, mais que das oposições e os contrastes. Não concebe a idéia de uma sociologia do direito, onde o termo de “direito” seja o mesmo objeto de pesquisa, por isso a sociologia do direito não existe e não pode existir, razão pela que buscou a elaboração de uma teoria “pura” do Direito e do Estado.

Abstract: The critics of Kelsen directed to the sociologists of the right are radical, nevertheless, says the author, with Weber, their critic looked for to develop in the line of the affinity, more than of the oppositions and the resistances. It does not conceive the idea of a sociology of the right, where the term of “right” is the same object of investigation, for that reason the sociology of the right does not exist and it cannot exist, reason for which looked for the elaboration of “a pure” theory of the Right and the State.

1. Las críticas que en el curso de las dos primeras décadas de su actividad científica dirige Hans Kelsen a los sociólogos del derecho, como Kantorowicz y Ehrlich, difícilmente, podrían ser definidas de otro modo que como radicales. Al punto que, sobre el tema “sociología del derecho”, Olhman Spann que conocía bien a Kelsen, hubo de definirlo como un enemigo de la sociología³. Se ha observado que incluso su interés por la teoría de las ficciones de Vaihinger, tenía, fundamentalmente el fin de encontrar un apoyo y un aliado “para su refutación de la sociología del Estado en general y para su concepción positiva del Estado como un ordenamiento jurídico”.⁴

¹ Recibido el 3 de noviembre de 2008. Aceptado el 10 de diciembre de 2008.

² Universidad de Nápoles, Italia.

³ O. Spann, “Der Streit um die Möglichkeit und das Wesen der Gesellschaftslehre”, *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozial politik*, Bd. 2, 1922, p. 199.

⁴ H. Jockel, *Hans Kelsen rechtstheoretische Methode* (1930), reimpresión Scientia, Aalen, 1981, p. 193. A. Balog, “Kelsens Kritik an der Soziologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 59, 1983, pp.515 ss., ha debido poner, en gran relieve, la de terminación histórica de la crítica normativista kelseniana respecto a los desarrollos más recientes de la investigación sociológica, tendiente a demostrar la no dependencia de la significatividad (husserlianamente presente en Kelsen, en gran medida) de la normatividad en el ámbito del obrar social.

Pero también, es de señalar que, independientemente del hecho de que estuvo en su contacto, en los Estados Unidos, con la jurisprudencia analítica y la sociológica y de que Kelsen revisa su clara oposición en su confrontación con el sociólogo del derecho que más ásperamente le ha contestado -Eugen Ehrlich⁵- formulando la idea de una complementariedad⁶ de la sociología jurídica (que después sería aquello que se llamaría "realismo jurídico") y la jurisprudencia normativa, en la confrontación, al menos con Weber (más que con Geog. Simmel), la crítica kelseniana buscó desenvolverse más sobre la línea de la afinidad que la de las oposiciones y contrastes⁷. El juicio sobre la tentativa weberiana de fundar una sociología del derecho -la tentativa "más importante" y "hasta ahora la más feliz"⁸- que se encuentra en su *General Theory of Law and State* de 1945, puede ser retrotraído, bajo ciertos aspectos, a los mismos años veinte. En el ensayo, que se ofrece por primera vez en traducción italiana, "Der Staatsbegriff der 'vorlehenden Soziologie'", aparecido en la *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik* en 1921 y después resumido en el volumen del año siguiente, sobre el concepto jurídico y sociológico de Estado⁹, la opus magnum de Weber, apenas publicada, póstumamente, *Wirtschaft und Gesellschaft*¹⁰, es definida como "la contribución sociológica más significativa que a aparecido después de a Sociología de Simmel".

Pero la primera referencia de Kelsen es aun más antigua: se le encuentra en el prefacio a primera edición de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* de 1911, no comprendida en la segunda edición (1923) del libro. Ahí Kelsen se apropia, directamente, -en el sentido de la teoría for-

⁵ Cfr. H. Rottleuthner, "Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915-1917)", in Krawietz, H. Schelsky (Hrsgg.), "Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen", *Rechtstheorie*, Beiheft 5, Duncker & Humblot, Berlin 1984, pp. 521 ss.

⁶ La jurisprudencia sociológica, escribe Kelsen, *Dottrina pura e giurisprudenza analitica* (1941), trad. it. en *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, al cuidado de R. Treves, Einaudi, Torino, 1967, p.184, "es un complemento de la jurisprudencia normativa", pero subrayando que es un complemento secundario y accesorio a la jurisprudencia normativa. Ciertamente que es una novedad respecto a las posiciones anteriores, novedad que coloca una contradicción en los presupuestos gnoseológicos de la teoría pura del derecho, pero la sospecha original sino la hostilidad estaban tan arraigados que, todavía, se lee aquí, que la sociología es incapaz de "trazar una línea entre su objeto y otros fenómenos sociales". En último análisis, la verdadera novedad es que la sociología del derecho, en vez de ser psicología individual -como en los primeros escritos kelsenianos-, se transforma en análisis de la ideología de la idea de justicia, todo sumado, entonces a una suerte de psicología individual revisada y puesta al día. Sobre el punto cfr. R. Treves, "Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia in Hans Kelsen", *Sociologia del diritto*, 1981, 1, pp. 135 ss.

⁷ Roffenstein, G. "Kelsens Staatsbegriff und die soziologie", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Bd. 4, 1925, pp. 539 ss.; M. Stockhammer, "Hans Kelsens Rechtstheorie und Max Webers Soziologie im Spiegel der Erkenntnistheorie", *Osterreichische Zeit, für öffentliches Recht*, Bd. 5, 1953 pp. 410 ss.; Bobbio, "Max Weber e Hans Kelsen", *Sociologia del diritto*, 1981, 1, pp.135 ss.

