

EL CONCEPTO DEL DERECHO EN LAS TEORÍAS DE WEBER Y DE KELSEN

SUMARIO: Introducción. Teoría de Max Weber; 1. Supuestos fundamentales; 2. Conceptos de la "acción" y del "sentido subjetivo"; 3. Concepto de "acción social"; 4. Concepto de "relación social"; 5. El individualismo metodológico de Weber; 6. Las "máximas" de la acción; 7. La "validez" de un orden; 8. La legitimidad de un orden; 9. La coactividad como característica exterior al orden válido; 10. Límite al concepto de derecho; 11. Concepto jurídico-dogmático del derecho; 12. Relación del concepto del derecho con el de dominación; 13. Pluralidad de órdenes normativos; 14. El concepto del monopolio de la coacción física. Teoría de Hans Kelsen. 1. El derecho entendido como orden normativo; 2. El concepto de coactividad específica; 3. El derecho como orden coactivo; 4. El "cuadro administrativo" como órgano jurídico: identidad del derecho y el Estado; 5. La unidad y la unicidad del derecho; 6. El Estado posee el monopolio de la coacción física.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto presentar dos concepciones sobre el derecho: una, de un gran sociólogo y jurista, Max Weber; la otra de un jurista muy importante, que hizo algunas investigaciones sociológicas, Hans Kelsen. Entre ambas concepciones hay algunos puntos de contacto, los que resaltaré en su lugar, aunque también hay divergencias que, en ocasiones, son notorias. Mi interés se centrará en algunos conceptos fundamentales que ambos autores manejan en relación con el concepto del derecho. Estos conceptos son los siguientes:

1. El derecho entendido como un orden.
2. El concepto de la coactividad difusa.
3. El concepto de la coactividad como garantía del orden.
4. El concepto del cuadro administrativo.
5. La pluralidad de los órdenes normativos jurídicos.
6. El concepto del monopolio de la coacción física por el Estado.

Estos seis conceptos, con los que Weber construye el concepto del derecho, serán presentados durante la exposición enlazados entre sí serialmente.

Hay una peculiaridad de la teoría de Kelsen, que la distingue de la de Weber, que expondré cuando presente sus conceptos fundamentales sobre el derecho y que consiste en lo que he denominado la "semantización" de ciertas características del derecho, tal como éste es concebido por Weber y otros autores posteriores. Esta "semantización" significa lo siguiente: que ciertos elementos reales, ciertas condiciones pragmáticas, que determinan el carácter jurídico de ciertas formaciones verbales, en primer lugar, se conceptualizan y, posteriormente, dichos conceptos se incluyen dentro de la formulación verbal de la norma, de manera que lo que era algo externo a la norma se convierte en contenido de la misma. Este concepto de la "semantización" de elementos pragmáticos en el concepto del derecho será presentado como una de las operaciones que definen el pensamiento kelseniano y lo distinguen de otras conceptualizaciones del derecho.

TEORÍA DE MAX WEBER

1. *Supuestos fundamentales*

Max Weber, aunque anterior a Hans Kelsen, como jurista que fue, nos ofrece en su gran obra sociológica *Economía y sociedad* un concepto del derecho específico, que intentaremos explicar a continuación. La tarea no es fácil pues Weber, en la elaboración de su teoría sociológica, procede siguiendo un método que podríamos denominar "constructivo", *i.e.*, por progresivas adiciones conceptuales a unas nociones primitivas presentadas de antemano. Una segunda causa de la dificultad mencionada estriba en el hecho de que entre una gran cantidad de observaciones sociológicas, de carácter histórico y empírico, debe entresacarse el concepto dogmático, autónomo, que se encuentra implícito en todas esas afirmaciones sociológicas. La labor hay que llevarla a cabo, pues, como lo veremos más adelante, este concepto autónomo del derecho condiciona el campo sobre el cual la ciencia de la sociología realizará su labor teórico-explicativa.

Debemos hacer, por lo pronto, algunas observaciones sobre el método constructivo de Weber. Dijimos que consiste fundamentalmente en progresivas adiciones de conceptos a unas nociones previamente presentadas, las cuales son mostradas con ejemplos y explicaciones más o menos intuitivamente presentadas. Estas nociones primitivas constituyen el más alto nivel de generalidad y, por tanto, su dominio de objetos es mayor y su "intención" o contenido conceptual es menor. Ellas constituyen los conceptos centrales que subyacen en todo otro

concepto construido. Son, como diría Max Weber, "categorías sociológicas", *i.e.*, las afirmaciones sociológicas fundamentales, sobre las cuales está construida toda la teoría weberiana.

Todo concepto construido, en consecuencia, tiene un menor nivel de generalidad pero mayor contenido conceptual. Su dominio de objetos es más restringido y, por tanto, se encuentra lógicamente más cercano a las proposiciones de experiencia o "juicios de percepción" como diría Kant. El objeto o finalidad es hacer la reconstrucción conceptual de los fenómenos sociales.

Este carácter constructivo de la teoría de Weber nos obliga a repasar, aunque sea de modo muy breve, algunos conceptos fundamentales de la sociología comprensiva. Sólo el conocimiento de ellos permite comprender el concepto de derecho que sostiene nuestro autor.

2. *Conceptos de la "acción" y del "sentido subjetivo"*

En primer lugar, está el concepto de la acción y correlativamente, el de "sentido subjetivo" de una conducta.

Dice Weber "Por 'acción' debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo."¹ La acción es conducta intencional. En la intención se encuentra el sentido de la conducta.

La conducta intencional puede identificarse con la conducta voluntaria. Weber atribuye esta intención siempre a un sujeto individual; por ello adjunta al concepto del "sentido" el de la "subjetividad". "Acción como orientación significativamente comprensible de la propia conducta, sólo existe para nosotros como conducta de una o varias personas individuales."²

Este sentido subjetivo lo contrapone y lo distingue del sentido objetivo que una conducta puede tener, derivado del juicio que compara esa conducta, con una disciplina cualquiera dogmática, como por ejemplo, la jurisprudencia.

3. *Concepto de "acción social"*

A continuación define Weber la acción social, definición que constituye una especificación del concepto general de acción. El concepto de la acción social restringe la extensión e incrementa la intención del

¹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1981, p. 5.

² *Idem*, p. 12.

concepto de la acción. La acción social es aquella que conforme a su sentido está referida a la conducta de otros y cuyo desarrollo está determinado por esta orientación. Las acciones de los otros pueden ser, en concepto de Weber, pasadas, presentes o futuras. Esta afirmación abre un campo muy amplio para la comprensión del sentido de una enorme multiplicidad de conductas, en tanto que la misma no se restringe a la conducta de otro sujeto presente. Esta modalidad temporal la ejemplifica diciendo que la acción social puede ser "venganza por previos ataques, réplica a ataques presentes, medidas de defensa frente a ataques futuros"³ si se toma como ilustración de estos conceptos la conducta de la lucha de la guerra.

Los sujetos en relación con los cuales se realiza la acción social pueden ser determinados o indeterminados, individuos o pluralidades de individuos, presentes, pasados o futuros.

