

3. CLASICOS Y CONTEMPORANEOS DE LA SOCIOLOGIA JURIDICA

Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: un problema metodológico

Por MARIA JOSE FARIÑAS DULCE

Madrid

Afrontar un estudio de la problemática que plantea la relación derecho y sociedad, comporta necesariamente analizar los problemas metodológicos que, en todo caso, subyacen a aquella relación. A tal objetivo respondió el propósito que Max Weber (Erfurt, 1864-München, 1920) se marcó en sus escritos de carácter sociológico-jurídico. En concreto, y fundamentalmente: la distinción entre la metodología de la ciencia dogmático-jurídica frente a la nueva metodología empírico-causal de la Sociología del Derecho, por él propuesta; a lo que se yustapone el problema de la relación entre la normatividad y la empirie y, con ello, la *tensión* entre el concepto jurídico del derecho y el concepto sociológico del mismo y, en definitiva, la *tensión* entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho.

I. PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

El análisis y sistematización de los trabajos sociológico-jurídicos de Max Weber exige, como estadio previo a la investigación misma, una necesaria y detenida referencia a los problemas metodológicos, claves en su época y, claro está, ante los que Weber no permaneció ajeno; me refiero a la delimitación del método, objeto y función de la consideración sociológica del derecho frente a la ciencia jurídica tradicional. Es precisamente esta problemática el objetivo básico de aquellos trabajos de Weber, en una significada línea que pretende destacar el valor científico de la investigación sociológica del derecho, diferenciándola de la investigación propiamente jurídico-dogmática (1).

(1) ENGISCH, K.: *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologe*, en «Max Weber. Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität München, zur 100. Wiederkehr seines Geburtstages 1964», hrsg. Von ENGISCH, K.; PFISTER, B., und WINKELMANN, J.: Berlín, 1966, pp. 67-88, señala al respecto, que «lo decisivo de su apor-

Conviene ahora detenerse en delimitar las causas y circunstancias, que promovieron a Weber a incorporarse participativamente en aquella problemática, esto es, la raíz y justificación de sus escritos sociológico-jurídicos.

Weber abordó por primera vez el tema de la separación entre norma y hecho, entre la consideración jurídica y la consideración sociológica del derecho y, en definitiva, entre la «Jurisprudencia» y la Sociología del Derecho, en el año 1907, con ocasión de la recensión crítica (2) a la segunda edición corregida de la obra de Stammler, titulada: *Wirtschaft und Recht* (Economía y Derecho) (3). Esta recensión, titulada *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*, en cuya primera parte Weber muestra sus críticas contra la teoría de Stammler, con una rudeza y agresividad impropias de él, se convierte en su segunda mitad —al tiempo la más extensa (4)—, en una plataforma para la expresión de las propias ideas weberianas, sobre la posibilidad de una metodología sociológico-jurídica independiente de la metodología propia de la Dogmática jurídica. En esta segunda parte, su contenido material se centra, principalmente, en el análisis de los conceptos claves de la Sociología del Derecho de Weber, a saber: el concepto de «regla», distinguiendo entre la «regla» en el sentido de «regularidad» y en el sentido de «norma»; el concepto de «máximas»; los conceptos de «reglas de juego» y «reglas de derecho», y la distinción entre «conceptos jurídicos y conceptos empíricos». Todo este análisis conceptual, le permitió a Weber defender la posibilidad de la existencia de un análisis científico de las normas jurídicas desde un punto de vista empírico-causal.

Pero incluso con anterioridad a este escrito, podemos encontrar también algunas incipientes y breves referencias sobre la posibilidad de existencia de dos formas metodológicas distintas de abordar el derecho, en su ensayo de carácter metodológico, aparecido en 1903 y titulado *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*. En esta ocasión, Weber distinguió, por una parte, el método teleológico-normativo de la formación de conceptos

tación se encuentra en la concepción fundamental de su obra: el esfuerzo por iluminar la tarea específica de una Sociología del Derecho, en el deslinde sutil a realizar entre una metodología jurídico-dogmática y una metodología científico-social... » (p. 69).

(2) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 24, Bd., 1907, pp. 94-151. Posteriormente recogido en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von WEBER, M.: Tübingen (Mohr-Siebeck), 1922; aquí he utilizado la 5.ª ed. de WINKELMANN, J., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1982, pp. 291-359.

(3) STAMMLER, R.: *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, Zweite verbesserte Auflage, Leipzig, Veit und Co., 1906. Existe traducción castellana de la 4.ª ed. alemana de esta obra: *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*, versión de Wenceslao Roces, Madrid, 1929.

(4) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 322-359.

jurídicos, propio de la Dogmática jurídica, que «hace referencia a la esfera conceptual en la que son válidas ciertas normas jurídicas», y por otra parte, el método empírico-causal, propio de las disciplinas histórico-sociales, que hace referencia «a las causas y a los efectos de la “existencia” fáctica de un “orden legal”, de una “institución legal” concreta o de una “relación jurídica”» (5).

Posteriormente, en el año 1910 —según señala Winckelmann—, Weber participó en las discusiones celebradas en el *Frankfurter Soziologentag*, sobre la problemática metodológica de la ciencia sociológico-jurídica, respondiendo a las conferencias pronunciadas por Voigt y Kantorowicz, respectivamente (6). En estas discusiones Weber mantuvo la misma postura, que había defendido en la recensión anteriormente citada. También, en el año 1913, en el que apareció su ensayo metodológico, titulado *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, vuelve a insistir en la diferencia de método entre la «Jurisprudencia» y la ciencia sociológico-jurídica (7), distinguiendo, en esta ocasión, entre el proceder de la sociología *comprehensiva* con respecto al derecho y el de la ciencia jurídica tradicional.

Finalmente, junto al conocido capítulo VII de la parte II de *Wirtschaft und Gesellschaft*, en donde Weber abordó específicamente el tema de la *Rechtssoziologie*, se debe tener en cuenta también —fundamentalmente, por lo que se refiere al planteamiento metodológico referido— el capítulo I de la parte II de *Wirtschaft und Gesellschaft*, que lleva por título *Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen* (La economía y las órdenes sociales) (8). Este capítulo es

(5) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, en «Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre», cit., p. 1-145 (la cita se encuentra en la p. 87). Existe traducción castellana: WEBER, M.: *Roscher y Knies y los problemas lógicos de la escuela histórica de economía*, en «El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales», traducción y estudio preliminar de García Blanco, J. M.^a, Madrid, ed. Tecnos, S.A., 1985, pp. 3-173 (la cita se encuentra en la p.103).

(6) WINCKELMANN, J.: *Max Weber «Rechtssoziologie»*, estudio preliminar a la *Rechtssoziologie* de Max Weber, hrsg., von J. Winckelmann, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag, 1960, pp. 15-36 (la cita se encuentra en la p. 16, nota núm. 5). Y la referencia a las críticas de Weber a las respectivas conferencias de VOIGT, A., sobre *Wirtschaft und Rechts*, y de KANTOROWICZ, H., sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Estas discusiones críticas (*Diskussionsrede*) de Weber fueron publicadas en *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik. Von Max Weber*, hrsg., v. WEBER, Marianne, Tübingen, 1924, pp. 471-476 y 476-483, respectivamente.

(7) WEBER, M.: *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, en «Logos», Internationales Zeitschrift für Philosophie der Kultur, hrsg., von R. Kroner und G. Mehlis, Tübingen, 1913, pp. 253-294; posteriormente fue recogido en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit. (1.^a ed., 1922, pp. 403-450), 5.^a ed., pp. 427-474; se hace referencia ahora al cap. III: *Verhältnis zur Rechtsdogmatik*, pp. 439-440. Existe traducción castellana en WEBER, M.: *Ensayos sobre metodología sociológica*, versión de Etcheverry, J.L., Buenos Aires, ed. Amorrortu, 1978, pp. 175-221, cap. III, pp. 187-189.

(8) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1.^a ed. de WEBER, Marianne, Tübingen 1922, aquí he utilizado la 5.^a edición revisada por WINCKELMANN, J., Tübingen, JCB, Mohr (Paul Siebeck), pp. 181-198. Existe traducción castellana: *Economía y sociedad*,

esencial también para la comprensión del pensamiento sociológico-jurídico de Weber, porque en él, junto a la exposición del doble planteamiento metodológico con respecto al derecho, Weber señala además las líneas caracterizadoras del orden jurídico, considerado desde el punto de vista empírico-causal o sociológico.

En este planteamiento de Weber referido al derecho subyace, sin embargo, toda una serie de fundamentos lógicos y metodológicos adoptados por Weber con respecto a la teoría de la ciencia en general, de los cuales se deriva aquél.

Así, frente a la clásica oposición entre ciencias naturales y ciencias de la vida social, Weber, ya en su primer artículo sobre *Roscher und Knies* (9) —y siguiendo la clasificación metodológica de las ciencias, que habían propuesto Windelband y Rickert (10)—, distinguió entre «ciencias de leyes» (*Gesetzeswissenschaften*) y «ciencias de la realidad» (*Wirklichkeitswissenschaften*). Las primeras se proponen «ordenar la multiplicidad infinita de los fenómenos... en un sistema de leyes y de conceptos que sean... de validez universal» (11). Las segun-

4.^a reimpresión de la 2.^a ed. en castellano, versión de Medina Echavarría, J.; Roura Parella, J.; Imaz, E.; García Máñez, E., y Ferrater Mora, J., México, Fondo de Cultura Económica, 1979. pp. 251-272.

(9) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, (Erster Artikel), en «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», hrsg., v. Schomoller, G., 27. Jg., 3. Heft, Leipzig, pp. 1181-1221; posteriormente reeditado en «Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre», cit., pp. 1-42. Existe traducción castellana en: WEBER, M.: *El problema de la irracionalidad en...*, cit., pp. 3-51.