⁸ Kelsen, Hans. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (1945), trad. it. S. Cotta e G. Treves, Etas-Kompas, Milano, 1966, p.178.

⁹ Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Mohor, Tübingen, 1922, pp. 156 ss.

¹⁰ Weber, Max. *Economia e società*, trad. it. al cuidado de P. Rossi, Comunità., Milano 1961.

mal-normativa del derecho- de las palabras de Weber sobre la objetividad de las ciencias sociales¹¹ para caracterizar el fin cognoscitivo que él prefigura y que reside en el no querer “traspasar un modo de consideración puramente formal de las normas jurídicas”. En esta limitación reside, en su opinión, “la esencia de la manera de la consideración formal-normativa de la jurisprudencia¹², a diferencia de aquella ciencia social como “ciencia de la realidad” de que habla Weber.

Pero en el término “limitación” está incita una doble posibilidad interpretativa. Puede tratarse, en efecto, de una limitación instrumental y contingente, siempre con el fin de alcanzar una determinación conceptual rigurosa del fenómeno “derecho”. Ahora, si se atiende a las premisas gnoseológicas neokantianas (igualmente comunes) que Kelsen expone y defiende, repetidamente, sobre todo después de su pire gran trabajo, en particular respecto al neokantismo de Cohen (pero con una influencia igual sino mayor del Cassirer du Substanz und Funklionsberggriff, la limitación no puede necesaria y permanente, en la medida en que el “objeto” es el producto” de las diferencias de enfoque (Blickrichtungen) en que se divide, originariamente la actividad del intelecto cognoscente: la dirección del punto de vista orientado al deber (Sollen) o norma o valor contrapuesta a la dirección del punto de vista orientado al ser (Sein), al hecho¹³. Es decir, en la medida en que el derecho (o Estado) es necesariamente y únicamente un complejo ideal de normas, un sistema normativo, un “contenido de sentido”: pura validez del deber (Soll-Geltung), contrapuesta, en suma a la efectividad o eficacia

Pero en este sentido y en esta medida, aparece claro en seguida que Kelsen, no obstante su interés por los sociólogos (en particular Simmel y Weber), no puede aceptar una sociología del “derecho” donde el término “derecho” investigue el mismo objeto de la ciencia normativa. Todo su esfuerzo debe entonces ser orientado a demostrar que la sociología del derecho es una ciencia (pero ya incluso sobre el uso del término se considera perplejo) que debe presuponer el derecho de la ciencia jurídica normativa, el concepto del derecho, en suma, producido y elaborado por el método cognoscitivo del científico del derecho, construido, metodológicamente, por el jurista. Y en efecto, esta es,

¹¹ Weber, Max. “La oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale” (1904), trad. it. di P.- Rossi in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino 1974, p.84. El fragmento weberiano es el siguiente: “No hay ningún análisis científico puramente objetivo de la vida cultural o de los fenómenos sociales, independientemente de los puntos de vista específicos y 'unilaterales', según los cuales son escogidos aquéllos como objetos de investigación, analizados y organizados en la exposición. El fundamento de ello está en el carácter específico del fin cognoscitivo de cada trabajo de la ciencia social, que quiere proceder de otro modo distinto a una consideración, puramente formal de las normas jurídicas o convencionales de la subsistencia social”.

¹² Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Mohr, Iübingen, 1911, p.IX.

¹³ Kelsen, Hans. *Die Rechtswissenschaft als Norm-oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung* (1916), ahora en Kelsen, A. Merkl, A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. brsg. von H. Klekatsky, R. Marcic, U. Schambeck, Europa Verlag, Wien 1968, Bd. 1, p. 37.

exactamente, la condición con la cual la teoría pura del derecho se presenta sobre la escena del debate cultural en los años diez y veinte del siglo.¹⁴

2. Son estos, precisamente, los años del inicio de la tentativa kelseniana prudencia al rango y a la dignidad de una auténtica ciencia, años que coinciden con el nacimiento de aquella otra disciplina tendiente también a la realización de esta ambición antigua de los juristas: la sociología del derecho¹⁵. Aplicando los métodos de la ciencia natural y buscando descubrir las "leyes naturales" de la vida del derecho, la sociología tenía la pretensión de ser la única, la verdadera ciencia del derecho. Los escritos de Kelsen de este periodo quieren, en cambio, determinar una dimensión específica y autónoma de la jurisprudencia y subrayar la peculiaridad del "derecho de la ciencia jurídica" respecto al (presunto) "derecho" de la sociología¹⁶, la cual, para Kelsen, tiene que ver únicamente con hechos de la vida del derecho y, por lo tanto, es una ciencia de hechos empíricos. Todo lo contrario, en suma, del derecho, como lo conocen y lo entienden el jurista y el científico del derecho. De cualquier modo que se produzcan ciertas representaciones del derecho, como hecho basado en hacer de los hombres, dice Kelsen, "no puede encontrar ningún espacio al interior de una ciencia que conceptúe al derecho como norma, como Sollen, que trabaja con conceptos como validez, obligación, facultad, persona y, en general con todos aquellos conceptos que no pueden tener otro sentido que el normativo (...). El derecho que constituye el objeto (o el producto) de una tal ciencia jurídica no podrán jamás ser positivo" en el sentido de la factibilidad empírica¹⁷. El jurista, por tanto, se ocupa únicamente de las normas jurídicas en su "epoche" (husserlianamente hablando) respecto de la realidad efectiva, y la jurisprudencia como ciencia del espíritu no es jamás una ciencia de hechos, sino una ciencia normativa, no del ser, sino del deber, una ciencia del valor (relativo) del derecho, más exactamente, del "ser del deber".¹⁸ Y ella tiene, por tanto, impedimento de su propia esencia, para operar con los métodos de las ciencias naturales -inducción y experimentación- debiendo, únicamente, elaborar su contenido espiritual, ideal de su material con el auxilio de los instrumentos de la lógica formal.