4. *Concepto de "relación social"*

Cuando existen dos sujetos cuando menos y ambos llevan a cabo una acción social referida al otro, *i.e.*, cuando las conductas, por su sentido, están "recíprocamente referidas", entonces se constituye una "relación social."

"Por 'relación' social debe entenderse una conducta plural —de varios— que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente referida, orientándose por esa reciprocidad."⁴

5. *El individualismo metodológico de Weber*

A continuación Weber observa que la relación social no constituye sustancia alguna. No debe ser hipostasiada, pues sólo "consiste, pues, plena y exclusivamente, en la probabilidad de que se actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable". Señala que en una relación social puede ser *permanente*, es decir,

que exista, en este caso la probabilidad de la repetición continuada de una conducta con el sentido de que se trate... La *existencia* de relaciones sociales consiste tan sólo en la presencia de este "chance" —la mayor o menor *probabilidad* de que tenga lugar una acción de un sentido determinado y *nada* más—, lo que debe tenerse siempre en cuenta para evitar ideas falsas. Que una "amistad" o un "estado"

³ *Idem*, p. 18.

⁴ *Idem*, p. 21.

existiera o existe, significa pura y exclusivamente: Nosotros (*observadores*) juzgamos que existió o existe una probabilidad de que sobre la base de una cierta actitud de hombres determinados, se actúa de cierta manera con arreglo a un sentido, determinable en su término medio, y nada más que esto cabe decir.⁵

Estas observaciones deben tenerse presentes para contrastarlas más adelante con otras que se presentarán.

6. Las "máximas" de la acción

Debe darse especial importancia a los conceptos que se presentarán a continuación: "El sentido que constituye de un modo *permanente* una relación puede ser formulado en forma de 'máximas' a las cuales los partícipes pueden esperar su adhesión de la otra u otras partes y a su vez orientar por ellas su propia acción (aproximadamente o por término medio)".⁶

Esto significa lo siguiente: El sentido de una relación social permanente puede ser formulado verbalmente y esta formulación verbal constituye una máxima. Esta o estas máximas presentan verbalmente los sentidos subjetivos de las acciones de cada sujeto en la relación social. Por ello los sujetos orientan sus conductas recíprocamente. Esta orientación recíproca, unida a la variable temporal, produce la permanencia y la generación de *expectativas* de cada sujeto respecto a la conducta del otro u otros sujetos partícipes en la relación social. Con ello se da la condición necesaria para que la formulación de estas máximas, sean *mandatos*. Creo que *sólo mandatos pueden ser*, en virtud de que las descripciones deben quedar excluidas, pues el contexto o ambiente no refuerza la conducta descriptiva o indicativa, sino la que satisface la expectativa de cada sujeto partícipe en la relación social.

De esta manera puede entenderse la afirmación de Weber antes transcrita, aunque ciertamente no la presenta así, ni podía presentarla por la falta de los conceptos fundamentales de la psicología de la conducta operante de Skinner. Como tendremos la oportunidad de observar más adelante, Weber introduce subrepticamente el concepto de norma en este contexto, sin deducirlo explícitamente.

Weber observa adicionalmente, que "el sentido de una relación social puede ser *factado* por declaración recíproca. Esto significa que

⁵ *Idem*, p. 23.

⁶ *Ibidem*. El autor ha modificado ligeramente la traducción castellana, para hacer el texto más fiel al original alemán.

los que en ella participan hacen una *promesa* respecto a su conducta futura (sea de uno a otro o en otra forma). Cada uno de los partícipes —en la medida en que procede racionalmente— cuenta normalmente (con distinta seguridad) con que *el otro* orientará su acción por el sentido de la promesa tal como él la entiende.”⁷

7. La “validez” de un orden

Si el sentido de una relación social se encuentra consignado en máximas, *i.e.*, ha sido formulado verbalmente y “la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por máximas que pueden ser señaladas”⁸ entonces el “contenido de sentido” de la relación social se le llama “orden”. El orden no es la máxima, sino el sentido de la máxima es sólo un fenómeno locucionario, un objeto externo, como lo son los sonidos o las marcas de tinta en un papel. Pero la máxima significa algo, dice algo, ordena o recomienda algo, etcétera. Eso ha sido llamado tradicionalmente con diversos nombres, entre los cuales está el de proposición, norma, etcétera. Weber lo llama “contenido de sentido”.

Es importante destacar que este orden, para Weber, no existe independientemente de la relación social. Es claro que pueden formularse máximas de todo tipo, muchas de las cuales seguramente no constituirán formulaciones verbales con base en las cuales ciertos hombres orientan efectivamente su conducta. Esto significa, en realidad, que no son “máximas” en el sentido de Weber, pues conforme a su definición, transcrita más arriba, una máxima es la formulación verbal del sentido subjetivo de las conductas que integran permanentemente una relación social. Entonces, no se les podría aplicar el concepto de “orden”. Por lo tanto, las máximas auténticas se obtienen inductivamente o pueden ser formuladas a través de promesas recíprocas, *i.e.* pueden ser pactadas. En este último caso, las máximas pactadas tienen una cualidad específica que las distingue de las máximas obtenidas por inferencia, pues, entonces, las máximas existen y sólo en el futuro la conducta de los prominentes se orientará por ellas.

Weber se expresa imprecisamente y con defectos lógicos subyacentes cuando introduce el concepto de la “validez” de un orden, pues este concepto supone el concepto que quiere construirse, lo cual no es un procedimiento lógico legítimo. Dice: “Y sólo hablaremos de una validez de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas má-

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Idem*, p. 25.

ximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen *válidas* para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta".⁹ La introducción del concepto de obligatoriedad es totalmente arbitraria. Si las máximas que son designadas con la palabra "orden" son obligatorias, es porque esas máximas son normas, *i.e.*, son "modelos de conducta" obligatorios.

¿De dónde surge esta normatividad, esta obligatoriedad? Weber no lo dice. Que las máximas sean "válidas para la acción" significa que son obligatorias. La validez de un orden es su obligatoriedad. Weber no explica sus términos. Del párrafo acabado de transcribir se puede entender que un orden, que un conjunto de máximas, es válido si es obligatorio y, además, por ser un orden se cumple (*i.e.* orientan efectivamente la acción) por "término medio o aproximadamente". Pero se requiere, dice Weber, que este cumplimiento en "algún grado significativo" esté determinado o condicionado por el hecho de que *los sujetos las consideran como obligatorias, i.e., como modelos de conductas que deben realizar*. La creencia en su obligatoriedad, en su validez, en su carácter normativo es un elemento en la motivación de la conducta orientada por esas máximas. Creo que estas afirmaciones recogen el sentido de lo que Weber quiere expresar. Como confirmación, véase lo que dice en lo que sigue:

De hecho la orientación de la acción por un *orden* tiene lugar en los partícipes por muy diversos motivos. Pero la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos por una parte de los actores aparezca ese *orden* como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que *debe ser*, acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable.¹⁰

A esta opinión, a esta creencia, tomando como punto de referencia el "orden", Weber la denomina "prestigio de ser obligatorio y modelo". Esto es igual a "prestigio de legitimidad". En consecuencia, legitimidad es igual a ser obligatorio y modelo de conducta.