(10) Entre los neokantianos de la escuela de Baden (Südwestdeutschen Schule), el primero, que formuló una diferenciación de las ciencias naturales y las ciencias culturales, desde un punto de vista lógico, fue WINDELBAND. Este historiador de filosofía, en su discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Estrasburgo en el año 1894, titulado *Geschichte und Naturwissenschaft*, diferenció las ciencias, desde el punto de vista metodológico, en ciencias *ideográficas* y ciencias *nomotéticas*: WINDELBAND, W.: *Geschichte und Naturwissenschaft*, Strasburgo, 1894. Este discurso se publicó después en una de sus obras más notables: *Präludien. Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte*, 7.^a y 8.^a ed., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1921, vol. 2.^o, pp. 136-160. Existe traducción castellana: *Preludios filosóficos. Figuras y problemas de la filosofía y de su historia*, versión de Wenceslao Roces, Buenos Aires, ed. Al Fin, 1949. Sobre la referida conferencia de WINDELBAND ha dicho HONIGSHEIM, P., que se pronunció «en una época en que una cantidad regular de gente consideraba que la metodología de las ciencias naturales era aún una especie de "panacea". Por tanto, la conferencia había llamado la atención y, además, quizá fuera el punto de partida para gran parte de lo que Jellinek, Troeltsh y Weber tenían que decir sobre metodología»: HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, en «Max Weber zum Gedächtnis. Materialien und Dokumente zur Bewertung von Werk und Persönlichkeit», hrsg., von KÖNIG, R., und WINCKELMANN, J. (número especial de la «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», Sonderheft, 7, 1963), Köln und Opladen, Westdeutscher Verlag, 1964, pp. 161-271 (la cita se encuentra en pp. 174-175). RICKERT, H., se refirió expresamente a la clasificación introducida por Windelband, en *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Tübingen, JCB Mohr, 1921, p. 62. Existe traducción castellana: *Ciencia cultural y ciencia natural*, versión de García Morente, M., Madrid, Espasa-Calpe, 4.^a ed., 1965, pp. 91-92.

(11) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 3 (trad. castellana, p. 7).

das, por el contrario, tienen como objetivo «el conocimiento de la *realidad* en relación a sus cualidades invariablemente cualitativas y responsables de su peculiaridad y unicidad» (12).

Weber no comparte, pues, la contraposición tradicional entre «naturaleza» y «vida social», que persigue la diferenciación de las ciencias de la vida social y las ciencias naturales, en función del objeto de ambas: esto es, «naturaleza» como un objeto complejo determinado en oposición a otros objetos heterogéneos. Se inclina, sin embargo, por un concepto de «naturaleza», que deriva de la contraposición entre «la totalidad de las disciplinas que operan con una explicación empírico-causal» y «las disciplinas que persiguen fines normativos o dogmáticos, como son: la lógica, la ética teórica, la estética, las matemáticas, la Dogmática jurídica y la metafísica dogmática... ». En esta acepción propuesta por Weber, «se diferenciaría la contraposición de las proposiciones (“ser” y “deber ser”) y caerían también bajo el concepto de “ciencias naturales”, la totalidad de los objetos de las “ciencias históricas”, e incluso también la Historia del arte, la Historia de la moral, la Historia económica y la Historia del derecho, cuyos ámbitos llegan tan lejos como la investigación que trabaja con la categoría de la causalidad» (13). Defiende Weber, por tanto, una diferenciación metodológica, que no impida la aplicación del método empírico-causal a las disciplinas que, según aquella diferenciación tradicional, no pertenecían al ámbito de las denominadas ciencias naturales. Por ello, nada impide que se denomine «naturalista» a la concepción empírico-causal de las reglas del derecho, en oposición a su utilización en la Dogmática jurídica. Y ello precisamente, porque Weber entiende bajo el término «naturaleza», «la totalidad de todo ser empírico»; con lo cual la Historia del derecho, por ejemplo, al igual que la Sociología del Derecho, es considerada por Weber como «una disciplina “naturalista”, porque también tiene por objeto la factividad de las normas jurídicas, y no su sentido ideal» (14).

Según lo dicho hasta ahora, y en lo que respecta al Derecho, por una parte tendríamos la ciencia dogmático-jurídica, que se ocupa de la esfera conceptual de las normas jurídicas y que, metodológicamente, parte de la siguiente pregunta: «¿cómo debe ser pensada la definición del concepto X a fin de que todas las normas positivas que lo emplean o lo presuponen puedan subsistir la una junto a la otra, de forma que esté dotada de sentido y sea coherente?» (15). Por otra

(12) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 4 (trad. castellana, p. 8).

(13) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 321-322.

(14) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 356-357.

(15) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., pp. 86-87 (trad. castellana, p. 103).

parte, nos encontramos con todo tipo de consideración histórico-empírica (Sociología del Derecho e Historia del Derecho), que, en contraposición a la anterior, «abordan las “normas jurídicas” —incluyendo el producto de la elaboración dogmático-jurídica— considerándolas como “entes fácticos” en la realidad histórica. Las asumen sólo como ideas presentes en la mente de los hombres, como uno entre tantos de los motivos que determinan su voluntad y su acción, y tratan estos aspectos de la realidad objetiva como los otros: con la imputación causal» (16).

Por consiguiente, la posición de Max Weber, a diferencia de las posturas estrictamente sociologistas imperantes en su época, principalmente entre los autores del denominado Movimiento del Derecho Libre (*Freirechtsbewegung*) —fundamentalmente Ehrlich y Kantorowicz (17)—, consistió en no negar carácter científico a la Dogmática jurídica o ciencia tradicional del derecho. Por el contrario, entre los sociólogos o autores sociologistas hubo la tendencia a negar el «status» de ciencia a la «Jurisprudencia», considerada, al igual que la teología, como una dogmática, esto es, como un conjunto de reglas para la interpretación de textos (18).

(16) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 87 (trad. castellana, p. 103).

(17) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1931. Aquí he utilizado la 3.ª ed. alemana de la editorial Duncker und Humblot, 1967. Otros trabajos de este autor, que afectan a la polémica entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, son: *Die Erforschung des lebenden Rechts; Ein Institut für lebendes Recht; Das lebende Recht des Völker der Bukowina; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft; Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*; todos estos trabajos se encuentran recogidos en: EHRLICH, E.: *Rechts und Leben Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von Eugen Ehrlich*, recopilados por Rehbinder, M., Berlín, 1967. Y, por último, es también importante su ensayo titulado, *Juristische Logik*, en «Archiv für civilistische Praxis», CXV, 1917, pp. 125-439; este ensayo fue posteriormente reeditado como libro en Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1966. KANTOROWICZ, H.: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; la 1.ª ed. alemana fue publicada en Heidelberg, en 1906, con el pseudónimo de GNAEUS FLAVIUS. Aquí he manejado la 1.ª ed. castellana de 1949: GOLDSCHMIDT, W.: *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, ed. Losada, 1949, pp. 325-373. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, conferencia pronunciada en 1910, en las Primeras Jornadas de Sociología Alemana de Frankfurt (*Frankfurter Soziologentag*), publicada en *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, I., Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages*, vom. 19-22, Oktober 1910 in Frankfurt a. M., Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1911, pp. 275-309. Estos trabajos de KANTOROWICZ, así como otros del mismo autor: *Zur Lehre vom richtigen Recht* (1909), *Aus der Vorgeschichte des Freirechtsbewegung* (1925), *The Definition of Law*, Cambridge, 1958, se encuentran recogidos en la selección realizada por WÜRTEMBERGER: *Rechtswissenschaft und Soziologie* (Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen), t. 19, Karlsruhe, 1962.

(18) KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la ciencia del derecho*, cit., pp. 357-360: «El paralelismo, que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de esta última), salta a la vista. Por un lado, se habla de Dios; por el otro, del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones...»

Ehrlich y Kantorowicz son considerados como los fundadores y máximos representantes del llamado Movimiento del Derecho Libre, aun cuando los antecedentes de este movimiento hay que buscarlos en Bülow, que en el año 1885, en su escrito *Gesetz und Richteramt* (La ley y la función judicial), fue el primero en afirmar, «que la ley no puede crear derecho, mientras que la sentencia judicial implica una acción jurídicamente creadora» (19). El Movimiento del Derecho Libre representó la aparición de la Sociología del Derecho en sentido estricto y se propuso, fundamentalmente, dos objetivos:

En primer lugar, la reivindicación de la función judicial como función creadora de derecho, poniendo en cuestión el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, que no proporciona sino una visión deformadora de la realidad. Se propone, pues, la libre creación del derecho.

En segundo lugar, la reivindicación de la sociologización del pensamiento jurídico, hasta el punto de que la Sociología jurídica aparece con la idea de excluir a la Dogmática jurídica. Según los defensores de este movimiento, la ciencia que no se atiene a los hechos de la realidad no es, en verdad, ciencia. Este argumento fue utilizado contra la Dogmática jurídica, en cuanto que ésta es una ciencia, cuyo objeto es el estudio de las normas jurídicas, con la finalidad de hallar el contenido lógico de las mismas y formar un sistema cerrado y coherente.

El que fue considerado como uno de los padres de la Sociología jurídica —Ehrlich—, separó radicalmente a esta última de la Dogmática jurídica, tanto en lo que se refiere al objeto de estudio, como al método y al fin propuesto por cada una de dichas disciplinas. Por ello —como ha señalado Febbrajo—, el «indudable mérito de Ehrlich, en las árduas cuestiones de metodología de las ciencias sociales,

Por otra parte, conocido es, que von KIRCHMANN, H. (1802-1884), en su famosa conferencia *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, pronunciada en Berlín, en el año 1847, adelantándose a su época, anticipó ya estas ideas, negando el valor científico de la Jurisprudencia, y defendiendo, en su contra, la verdadera realidad jurídica: «¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del derecho natural: más de nueve décimas partes tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivistas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positivista los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer de azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles» (versión castellana de Goldschmidt, W., titulada *El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*, en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELAMANN, KANTOROWICZ: *La ciencia del derecho*, cit., pp. 249-286). La importancia de esta conferencia de Kirchmann ha sido resaltada por PECESBARBA, G.: «Introducción a la Filosofía del Derecho», Madrid, Editorial Debate, 1983.