Semejante a la matemática, la jurisprudencia es para Kelsen una ciencia formal: ella desarrolla conceptos formales axiomatizados y deducidos de principios primeros o postulados, así que el derecho no es nunca, en su propia

¹⁴ Por eso no puede valer, por tanto, el juicio de R. Dreier, *Recht-Moral Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981, p. 225 que ha definido a la teoría pura del derecho, en todo sentido, como "una teoría sociológica del derecho con ropaje normativo".

¹⁵ Para una reconstrucción completa y exhaustiva de las vicisitudes de la sociología del derecho, el estudio tiene ahora a su disposición el libro de R. Treves, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1987.

¹⁶ Binder, J. *Philosophie des Rechts*, (1925), reimpresión Scientia, Aalen 1967, pp. 183 ss.

¹⁷ Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts. Beitrag zu reinen Rechtslehre*, (1920), reimpresión Scientia, Aalen 1981, pp. 88-9.

¹⁸ Cfr. H. Kelsen, "Der soziologische und der juristische Staatsbegriff", cit., p.76; *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlín 1925, p. 45.

esencia, "alguna cosa real".¹⁹ "Cuando –escribe Kelsen– no se mira el comportamiento de los hombres conforme al derecho, sino, únicamente (...) como los hombres deben comportarse conforme a derecho y si se entiende por ello, únicamente al derecho positivo, a la ley, entonces se puede y se debe contestar, en la respuesta a esta pregunta, con ciertos criterios puramente formales". La actitud del teórico del derecho es idéntica a la del juez: ambos toman en consideración al derecho "sólo en sus relaciones formales de deber, sin consideración al ser correspondiente. En efecto, el jurista no ha de explicar materialmente el comportamiento jurídico efectivo de los hombres, no ha de comprender, explicativamente, los fenómenos de la vida del derecho, sino debe aprehenderlo, normativamente. La explicación es el cometido del sociólogo y del psicólogo, la descripción de lo que es y la exposición del devenir es la tarea del historiador de la cultura y del derecho"²⁰. Esto significa excluir del campo problemático jurídico, específicamente jurídico, toda cuestión -sociológica o de otro tipo- relativa al fin concreto del derecho en su conjunto o de alguna norma en particular. Los conceptos jurídicos son categorías formales y a la jurisprudencia sólo concierne la "forma del fenómeno" cuyo contenido material es estudiado y conocido (donde su conocimiento sea verdaderamente posible) por la historia, por la sociología pero sobre todo por la psicología individual que, para Kelsen, es la única ciencia verdaderamente complementaria y compatible con la ciencia normativa del derecho.

Ya en una olvidada crítica a un libro de von Wiese de 1910, Kelsen sostenía la tesis de que la sociología "ha de operar siempre sólo con motivaciones psíquicas"²¹. Es un grave error no tomar en cuenta el ambiente político-cultural en el cual, Kelsen se ha formado, la gran Viena entre el fin del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, la atmósfera histórico-espiritual en la cual se ve la luz (sólo en parte sobre el diván freudiano de la Berggasse) el hombre nuevo del siglo, el hombre psicológico.²² No es casual, por ejemplo, que los límites de la concepción materialista de la historia –que para él no era sino una simple versión del iusnaturalismo,²³ emparentado, a su vez, con la sociología²⁴ –son vistos por el joven Kelsen, por lo que se refiere a las causas "profundas" de los fenómenos sociales, no en las relaciones económicas sino

¹⁹ Kelsen, Hans. "Zur Theorie juristischen Fiktionen. Mitbesonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", ---- (1919), en *W.r.S.*, cit., Bd. 1, p. 1238.

²⁰ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 42.

²¹ Kelsen, Hans. Recensione a F. von Wiser, "Recht und Macht", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Bd. 31, 1910. p. 261.

²² Remítase sobre este punto a nuestro "L'io diviso. Formalismo- y nichilismo nella crisi Della modernità". en *Aa.Vv.*, *Soggetti e norma individuo e società*, Esi, Napoli 1987, pp.43-70, spe. pp. 49 ss.

²³ Kelsen, Hans. Recesione a A. Menzel, *Naturrecht und Soziologie*, Fromme, Wien und Leipzig 1912, *Archiv sur die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Bd. 5, 1925, pp. 225-2.29.

²⁴ Cfr. R. Treves, "Kelsen e la sociología" en C. Roehrrssen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1983, pp. 169 ss.

en el “estrato ulterior” de las relaciones psíquicas entre los individuos “que plantean la necesidad de entender una satisfacción mucho mayor que la que se comprende en la concatenación de causas meramente económicas”²⁵.

Las oposiciones de la filosofía política de Kelsen -sintetizadas en la oposición fundamental entre autocracia y democracia- son todas reconducidas al contraste entre una concepción individualista y una objetivista del mundo que, a su vez, se enraiza, en la estructura Psicológica del carácter del individuo, según que tenga un sentimiento fuerte o débil del propio yo, que pueda, en mayor o menor grado, roconocerse en el otro²⁶.