En relación con esta legitimidad es pertinente la pregunta sobre los motivos o causas por los que se *atribuye* legitimidad a un orden. Esta pregunta la contesta Weber en el parágrafo 7 y dice que puede ser:

- a) en méritos de la *tradición*;
- b) en virtud de una creencia *afectiva*;

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Idem*, p. 26.

- c) en virtud de una creencia *racional con arreglo a valores*;
- d) en méritos de los *estatuido* positivamente.

Es decir, éstas son características de la "acción" de atribuir validez a un orden. Podríamos, incluso, decir que pueden convertirse en razones para motivar la acción de atribuir legitimidad a un orden; en otros términos, razones que motivan la acción de considerar a unas máximas como obligatorias o como modelos de acción para el sujeto.

8. *La legitimidad de un orden*

Hemos concluido con la afirmación de que un orden válido es un conjunto de normas obligatorias. La peculiaridad del pensamiento sociológico de Weber consiste en no dirigirse directamente al estudio de estas normas obligatorias, sino pragmatizarlas, es decir, relacionarlas con la conducta de ciertos sujetos, con características específicas, en situaciones típicas. Es por ello que en lugar de normas habla de "máximas", en lugar de cumplimiento habla de "orientación de la conducta" por las "máximas", en vez de validez u obligatoriedad habla de la creencia en la legitimidad, etcétera.

Se dirán más cosas de este procedimiento de pragmatización después de la siguiente transcripción, la cual es necesaria para arribar al concepto del derecho:

6. La legitimidad de un orden puede estar garantizada:

I. De manera puramente íntima; y en este caso:

- 1) puramente afectiva: por entrega sentimental
- 2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte)
- 3) religiosa: por la creencia de que de su observancia depende la existencia de un bien de salvación.

II. También (o solamente) por la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de intereses.

Un orden debe llamarse:

- a) *Convención*: cuando su validez esté garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante

habrá de tropezar con una (relativa) *reprobación* general y prácticamente sensible.

- b) *Derecho*: cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión.¹¹

Este es un párrafo muy ilustrativo, en donde aparecen con toda claridad algunas de las distinciones que habrá que hacer para poder presentar el concepto del derecho de nuestro autor. En los párrafos anteriores tenemos consignados, de modo muy sucinto, una pluralidad de concepciones normativas, dentro del ámbito de estudio propio de la sociología. Con esto me estoy refiriendo al concepto explicado anteriormente de la pragmatización de los conceptos normativos, o mejor dicho, a la concepción pragmática de las normas llevada a cabo por la sociología. Si las normas son el sentido abstracto de muchas conductas, entonces la sociología establece la "conexión de sentido": Por "concepciones normativas" me estoy refiriendo a teorías éticas o, en general, teorías sobre las normas, en el sentido en que, por ejemplo, se habla de una teoría emotivista de las normas morales. La garantía de la legitimidad racional con arreglo a valores tipifica sociológicamente lo que Kant dice de la ética: que hay conductas buenas en sí mismas, lo que acontece cuando están determinadas por la forma de una legislación universal, lo cual se encuentra formulado en el imperativo categórico.

Las consideraciones filosóficas que fundamentan a una moral o la justifican, las argumentaciones de la ética son "garantías" de la legitimidad de un orden, *i.e.* producen la creencia, el prestigio de que son obligatorias. Las éticas diversas se convierten en contenido de las creencias para considerar legítimo un orden. En esto consiste la pragmatización de consideraciones semánticas: *son el contenido o las condiciones de conducta reales*. Dice Weber: "Para la sociología 'la' validez de un orden 'está' únicamente en aquella posibilidad de orientarse por esta representación".¹² La representación a la que se refiere es la de una norma obligatoria.

Existen otras éticas: la utilitarista, que atiende a las consecuencias de las acciones y dependiendo de ellas, califican a las conductas como obligatorias o no, de conformidad con los criterios (normas) utilitaris-

¹¹ *Idem*, p. 27.

¹² *Ibidem*.

tas. En contraste con las garantías íntimas o internas aparecen ahora las garantías externas y las consecuencias de los actos.

9. *La coactividad como característica exterior al orden válido*

Es conveniente tener presente que el "orden" del que habla Weber comprende máximas o normas, como se quiera, que solamente especifican la conducta obligatoria. No comprende, en manera alguna, las consecuencias normativas (castigos, sanciones) de esas conductas, como *parte íntegramente de la norma*. Weber omitió llevar a cabo la introducción de la coacción en el contenido de la norma, lo que sí hizo Kelsen, modificando con ello todo el concepto de la normatividad. Y en esto se encuentra la *diferencia fundamental* entre ambos autores, pues para este último, por esa introducción, todo se convierte en un problema normativo, de carácter semántico, *i.e.*, deóntico, mientras que para Weber es un problema pragmático, pues la sanción no es un contenido de la norma, sino una garantía de ella y, en consecuencia, es externa a ella. La norma es entendida sólo como una máxima que impone obligaciones y su garantía se encuentra dentro del campo de los hechos, no dentro del ámbito semántico de las normas. En consecuencia, *lo que para Kelsen constituye una necesidad normativa, en Weber se disuelve en una probabilidad real*. Veamos cómo acontece esto:

a) Cuando las consecuencias externas de la conducta discordante con la norma consisten en una cierta probabilidad de encontrar una "reprobación general y prácticamente sensible" estamos frente a la *convención*.

b) Cuando las consecuencias externas de la conducta discordante con la norma consisten en una cierta probabilidad de:

- 1) coacción (física o psíquica) y, además,
- 2) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con esa misión, estamos en presencia del *derecho*.

Obsérvese que en ambos casos la norma contiene obligaciones y ella misma *no* dispone la sanción, *i.e.*, la consecuencia de la transgresión de la norma. Esta consecuencia de la violación de la norma que establece la conducta obligatoria es pensada por Weber dentro del ámbito de los hechos sociales y, por tanto, dentro del campo de los objetos de estudio de la sociología. Esta consecuencia es una que acontece en el campo de la realidad. No es pensada como contenido de la norma.

Por ello, de esa consecuencia sólo puede predicarse una cierta probabilidad, no una necesidad que derive de consideraciones puramente semánticas.