(19) LEGAZ Y LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1979.

ha sido el haber separado netamente la Sociología del Derecho de la Dogmática jurídica, sea por lo que se refiere a su área de relevancia, que comprende el derecho vivo (...), sea en cuanto al método de investigación, que es aquel experimental de las ciencias naturales, sea en cuanto al fin, que es cognoscitivo, no práctico como el de la Dogmática jurídica» (20)

Pero, además Ehrlich, en su obra titulada *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, negó el carácter científico a la Dogmática jurídica y, en sustitución de ella, propuso a la Sociología del Derecho, que estudia los hechos, la realidad vital —esto es, el derecho como realidad sociológica, que el jurista debe buscar— y que no opera sobre ficciones, como la hace la Dogmática jurídica. Así, en la primera página de la obra citada, Ehrlich afirmaba que «la ciencia independiente del derecho, que no quiere servir a fines prácticos, sino al puro conocimiento, que no se ocupa de palabras, sino de hechos es la Sociología del Derecho» (21). Desde estos planteamientos, Ehrlich llegó a defender, que «la Sociología del Derecho es la verdadera (y única) teoría científica del derecho» (22), desvalorizando, así, científicamente a la Dogmática jurídica, a la que considera como un mero conjunto de reglas prácticas dirigidas al juez.

Por su parte, Kantorowicz, uno de los más bríosos defensores del referido movimiento, sentó las bases del mismo en su, tradicionalmente, denominado como «panfleto», *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, publicado en el año 1906, bajo el pseudónimo de *Gnaeus Flavius*, y que tuvo una amplia e inmediata difusión. Para Kantorowicz, todos los postulados de la «Jurisprudencia» o ciencia tradicional del derecho se sublevan contra las aspiraciones de la nueva «ciencia jurídica», propugnada por el Movimiento del Derecho Libre. De esta forma, «si la ciencia del derecho reconoce Derecho Libre, la Jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee ciencia creadora, la Jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede exigir ya, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la Jurisprudencia ya no puede ser ciencia. Si en la ciencia domina la voluntad, la Jurisprudencia no podrá desoír los efectos. En resumidas

(20) FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, en «Rivista de Sociologia del Diritto», 1976/1, pp. 1-28 (la cita en p.10).

(21) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., p. 1, citado por LARENZ, K.: «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», Vierte, ergänzte Auflage, 1979, Berlín-Heidelberg, Springer Verlag; aquí se cita la traducción castellana de Rodríguez Molinero, M., con el título «Metodología de la ciencia del derecho», 2.^a ed. (de la 4.^a ed. alemana definitiva), 1980, Barcelona, editorial Ariel, pp. 105 y ss.

(22) EHRLICH, E.: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 1-19.

cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con nuestro movimiento» (23).

En mi opinión, la postura weberiana es más compleja, pero, a la vez, más equilibrada que la de Ehrlich y la de Kantorowicz, autores ambos a los que Weber criticó, principalmente, por no haber distinguido entre el punto de vista sociológico y el punto de vista jurídico, lo cual les condujo a considerar a la ciencia sociológico-jurídica, como la única ciencia del derecho (24). Para Weber, por el contrario, existen dos tipos de aproximaciones al derecho: el *sociológico* y el *jurídico*, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde un punto de vista científico (25). En la obra de Weber no se da predominio a uno sobre otro; se trata de una distinción metodológica, que da lugar a dos tipos de aproximaciones

(23) KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la ciencia del derecho*, cit., pp. 361-362.

(24) WEBER, M., dirigió críticas a ambos autores, cuyas obras conocía en profundidad. A EHRLICH le criticó expresamente en *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit. p. 441 (trad. castellana, p. 512). Y a KANTOROWICZ, en la *Diskussionrede al Frankfurter Soziologentag*, sobre la ciencia sociológico-jurídica, en el que Kantorowicz pronunció su famosa conferencia, titulada *Rechtswissenschaft und Soziologie*; la crítica de Weber a la conferencia de Kantorowicz está publicada en «Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik», cit., pp. 471-476.

(25) En este mismo sentido se dirigen las interpretaciones de: FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della sociologia del diritto weberiana*, cit., pp. 1-12; del mismo autor: *Introducción* a la edición italiana de LUHMANN, N.: *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 7-23. BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, en «Rivista di Sociologia del Diritto», 1981/1, núm. especial editado también como libro, con el título de «Max Weber e il Diritto», a cura di TREVES, R., Milano, Franco Angeli Editore, 1981, pp. 135-154. TREVES, R.: *Introducción a la Sociología del Derecho*, versión castellana de Atienza, M., Madrid, editorial Taurus, 1978, pp. 76-77. SCHMILL ORDÓÑEZ, U.: *Concepto del derecho en Weber y en Kelsen*, en «Boletín Mexicano de derecho comparado», año XVIII, núm. 52, 1985, pp. 113-141. GROSCLAUDE, J.: *La Sociologie du droit de Max Weber, Introduction et traduction*, Strasbourg, 1973, tesis doctoral defendida en la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, en el año 1960 (texto mecanografiado, obtenido por la amabilidad del prof. Gregorio Peces-Barba Martínez). LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, Tübingen, JCB Mohr, 1970, pp. 93 y ss.; TOSCANO, M. A.: *Evoluzione e crisi del mondo normativo: Durkheim y Weber*, Bari, ed. Laterza, 1975, pp. 216 y ss. RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, Dissertation, Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, 1953, pp. 18-24. KÄSLER, D.: *Einführung in das Studium Max Webers*, München, Verlag C. H. Beck, 1979, p. 146. HILTERHAUS, F.: *Zum Rechtsbegriff in der Soziologie Max Webers*, Dissertation, Köln, 1965, pp. 44 y ss. Por su parte, DUX considera que la principal asimilación que podemos extraer de la Sociología del Derecho de Weber es «la separación meticulosamente exacta entre un orden jurídico puramente normativo y un orden jurídico puramente empírico»: DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, Freiburg/München, 1976, p. 252. También RYFFEL opina que «Max Weber ha comprendido, de forma más decisiva que Ehrlich, el tratamiento sociológico del derecho como una sociología especial, que se coloca junto a la Dogmática jurídica y que, en ningún modo, afecta a la autonomía de ésta»: RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied und Berlín, 1974, p. 64.

(26) Según la opinión de GURVITCH, G.: *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, 1968, pp. 38-39, el gran mérito de Weber está en «haber superado el imperialismo de la sociología», en el campo de la Sociología del Derecho.

científicas, que giran en torno al derecho. Weber, aun siendo fundamentalmente un científico social, evita caer en una mera postura sociologista (26), que pretendiera una primacía de la ciencia sociológico-jurídica frente a la Dogmática jurídica.

Por ello, como afirma Elías Díaz, «Weber aparece como uno de los padres de la Sociología del Derecho propiamente dicha». Para el citado autor —que participa, a su vez, de la postura de Treves—, «puede decirse que frente a la tesis de la absorción del Derecho en la Sociología (Comte) y de la relativa reconducción de la Sociología a Sociología del Derecho (Durkheim), Max Weber (...) “ha intentado poner de manifiesto las diferencias que separan el fenómeno jurídico de los demás fenómenos sociales y ha fundado sustancialmente la Sociología del Derecho entendida como ciencia autónoma y distinta de la Sociología”».

«Pero Weber —prosigue Elías Díaz— no sólo ha diferenciado claramente entre Sociología del Derecho y Sociología general. Superando las actitudes extremas del sociologismo jurídico, ha evitado, al propio tiempo, la imposición de aquélla sobre la Filosofía del Derecho y la Dogmática jurídica —salvando expresamente la idea del derecho como norma coactiva—: con ello, puede decirse, suministra base suficiente para afirmar la coherente compatibilidad entre una concepción normativa del derecho y una auténtica Sociología jurídica» (27).

En la distinción metodológica entre Sociológica del Derecho y Dogmática jurídica, parece que Weber estuvo influido por el planteamiento de Georg Jellinek (28), que fue uno de los primeros autores en defender el dualismo metodológico existente respecto al análisis del fenómeno jurídico (29). Jellinek había diferenciado en la primera edi-

(27) DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus Ediciones, S.A., 1986, pp. 145-146; y la referencia a TREVES, R.: *Sociología del Diritto*, separata del «Novissimo Digesto Italiano», Turín, Unione Tipografico-Editore Torinese, 1969, p. 18.

(28) Por lo que respecta a la distinción metodológica weberiana, también han destacado la relación entre Weber y Jellinek: LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 95-96, y del mismo autor, *Max Weber Wissenschaftslehre und Rechtswissenschaft*, en «Juristische Schulung», 1982, pp. 87-93. BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., pp. 141-142. HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, cit., pp. 227-229. RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 17. ROTH, G.: *From Constitutional Theory to Sociological Typology*, en BENDIX, R., and ROTH, G.: *Scholarship and Partisanship: Essays on Max Weber*, University of California Press, Berkeley, 1980, pp. 260-265.

(29) RICHTER plantea la duda acerca de qué Jellinek haya sido el primero en sostener el dualismo metodológico en este sentido, basándose en un dato señalado por KANTOROWICZ, en su *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 298. Kantorowicz indica, que, en el año 1882, PACHMANN (teórico ruso del derecho), en su discurso, titulado *Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft* (Sobre el movimiento actual en la ciencia del derecho), había adelantado ya el mismo orden de ideas, con relación al referido dualismo metodológico. Sin embargo, y sin entrar en la discusión de este dato señalado por Kantorowicz, Richter subraya que «Weber, al igual que todos los defensores del dualismo metodológico en Alemania, recibió el estímulo principal de Jellinek»: RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., p. 7, nota núm. 41.

ción de su obra *Allgemeine Staatslehre*, en el año 1900, entre la doctrina social del Estado y la doctrina jurídica del Estado; diferenciación que tiene como base, a su vez, la distinción entre conocimiento causal y conocimiento normativo, lo cual le llevó a defender la existencia de dos tipos de ciencias: las ciencias de las causas, por una parte, y las ciencias de las normas, por otra. Así, Jellinek reconoció que existen «dos órdenes de reglas: uno, el que hace conocer el enlace, la relación causal de los fenómenos, y otro, el que muestra la relación entre el pensar y la acción. El primer orden de reglas expresa lo que el ser es; el segundo, lo que debe ser» (30) (31). También, en su obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Jellinek había señalado ya la diferencia entre, lo que en esta ocasión denominó, la consideración «naturalista» o empírico-causal y la consideración jurídica, propia de la Dogmática jurídica (32). A la distinción formulada por Jellinek en esta obra, se referirá —como veremos— el propio Weber, en uno de sus primeros artículos.