El interés de Kelsen por las cuestiones psicológicas y por Freud²⁷ permite también comprender –al menos por lo que se refiere a su periodo europeo– ciertas incongruencias gnoseológicas relevantes aun en la relación jurisprudencia sociológica subrayadas por los críticos a propósito de la operación lógica sostenida, vigorosamente, por Kelsen, entre el mundo del ser y el deber, entre empirismo y normatividad, entre sociología y jurisprudencia. Respondiendo, en ocasión del congreso de sociólogos alemanes de 1926, a Salomon que había puesto de relieve una contradicción sobre el problema de la relación ser-deber o mejor dicho un deslizamiento de una contradicción a una conexión entre ambos, Kelsen, en esa ocasión, afirmó: “El punto de vista de mi ponencia actual (sobre la democracia) se distingue, necesariamente, de mi investigación de la teoría de las normas por el hecho de que, en el último caso, mi consideración se refiere, exclusivamente, a una ideología, es decir, a un sistema de normas, mientras hoy lo analizo en relación con la condición psicológica de los hombres. Si se llama sociológica a esta problemática, entonces el punto de vista sociológico es del todo compatible con aquella teoría de las normas”²⁸. Tesis esta que ya, sin embargo, se encuentra explicitada en la crítica a Kantorowicz y a Kornfeld en 1912, donde se lee que la tarea de la sociología debe ser una “indagación psicológica” le sobre los complejos de representaciones vivientes en la conciencia de los hombres”²⁹.

No hay duda que ésta es una concesión muy suspicaz hacia la sociología (o en todo caso hacía la autointerpretación y a la autorepresentación de los sociólogos del derecho), porque aquí se supone más bien una psicología individual (si es que no psicoanalítica) que una indagación de las estructuras histórico-sociales que también la sociología quiere estudiar. Estas –derecho,

²⁵ Kelsen, Hans. "Politische Weltanschauung und Erziehung" (91913), en *W.r.S.*, cit., Bd. 2, 1505.

²⁶ Cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1984.

²⁷ Sobre Kelsen y Freud ver M. C. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, pp. 138 ss.

²⁸ Kelsen, Hans. *Demokratie*, (1927), ahora en *W.r.S.*, cit., Bd. 2 p. 1774 (se trata de una de las réplicas de Kelsen a los participantes en el debate sobre sus ideas; esta réplicas no están comprendidas en la traducción italiana della relazione ne sulla democrazia in H Keisen, *Il problema del parlamento*, trad. it. al cuidado de C. Geraci, Giufre, Milano 1982).

²⁹ Kelsen, Hans. "Zur Soziologie des Rechtes kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 34, p.614.

Estado, ordena miento, etc.—, en efecto, quedan, para Kelsen, objeto exclusivo de la específica ciencia que comprende esta “realidad en su dimensión auténtica que es y sólo puede ser formal, normativa. Kelsen conoce y quiere conocer a los individuos singulares, por un lado, con sus motivaciones reales, efectivas, sus impulsos originarios (se pueden leer las páginas de *Politische Weltanschauung und Erziehung*, de 1913, dedicadas al impulso lúdico como motivación a la acción y a la vida política³⁰. Y, por otro, aquellos fenómenos puramente ideales, estructuras del espíritu. Es esta una postura que aparece ya en los *Hauptprobleme*³¹, aunque con una especificación todavía imprecisa, a nuestro juicio: la psicología como indagación sobre el derecho en tanto que “hecho de psicología de masas” (“als massenpsychologische Tatsache”), mientras que más tarde, en un contacto directo con Freud Kelsen precisaría que sólo es posible hablar solamente, de psicología individual y nunca “social” o de “masa”³².

3. Para Kelsen, al menos en la fase “clásica” de la teoría para del derecho, un concepto sociológico de Estado (o derecho), que por otro lado, sólo puede sostenerse en sentido jurídico, es un contrasentido, porque la específica unidad jurídica, “Estado”, no puede jamás ser pensada sin la aplicación exclusiva y fundadora de un modo de consideración puramente jurídico-formal. “Sólo la errónea opinión que la sociología pueda tratar, fundamentalmente, el mismo objeto que la jurisprudencia normativa, lleva a la idea de una autónoma sociología del derecho. Pero la norma jurídica, este específico objeto de la ciencia jurídica, no está hecha para una sociología orientada hacia el ser. Un concepto sociológico del derecho, del cual habla Ehrlich, es imposible a la manera de un concepto jurídico de gravedad. Precisamente, el intento de Ehrlich muestra claramente que una sociología del derecho deviene en una sociología de la sociedad en general, porque el concepto de derecho no se puede definir sociológicamente”³³. Dicho en otros términos, para Kelsen, la sociología del derecho simplemente no existe y no puede existir: la que se hace pasar por sociología del derecho sólo puede ser una psicología experimental e inductiva.

³⁰ Kelsen, Hans. “Politische Weltanschauung Erziehung”, en *W.r.S.*, cit., Bd.2, pp. 1522 ss.

³¹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 42. Todo el fragmento dice: (pp. 41-42) “Es tarea del psicólogo estudiar los efectos que una norma jurídica (Rechtssatz) internalizada en la conciencia, tiene sobre el querer y el hacer del hombre individual, analizar la influencia de la motivación de las normas, reconducir el hacer conforme o contrario al derecho, del individuo y sus causas reales. Y es tarea del sociólogo, entender el derecho como una fuerza real que domina las masas, como un hecho de psicología de masas; a él como al psicólogo, el derecho aparece como un evento psíquico real, como algo existente que debe explicarse, haciendo ver las causas y conceptualizando el comportamiento jurídico de los hombres como un hecho naturalmente necesario”.