Dice Weber:

En contraposición al derecho (en el sentido en que usamos esta palabra) falta (en la convención) un cuadro de personas especialmente dedicado a imponer su cumplimiento. . . Una falta contra la convención (costumbre estamental) se sanciona con frecuencia con mucha más fuerza que la que pudiera alcanzar cualquier forma de coacción jurídica, por medio de las consecuencias eficaces y sensibles del boicot declarado por los demás miembros del propio estamento. Lo que falta únicamente es el cuerpo de personas especialmente destinado a mantener su cumplimiento (juez, fiscales, funcionarios administrativos, etcétera). Lo decisivo es que. . . es el *individuo* el que emplea los medios represivos (a menudo drásticos) y en méritos precisamente de la reprobación convencional, pero no un *cuerpo de personas* encargadas de esa función.¹³

Sin embargo, reconoce que el tránsito de la convención al derecho es completamente *fluido*. "El caso límite de la garantía convencional de un orden, ya en tránsito hacia la garantía jurídica, se encuentra en la aplicación del *boycot* formalmente *organizado* y proclamado (en su amenaza)".¹⁴

Puede verse que, en la teoría de Weber, la reprobación es una garantía externa; lo mismo son la coacción física o psíquica, de las normas, o sea, del orden jurídico. La diferencia entre ambos tipos de órdenes, el jurídico y el convencional, se encuentra en que en el derecho existe un cuadro específico de individuos, especializados o no, estatuido para ejercitar la coacción física o psíquica y en la convención no existe tal cuadro específico para ejercitar la reprobación social. Independientemente de lo anterior, es pertinente hacer la observación de que no hay razón suficiente por la cual deba desconocerse que la "reprobación" es una coacción psíquica, la que en ciertos casos puede ser más efectiva y enérgica que la física, como lo reconoce expresamente nuestro autor.

El concepto de la coactividad del derecho, tal como lo entiende Weber, no está claramente determinado, en el sentido de considerar como coacciones o, mejor, como sanciones cuya ejecución puede hacerse por el modo de la fuerza, no un catálogo claramente especificado de tales

¹³ *Idem*, pp. 26-28.

¹⁴ *Ibidem*.

actos, sino que, por el contrario, en Weber lo que importa es la "garantía" del orden y la coacción puede ser "física" o "psíquica", excluyendo solamente la "reprobación general", la cual adscribe a la convención, según ya hemos visto, "Los medios coactivos no hacen al caso", dice Weber.¹⁵ A esto lo denominó "coactividad difusa".

Para completar estos conceptos y fijarlos, considérese este pasaje:

Para nosotros lo decisivo en el concepto del "derecho" (que para otros fines puede delimitarse de manera completamente diferente) es la existencia de un *cuadro coactivo*. Este, naturalmente, en modo alguno tiene que ser análogo al que hoy en día nos es habitual. Especialmente, no es ni mucho menos necesaria la existencia de una instancia "judicial". El clan mismo puede representar ese cuadro coactivo (en los casos de venganza de la sangre y de luchas internas) cuando rigen de hecho, por las formas de sus reacciones, ordenaciones, de cualquier índole. Ciertamente que este caso está en el punto límite de la que todavía puede calificarse de "compulsión jurídica".¹⁶

10. *Límite al concepto del derecho*

Debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿qué orden es aquel que dispone la coacción física, pero no por un cuadro coactivo? La pregunta se impone dados los supuestos de Weber, pues sólo ha distinguido entre convención y derecho. Para resumir, el primero:

- a) no tiene cuadro coactivo;
- b) la garantía externa es la reprobación.

El segundo:

- a) tiene cuadro coactivo;
- b) la garantía externa es la coacción física y psíquica.

Preguntémonos, en consecuencia, qué orden sería aquel que dispone la coacción física, pero sin contar con un cuadro coactivo. Weber diría que tal orden no sería derecho.

Desde luego, según la terminología aquí aceptada (como conveniente) no puede en realidad designarse como derecho a un orden que sólo esté garantizado por la expectativa de la reprobación y de las

¹⁵ *Idem*, p. 28.

¹⁶ *Ibidem*.

represalias de los lesionados —es decir, convencionalmente y por la situación de intereses— y que carezca de un cuadro de personas especialmente *destinado* a imponer su cumplimiento. Para la terminología jurídica puede muy bien ocurrir lo contrario. Los *medios* coactivos no hacen al caso.¹⁷

Como puede verse la respuesta de Weber a nuestra pregunta es negativa. Su énfasis está en el cuadro coactivo, independientemente de cuál es la coacción. Además, de entre todas las coacciones escoge una, la reprobación, para adscribirla al orden convencional. Este orden *sui generis* por el que pregunta la interrogante con que se inició este inciso, podría ser considerado como aquel que surgiría durante el tránsito producido por la transformación de la convención en derecho. Sin embargo, Weber no tipifica este caso y se constriñe a decir que es un “caso límite”.¹⁸

11. *Concepto jurídico-dogmático del derecho*

Debemos señalar que en la teoría de Weber existe, además, una dualidad que no se le presenta al jurista dogmático. Esta dualidad deriva de mantener la tesis que afirma la existencia de un concepto sociológico y de un concepto jurídico del derecho. Es decir, existen dos puntos de vista teóricos posibles en cuanto al derecho: el jurídico y el sociológico. El primero

se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es qué significación o, lo que es lo mismo, qué *sentido normativo* lógicamente correcto *debe* corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica... La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídica-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombre, demarca de alguna manera.¹⁹

En cambio, el segundo “se pregunta lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran *subje-*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Idem*, p. 257.

¹⁹ *Idem*, p. 251.

tivamente como válido un determinado orden y orientan por él su conducta práctica".²⁰

La consideración sociológica tiene como objeto, no el cosmos formal de las normas jurídicas, sino la conducta real y efectiva de los sujetos cuando está orientada por normas que se consideran válidas. Su función es establecer el conjunto de relaciones que integran la "conexión de sentido" hecha a partir de las normas consideradas como válidas por los sujetos en cuestión.

12. *Relación del concepto del derecho con el de dominación*

El concepto de dominación (*Herrschaft*) es uno central en la obra de Weber. Debemos, en primer término, recordar su definición. "Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas."²¹

Si se une el concepto de dominación al de asociación se obtiene, evidentemente, el de "asociación de dominación". La asociación en general (*Verband*) es una relación social en sentido weberiano, que posee una regulación

limitadora hacia afuera cuando el mantenimiento de su orden está garantizado por la conducta de determinados hombres destinada en especial a ese propósito: un *dirigente* y eventualmente, un *cuadro administrativo* que, llegado el caso, tienen también de modo normal el poder representativo.²²

Nótese la relación esencial entre el concepto del derecho y el de la asociación, establecida a través de los conceptos de orden y garantía del orden por un cuadro coactivo. El único concepto nuevo es el de "poder representativo". Toda asociación tiene un derecho, un orden y, además, un cuadro coactivo y representativo.

Lo anterior es la base para afirmar que la dominación puede darse dentro de una asociación o fuera de ella. Esto último acontece en el caso de que un sujeto emita un mandato y otro, no perteneciente a la asociación, lo obedezca. El primer caso entraña una organización, una relativa centralización, pues ya existe un cuadro administrativo especialmente dedicado al mantenimiento del orden de la asociación. Kelsen diría que la asociación está constituida precisamente, por su

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Idem*, p. 43.

²² *Idem*, p. 39.

derecho: habría identidad entre ambos. La razón de ello se explicó anteriormente con el concepto de la "semantización":

Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un ámbito geográfico determinado, están garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo. Por *estado* debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.²³

De la anterior transcripción puede uno darse claramente cuenta de que los conceptos determinantes del de "asociación de dominación política" son el "ámbito geográfico determinado" donde son válidas las ordenaciones de la asociación, *i.e.*, su derecho y la restricción a la aplicación de la fuerza física por parte del cuadro administrativo de la asociación. En consecuencia, lo político de una dominación queda determinado porque el cuadro administrativo ejerce la coacción física. La seriedad de la política está determinada por la seriedad del dolor y de muerte.