Por su parte, Honigsheim señala, que el punto principal, en el que Jellinek influyó sobre Weber, fue en la consideración de la «Jurisprudencia» o ciencia jurídica tradicional como un campo de estudio, cuyo valor de conocimiento era bastante limitado. Ciertamente, Weber tenía muchos puntos en común con Jellinek, al que conoció a su llegada a Heidelberg, y del que fue amigo personal. Jellinek fue profesor de Derecho público, pero, al igual que Weber, consideraba que el método estrictamente jurídico era excesivamente teórico y limitado. A este respecto Honigsheim recoge en sus *Recuerdos a Max Weber* cuatro observaciones, que Jellinek hizo a lo largo de su vida, algunas de forma oral y otras de forma impresa, sobre el valor del conocimiento en el campo de la Jurisprudencia o ciencia del Derecho, y que reflejan claramente la similitud de pensamiento entre Weber y Jellinek: «Así, “La filosofía fue mi primer amor; pero he realizado un matrimonio de conveniencia con el Derecho”; además: “Es una pena que Kant no escribiera una cuarta crítica, esto es, la crítica del poder jurídico del juicio”. Además: “El jurista que tiene conciencia de sus limitaciones se queda en el mundo empírico, en donde la vida de la ley se descubre y en donde reina la acción, no la teoría”; y finalmente: “Las categorías, con cuya ayuda se pueden comprender varios fenómenos sociales, no son las de la ley”» (33).

A mi juicio, son precisamente las dos últimas observaciones las

(30) JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, 2., Aufl., Berlin, Häring, 1905, pp. 19-21 y 48-51. Existe trad. castellana: *Teoría General del Estado*, versión y prólogo de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1970, pp. 7-10 y 15-16.

(31) Obsérvese, que la distinción de Jellinek se remonta hasta Kant, pasando por Windelband, Rickert, el propio Weber..., hasta llegar a Kelsen, de cuya mano la referida distinción llegaría a tener una importancia decisiva.

(32) JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpression de la 2.ª ed., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964.

(33) HONIGSHEIM, P.: *Erinnerungen an Max Weber*, cit., p. 227.

que mejor revelan un tipo de pensamiento que fue compartido también por Weber. Se denota en ellas un interés por el aspecto empírico del derecho, frente al tratamiento dogmático-jurídico de la ciencia del derecho. Metodológicamente, tanto Jellinek como Weber destacaron la existencia de un enfoque empírico del Derecho, junto al estrictamente jurídico. Pero, Weber en mayor medida que Jellinek rechazó hacer un tratamiento del derecho desde un punto de vista jurídico-dogmático, por considerarlo excesivamente limitado, y prefirió el análisis empírico del mismo, que implicaba un campo de acción mucho más amplio y un conocimiento del fenómeno jurídico más enriquecedor.

Volviendo a la distinción metodológica de Weber entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, hay que manejar la hipótesis —como ya he apuntado más arriba—, según la cual Weber enlaza dicha distinción con las investigaciones anteriores de Jellinek. Weber se remite expresamente a este autor y, en concreto, a su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, en su ensayo metodológico sobre *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*. En una nota a pie de página del citado ensayo, Weber señala textualmente que: «La distinción lógica de principio entre las formaciones conceptuales de la Jurisprudencia y de las disciplinas puramente empírico-causales ha sido formulada con claridad por Jellinek en su “System der subjektiven öffentlichen Rechte”, 2.ª edición, páginas 23 y siguientes» (34).

Posteriormente, en la *Gedankenrede auf Georg Jellinek*, que Weber pronunció el 21 de marzo de 1911, con motivo de la boda de la hija de Jellinek, que tuvo lugar poco después de la muerte de su padre, Weber señaló los siguientes tres puntos del trabajo de Jellinek, que aquél expresamente reconoció como temas de influencia en su propio pensamiento: «la distinción entre pensamiento naturalístico y pensamiento dogmático en el “Sistema de derechos públicos subjetivos”, por lo que respecta al problema metodológico; la acuñación del concepto de doctrina social del estado, por lo que respecta a la aclaración de las tareas de la sociología; la prueba de la derivación religiosa en la génesis de los derechos del hombre, por lo que respecta a la investigación de la relevancia del fenómeno religioso en general en los campos, donde normalmente no se la investiga» (35).

Sin embargo, a pesar del reconocimiento expreso de Weber hacia Jellinek, aquél profundizó más que éste en lo que respecta a la distinción de los dos tipos de métodos para el análisis del fenómeno jurídi-

(34) WEBER, M.: *Roscher und Knies und die logischen Probleme...*, cit., p. 87, nota núm. 1 (trad. castellana: p. 103, nota núm. 136).

(35) WEBER, M.: *Gedankenrede Max Webers auf Georg Jellinek, bei der Hochzeit von dessen Tochter Frau Dr. Dora Busch Am 21-3-1911*, en «Max Weber zum Gedächtnis», cit., pp. 13-17 (la cita en la p. 15).

co: el método dogmático-jurídico y el empírico-causal. Jellinek en sus obras —tanto en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (36), como en su *Allgemeine Staatslehre* (37)— no advirtió la dualidad de objetos, que implica aquella diferenciación metodológica previa. Weber, en cambio, señaló claramente —como veremos— la existencia de un objeto propio de la investigación empírico-causal o sociológico-jurídica, distinto del objeto de la Dogmática jurídica. Además, Weber intentó la formulación de un concepto sociológico, tanto del derecho como del Estado, diferentes también de la conceptualización dogmático-jurídica. Jellinek, sin embargo, no consiguió una clara formulación de un concepto sociológico del Estado diferente del concepto jurídico del mismo, lo cual fue tajantemente criticado por Kelsen, si bien desde una posición estrictamente jurídico-normativista (38).

El planteamiento weberiano, con respecto a la consideración jurídica y a la sociológica del derecho, queda reflejado de forma clara en el siguiente párrafo: «Cuando se habla de “derecho”, “orden jurídico”, “preceptos jurídicos”, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal, que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última 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, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica» (39).

De este párrafo se desprende que en la distinción que Weber plantea subyace, en principio, un problema *metodológico* entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho. Pero esto le llevó también a distinguir un *objeto* y un *fin* diferentes para cada una de aquellas disciplinas.

(36) JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cit., pp. 13-14, incurre en el error de suponer que los diferentes métodos —el jurídico y el sociológico— tiene el mismo objeto de estudio: «El mismo objeto puede dar motivo para una abundancia de formas de conocimiento. Tan grande como sea la diferencia, no tiene que haber contradicción entre ellas.»

(37) JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 156 (trad. castellana, p. 167).

(38) Kelsen criticó a Jellinek, en otro sentido al aquí mantenido, por no haber liberado al concepto de Estado —jurídico, se entiende— de toda connotación o elemento sociológico. Kelsen se extrañó de que, tras la distinción metodológica de partida, Jellinek no elaborase posteriormente un concepto jurídico de Estado y un objeto propio de la teoría jurídica del Estado, diferente del objeto de la «pretendida» consideración sociológica del Estado: KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, (1.^a ed., 1922), reimpresión de la 2.^a ed. de 1928, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1962, pp. 114-120.

(39) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 53 (trad. castellana en «Economía y sociedad», cit., p. 251).

En primer lugar, la consideración científico-sociológica del derecho utiliza un método empírico de análisis causal, que Weber desarrolla, tanto en el ámbito de la *macrosociología*, esto es cuando se propone investigar las causas y efectos de la existencia fáctica de un orden jurídico, como en el ámbito de la *microsociología*, es decir, cuando se propone la investigación del origen y las causas de determinadas regularidades empíricas, calificables como jurídicas. Por el contrario, la aproximación dogmático-jurídica utiliza un método lógico-normativo de carácter formal, que trabaja con el «contenido de sentido objetivo lógicamente correcto de proposiciones jurídicas», permaneciendo, por tanto, en el mundo de los conceptos.

En cuanto a la finalidad de ambas aproximaciones científicas, la distinción es clara: la Sociología del Derecho intenta averiguar lo que sucede de hecho en la realidad, esto es, intenta determinar cuál es el comportamiento de los miembros de una asociación o grupo, en relación con un orden jurídico en vigor; la Dogmática jurídica tiene por finalidad establecer la coherencia lógica de las proposiciones jurídicas, ordenándolas en un sistema lógico exento de contradicciones, o como dice Weber: «La tarea de la ciencia jurídica (la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos, cuyo contenido se presenta como un orden determinate de la conducta de un círculo de hombres... » (40).

Ante semejante heterogeneidad de planteamiento, evidentemente el objeto no puede ser idéntico (41). Mientras, desde el punto de vista sociológico, el objeto está constituido por comportamientos «jurídicos», esto es, por acciones sociales, entre cuyos elementos determinantes ocupan un puesto relevante los preceptos jurídicos; desde el punto de vista jurídico, el objeto es un precepto jurídico, cuyo contenido lógico-ideal hay que ordenar sistemáticamente. Tal distinción en cuanto al objeto, la resume Weber en la siguiente frase de *Wirtschaft und Gesellschaft*: «El orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver directamente con el cosmos del actuar (...) real, porque ambas cosas yacen en planos distintos: una, en la esfera del «deber ser»; la otra, en la de los acontecimientos reales» (42). Esta misma idea la había expresado ya Weber en el año 1903, en su escrito metodológico titulado *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*. En esta ocasión, Weber afirmó que «la sociología..., no tiene que ver con la dilucidación del contenido de sentido “objetivo”, lógicamente correcto, de “preceptos jurídicos”, sino con un “actuar”, respecto de cuyos determinantes y de cuyas resultantes revisten tam-

(40) WEBER, M.: *Rechtssoziologie, cit.*, p. 53 (trad. castellana, p. 251).

(41) LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, cit.*, p. 96, indica, que Weber «dice claramente que a las distintas concepciones les corresponden diferentes objetos..., el interés por conocer según cada método saca a relucir diferentes objetos de conocimiento, uno ideal, el “derecho jurídico”, y otro real, el “derecho fáctico”».

(42) WEBER, M.: *Rechtssoziologie, cit.*, p. 54 (trad. castellana, p. 252).

bién importancia, entre otras, las representaciones, que los hombres tengan acerca del “sentido” y del “valor” de determinados preceptos jurídicos (43).