³² Kelsen, Hans. “Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo all’idea della massa di Freud”, en *La democrazia*, al cuidado de G. Gavazzi, 11 Mulino, Bologna 1981 pp. 387 ss. Sobre el punto cfr. nuestro *L’ordine delle norme. Politica e diritto* in Hans Kelsen, cit., pp. 113 ss.

³³ Kelsen, Hans. “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, *Archiv für Sozialwissenschaft und sozialpolitik*, Bd. 39, 1915, pp. 875-6.

La razón de esta imposible definición sociológica del Estado (o derecho) reside en la incapacidad de la ciencia natural (y la sociología es para él una ciencia natural, concedido –en esta frase– que sea verdaderamente una ciencia³⁴) para aprehender ese “sentido del valor y de la autoridad” que “pertenece sólo a un modo de consideración específicamente normativo”³⁵. “El valor, en efecto, no se le puede entender con una consideración causal de la realidad efectiva y subsistente sólo sobre el presupuesto de las normas”³⁶. En la limpia separación operada por Kelsen -aun sobre el paréntesis de Husserl- entre el “contenido espiritual” y los actos psíquicos que lo sostienen, el único sociólogo que ha conseguido mantener firme la distinción entre forma y contenido, entre ser y deber, es Simmel, el cual no busca ninguna ley natural del proceso social, sólo quiere ofrecer las formas de las relaciones sociales”³⁷.

Está aquí, entonces, recogido el significado de “formalismo” kelseniano y el de la exclusión de un concepto sociológico de Estado (o derecho), que no es un concepto de Estado sino que presupone el concepto de Estado que es, para él, precisamente, un concepto formal, jurídico. Esta exclusión –reiterada no solo en la crítica a Weber sino también y sobre todo en las precedentes a Kantorowicz y a Ehrlich– expresa, claramente la refutación de un concepto factual (es decir, en cualquier sentido no “ético”) de Estado, como el concepto sociológico-naturalista en tanto que tiene como objeto las acciones humanas, sujetas a la influencia de momentos irracionales, emotivos, instintivos. La sociología es la indagación de lo múltiple, de lo no formalizable, de lo racionalizable: “toda búsqueda sociológica –escribe Kelsen en *Der juristische und soziologische Staatsbegriff*– contrapone a la asociación produce la sociedad como unidad, una disociación que destruye la sociedad”³⁸. La unidad –este principio cardinal de metodología neo-kantiana y de la teoría pura de garantizada por la ciencia jurídica pura derecho– sólo puede ser (en el sentido neo-kantiano de la originaria pureza del intelecto cognoscente), porque sólo desde el punto de vista puramente formal, el Estado es unidad, coherencia,

³⁴ En el estado actual de la disciplina, en efecto, escribe Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Aca. De droit int. Recueil des cours, vol. 14 t. IV, Hachette, París 1977, p. 242, la sociología jurídica, con sus pretensiones infundadas, le parece entonces un discurso que se propone simplemente “razonamientos eróticos políticos” “bajo el mantelete de una terminología marcada por la ciencia natural”.

³⁵ Kelsen, Hans, “Politische Weltanschauung und Erziehung”, cit., p. 1506.

³⁶ Kelsen, Hans. “Zur Soziologie des Rechtes”, cit., p. 608.

³⁷ Kelsen, Hans. Recensione a A. Menzel, “Naturrecht und Soziologie”, *Archiv für die Geschichte des Sozialismus der Arbeiterbewegung*, Bd.5, -1915, p. 229. Ha sido justamente observado que Kelsen del todo el hecho que Simmel quiere realizar esta separación (entre forma y contenido, contenido espiritual y actos psíquicos) para todos los objetos de todas las ciencias, tanto para el derecho, la religión, etc., como para la ciencia de la naturaleza, así que la asunción del razonamiento simmeliano por Kelsen como decisivo, no lo autoriza a hablar de un reino del espíritu contraer reino de la naturaleza, porque se trata simplemente de la separación de la psicología de todas las otras ciencias”: G.Roffenstein, “Kelsen Siabegriff und die Soziologie”, cit., p. 546.

³⁸ Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pág.52.

racionalidad. Los comportamientos individuales perjudican la unidad. Sólo jurídicamente –normativamente– es concebible un orden unitario.³⁹ En esta continua referencia de Kelsen a la “unidad” se puede, entonces, aprehender el significado auténtico y –profundo de la empresa kelseniana en general y de su crítica a la sociología en particular, significado que no carece– como hemos intentado demostrar en otro lugar⁴⁰ de un retroceso ideológico-ético.

4. La crítica kelseniana a Weber, en su ensayo “Der Staatsbegriff der ‘verstehenden Soziologie’”, se desarrolla por las líneas internas de las temáticas weberianas. Pero el objetivo polémico de Kelsen, si se parte de la afinidad indudable su posición y la de Weber, no puede ser la sociología weberiana del derecho, sencillamente porque la sociología del derecho para el jurista vienés no puede existir. Si se interpreta verdaderamente su crítica a Weber como la crítica a una “sociología del derecho”, significaría interpretarla como una lucha contra molinos de viento. Es necesario, por el contrario, subrayar que el núcleo de la crítica kelseniana a Weber no es un atenuante a su sociología comprensiva sino a la errada jurisprudencia tradicional que Weber integra, según Kelsen, en su propio sistema. Y, en ciertos aspectos, por el contrario, este objetivo polémico es primario respecto a lo sociológico-jurídico.

