



EL COLEGIO DE MEXICO

Centro de Estudios Internacionales

**“Legitimidad y legalidad en Max Weber y Hans Kelsen.
Estado de derecho y Democracia”**

Tesis que para obtener el grado de
Maestro en Ciencia Política

Presenta:

Iván Lazcano Gutiérrez

Director de Tesis:

Dr. Francisco Gil Villegas Montiel

México, D. F.

2009

*A mi madre,
la Sra. Rosa E. Gutiérrez García*

Índice

Prólogo	i
Capítulo I	
Contexto histórico e intelectual.	1
I.1 La <i>Mitteleuropa</i> en el cambio de siglos, 1871-1919	1
<i>La unidad alemana bajo el segundo imperio</i>	2
<i>Del fin del Imperio Austro-Húngaro a la República de Austria</i>	11
I.2 El debate teórico sobre la naturaleza del arreglo institucional alemán	16
<i>La legitimidad de la soberanía en la época medieval</i>	16
<i>Primer constitucionalismo alemán</i>	22
<i>El Imperio “guillermino”</i>	25
Capítulo II	
La legitimidad de la dominación en Max Weber.	29
II. 1 La comprensión de la acción social en la metodología weberiana	31
<i>Origen de la sociología comprensiva</i>	31
<i>La metodología weberiana</i>	35
<i>Conceptos sociológicos fundamentales</i>	41
II. 2 La naturaleza de la racionalidad en Max Weber	47
<i>La racionalidad como fenómeno relativo y plural</i>	47
<i>Los diversos tipos de racionalidad</i>	50
II. 3 La relación legitimidad-legalidad en Max Weber	56
<i>Los tipos puros de dominación</i>	56
<i>Dominación legal-burocrática</i>	61
<i>El liderazgo democrático-plebiscitario</i>	75
Capítulo III	
El Derecho y la democracia en Hans Kelsen.	82
III. 1 La ciencia del derecho kelseniana	84
<i>La teoría pura del derecho</i>	84
<i>El derecho como un ordenamiento jurídico</i>	91
<i>El binomio derecho-Estado</i>	99
III. 2 La teoría de la democracia parlamentaria	102
<i>Democracia y autocracia</i>	102
<i>El parlamento</i>	111
III. 3 El control de constitucionalidad	116
<i>Kelsen y el origen del Tribunal constitucional</i>	116
<i>El Tribunal: el defensor de la constitución</i>	119
Conclusiones	127

Prólogo

I

Una de los requisitos indispensables para que el poder político pueda ser ejercido de forma continua y permanente es el de su justificación. La literatura en filosofía política ha discutido en reiteradas ocasiones este tema. En el diálogo *La República*, Platón refiere la forma en que Sócrates convence a Trasímaco de que si bien la relación entre gobernantes y gobernados es una relación de fuerza, ésta no es suficiente, pues debe estar acompañada de cierta habilidad y capacidad en beneficio de los segundos. Siglos más tarde San Agustín expondrá el problema de una forma clásica cuando se pregunta cuál es la diferencia entre los reinos y las bandas de los ladrones sin la justicia. De esta misma forma autores de la talla de Rousseau, Hobbes y Bodin se han preocupado de las características que hacen aceptable el poder político. Actualmente se ha aceptado la idea de que la legitimidad del poder que ejerce el Estado reside en su legalidad, esto es, en el apego que la acción de las autoridades políticas tienen con leyes de carácter general y abstracto.

En este sentido, los regímenes democráticos contemporáneos obtienen su legitimidad no del contenido sustantivo de las normas que organizan la sociedad sino de la estructuración jurídica de las normas. Así, se ha procedido a identificar a la democracia con el Estado de derecho con la consecuencia de que todo aquello que va más allá o que está fuera del derecho es una amenaza a la democracia. Esta interpretación del Estado de derecho está sustentada en la tradición jurídica europea continental, esto es de origen alemán y francés, que considera las leyes en tanto estas son válidas y efectivas y que se ha

denominado y extendido bajo la expresión positivismo jurídico. Para esta tradición del pensamiento jurídico la ley es aquél dictado expresado por la voluntad soberana que además reúna la cualidad de ser efectiva. Esta es la interpretación que se hizo del poder soberano ejercido por la Asamblea Nacional francesa como instancia representadora del pueblo. De manera paralela en Alemania la noción *Rechtsstaat* fue perdiendo con el paso del tiempo su connotación original como expresión del derecho natural para ser un cascarón vacío encargado de organizar la burocracia y de justificar el poder del monarca y el estatus de los *Junker*. No por nada este derecho fue calificado como “pseudoconstitucionalismo”.