Weber centró, por tanto, la cuestión de la relación entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica, «en un tipificación de la ciencia, que parte de la distinción fundamental entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, y entre método sociológico y método dogmático-jurídico» (44). La distinción weberiana se constituye así como una consecuencia de la diferenciación kantiana y neokantiana entre la dimensión del «sein» y la del «sollen». Es la oposición entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, esferas forzosamente heterogéneas, que no pueden ser deducidas una de otra, desde el punto de vista metodológico. «No se debe confundirlas —señala Grosclaude—, a fin de no desnaturalizar la ciencia positiva por una ciencia normativa, y viceversa» (45). Todo lo cual quiere decir, que el jurista busca la significación dogmática de una regla, mientras que el sociólogo busca los motivos, las máximas, los desarrollos reales, empíricos del actuar humano. El jurista estudia el mundo normativo del «deber ser», mientras que el sociólogo estudia lo que «es», es decir, el mundo del «ser».

Esta distinción de naturaleza kantiana y neokantiana la toma Weber como punto de partida, desde una perspectiva metodológica, ya que lo que a Weber le interesaba era defender una argumentación frente a la consideración de la realidad jurídica social a través de una disciplina normativa. Ahora bien, la posición weberiana no responde a una tajante y radical separación entre el mundo del «deber ser» y el mundo del «ser», al menos desde un punto de vista práctico, como lo demuestran las múltiples interrelaciones existentes entre la norma jurídica y la realidad empírica (46).

Respecto a esta diferenciación metodológica weberiana es de gran importancia otro trabajo de Weber, aparecido con anterioridad, tanto al último ensayo citado, como a su *Rechtssoziologie*. Me refiero a la —anteriormente aludida— recensión crítica a la obra de Stammler (*Wirtschaft und Recht*), titulada *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen Geschichtsauffassung*. En dicha recensión, al criticar a Stammler por no distinguir entre validez normativa y validez empí-

(43) WEBER, M.: *Ueber einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, cit., p. 440 (trad. castellana: p. 188).

(44) FEBBRAJO, A.: *Introducción* a la edición italiana de Luhmann, N., *Sistema Giuridico e...*, cit., p. 11.

(45) GROSCLAUDE, J.: *La sociologie du droit de Max Weber...*, cit., p. 35.

(46) Sobre este punto, DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., p. 243, opina que «la diferenciación (weberiana) entre un orden empírico y un orden normativo no está referida simplemente a la diferenciación corriente entre lo que realmente es y lo que realmente debería ser. Tampoco únicamente se dirigió a la diferenciación, ya mucho más problemática, entre lo que es derecho según la práctica de la Jurisprudencia y lo que es derecho según el mejor conocimiento de las leyes».

rica, Weber anticipa ya esa misma distinción entre la aproximación sociológica y la aproximación dogmática al derecho, si bien —como ha señalado Febbrajo— «insertándola en un contexto más amplio y desarrollando más difusamente la conexión entre método, objeto y fines, que cada aproximación comporta» (47).

Weber realizó en este trabajo un amplio análisis del concepto de «regla jurídica», tanto desde el punto de vista conceptual, como desde el punto de vista de sus efectos prácticos. El punto de partida básico está en evitar el constante peligro que supone confundir lo empírico con lo normativo y, consiguientemente, en delimitar el sentido, en el que se analiza y se utiliza el concepto de «regla jurídica», puesto que la existencia empírica del derecho es algo completamente distinto de la idea de su validez jurídica como «deber ser».

Weber desarrolló esta idea tomando como ejemplo un determinado «parágrafo» o artículo del Código Civil, el cual puede ser objeto de análisis desde distintos puntos de vista: desde el punto de vista de su justificación o de su autoridad normativa, partiendo de determinados principios éticos; desde supuestos de política jurídica, o desde perspectivas de clase o personales. En todos estos casos, se trata de discusiones valorativas que, desde un punto de vista lógico, no nos interesan aquí. Previamente a cualquier discusión valorativa sobre el valor ético, político, etc., del «parágrafo» en cuestión, es preciso —dice Weber— que hagamos aún dos reflexiones: en primer lugar, qué significado conceptual y dogmático tiene el «parágrafo» aquí propuesto, y, en segundo lugar, qué efectos empíricos produce. En respuesta a estas dos cuestiones, Weber señaló que «en ambos casos el sujeto gramatical de la pregunta es “el” (*er*), es decir, el “parágrafo” del que se habla, y, sin embargo, en los dos casos se trata de objetos absolutamente distintos. En el primer caso, “el” (*er*), el “parágrafo” mencionado, es una conexión de conceptos expresados verbalmente, que se sigue tomando como objeto puramente ideal de análisis conceptual, extraído por el investigador jurídico. En el segundo caso, “el” (*er*) —el “parágrafo”— es, en principio, el hecho empírico de que alguien que lea algún artículo del Código civil, encuentra regularmente en un determinado lugar una cierta frase impresa, por medio de la cual se suscita en su conciencia, a través de los principios interpretativos, que le son conocidos empíricamente —con mayor o menor claridad y univocidad—, determinadas representaciones sobre las consecuencias fácticas, que pudiera tener un determinado comportamiento exterior» (48). En este segundo caso, pues, estaríamos ante una serie de representaciones humanas basadas en el conjunto de medidas que se proyectan desde el «deber ser», o —como ha señalado Loos,

(47) FEBBRAJO, A.: *Per una rilettura della Sociologia...*, cit., p. 11.

(48) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 345-346.

parafraseando a Weber— «el segundo caso significa una posibilidad de que los hechos descritos en el artículo se vean secundados por los hechos de efecto jurídico» (49). Y esto tiene, principalmente, una consecuencia fáctica, consistente en que los individuos cuenten con una fuerte probabilidad sobre un determinado comportamiento de los demás con respecto a él mismo —por ejemplo, no ser perturbado en la posesión de un objeto—, y que, sobre esa probabilidad, puedan organizar efectivamente su propia vida.

De todo ello se deduce, que, por una parte, tenemos la existencia empírica del derecho y, por otra parte, su validez ideal-normativa. Una cosa es preguntarse por lo que vale idealmente como derecho y, otra distinta, preguntarse por «lo que sobreviene empíricamente, en un caso determinado, como consecuencia causal de la validez de un determinado precepto jurídico» (50). De aquí llegamos a la conclusión de que, para nuestro caso concreto, la regla jurídica debe ser considerada en dos sentidos diferentes: En un caso, es una «norma ideal-mental» de carácter lógico-normativo, y, en otro caso, es una «máxima empírica y comprobable en las relaciones humanas concretas» (51).

La regla jurídica, en sentido empírico, se configura como la «representación mental» que tienen los individuos sobre su contenido y su obligación, lo cual, a su vez, constituye una de las razones determinantes de su actuación fáctica. Así pues, la regla jurídica, entendida no en sentido «ideal-normativo», sino como la «representación» o apreciación real, que los individuos tienen de ella, es considerada por Weber como un determinante causal —constante y efectivo— del comportamiento de los individuos.

De todo esto se derivan, a su vez, dos conceptos diferentes de orden jurídico: uno, entendido en sentido jurídico-dogmático, y otro, entendido en sentido sociológico-empírico. En el primer sentido, el orden jurídico es considerado como «un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas» (52) o, dicho con otras palabras del mismo Weber, el orden jurídico, desde el punto de vista dogmático, es «un sistema de pensamientos y conceptos, que utiliza el científico dogmático del derecho» (53). Esto es, Weber entiende el derecho en sentido dogmático-jurídico como un conjunto de reglas formalmente válidas, que los juristas y el juez, principalmente, han de interpretar para aplicarlas a los casos concretos. En el segundo sentido —el sociológico—,

(49) LOOS, F.: *Zur Wert-und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 96.

(50) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(51) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(52) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(53) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

orden jurídico significa «un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real» (54) o, en otras palabras, «un complejo de máximas que operan como precisas determinaciones en el pensamiento de los seres humanos» (55). Esto es, para Weber, el orden jurídico, en sentido empírico, es uno de los *motivos determinantes*, que orientan los comportamientos sociales de los individuos y que permiten explicar el porqué éstos actúan de determinada forma en un contexto social dado. Por tanto, si seguimos la terminología de Toscano, podemos concluir afirmando que Weber distingue entre el «derecho como ordenamiento» y el «derecho como experiencia» (56).

Por otra parte, se puede observar, que el concepto dogmático del derecho en la obra de Weber responde claramente al concepto positivista, que comenzaba a ser imperante en su época (57). Aun cuando Weber no se ocupó de definir expresamente el concepto dogmático del derecho, en las referencias que a él hace, se aprecia una caracterización positivista del mismo, que excluye la referencia a los valores o a los ideales de justicia. Además, Weber no rechazó el concepto dogmático-jurídico del derecho, como hicieron los autores sociologistas, tales como Ehrlich o Kantorowicz, sino que intentó defender la existencia de un concepto empírico del derecho, junto al concepto dogmático del mismo, que, en su caso, se aproxima al concepto de derecho dado por la *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudencia de conceptos).

En resumen, el gran mérito de Weber está en que la referida diversidad de método, fines y objeto de las dos aproximaciones al derecho —La dogmático-jurídica y la empírico-causal—, la encuadra en una dualidad metodológica, cuyos logros son: por una parte, el no haber establecido un predominio de una disciplina sobre otra, y, por otra parte, el no haber negado el carácter científico a ninguna de ellas. La diferenciación weberiana entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho es, por tanto, una diferenciación de carácter *lógico y metodológico*, que considera a ambas disciplinas como igualmente válidas desde un punto de vista científico y, a su vez, las mantiene en un mismo plano de complementariedad.

Por otra parte, esta complementariedad, que Weber atribuye a ambas disciplinas, queda perfectamente reflejada en la siguiente frase de Kantorowicz —salvando, no obstante, las diferencias de planteamiento de este último autor con respecto a Weber (58)—, inmersa

(54) WEBER, M.: *Rechtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(55) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., t. I, p. 348.

(56) TOSCANO, M. A.: *Evolucione y crisi del mondo normativo...*, cit., p. 251.

(57) RICHTER, G.: *Max Weber als Rechtsdenker*, cit., pp. 19-20, ha señalado también este dato, relacionando el concepto dogmático del derecho de Weber con el concepto de derecho, propio de la *Begriffsjurisprudenz*. En un contexto más amplio, también RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie...*, cit., p. 72, resalta el hecho de que Weber confiase demasiado en la consideración del orden social en el sentido de la *Begriffsjurisprudenz*.