Lo que verdaderamente subyace en la crítica de Kelsen a la sociología del derecho (es este un punto que nadie ha puesto de relieve hasta ahora) es la refutación de la distinción-separación entre Estado jurídico y Estado-administrativo que acompaña, entre el fin del siglo XIX y el inicio del siglo XX, al nacimiento de la sociología, ya sea positiva o “comprensiva”. Kelsen entiende reafirmada su tesis, reiterada en la conclusión de casi todos sus escritos, que el Estado es siempre “Estado de derecho”, Rechtsstaat. Así que los méritos y los defectos de la “sociología comprensiva” de Weber son los méritos de la correcta ciencia jurídica normativa (kelseniana), y los defectos son los de una errada concepción jurídica⁴¹ del tipo de Jellinek o de Anschütz con su

³⁹ Larenz, K., *Rechts und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Junker u. Dünhaupt, Berlín, 1931, p. 25.

⁴⁰ Es significativo que también la crítica de Kelsen a Emil Lask se estructura en torno a la tesis de que Lask habría aceptado, en su propia *Rechtsphilosophie* “una concepción errónea del positivismo jurídico”. Cfr. Sobre este punto nuestro *Li rrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, Esi Napoli 1983, pp. 142 ss. (de la *Rechtsphilosophie* (1905) de Lask hay una traducción italiana: E. Lask, *Filosofía jurídica*, al cuidado de A Carrino, Esi, Napoli 1984).

⁴¹ Cfr. H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 114 ss. Ya en el *Problem der Souveranitat, begriff* cit., p. 10, Kelsen escribía que toda teoría que no considera al Estado como un único objeto de una única ciencia, que “considera al Estado ya sea como hecho natural ya como persona jurídica”, y que hace de este único objeto, la materia de consideración “de dos modos cognoscitivos, del todo separados por método, de dos diferentes tendencias de observación”, “va contra la norma fundamental de toda teoría del conocimiento, por la cual al objeto del conocimiento está determinado por la tendencia cognoscitiva y por la que, en consecuencia, dos métodos diferentes, como el causal de las ciencias naturales y el jurídico normativo, deber producir no un mismo objeto, sino dos objetos igualmente diferentes”. En los *Hauptprobleme*, ci., pp. 405. 407, en verdad Kelsen parecía que aceptaba una teoría de los dos lados del Estado: esta formulación es ahora rechazada como un “vorletzte Stadium” (penúltimo estadio) del más correcto

falsa teoría- de los "dos lados" del Estado⁴² fuerza normativa del hecho (39) (jurídico y sociológico), de la "fuerza normativa del derecho" y de la ley en sentido formal y en sentido material⁴³, siendo que para Kelsen, el Estado es siempre y sólo jurídico y la ley siempre y sólo formal. Y esto vale también para la habitual separación entre derecho público y derecho privado, derecho substancial y formal, derecha "subjetivo" y derecho objetivo, y todos los otros (pseudo) dualismos de la teoría jurídica tradicional, in primis aquél entre Estado y derecho, con la consiguiente falsa representación de dos validez". Para Kelsen, al contrario, la "validez empírica" contrapuesta a la "validez normativa" no es una verdadera, auténtica, real validez: ésta puede ser siempre y solamente "validez del deber" o normativa: *Sollgeltung*.

En la fase "crítica" de la teoría pura del derecho, validez es (por regla general) siempre validez normativa contrapuesta a La efectividad o eficacia (que sólo por una impropia terminología de ser definida como "validez empírica"), a grado que es posible suponer un contraste entre ordenamientos eficaces y el ordenamiento válido y siempre unitario, no contradictorios coherente y exclusivo, es decir que excluye la validez de cualquier otro ordenamiento (de donde deriva la lógica inferencia de un único ordenamiento jurídico supranacional, la *civitas maxima*, a la cual le compete exclusivamente la soberanía⁴⁴). Por esto, si se mira profundamente, en la crítica kelseniana a Weber se da cuenta uno que lo que, verdaderamente, importa es la crítica a la jurisprudencia tradicional que Weber toma, acriticamente, pensando que sea la correcta teoría jurídica que han permitido el nacimiento de la sociología del derecho como "ciencia" del derecho. Una vez puestas las cosas en su lugar, que da sólo una ciencia del derecho –la jurisprudencia normativa–, fincada sobre una psicología individual, sobre una ciencia de las motivaciones jurídicas intraindividuales de los comportamientos de los hombres.

La sociología de Weber no tiene, por tanto, para Kelsen, ninguna real autonomía y sus conceptos son derivados de otros ámbitos disciplinarios, tanto que al fin lo que, lógicamente, cuenta es el "tipo ideal" que en el caso en cuestión es el Estado como "sistema ideal", como "esquema de interpretación" que nada tiene que ver –aun para Weber– con la facticidad, con la efectividad. Sí el Estado es un contenido de sentido, su "existencia" es su validez, una cosa radicalmente diferente de la efectividad: "Todo esto –escribe Kelsen– puede ser, fácilmente, demostrado a partir de las exposiciones del mismo Weber".

Kelsen busca ser como la referencia de Weber a la facticidad es inesencial respecto al núcleo del razonamiento según el cual, el contenido

"reconocimiento de la identidad" de Estado y Derecho (*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit. pp. 200 ss.)

⁴² Cfr. H. Kelsen, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung* (1913), ahora en *W.r.S.*, cit., Bd. 2 pp. 1533 ss.

⁴³ Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, cit., pp. 315 ss.