Supuesto lo anterior, el concepto del Estado se constituye por la adición del concepto de "monopolio legítimo de la coacción física", lo cual es equivalente a decir que el Estado es una asociación de dominación política que posee el monopolio mencionado. Quizá también deba agregarse el concepto de la "permanencia" de la actividad de la asociación como determinante del concepto del Estado. Sin embargo, para ciertos fines podría ser conveniente prescindir de este último concepto, por ejemplo, para explicar una organización revolucionaria.²⁴

En el párrafo transcrito de Weber, llama la atención la exclusión de la coacción psíquica como un elemento del concepto del Estado. La coacción psíquica la reserva Weber para las asociaciones hierocráticas, como las iglesias.

²³ *Idem*, pp. 44-45.

²⁴ Schmil, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería Manuel Porrúa, 1977, especialmente pp. 65 y 55, en donde se presenta la tesis de la existencia de un orden jurídico revolucionario, el cual poseería su constitución, sus órganos legislativos y ejecutivos, sus jueces, así como sus ámbitos de validez normativos, los que carecerían de la característica de la permanencia temporal y la fijeza especial.

13. *Pluralidad de órdenes normativos*

Esto nos conduce al siguiente pensamiento de Weber: la afirmación de la existencia de una pluralidad de derechos. Procede de esta manera: el derecho estatal, determinado como se ha dicho, aparece en una etapa específica de la evolución social. Sin embargo, hay derecho, dentro de un Estado, que no es derecho estatal y que puede, y de hecho, entra en conflicto con éste, en el sentido de que lo contradice. Las normas de ambos sistemas jurídicos tienen un contenido tal que es imposible que la conducta de los sujetos a los que se dirigen puedan orientar su conducta simultáneamente por dichas normas, pues la orientación por una de ellas excluye la orientación por la otra. Esta sería la versión sociológica del problema de los conflictos normativos.

La Sociología ignora eso de que el "Estado" sólo existe cuando y ahí donde los medios de coacción de la comunidad política son de hecho los más fuertes frente a los *demás* poderes. El "derecho canónico" es también derecho cuando entra en conflicto con el derecho "estatal", lo que siempre ha ocurrido y ocurrirá inevitablemente entre la Iglesia católica —y también las otras— y el Estado moderno. La *zadruga* eslava en Austria no sólo carecía de la garantía jurídica estatal, sino que incluso sus ordenamientos eran en parte contrarios al derecho oficial. Como el actuar consensual que la constituye posee para sus ordenamientos un propio aparato coactivo, estos ordenamientos representan un "derecho", que sólo en el caso de haber sido invocado el aparato coactivo estatal no fue reconocido por éste, sino quebrantado... Hablaremos de "orden jurídico" cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestos a manejarlo en caso de que se presente la situación; cuando, por tanto, existe una forma específica de socialización a los fines de la "coacción jurídica". No siempre fue el monopolio de la comunidad política la posesión de un aparato semejante para el empleo de la coacción física.²⁵

No cabe duda que estas observaciones son certeras y señalan diversos hechos que no pueden ser desatendidos por la sociología. La jurisprudencia o ciencia del derecho positivo ha tenido la tendencia a ignorarlos. Para ello sólo está dado a su consideración aquello que puede construir inmanentemente de acuerdo con sus postulados normativos. Es decir, la ciencia del derecho, habiendo decidido el criterio con arreglo al cual considerará una máxima como formando parte integrante

²⁵ Weber, Max, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 256.

del orden jurídico objeto de su estudio, deberá rechazar como norma jurídica todas aquellas máximas que no satisfagan de un modo sistemático ese criterio. Dada a la ciencia jurídica sólo están las normas que ella puede determinar aplicando sus propios criterios sistemáticos. Cualquier "norma" que no pueda de esa manera de determinar, será considerada como nula, absoluta o relativamente. Todo el problema jurídico de las nulidades se refiere a aquellas "normas" que se encuentran en el límite del sistema, por no cumplir o sólo cumplir parcialmente con los requisitos de pertenencias al sistema normativo que la ciencia jurídica ha establecido. La nulidad es un criterio relativo de exclusión normativa. Hay máximas que simplemente no se les puede conceder normativa estatal.

Inversamente, dado un conjunto de máximas garantizadas con coacción física por un grupo de hombres especialmente dedicados a ello, los miembros pertenecientes a esta asociación de dominación considerarán como no obligatorias para ellos todas aquellas normas estatales que se encuentran en contradicción con los criterios normativos esenciales de pertenencias a su sistema particular. Ellos rechazarán como normativas las órdenes de los órganos del Estado y es claro que por estos órganos serán calificados de anarquistas. En otros términos, la pluralidad de ordenaciones coactivas es un hecho observable, del cual difícilmente pueden dar cuenta las ciencias dedicadas al estudio de las normas jurídicas. Más adelante volveremos sobre este tema.

14. *El concepto del monopolio de la coacción física*

Cuando Weber proporciona el concepto del Estado, hace una restricción en el concepto del derecho, por lo que se refiere al tipo de coacción que utiliza. La restricción consiste en que al Estado se le adscribe el monopolio de la coacción física. Por lo tanto, de su concepto se excluye el de la coacción psíquica, que fue incluida como uno de los elementos que participan en la determinación del concepto del derecho. Con ello, puede afirmarse que el Estado, si no idéntico con el concepto del derecho, es un tipo especial de orden normativo: aquel cuyo medio específico es el uso sistemático de la coacción física. Dice Weber: "El Estado, como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de *dominación* de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima."²⁶ Más adelante dice:

²⁶ Weber, Max, *La política como vocación* (trad. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 84.

...el Estado moderno es una asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas.²⁷

El orden normativo de la asociación política en que consiste el Estado es, por lo visto, una especie del concepto del derecho. Kelsen dirá que su característica estriba en su alto grado de centralización, concepto que está implícito en las transcripciones de Weber. El Estado surge en el momento en que algunos o algún dirigente de una asociación política impide a todos los miembros de la comunidad en cuestión el uso de los medios por los que se puede ejercer la violencia, convirtiendo el uso de ella en un delito contra el cual reacciona haciendo uso de los medios cuyo uso a los demás ha prohibido. Reclama para sí la legitimidad del uso de la violencia física contra otros hombres: la violencia legítima se denomina "Sanción".

TEORÍA DE HANS KELSEN

La exposición sumaria de esta doctrina se nos facilitará enormemente debido al camino que ya hemos recorrido hasta ahora. Es indudable que sin la teoría de Weber no sería posible entender la de Kelsen. Weber es uno de los autores que más han influido en su pensamiento. El mismo ha dicho que la obra de Weber es el "rendimiento sociológico más significativo" desde la aparición de la obra de Simmel.²⁸ Como veremos enseguida, varios conceptos de la sociología comprensiva forman parte integrante de la obra del jurista vienés.