Por otro lado, habría que añadir la influencia que tuvo el análisis elaborado por el economista austriaco Joseph Schumpeter que terminaría de vaciar de cualquier contenido ético a la forma de gobierno democrática. De esta manera se rompería con la tradición clásica aristotélica y con la iusnaturalista. Para Schumpeter el valor de la democracia no reside en un contenido sustantivo sino en su carácter procedimental.

En suma, la interpretación positivista y la procedimental convergieron para vaciar de contenido a la democracia para hacerla depender de su carácter procedimental pero sobre todo de su organización legal.

II

Dos de las teorías más recurrentes para explicar la relación entre la legitimidad y la legalidad del mundo moderno son aquellas expuestas por el sociólogo alemán Max Weber, así como por el jurista austriaco Hans Kelsen. Desde comienzos del siglo XX que estos autores trataron esta complicada relación, poco se ha aumentado de novedoso al

debate. Sin embargo, como toda concepción filosófica o teórica llevada a la discusión pública, las concepciones weberiana y kelseniana no han escapado a una mala interpretación o a una parcial y reductiva sino es que hasta su deformación.

Si bien en algunos trabajos Kelsen llegó a afirmar que todo Estado es un Estado de derecho, este argumento tomado aisladamente se ha intentado usar como justificación de cualquier régimen político que tenga la capacidad de hacerlo valer. Por su parte, los postulados weberianos no se han escapado de este mal. Quizá la fuente más común de equivocación al interpretar a Weber es señalar que en su concepción yace una suerte de finalismo o de visión teleológica. Con base en ello se tiende a pensar que existe una seriación histórica ineludible entre las creencias tradicionales, carismáticas y legales. Por tal motivo, se llega a creer erróneamente que el mundo moderno sólo pudo funcionar con base en la legitimidad legal y, por ende, descalificar cualquier otra fuente de legitimidad. Por tal motivo se ha ubicado tanto a Weber como a Kelsen como conspicuos exponentes de un positivismo jurídico radical de acuerdo con el cual legalidad y legitimidad se agotan uno en el otro.

El objetivo de este trabajo es el analizar de manera crítica la teoría weberiana y kelseniana sobre la relación entre la legitimidad y la legalidad. Sólo partiendo de una correcta interpretación de las ideas de estos autores se estará en posibilidad de llegar a conclusiones más firmes sobre la forma en que funciona esta complicada dinámica en las sociedades. Diversos autores que han explorado recientemente el tema han tratado de buscar una solución que permita escapar la teoría weberiana como la kelseniana de un positivismo y formalismo radical. En este sentido, se ha argumentado que en el fondo de sus concepciones yace un contenido valorativo que permite hacer distinciones entre un

ordenamiento jurídico justo de uno que no lo es. Así, por ejemplo, se puede interpretar que cuando Max Weber hablaba del Estado de derecho tenía en cuenta el papel que tuvieron las ideas iusnaturalistas en la formalización del derecho, aun cuando posteriormente ya no las necesitara. Por su parte, se ha querido ver en la idea de Estado de derecho tal como la desarrolló Hans Kelsen la influencia de una concepción normativa. De tal forma, un verdadero Estado de derecho es aquel que cumpla con la función mínima de proteger la libertad negativa del individuo ante el Estado.

En esta investigación se retoman dichas argumentaciones pues se las considera valiosas. Sin embargo, se busca llevar más lejos el análisis de la relación entre legitimidad y legalidad. Así, el argumento central de la presente tesis consiste en que la mejor solución para escapar de una interpretación parcial de la relación entre legitimidad y legalidad en Max Weber y Hans Kelsen reside en conjuntar la sociología del derecho del primero, como la teoría pura del derecho del segundo, con sus respectivas teorías políticas, particularmente con sus concepciones de la democracia moderna. Si bien ambos autores señalaron desde un punto de vista científico la legitimidad del orden jurídico, existen otras formas de legitimación que provienen del ámbito político. En consecuencia una cosa es la legitimidad del orden jurídico y otra la de la forma de Estado o forma de gobierno la cual requiere juicios de valor. Esto es así por que cuando ambos autores tratan las cuestiones del orden jurídico se preocupan de las características y de la validez exclusiva de éste. Pero ello no quiere decir que en el caso de Weber la sociedad se agote en una de sus esferas, la del derecho, y que la lógica de una deba imponerse en las demás. Esto queda claro cuando se aborda su teoría política, pues defiende otras formas de legitimidad que conviven con la legal propia del derecho. De igual forma, cuando Kelsen

defiende su teoría pura del derecho se preocupa por la validez autónoma que tiene el derecho, entre otros, frente la política. Pero cuando desarrolla su teoría política queda claro que en la arena política aparecen otros criterios de justificación de las forma de gobierno.