⁴⁴ Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 19.

de sentido hacia el su actuar, es el ordenamiento jurídico válido, es decir, el Sollen, el deber, la validez. Las “máximas” de que habla Weber no son mas que las normas jurídicas, el ordenamiento jurídico, el ordenamiento del deber, normativo, del que se distingue la efectividad o eficacia de una norma, es decir, la posibilidad (“chance”) de eficacia, que sólo por un inadmisibles desplazamiento conceptual, Weber pudo llamar “Validez”. El error de Weber –aun el que ha sabido comprender la juridicidad de derecho– es, no sólo haber recibido de la jurisprudencia aquel error psicológico que lleva a considerar la validez en términos no puramente formales-abstractos (lógico-normativos sino “personificarlo” y “substanciarlo”). Sin embargo una vez depurado el concepto jurídico de su hipostatización, queda aun en Weber como “uno de los elementos fundamentales, como uno de los conceptos-base del sistema de la sociología comprensiva”, el “concepto absolutamente normativo del ordenamiento”.

La idea de una dualidad de modos de considerar al ordenamiento jurídico-estatal, entendido como sistema de pura validez (concepto jurídico) y como conjunto de acciones que efectivamente se desarrolla en la realidad empírica según un nexo de causalidad (concepto sociológico), está, para Kelsen, aparentemente unida sólo por razones retóricas, contra la cual dirige el siguiente argumento fino y definitivo: si desde el punto de vista de la sociología-comprensiva, todas las formaciones sociales deben aparecer como– conjunto de acciones y si quiere, esta reflexión sociológica, explicar, causalmente, los comportamientos humanos constitutivos, del Estado, entonces, es tarea de la sociología –especialmente de la sociología comprensiva webriana– explicar el criterio por el cual y según el cual, ese Estado es precisamente Estado, o bien, presentar “el principio sintético” –como escribe Kelsen siempre sobre Weber, en la *Allgemeine Staatslehre*– que distinga un ‘conjunto particular de la innumerable cantidad de acciones efectivas de los hombres, en la unidad del Estado y constituya (Konstituierert), con la cantidad de actos de los hombres singulares, una ‘formación’ social”⁴⁵. Pero, precisamente, en esta tentativa lógicamente necesaria- de individualizar el criterio distintivo de la formación social “Estado”, la reflexión de la sociología comprensiva “se desliza... del campo del ser al del deber”. El criterio distintivo del cual se hable es, en efecto, un contenido de sentido de las representaciones o concepciones según las cuales los hombres orientan sus acciones. El contenido objetivo de estas representaciones que determinan el actuar efectivo de los hombres el ordenamiento objetivo, el orden ideal que funge como esquema de interpretación. Ahora bien, si este contenido no fuese otra cosa que la “chance” de que determinadas acciones se verifiquen conforme al orden jurídico –como pretende la sociología comprensiva– se llegaría al insostenible resultado de que, en virtud, de que un “chance” puede tener grados diversos de capacidad de realizarse, en el momento de que este “chance” se desvaneciera,

⁴⁵ Idem, p. 20.

el estado debería, desde el punto de vista de la sociología, cesar de existir, entrando, sin embargo, en contradicción con la teoría propiamente jurídica del derecho. La sociología comprensiva le parece, entonces a Kelsen, sólo una variante de aquella tentativa común de comprender al Estado como "efectividad de las representaciones de las normas jurídicas", con la diferencia (que explica, ciertamente, la atención kelseniana a Weber) que como Estado se entiende también el ordenamiento jurídico válido, normativamente. Por no entender el "principio sintético" la sociología "comprensiva" no tiene, en suma, el criterio connotativo del Estado como contenido del sentido, sino únicamente, una desviada jurisprudencia tradicional, groseramente positivista que no ha sabido entender el carácter puramente formal del derecho, es decir, su juridicidad, su normatividad, su ser idéntico al derecho.

"En lugar de la usual oposición entre derecho y Estado se sustituye por la distinción entre un Estado jurídico y un Estado sociológico". Así que la sociología comprensiva emplearía, "por su misma aceptación", el concepto de Estado en un sentido distinto del sentido "preciso y apropiado" que es propio de la jurisprudencia normativa. La crítica inmanente de Kelsen a Weber tiende a demostrar que, en realidad, la sociología comprensiva no puede menos que hacer suyo el concepto —específicamente jurídico— del Estado que es propio de la teoría "pura" del derecho. "El concepto jurídico no sólo es empleado por la sociología comprensiva por su precisión y por su propiedad sino que también para ella es un concepto primario y fundamental, sin el cual no podría lograrse esa unidad particular del Estado".⁴⁶

Weber y Kelsen, ha observado Bobbio, "concuerdan sobre un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista... distinción que es negada o no reconocida por la mayoría de los exponentes de la jurisprudencia sociológica"⁴⁷. Y más aun, respecto a sociólogos del derecho como Kantorowicz y Ehrlich, entrambos "se encuentran en la misma parte de la barricada"⁴⁸. Pero lo que a Kelsen, verdaderamente, le importa no es exactamente, la distinción entre sociología jurídica (que como tal, —en este periodo— es substancialmente inexistente y lógicamente imposible) y jurisprudencia (normativa), entre dos modos de consideración del derecho, sino afirmar el primado y, sobre todo, la exhaustividad del método jurídico sobre toda otra pretensión de reflexión sobre el derecho o de conocimiento sobre el mismo. Aparentemente, aun con el amigo-enemigo Weber, Kelsen continua un dialogo sosegado, que pone de relieve los punto de convergencia, pero en realidad, del, sutil razonamiento kelseniano parte el golpe de ariete que debe demoler —aquí también como en los escritos precedentes contra Kantorowicz y Ehrlich— toda hipótesis de sociología

⁴⁶ Bobbio, Norberto, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 145.