(58) No obstante, el influjo que Weber ejerció en Kantorowicz fue notable. Dicho influjo queda reflejado en las constantes y elogiosas alusiones a Weber, que hace Kan-

en su, ya referido, discurso sobre *Rechtswissenschaft und Soziologie* (Ciencia del derecho y sociología): «La Dogmática sin la Sociología está vacía. La Sociología sin la Dogmática está ciega» (59).

Ahora bien, tal complementariedad entre la Dogmática jurídica y la Sociología del Derecho —o bien, entre el orden jurídico en sentido jurídico-dogmático y el orden jurídico en sentido empírico— sólo es posible sin nos movemos en la esfera de las relaciones *facticas* entre ambas. Porque, desde un punto de vista puramente *metodológico*, cada uno de los órdenes jurídicos son totalmente independientes el uno del otro. Para Weber —al igual que para otros autores neokantianos, como Simmel o Kelsen (60)—, el orden jurídico-normativo y el orden empírico se mueven en dos esferas teóricamente heterogéneas: uno, en la esfera del *deber ser*; el otro, en la esfera del *ser*. «La diferencia entre ellas es totalmente irreconciliable, un puente conceptual entre ambas es impensable» (61). Cosa distinta es la relación fáctica entre el orden jurídico, en sentido dogmático, y el orden jurídico, en sentido empírico, puesto que debe tenerse en cuenta —como a continuación se verá—, que el significado dogmático-jurídico del derecho juega un importante papel como medio «heurístico», para explicar un proceso concreto como proceso causal, es decir, aquél es de inestimable valor para la explicación empírico-causal del desarrollo real de las «regularidades empíricas», calificables como «jurídicas».

II. EL OBJETO DE LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO DE MAX WEBER: LA CRITICA DE HANS KELSEN

El objeto de la Sociología del Derecho lo constituyen los comportamientos humanos, en cuanto se orienten subjetivamente por un orden jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades em-

torowicz en su obra «The Definition of Law», edición de Campbell, A. N., London, 1958. Se maneja aquí la trad. castellana de De la Vega, J. M., «La definición del derecho», Madrid, ed. Revista de Occidente, 1964. Asimismo, GOODHART, A. L., en la *Introducción* a la citada obra, p. 17, señala que Kantorowicz «aceptó muchas de las doctrinas que Max Weber enseñaba...». Afirmaciones de este tipo las ha realizado también, DE FEO, N. M.^a: *Max Weber*, Fireze, La Nuova Italia Editrice, 1975, p. 135.

(59) KANTOROWICZ, H.: *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 303.

(60) Para SIMMEL, G.: *Einleitung in die Moralwissenschaft. Eine Kritik der ethischen Grundbegriffe*, 2 bde. (1892/93), Stuttgart, 1904, pp. 12 y ss., la diferencia entre la esfera del ser y la del deber ser es un «hecho originario» (*Urtatsche*). Por su parte, KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, zweite Auflage, Wien, 1960, p. 5. Aquí se cita la versión castellana de VERNENGO, R. J.: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981, pp. 19-20, señaló: «Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real— es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma, y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea».

(61) DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., pp. 243-244.

píricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación, que los individuos tienen de un orden jurídico válido. Ahora bien, para la delimitación del objeto de la Sociología del Derecho, según la propuesta weberiana, juega un papel muy importante la sociología comprensiva y su metodología característica, ya que difícilmente se podría captar lo esencial de la sociología jurídica de Weber, si se ignorase su sociología «comprensiva». Es más, en el ámbito de la Sociología del Derecho es donde mejor se plasman los presupuestos metodológicos de la sociología «comprensiva» de Weber. «Sólo una sociología comprensiva —escribe Loos—, que investigue el sentido subjetivo de los actores de acontecimientos relevantes para una Sociología del Derecho, está en condiciones de dar respuesta al por qué se ha llegado a tales regularidades en el acontecer social» (63).

En efecto, la sociología para Weber es una ciencia *comprensiva* y *causal*, «que pretende entender, interpretándola, la acción social para de esta manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos». Y la «acción social» es una acción en donde «el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo» (64). La sociología comprensiva, pues, lo que hace es investigar cuál es el «sentido» que toda acción social implica; lo cual significa analizar por qué se produce una acción en un determinado contexto social, cuáles son sus motivos y causas, y cuál su desarrollo y efectos. El término «sentido», tal y como aquí lo emplea Weber, es el *motivo subjetivo-empírico*, que el individuo tiene para realizar su acción social; es decir, el sentido intencionado por el actor. No se trata, por tanto, de investigar cuál es el sentido «justo» o el sentido «válido», lo cual sería tarea de toda disciplina dogmática como lo es, por ejemplo, la Jurisprudencia o ciencia jurídica tradicional (65).

Según esto, el sentido subjetivo, que los individuos enlazan a sus acciones sociales, hay que entenderlo como el factor causal de dichas acciones. «Para la “sociología comprensiva” —escribe Ryffel— el contexto de motivaciones es su punto central» (66). Es decir, el sentido

(62) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 359.

(63) LOOS, F.: *Zur Wert-und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 97-99. También consideran que la Sociología del Derecho de Weber es el mejor exponente de su sociología «comprensiva»: PARSONS, T.: *Wertgebundenheit und Objektivität in Sozialwissenschaften. Eine Interpretation der Beiträge Max Webers*, en STAMMER, O., (Hrsg.), *Max Weber und die Soziologie heute*, Tübingen, JCB Mohr, 1965, pp. 39-64, y, aunque no de forma tan explícita, HILTERHAUS, F.: *Zum Rechtsbegriff in der Soziologie Max Webers*, cit., pp. 39-41.

(64) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 1 (trad. castellana: p. 5). Sobre el concepto de «acción social» en Weber: GIRNDT, H.: *Das soziale Handeln als Grundkategorie erfahrungswissenschaftlicher Soziologie*, Tübingen, JCB Mohr, 1967 y la bibliografía citada en pp. 79 y 87.

(65) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 1 (trad. castellana, p. 6).

(66) RYFFEL, H.: *Rechtssoziologie...*, cit., p. 65.

subjetivo es, en realidad, el *motivo* por el cual se producen determinados comportamientos humanos y determinadas regularidades empíricas, entendidas éstas como «el desarrollo de un acción repetida por los mismos agentes o extendida a muchos (...), cuyo sentido *mentado* es típicamente homogéneo» (67). Ahora bien, en este último supuesto —en el caso de las regularidades empíricas—, la acción social puede orientarse también por «la *representación* de la existencia de un *orden legítimo*» (68). Es decir, que el contenido de sentido de la acción social sería dicho orden, entendiendo por tal un conjunto de máximas de conducta, cuyas representaciones operan en los individuos como modelos de conducta. Además, cuando el orden legítimo en cuestión es un *orden jurídico*, entonces todas las acciones sociales, cuyo sentido subjetivo esté constituido por dicho orden jurídico, tendrán que ser tomadas como objeto de análisis por la Sociología del Derecho.

Por ello, la sociología jurídica no estudia el orden jurídico en cuanto conjunto de preceptos o proposiciones normativas, sino en cuanto «complejo de motivaciones del actuar humano real» (69). Por tanto, la apreciación de la existencia de un orden legítimo o, mejor dicho, la *representación*, que los individuos tienen de aquél, es el *factor causal* de la existencia de regularidades empíricas, que pueden ser calificadas como jurídicas. De esta forma, las acciones empíricas de los individuos, orientadas por la representación de un orden jurídico válido, se pueden explicar de forma causal —utilizando una expresión de Dux—, «al remitirse de nuevo a su punto de partida motivacional» (70).

Pero, desde el punto de vista sociológico, el factor o determinante causal de los comportamientos jurídicos reales no es el orden jurídico o las normas jurídicas, entendidas desde un punto de vista dogmático-jurídico, esto es, en cuanto a su validez ideal-normativa, sino la *representación* o apreciación real que los individuos tienen de ellas. El orden jurídico, en cuanto factor causal y determinante del actuar empírico, es considerado, pues, como «un complejo de máximas que operan en el pensamiento de determinadas personas» (71), en el sentido de que algo debe ser (72).

Sin embargo, en esa *representación* o apreciación real del orden jurídico, en cuanto determinante causal del comportamiento humano, juega también un importante papel —«como medio heurístico ines-

(67) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 14 (trad. castellana, p. 23).

(68) WEBER, M.: *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 16 (trad. castellana, p. 25).

(69) WEBER, M.: *REchtssoziologie*, cit., p. 54 (trad. castellana, p. 252).

(70) DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., p. 241.

(71) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348.

(72) Una interpretación similar del orden jurídico, en sentido empírico, la dan: RYFFEL, H.: *REchtssoziologie...*, cit., p. 65. DUX, G.: *Strukturwandel der Legitimation*, cit., pp. 254-255.

timable» (73)— la interpretación dogmático-jurídica del derecho, realizada por los jueces u otros funcionarios. En efecto, Weber reconoce la importancia *instrumental* de la ciencia dogmático-jurídica para los fundamentos metodológicos y los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho. No hay duda de que en la representación mental, que lo individuos tienen de un orden jurídico y que, a su vez, actúa como factor causal de su comportamiento real, influye de forma decisiva el hecho empírico de que determinados instrumentos de coacción psíquicos y físicos estén en manos de los jueces y funcionarios, que son personas que están en condiciones de interpretar el contenido de las normas jurídicas, es decir, de señalar «de una forma muy determinada, que un comportamiento ha existido o existirá en un caso concreto». «También el hecho de que exista una Jurisprudencia —ha señalado Weber— y la configuración empírico-histórica de la forma de las “costumbres de pensamiento”, que ella domina de *facto*, es de la mayor trascendencia práctico-empírica para la formación de hecho del comportamiento humano, porque en la realidad los jueces y otros funcionarios, que pueden influir este comportamiento, a través de determinados medios coactivos psíquicos y físicos, están educados para buscar una “verdad jurídica” (74) y persiguen —en circunstancias fácticas muy distintas— esta máxima» (75).

Ahora bien, no hay que olvidar que el fin cognoscitivo de la Sociología del Derecho de Weber se centra en la comprensión de las regularidades empíricas, mediante la interpretación causal de sus factores determinantes. Por ello, Weber diferencia con toda precisión la interpretación normativamente correcta de un orden jurídico («la verdad jurídica») de la existencia empírica del derecho y de los factores reales que determinan la misma. Es decir, a los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho lo que interesa es la comprensión el «sentido» de las acciones reales, para poder determinar los *factores causales* de las mismas. Por eso, para la consideración empírica de un orden jurídico, tanto las «interpretaciones jurídicas erróneas» o incorrectas, como las «interpretaciones jurídicamente correctas» o válidas pueden ser igualmente consideradas como factores causales determinantes del actuar humano real (76).