Por conveniencia expositiva, presentaremos el pensamiento de Kelsen a partir de las conclusiones de Weber, para que las diferencias y similitudes resalten con más claridad.²⁹ Contraponemos ahora las concepciones de Weber y Kelsen en estos puntos centrales.

²⁷ *Idem*, p. 92.

²⁸ Kelsen, Hans, *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, Verlag Aalen, Scientia, 1962, p. 156. Le llama también "autor egregio" en Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz Lacambra), Barcelona, Edit. Labor, 1934.

²⁹ Las conclusiones de Weber sobre el concepto del derecho están resumidas en la primera hoja de este ensayo.

1. *El derecho entendido como orden normativo*

Kelsen también afirma que el derecho es un orden. Por orden entiende un conjunto de normas que guardan entre sí ciertas relaciones específicas. El derecho no es simplemente un conjunto de normas, sino un orden normativo. Este orden es concebido como la unidad de una pluralidad de normas y debe existir un fundamento para esta unidad. Dice Kelsen: "Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas?"³⁰

Por lo tanto, para Kelsen el derecho es una pluralidad de normas que guardan ciertas relaciones entre sí. El concepto de orden en Kelsen implica tres conceptos: el de norma, su pluralidad y una relación entre ellas.

Para Weber la palabra orden significa algo distinto. El contenido de sentido de una relación social es un orden si "la acción se orienta (por término medio o aproximadamente) por "máximas" que pueden ser señaladas."³¹ Aunque el uso que de la palabra "orden" hacen nuestros autores, es distinto, sin embargo, creo yo, el origen del pensamiento de Kelsen está en Weber. Para comprobarlo, basta leer las dos primeras páginas de la *Teoría pura del derecho*. En ellas, para delimitar su campo de estudio, para definir su objeto de conocimiento, Kelsen parte de la descripción de actos reales, de situaciones existentes, comúnmente tenidas por jurídicas. El análisis de las mismas arroja como resultado que uno de sus elementos constitutivos es lo que constituye el objeto de conocimiento de la ciencia del derecho.

Si se analiza —dice— en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho —como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito— cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es

³⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 201.

³¹ Weber, Max, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 25.

lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho.³²

Esto es lo que, en la edición de 1946 de la *Teoría pura del derecho* denominó “la norma como esquema de interpretación.”

Dado lo anterior, Kelsen recurre a Weber para explicar su concepto de norma:

Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan... Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien considerado por ella como traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital... Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una auto-atribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio.³³

Con lo anterior, Kelsen ha utilizado el concepto central de la sociología comprensiva: el concepto de “sentido subjetivo de una conducta”. Adicionalmente ha establecido la contraposición de éste con el “sentido objetivo o jurídico de una conducta”, el cual puede no ser coincidente con aquél. Es posible que el sentido subjetivo y el objetivo de un acto discrepen o, incluso, sean contradictorios. El propio Kelsen pone diversos ejemplos de esta posible discrepancia o contradicción. Es claro el ejemplo transcrito de la organización clandestina.

Lo que hace de este acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir, en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema

³² Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 15.

³³ *Idem*, pp. 16-17.

de la naturaleza— sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el actor puede ser interpretado³⁴ según una norma. La norma funciona como esquema de interpretación.³⁵

Tenemos, entonces, dos funciones específicas:

a) el sentido subjetivo, que un sujeto liga o agrega u otorga a su conducta.

b) el sentido objetivo que tiene una conducta, el cual se origina en la existencia de una norma que se refiere a ella en su contenido. La norma es la base, el fundamento, para atribuir sentido objetivo a una conducta. Al lector atento no escapará el hecho de que puede atribuirse un sentido objetivo a una conducta en virtud de la existencia de una norma que se refiere a ella con su contenido, la cual se ordena en un todo lógicamente correcto, para emplear la terminología de Weber. La construcción de este todo, de este conjunto lógicamente correcto, es una de las funciones de la jurisprudencia o ciencia del derecho.

Surge la pregunta: ¿de dónde proviene la norma? Dice Kelsen: “La norma que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma.”³⁶

En consecuencia, estos sentidos subjetivos de actos que otorgan sentido objetivo a otros actos, son las normas, y éstas constituyen el objeto de estudio de la ciencia del derecho. “El conocimiento jurídico está dirigido pues, hacia normas que poseen las características de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho).”³⁷

Para Kelsen no existe un derecho que esté constituido por una norma aislada, pues su concepto de derecho es holista o, si se quiere, conjuntista. El derecho para Kelsen está constituido por una pluralidad de normas. Pero en esto hay una *petitio principii*. Si existe un sentido objetivo de un acto por virtud de una norma que se refiere a ese acto con su contenido, que a su vez, es el sentido subjetivo de otro acto y así sucesivamente, tendría que existir un *regresus ad infinitum*. Como

³⁴ Vernengo traduce “explicitado”.

³⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 17.

³⁶ *Idem*, p. 18.

³⁷ *Ibidem*.

nominalistas estrictos, debemos rechazarlo. Sin embargo, Kelsen tiene otra solución, que expondremos en el apartado 4.

2. *El concepto de la coactividad específica*

Kelsen, contrariamente a Weber, atribuye al derecho una coactividad específica, no una coactividad difusa.

Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. El acto coactivo se da en la experiencia en una de estas dos formas: o como pena o como ejecución... En la "pena" —considerada como pena de muerte o como pena contra la libertad— trátase de la privación coactiva de la vida o la libertad; en la "ejecución", de la privación coactiva de valores patrimoniales. Sin embargo, ambas clases de actos coactivos no se distinguen única ni principalmente por el hecho externo en el cual se traducen, sino también por el fin que con ellos se persigue: talión (expansión) y prevención de la pena; reparación del daño (en el sentido amplio de la palabra) en la ejecución.³⁸

Kelsen escoge de entre todo el ámbito posible de conductas coactivas, fundamentalmente aquellas que usan la fuerza física, que eso es lo que significa "coacción", para atribuírsela al derecho. En otros términos expresados, las sanciones que establece el derecho consisten en

irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien: en el caso de la pena capital, la privación de la vida; en el caso de anteriores penas corporales, como el sacar los ojos o amputar una mano o la lengua, la privación del uso de un miembro del cuerpo; o la tortura: ocasionar sufrimientos corporales; en el caso de la pena de prisión: privar de la libertad; en el caso de las sanciones patrimoniales: la privación de valores patrimoniales, en especial, la propiedad. Pero también la privación de otros derechos puede ser impuesta como pena, así la privación del empleo o la pérdida de los derechos políticos.³⁹

3. *El derecho como orden coactivo*

Para Weber, la coactividad es una garantía del orden, algo externo al orden mismo. Para Kelsen el derecho, como orden normativo, es

³⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 62.

³⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 123.

un orden coactivo. Las sanciones que se ejecutarán coactivamente no son algo que sea ajeno o extraño al orden y que lo garantice. El orden mismo es coactivo; él establece la sanción y la ejecución coactiva, i.e. con el empleo de la fuerza física. Que el derecho sea un orden coactivo significa que regula el ejercicio de la coacción y, por ello, indirectamente obliga a aquellos sujetos que constituyen el posible objeto del acto coactivo, dispuesto por la norma misma. Debe entenderse claramente que un orden coactivo regula primariamente, directamente, la conducta de aquellos sujetos que, conforme al derecho, impondrán la sanción coactivamente. Sólo por virtud de que estos sujetos están facultados para imponer coactivamente una sanción a otros sujetos, es que puede afirmarse que éstos se encuentran obligados a ejecutar o llevar a cabo la conducta que es contraria a aquella que es la condición o el supuesto de la sanción.

Mientras que para Weber el derecho es un orden, en el sentido explicado, que regula la conducta humana imponiendo obligaciones a ciertos sujetos, orden cuya efectividad está garantizada por coacciones físicas o psíquicas, externa al orden, para Kelsen el derecho es un orden, entendido como conjunto de normas, que disponen el uso de la fuerza física para la ejecución de las sanciones previstas por él. La diferencia es radical. Sin embargo, en un momento dado, Weber se acercó a esta concepción, como puede verse en el apartado 14 del capítulo anterior, con el concepto de orden administrativo y orden regulador. Sin embargo, la distinción debe ser mantenida.

4. *El "cuadro administrativo" como órgano jurídico: identidad del derecho y el Estado*

En Weber no tanto el tipo de coacción, que para él puede ser física o psíquica, es el que determina que ciertas máximas puedan ser consideradas "orden jurídico", derecho, como el hecho de que un orden posea un cuadro administrativo instituido con la misión de obligar a la observancia del orden o de castigar su transgresión. Esta representación de un orden y un cuadro administrativo conduce directamente a la afirmación de la dualidad del derecho y el Estado, de su distinción esencial pero, también, de sus relaciones mutuas. No en vano Jellinek y Weber eran amigos.⁴⁰

Contrariamente, Kelsen, con base en la representación de que el derecho es un orden coactivo, incluye dentro de la norma jurídica a la coacción y, consecuentemente, tiene que introducir el "cuadro admi-

⁴⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 28, pp. 22-23.

nistrativo" de Weber dentro de la norma jurídica. El derecho regula la conducta del cuadro administrativo encargado de la imposición de las sanciones, encargado del ejercicio de la coacción física y esta regulación es directa y constituye su objeto principal. Es la "norma primaria". Ésta estatuye la sanción, como consecuencia, teniendo como condición el acto ilícito. Con ello, éste *no* es considerado como un acto ajeno, violatorio, atentatorio, del derecho, como algo que lo rompe o lo destruye. Por el contrario, constituye una función normativa, que especifica cierta conducta de un sujeto como condición para que otro sujeto, órgano del Estado (miembro del cuadro administrativo o parte del aparato coactivo, en terminología de Weber) imponga al primero o a otro responsable, incluso coactivamente, una sanción.

La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional— en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la libertad, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia.⁴¹

Expresado de otra manera: Un sujeto comete un acto ilícito en tanto que, en la norma jurídica, se haya establecido que otro sujeto, órgano del Estado, está facultado para ejecutar un acto coactivo contra el primero, para el caso de que compruebe que se ha cumplido la condición establecida en la norma, realizada por aquél.

Lo anterior es el fundamento para afirmar que lo que para Weber era una actuación externa al orden por parte de un cuadro administrativo, para Kelsen se convierte en algo interno, intrínseco al orden jurídico. Éste, como conjunto de normas jurídicas, contiene la regulación de la conducta del cuadro o aparato coactivo y, en consecuencia, el derecho aparece como conjunto de normas que regulan el ejercicio de la coacción por un conjunto de sujetos específicos, los órganos del Estado. El Estado como aparato coactivo se disuelve en el derecho, entendido como orden coactivo. Consustancial a este concepto es el de sujeto facultado para imponer la sanción. Las normas jurídicas, como "contenido de sentido", no se realizan por sí mismas, como si fueran fuerzas naturales. Toda ejecución de una norma es llevada a cabo por un sujeto o conjunto de sujetos. La ejecución de la sanción se encarga a ciertos individuos que reciben el nombre de órganos. El derecho aparece, bajo esta perspectiva, como un orden positivo, es decir, como

⁴¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 126.

un conjunto de normas puestas, establecidas, producidas y ejecutadas por seres humanos. El derecho es un producto del hacer humano. Una manera especialmente adecuada de presentar esta positividad es la utilizada por Weber, con su concepto de "validez", el cual lo hace consistir en la orientación efectiva de la conducta humana por una máxima. Aquí es en donde reside la peculiaridad del pensamiento kelseniano: la de convertir todo problema relacionado con el derecho en algo intrínsecamente normativo. Ya hemos visto esta transformación con el ejercicio de la fuerza física por un aparato de coacción.

Esta es la "semantización" de la que hablamos al inicio de este trabajo y que, en mi opinión, constituye la diferencia esencial entre el concepto del derecho de Weber y el de Kelsen. Esta semantización implica una transformación radical de la ciencia jurídica, pues elementos que eran considerados ajenos al derecho, quedan excluidos en éste, generándose con ello una gran cantidad de problemas que la ciencia jurídica debe resolver. El derecho no es sólo un conjunto de normas que imponen obligaciones, como parece contemplarlo Weber, con la garantía externa de un cuadro administrativo, sino un conjunto de normas que facultan al cuadro administrativo para imponer sanciones, incluso coactivamente, a otros sujetos, los cuales son o están obligados por las normas jurídicas precisamente por ser el objeto de los actos de coacción. El derecho debe concebirse, entonces, como un orden coactivo y el llamado "acto antijurídico" debe formar parte del derecho, pues constituye la condición o el supuesto de la sanción. Con ello, el delito pierde su característica de ser algo ajeno al derecho, algo que lo ataca y lo intenta destruir, algo "anómico", para convertirse en el supuesto central de todo él, pues el acto coactivo se dirige contra el sujeto que realizó el delito u otros sujetos responsables por él.

Esta interiorización en el contenido de la norma de elementos que se consideraban ajenos al derecho, que nosotros hemos denominado "semantización", va aún más lejos. La teoría de Kelsen interioriza, semantiza, en el derecho su positividad. Introduce en el derecho lo que parece extraño a él: el acto productor de la norma, el acto del órgano jurídico y convierte al derecho en un conjunto de normas coactivas que regula su propia creación. Las normas jurídicas no sólo regulan la conducta humana a través del establecimiento de sanciones; también lo hacen estableciendo aquellas conductas que crean o producen a las normas jurídicas. Dichas normas establecen el proceso de creación de otras normas jurídicas. El cuadro administrativo de Weber se transforma en las normas que disponen la conducta de dicho cuadro, cuya función central es la de producir y ejecutar las normas coactivas.

La garantía externa del orden de Weber se convierte en la concepción de que el derecho es un orden dinámico de normas.

Dice Kelsen:

Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden.⁴²

Según las características de la norma fundamental se dejan distinguir dos tipos de órdenes normativos, según Kelsen:

- a) los órdenes normativos estáticos; y
- b) los órdenes normativos dinámicos.

De acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. Dentro de un orden de la primera especie las normas son "válidas", lo cual significa que suponemos que los individuos cuyo comportamiento es regulado por ellas "deben" conducirse como el contenido de tales normas lo prescribe. Tal contenido posee una cualidad inmediatamente evidente que garantiza su validez o, en otros términos: las normas son válidas en virtud de su dignidad intrínseca. Las normas tienen tal cualidad en cuanto son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera en que lo particular es derivable de lo general.⁴³

El sistema dinámico tiene otro carácter.

El sistema de normas que llamamos orden jurídico es un sistema de naturaleza dinámica. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquiera clase. No hay ninguna especie humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de

⁴² *Idem*, p. 94.

⁴³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1969, p. 131.

tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez... La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas. La ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas. Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico. Las normas especiales del orden jurídico no pueden ser derivadas lógicamente de la ley fundamental del mismo modo en que la norma: "ayuda a tu vecino en caso de necesidad" deriva del precepto: "ama a tu prójimo". Aquellas normas especiales tienen que ser creadas por un acto volitivo concreto, no inferidas de una premisa en virtud de una operación intelectual.⁴⁴

La corrección y exactitud de esta caracterización puede apreciarse del hecho simple de que la norma coactiva, para ser completa, debe especificar el sujeto que ha de imponer la sanción al sujeto realizador del acto ilícito, en el caso de una norma concreta. Pero el derecho no es sólo una norma, sino una pluralidad de normas. Por ello el sentido de todas ellas es la *progresiva determinación de las condiciones y modalidades del ejercicio de la coacción* por parte de unos hombres en contra de otros hombres. Por ello, Kelsen formula su norma fundamental hipotética de esta manera:

Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en las que él hace delegación: tal es la formulación esquemática de la norma fundamental de un orden jurídico (en el sentido de un orden jurídico-estatal singular, del que aquí se habla, por lo pronto).⁴⁵

Con este punto de vista puede verse cuál es el sentido, para Kelsen, de todas las disposiciones constitucionales y de un orden jurídico. Todas ellas establecen los requisitos, modalidades y maneras de ejercitar la coacción. Por ello, el proceso legislativo establecido en la constitución, debe entenderse como un ejemplo del establecimiento de las condiciones y requisitos que han de cumplirse para que la coacción física sea legítima, *i.e.*, regular, jurídicamente hablando. Estas condiciones o requisitos, cuando son vistos desde la perspectiva del ciudadano sometido al derecho, son calificados como derechos públicos subjetivos que entrañan limitaciones o restricciones a los órganos coactivos.

⁴⁴ *Idem*, pp. 133-134.

⁴⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Jorge G. Tejerina), Buenos Aires, Edit. Losada, p. 98.

5. La unidad y la unicidad del derecho

Mientras que con la teoría de Weber tendría que afirmarse que existen una gran pluralidad de órdenes jurídicos, simultáneamente válidos, esto es imposible para Kelsen, precisamente por haberse planteado como problemática específica la de concebir al derecho como la *unidad de una pluralidad de normas coactivas, i.e.,* como orden dinámico de normas coactivas. Y esta es, quizá, su gran hazaña teórica: haber podido mostrar cómo se puede formar un sistema, un orden, con una pluralidad de normas. Para lograrlo tuvo que restringir su consideración a las normas coactivas, *i.e.,* a una especie particular de normas. Dice Kelsen:

El mundo de lo social en su totalidad, del cual el Estado no es más que una de sus partes, es un mundo del espíritu, un mundo de valores. Los distintos agregados sociales, como las comunidades religiosas, nacionales o de cualquier otra índole, no pueden ser comprendidas en su legalidad autónoma más que como sistemas específicos de valor.⁴⁶

Esto significa que constituyen diversos sistemas normativos.

La idea de una Sociedad universal es el problema de una concepción universal del mundo y de los valores como síntesis de todos los sistemas normativos. Aquí puede quedar en suspenso el contestar a la cuestión acerca de si este problema es susceptible de solución, de si la Sociedad es posible en este sentido como unidad, pues una mera teoría del Estado limitase al conocimiento de un *sistema especial de normas que aspira a ser comprendido en sus leyes íntimas sin referencia a ningún otro sistema,*⁴⁷ puesto que surge con la pretensión de valer como un sistema supremo, autárquico, por así decirlo, excluyente. Por eso, desde el punto de vista de la teoría del Estado —la cual ha de hacer honor a esta pretensión— no puede admitirse el problema de un conflicto entre el sistema normativo que constituye el Estado y los restantes sistemas, como el sistema de la moral o el de la religión.⁴⁸

De este párrafo es importante destacar aquel pensamiento que ya está enfatizado en la parte subrayada. El derecho (o el Estado) es un sistema o conjunto particular de normas, que existe y es válido junto con

⁴⁶ Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 28, p. 20.

⁴⁷ El énfasis ha sido agregado por el autor de este ensayo.

⁴⁸ Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 28, p. 20.

otros órdenes normativos de naturaleza diferente. Este es un hecho que la sociología no puede desconocer, aunque la teoría del derecho sí puede hacerlo, pues su interés central está dirigido al conocimiento y descripción de un conjunto específico de normas: las coactivas que constituyen un orden dinámico. Sin embargo, todos los otros órdenes normativos son válidos en el sentido weberiano, incluso con mayor intensidad que el derecho. Hablar de "intensidad" de la validez en este contexto se justifica por el concepto que de la validez da Weber:

Y sólo hablaremos, b) de una "validez" de un orden, cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo (es decir, en un grado que pese prácticamente) aparecen *válidas* para la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta.⁴⁹

Debido a la evolución histórica, el conjunto de normas jurídicas ha obtenido un grado de especificidad (centralización) que ha hecho posible el intento teórico de Kelsen. Un problema diferente es la investigación de las causas sociales que han determinado tal especificidad o autonomía de las normas jurídicas. La coacción física debe tener un peso enorme en esa explicación sobre todo por lo que se refiere a los efectos inmediatos de los estímulos aversivos, que no otra cosa es toda coacción. El ejercicio de la violencia física constriñe y fuerza, con efectos inmediatos, a la realización de una conducta. Las consideraciones de Skinner sobre la preferencia por el uso de los castigos como método de control de la conducta humana, son pertinentes en este problema.

6. *El Estado posee el monopolio de la coacción física*

En esto coinciden plenamente Weber y Kelsen: el Estado posee el monopolio de la coacción física, pues es concebido como un orden jurídico relativamente centralizado, poseyendo ese monopolio. Es el punto más avanzado históricamente en la evolución hacia la centralización de los órdenes normativos.

⁴⁹ Weber, Max, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 25.

BIBLIOGRAFÍA

- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz Lacambra), Barcelona, Editorial Labor, 1934.
- , *Teoría pura del derecho* (trad. Jorge G. Tejerina), Buenos Aires, Editorial Losada, 1946.
- , *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1969.
- , *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1981.
- , *La política como vocación* (trad. Francisco Rubio Llorente), Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- SCHMILL, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Librería Manuel Porrúa, 1977.

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