⁴⁷ Idem, p. 138. También R. Treves, *Sociología del diritto* cit., pp. 148, ha subrayado el hecho de que Weber se distingue de Kantorowicz y Ehrlich, encontrándose "en una posición que, en ciertos aspectos, es análoga a la de su mayor adversario: Hans Kelsen".

⁴⁸ Stockhammer, M., op. cit., p. 420.

jurídica. Si el carácter esencial del Estado —como justamente ha mostrado Weber— consiste en el monopolio estatal de la coerción, entonces esta "esencia" del Estado no puede ser comprendida de otro modo que el del jurista, del teórico normativo del derecho. El concepto de monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado puede tener sentido sólo a condición de que Estado y ordenamiento jurídico sean la misma cosa, que Estado y derecho coincidan, de modo que el estado no puede "tener dos sentidos": este es siempre y solamente Estado jurídico, ordenamiento jurídico, es decir objeto, único y exclusivo, de la ciencia normativa del derecho. Ha escrito Stockhammer: "La sociología comprensiva no es una modificación de un nihilismo de la ciencia jurídica del espíritu, no es una mera variante de la absurda tentativa de concebir la validez del Estado como eficacia de las representaciones de las normas jurídica, como validez empírica (Seinsgeltung,). Ella es el digno predecesor y el compañero de la teoría pura del derecho"⁴⁹. Lo que Kelsen pretende, en su crítica a Weber, es hacer aparecer la "sociología del Estado" como una teoría del derecho, obviamente, como una teoría pura del derecho. La sociología del Estado weberiana se revela en la crítica de Kelsen como doctrina del derecho. Y es un hecho, escribe éste, "que no puede ser modificado en nada por la continua referencia a la facticidad, por la específica orientación de problema de la validez como la probabilidad de un curso determinado de las acciones por el contenido de sentido "Estado" (o derecho). No es posible, especialmente, en el método de la sociología "comprensiva" perder el significado primario fundamental verdaderamente, del concepto normativo del derecho. La sociología "comprensiva", en efecto, vuelve, constantemente, al contenido del sentido del actuar, y este contenido de sentido aparece, dondequiera que la investigación considera al Estado, siempre, como la idea del derecho en cuanto norma coercitiva. Si la sociología comprensiva debe poder interpretar las acciones, debe sumergirse en éste sentido inmanente, debe hacer propio el específico punto de vista de la reflexión jurídica. En este sentido inmanente, específicamente jurídico, está encerrado todo lo que esta sociología puede decir sobre la esencia del Estado: Ella no dice nada más de cuanto demuestra la teoría normativa del derecho.

5. Como se ve, al término de la más benévola crítica kelseniana a la sociología jurídica, lo que queda es sólo reafirmar no solo el primado de la teoría normativa del derecho, sino en alguna medida, transformar la misma sociología del derecho, en lo que ella tiene de positivo, en una teoría jurídica normativa que identifique derecho y estado. Se comprende por tanto, como, específicamente, sobre el punto de las relaciones entre Kelsen y Weber, Stockhammer haya podido mostrar como el acuerdo entre los dos, más allá de la crítica kelseniana, sea más extenso de cuanto se haya sostenido sobre la base de una mera confrontación textual, en tanto, en su opinión, la teoría pura del derecho "distingue igualmente entre un derecho eficaz (meramente jurídico) y

⁴⁹ *Ibidem*.

un derecho eficaz (sociológico)⁵⁰ puede ser modificado en nada por la continua referencia a la facticidad, por la específica orientación de problema de la validez como la probabilidad de un curso determinado de las acciones por el contenido de sentido "Estado" (o derecho). No es posible, especialmente, en el método de la sociología "comprehensiva" perder el significado primario fundamental verdaderamente, del concepto normativo del derecho. La sociología "comprehensiva", en efecto, vuelve, constantemente, al contenido del sentido del actuar, y este contenido de sentido aparece, dondequiera que la investigación considera al Estado, siempre, como la idea del derecho en cuanto norma coercitiva. Si la sociología comprehensiva debe poder interpretar las acciones, debe sumergirse en éste sentido inmanente, debe hacer propio el específico punto de vista de la reflexión jurídica. En este sentido inmanente, específicamente jurídico, está encerrado todo lo que esta sociología puede decir sobre la esencia del Estado: Ella no dice nada más de cuanto demuestra la teoría normativa del derecho.

Por sí misma, la crítica de Kelsen a Weber y, en general a la sociología jurídica, en la fase "clásica" de la reine Rechtslehre hasta 1935, puede servir como hilo conductor de una hermenéutica de las ideas y de la proyección impredecible de la teoría de Kelsen, que ya habíamos tratado de enunciar en otros escritos, mediante un análisis, voluntariamente circunscrito a aquél periodo del jurista centroeuropeo, buscando, además hacer alguna aportación y proseguir un planteamiento de investigación inaugurada, con sus trabajos sobre los fundamentos filosóficos de la teoría pura del derecho y sobre el neokantismo, hace más de cincuenta años, por Renato Treves.

Título original: WEBER E LA SOCIOLOGIA DEL DIRITO NELLA CRITICA DI KELSEN, di Agostino Carrino, publicado en *Sociología del Diritto*, 1987/13, Milano, Italia, pp. 17-32.

Traducido por: Arturo Berumen Campos.

⁵⁰ Ibidem.