En este punto creo interesante traer a colación la crítica de Kelsen a la delimitación weberiana del objeto de la Sociología del Derecho.

(73) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 351.

(74) He traducido el término *juristische Wahrheit* literalmente como «verdad jurídica», pero quiero advertir que el sentido que Weber, probablemente, quiso dar a dicha expresión se corresponde con el contenido de las expresiones: «interpretación jurídicamente correcta» o «interpretación jurídicamente válida».

(75) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 346-347.

(76) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., pp. 347-348.

Hans Kelsen fue, desde luego, conocedor de los escritos weberianos, a los cuales se refirió en varias ocasiones, y sometió a crítica. Cuando Weber escribió su *Rechtssoziologie*, entre los años 1911 a 1913 (77), Kelsen había publicado ya, en 1911, su primera gran obra, titulada *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre* (78). Según señala Bobbio, Kelsen cita a Weber en el prólogo de esta obra, con fecha de febrero de 1911 y, sin embargo, no lo cita ya en el prólogo de la segunda edición, que apareció en 1923. No obstante, aquella primera referencia es importante como signo de la relevancia que Weber tenía ya en Alemania (79). Posteriormente, cuando en 1921 apareció la gran obra póstuma de Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Kelsen la somete en seguida a crítica en su artículo titulado *Der Staatsbegriff des verstehende Soziologie* (80) que ha pasado después a constituir un capítulo de su libro *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (81). Finalmente, en su *General Theory of Law and State*, Kelsen vuelve a insistir en la crítica a la sociología weberiana.

La crítica de Kelsen a Weber es similar, en sustancia, a las que dirigió a Ehrlich y a Kantorowicz, respectivamente (83). Kelsen mantuvo que la Sociología del Derecho no es una ciencia autónoma e independiente, porque no está en condiciones de delimitar su objeto, esto es, de establecer lo que es el derecho. Si bien Kelsen consideró que «el ensayo más afortunado de definición del objeto de la Sociología del Derecho nos lo ofrece Max Weber» (84); no obstante, para

(77) Este dato ha sido señalado por WINCKELMANN, J.: *Max Weber «Rechtssoziologie»*, cit., p. 16.

(78) KELSEN, H.: *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre*, Tübingen, JCB Mohr, 1911. Recientemente, se ha publicado la versión castellana de esta obra, con el título *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, 1987.

(79) BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., pp. 134-136.

(80) KELSEN, H.: *Der Staatsbegriff der verstehende Soziologie*, en «Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie», 1921, pp. 104-119.

(81) KELSEN, H.: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 156-170.

(82) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y del Estado*, versión de García Máynez, E., México, UNAM, 1983, pp. 208-212.

(83) KELSEN escribió una amplia recensión a la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de EHRlich, titulada *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XXXIX, 1915, pp. 839-876. Esta dura crítica provocó la reacción de Ehrlich en una *Entgegnung*, publicada en la misma revista, XLI, 1916, pp. 844-849, la cual fue seguida, a su vez, por una *Replik* de Kelsen, ídem, XLI, 1916, pp. 850-853. En el siguiente año apareció otra *Replik* de Ehrlich, ídem, XLII, 1916-17, pp. 609-610, y, como punto final de la polémica, un *Schlusswort* de Kelsen, ídem, XLII, 1916-17, p. 611. Sobre la polémica entre Ehrlich y Kelsen, véase: ROBLES MORCHON, G.: *Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica*, en «Epistemología y Derecho», Madrid, ediciones Pirámide, 1982, pp. 27-41. La crítica de KENSEN a Kantorowicz se encuentra en *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen*, en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XXXIX, 1912, pp. 601-607.

(84) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 209.

aquél, el valor de la Sociología del Derecho se ve mermado frente al de la ciencia jurídica tradicional o Dogmática jurídica, en cuanto que aquélla, para delimitar su objeto, tiene que recurrir necesariamente al concepto de derecho establecido por la que Kelsen denominó «Jurisprudencia normativa». La crítica de Kelsen a Weber —recogida en *la Teoría general del derecho y del Estado*— se dirigió en dos frentes:

En primer lugar, Kelsen consideró que la definición weberiana del objeto de la Sociología del Derecho era insatisfactoria, por ser demasiado restringida. Si, para Weber, el objeto de la Sociología del Derecho lo constituyen los comportamientos humanos, que se orienten hacia un ordenamiento, considerado como válido, Kelsen se pregunta qué es lo que ocurriría en el supuesto de un hecho «antijurídico», cometido sin que el infractor tuviera conciencia del ordenamiento jurídico o ignorase la existencia de normas jurídicas, que castigasen su comportamiento. Estaríamos ante una acción no orientada para un ordenamiento válido, pero que también la Sociología del Derecho debería tomar en consideración. «Cada acto que, desde el punto de vista del derecho, es “antijurídico” —escribió Kelsen—, es también un fenómeno que pertenece a la línea de la Sociología del Derecho, en cuanto existe la probabilidad de que los órganos de la sociedad reaccionen contra él ejecutando la sanción que el ordenamiento jurídico establece. El acto es objeto de la Sociología del Derecho, incluso cuando el infractor lo ha cometido sin pensar en el derecho. La conducta humana pertenece al dominio de tal disciplina, no porque se encuentre “orientada” hacia el orden legal, sino porque se halla determinada por una norma jurídica, como condición o como consecuencia» (85).

En segundo lugar, sostuvo Kelsen, que ningún sociólogo del derecho podía delimitar su campo de acción o el objeto de su investigación, sin un criterio que le permitiera distinguir un comportamiento «jurídico» de otro que no lo es. Y este criterio sólo podía venir dado por la ciencia jurídica. Para aclarar su postura, Kelsen puso el ejemplo de una persona, que recibe un requerimiento fiscal para el pago de una determinada suma de dinero, bajo la amenaza de una sanción; a su vez, recibe una carta de un bandido exigiéndole igual cantidad de dinero, bajo una determinada amenaza, y, por último, recibe otra carta de un amigo, requiriéndole la misma cantidad de dinero para su propia subsistencia. ¿En qué se diferencian los citados comportamientos, a efectos de la Sociología del Derecho? ¿Cuáles de ellos serían objeto de la misma? Evidentemente, desde un punto de vista jurídico, sólo uno de esos comportamientos es jurídico, el primero, en cuanto que tal requerimiento proviene de una autoridad legal, conforme a un ordenamiento jurídico válido. Y desde el punto de vista sociológico, únicamente podría saberse cuál de esos comportamientos

(85) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 212.

es objeto de la Sociología del Derecho, si se considera el concepto de derecho tal y como es definido por la ciencia jurídica. Por tanto, para Kelsen, el objeto de la Sociología del Derecho, conforme es definido por Weber, sólo es posible si el comportamiento humano es referido «al derecho en la forma en que éste existe en la conciencia de los hombres, como contenido de sus representaciones. En realidad, el derecho existe en la mente de los seres humanos como un conjunto de normas válidas, como un sistema normativo. Sólo refiriendo tal comportamiento al derecho —concluye Kelsen—, concebido como sistema de normas válidas, al derecho tal como lo define la Jurisprudencia normativa, es capaz la Jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general» (86).

Todo ello demuestra claramente, según Kelsen, que la Sociología del Derecho presupone el concepto jurídico del derecho, es decir, «el concepto del derecho definido por la Jurisprudencia normativa» (87), para delimitar su objeto de estudio. «El individuo, cuya conducta constituye el objeto de la Sociología del Derecho, considera ese orden en la misma forma en que la Jurisprudencia normativa considera el derecho. Para poder ser objeto de una sociología jurídica, el comportamiento humano tiene que hallarse determinado por la idea de un orden válido» (88).

También Kelsen, en su *Allgemeine Staatslehre* y en su *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, dedicó sendas críticas a la Sociología del Derecho weberiana (89). En ambos casos, rechazó la existencia de dos objetos diferentes de derecho: uno, el derecho en sentido dogmático-jurídico, y otro, el derecho en sentido sociológico. «Seguramente es de gran importancia y trascendencia —escribió Kelsen al respecto— establecer la probabilidad con la que ocurren de hecho acciones de cierto sentido, y muy especialmente, hasta qué punto es probable que la representación de las normas jurídicas sea eficaz, si bien no existe actualmente ningún método para averiguar, siquiera aproximadamente, en un caso concreto, el grado de esta probabilidad, y hay que contentarse siempre con constatar en el caso extremo que una cierta representación de normas ha perdido su eficacia motivadora» (90).

Para Kelsen, pues, el único concepto de derecho posible es el dado por la ciencia jurídica, si bien posteriormente es posible realizar un estudio sobre la eficacia de un determinado orden jurídico, pero tal estudio dependerá siempre del objeto y de la delimitación del mis-

(86) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 211.

(87) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 212.

(88) KELSEN, H.: *Teoría general del derecho y...*, cit., p. 209.

(89) KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, 1.^a Auflage, 1925. Se cita aquí la versión castellana de LEGAZ LACAMBRA, L.: *Teoría general del Estado*, 15.^a ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 23-27, y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, cit., pp. 156-170.

(90) KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, cit., p. 27.

mo, realizada por la ciencia jurídica. «Para este autor (Weber) —señaló Kelsen—, la “sociología comprensiva” designa, pues, con la palabra Estado, tanto el orden jurídico-normativo (que, en cuanto contenido de ciertas representaciones, posee validez ideal), como el hecho real de las representaciones de este contenido, motivadoras de una conducta adecuada; y de este modo, cree haber distinguido la existencia meramente “jurídica” de la existencia “sociológica” del Estado» (91).

Kelsen, sin embargo, no niega la posibilidad de averiguar la efectividad de las normas jurídicas, pero lo que no admite es que se pueda delimitar un objeto sociológico del derecho independiente del dado por la ciencia jurídico-normativa. Reduce, por tanto, el concepto sociológico del derecho, propuesto por Weber, al momento de la *efectividad* de un orden jurídico (92); y considera, consecuentemente, que la única ciencia del derecho posible es la, que él denominó, «Jurisprudencia normativa» (93).

(91) KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, cit., p. 25.

(92) Al respecto, la interpretación de STOCKHAMMER se dirige a demostrar, que Kelsen admite también la efectividad del derecho y la posibilidad de una consideración gradual de la misma. Con ello, pretende reducir el concepto sociológico del derecho de Weber al nivel de la efectividad kelseniana, hasta el punto de que llega a considerar a la sociología comprensiva weberiana como «la antecesora y la compañera digna de la teoría pura del derecho, la cual también diferencia entre un derecho ineficaz (sólo jurídico) y uno eficaz (sociológico)»: STOCKHAMMER, M.: *Hans Kelsens Rechtslehre und Max Webers Soziologie in Spiegel der Erkenntnistheorie*, en «Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», NF 5/1953, pp. 410-427. Por lo que se ve, Stockhammer no ha alcanzado a comprender el punto esencial de las diferencias existentes entre la postura kelseniana y las tesis de Weber. Ello se debe, probablemente —como también le reprocha Loos—, a que de la lectura de su artículo se deduce el desconocimiento del importante y decisivo ensayo crítico de Weber contra la obra de Stammler. Tal desconocimiento de dicho trabajo weberiano ocasiona —como ya he señalado anteriormente, desde una perspectiva más general— la falta de comprensión del alcance último de la Sociología del Derecho de Weber. (La referencia de LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., p. 100, nota. núm. 55).

También BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 145, parece incurrir en un error semejante al de Stockhammer, cuando afirma que «en la teoría pura del derecho el término “validez” coincide con la expresión weberiana “validez ideal”. El término weberiano de la validez empírica se corresponde en la teoría pura del derecho al problema de la eficacia del ordenamiento jurídico, del cual Kelsen no se ocupa particularmente, aunque no niega ni su relevancia ni su legitimidad».

(93) Sin embargo, se debe hacer constar, que —según algunos autores han puesto de manifiesto— la posición de Kelsen respecto, no ya a la Sociología del Derecho de Weber, sino a la Sociología jurídica —o Jurisprudencia sociológica, como el propio Kelsen la denominaba—, en general, varía en sus últimas obras, sobre todo en las escritas en Estados Unidos. Esta idea fue puesta de manifiesto por TREVES, R.: *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen (Per el suo settantesimo compleanno)*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», XXIX, serie III, 1952, pp. 177-197: «Es especialmente interesante resaltar que, a diferencia de cuanto podía interpretarse en el pasado, Kelsen sostiene hoy que la sociología jurídica o, como también la llama, la Jurisprudencia sociológica, es ciencia del derecho o, mejor, una de las ciencias del derecho, y afirma que para el conocimiento del derecho debe ser ésta indisolublemente ligada con la otra ciencia del derecho, esto es, con la teoría pura, que él llama también Jurisprudencia normativa. Si confrontamos la *Reine Rechtslehre* de 1934 (...) con el ensayo sobre Austin (que podría decirse que representa el punto de partida de la elaboración

No obstante, a pesar de la crítica kelseniana, en mi opinión, han de advertirse algunos puntos en favor de la tesis weberiana. En principio —como se ha apuntado anteriormente—, es preciso distinguir, por una parte, la delimitación de carácter *lógico y metodológico* entre la consideración jurídico-dogmática del derecho y la consideración sociológica del mismo, en los términos —ya analizados— en que Weber la realiza, esto es, como ámbitos teóricamente heterogéneos; y, por otra parte, las relaciones *fácticas* existentes entre el orden jurídico, en sentido jurídico-dogmático, y el orden jurídico, en sentido sociológico. Por lo que respecta a este segundo punto, es cierto que un análisis empírico-causal del derecho no puede prescindir de las construcciones e interpretaciones jurídico-dogmáticas del mismo. Ahora bien, estas últimas adquieren un carácter *instrumental* para los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho. Evidentemente, sin un orden jurídico previo, como condición general, su desarrollo empírico sería prácticamente imposible. A la Sociología del Derecho le interesa la comprensión de las regularidades empíricas y sus interconexiones causales. Pero para «la explicación empírico-causal del desarrollo real de un proceso concreto» juega un importante papel, «como medio heurístico», el conocimiento del *sentido ideal*, es decir, del contenido normativo de un orden jurídico, así como su «significación dogmático-jurídica» (94).

Precisamente lo que Kelsen no tomó en consideración en la Sociología del Derecho de Weber fue este carácter *instrumental y heurístico*, que tiene la consideración jurídico-dogmática del derecho para los fines cognoscitivos de la sociología jurídica, y que Weber destacó

americana) vemos que, mientras en el primer escrito, Kelsen no concibe otra ciencia jurídica fuera de la teoría pura del derecho y afirma que la sociología jurídica no tiene propiamente por objeto el derecho, sino “sólo ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza”, en el segundo distingue, por el contrario, claramente dos diversas especies de ciencias jurídicas: una interpretativa, que sería la Jurisprudencia normativa, y una causal, que sería la Jurisprudencia sociológica. Vemos, por otra parte, que, después de haber renunciado con esta nueva distinción a considerar la Jurisprudencia normativa como la única ciencia jurídica, Kelsen replega, por así decirlo, de una posición ofensiva a una defensiva y se limita a rechazar la opinión de aquellos que querrían reducir la ciencia del derecho sólo a la Jurisprudencia sociológica, excluyendo sin más la Jurisprudencia normativa» (pp. 193-194). Estas opiniones, que TREVES defendió en 1952, las ha vuelto a defender recientemente en: *Hans Kelsen et la sociologie du droit*, en «Droit et Société», núm. 1, 1985, pp. 15-23. Opinión semejante mantienen también: EISENMANN, CH.: *Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen*, en BATIFFOL, BOBBIO et al., *Méthode sociologique et droit*, París, 1958, p. 60 (citado por TREVES: *cit.*, p. 16, nota núm. 3), y BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, pp. 132-133. Ahora bien, cabría plantearse la duda, de si este cambio en las posturas de Kelsen responde a una propia evolución de su pensamiento, o más bien, se debe o está motivado por las duras críticas, que desde las posturas sociologistas, recibió Kelsen. Más aún, si se tiene en cuenta que en la época, en que Kelsen se trasladó a Estados Unidos, imperaba allí el «realismo jurídico».

(94) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, *cit.*, p. 351.

de forma expresa y reiterada —como ya he señalado— en su ensayo crítico contra la obra de Stammler.

De esta forma, el orden jurídico interpretado normativamente pasa a convertirse, para los fines cognoscitivos de la Sociología del Derecho de Weber, en lo que Loos, muy acertadamente, ha denominado «el esquema de interpretación típico-ideal del acontecer» (95). Es decir, que Weber utiliza el derecho y la interpretación dogmático-normativa del mismo como esquemas interpretativos, con los cuales se pueden medir las regularidades empíricas, con objeto de establecer el regreso causal en las acciones humanas reales, calificables como jurídicas. Ya que el fin cognoscitivo de la Sociología del Derecho no es el sentido ideal-normativo del derecho, sino el sentido *subjetivo-empírico*, que los individuos enlazan a sus acciones. Y por esto precisamente las normas jurídicas son consideradas, desde el punto de vista de la sociología jurídica weberiana, no como un contenido de sentido lógico-ideal, sino como «entes fácticos», es decir, como las representaciones mentales que los individuos tienen sobre el contenido y obligación de aquéllas y que constituyen uno de los *motivos causales* de sus acciones reales (96).

No obstante, lo que subyace, por encima de todas estas consideraciones, es un problema exclusivamente metodológico. A pesar de las críticas de Kelsen a la sociología comprensiva de Weber y de las incomprensiones de aquél con respecto a las tesis weberianas, no puede pasar desapercibido, que Kelsen habla desde un punto de vista estrictamente jurídico-normativista, mientras Weber lo hace desde una perspectiva sociológica. Como dice Bobbio, parafraseando a Max Rheinstein, «la mezcla de los dos métodos, jurídico y sociológico, no puede crear más que confusión, la obra de Weber y la de Kelsen han de ser consideradas *complementarias*, en sus respectivos campos» (97). En efecto, Kelsen, «en su teoría pura del derecho —señala Rheinstein— trata de las normas y sus estructuras. ¿Cuál es el carácter distintivo de los conceptos que son reglas de conducta y de otros conceptos? ¿En qué modo aquellos conceptos son referidos al concepto de Estado? ¿En qué orden se relacionan entre sí los conceptos de ley? Estas son las cuestiones que alientan a Kelsen. ¿Por qué los pueblos tienen el concepto de ley? ¿Cómo se constituye su contenido? ¿Cómo y por qué cambian? ¿En qué modo influyen en los comportamientos sociales? Estas son las cuestiones que alientan a Weber» (98).

(95) LOOS, F.: *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, cit., pp. 99-100 y nota núm. 55, señala, que Kelsen, en su crítica a Weber, desconoce «la razón específica que Weber persigue, utilizando al derecho y a la interpretación del derecho como esquemas interpretativos de desarrollos reales».

(96) WEBER, M.: *R. Stammlers «Ueberwindung» der materialistischen...*, cit., p. 348, y *Rechtssoziologie*, cit., pp. 54 y ss. (trad. castellana, pp. 252 y ss.).

(97) BOBBIO, N.: *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 147 (el subrayado es mío), y la referencia a RHEINSTEIN: *Introducción a Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, p. LXXI.

(98) RHEINSTEIN: *Introducción a Max Weber on Law in...*, cit., pp. LXX-LXXI.

Aun compartiendo las opiniones tanto de Rheinstein como de Bobbio —y prueba de ello es que también en este trabajo he mantenido, desde una perspectiva general, la diferencia metodológica que subyace a las obras de Weber y de Kelsen, respectivamente, así como la complementariedad de las mismas—, he preferido, sin embargo, destacar en esta última parte, y de forma diferenciada, otro elemento, quizá más sustancial al objeto de este discurso, cual es: el por qué Kelsen rechazó el concepto sociológico del derecho delimitado por Weber, lo cual, consecuentemente, le llevó a negar la existencia de una ciencia sociológica del derecho, que pretendiera interpretar el «sentido» de las regularidades empíricas.

La orientación dada en esta aproximación al aspecto metodológico no ha sido otra, que la de sugerir elementos adicionales de reflexión, en orden a la búsqueda de un punto de equilibrio y complementariedad entre la Sociología del Derecho y la Dogmática-jurídica.