Sólo con base en esta interpretación mucho más amplia se está en posibilidad de responder a una interrogante aparentemente contradictoria: ¿cómo se puede ser un positivista jurídico y al mismo tiempo defender una forma de gobierno en particular, que es la democracia “parlamentaria”? La clave está en su convicción científica de que es imposible establecer un criterio valorativo absoluto. Por tal motivo, el orden jurídico formal para Weber o puro para Kelsen debe deslindarse de cualquier contenido sustantivo. De esta forma, ni siquiera la doctrina del derecho natural puede defender científicamente la validez de sus argumentos. Pero con base en la misma idea, la democracia parlamentaria es la forma de gobierno más deseable, pues es la única forma de gobierno, que por su naturaleza, permite la discusión y el enfrentamiento de las diferentes ideologías políticas. En este sentido, el valor de la democracia reside en su carácter procedimental y abierto a la pluralidad ideológica. Se trata de una forma de gobierno que, entonces, no está vinculada a ninguna ideología de forma inexorable.

III

Con la intención de abarcar los distintos problemas que permitan el tratamiento este problema, la investigación se estructurará en tres capítulos, los cuales si bien pueden ser comprendidos en su singularidad, forman parte coherentemente de un todo más amplio. El primer capítulo estará destinado a ubicar en su contexto histórico sociopolítico la obra

de ambos autores. En este sentido, la Europa de final del siglo XIX y comienzo del XX es un escenario de vertiginosos cambios. De igual forma, dentro de dicho capítulo se hace una revisión de cuál era el debate teórico con el propósito de poder entender porqué surgen las preocupaciones de Weber y Kelsen por la relación entre la legitimidad y legalidad.

Los siguientes dos capítulos están destinados a analizar de forma independiente las concepciones teóricas plasmadas en la obra de cada uno de los autores. En el caso de Max Weber comienzo por analizar su idea de sociología de la comprensión (*verstehende soziologie*). Su idea de la sociología como disciplina encargada “compresión” de las acciones y relaciones sociales es determinante para la forma en que entiende la legitimidad. De igual forma está relacionada su idea de racionalidad. Para Weber la racionalidad de las acciones depende del fundamento específico que le atribuya el individuo que actúa o los individuos que interactúan. Por tal motivo, no hay nada más alejado de la realidad que creer que Max Weber considere la existencia de una racionalidad universal. En este sentido, nada ubica a la racionalidad formal-instrumental de la forma de dominación legal-burocrática en una posición de superioridad y, por ende, de deseabilidad inherente. De esta forma se abre paso, entonces, a otras formas de legitimidad como la carismática y la tradicional. Por tal motivo Weber observa positivamente la forma de gobierno democrática o parlamentaria, pues permite la expresión de creencias carismáticas. La importancia de éstas reside en que contrarrestan las tendencias racionales de tipo formal-instrumental del derecho y la burocracia moderna.

En el caso de Hans Kelsen se analizan su teorías del Estado, el derecho y de la democracia. El capítulo se aboca a analizar la concepción kelseniana del positivismo jurídico y su relación con “la esencia y valor de la democracia”. Aquí lo que debe destacarse es que si bien el jurista austriaco es defensor del positivismo jurídico no podría entenderse su teoría de la democracia si recurrir a sus ideas del *Grundnorm* y del guardián de la constitución y del parlamento como órgano de representación del Estado. En este sentido, así como la teoría pura del derecho previene de cualquier contaminación ideológica al ordenamiento jurídico, pues este tiene una validez propia; la democracia parlamentaria evita el establecimiento definitivo e indisputable de una ideología en particular. Para Kelsen la democracia moderna es valiosa porque es la única forma de gobierno que permite la expresión de la libertad positiva pero también porque se trata de un sistema abierto que permite el enfrentamiento libre de las diversas ideologías y no la aceptación inexorable de una en particular.

IV

Primero que nada quiero agradecer al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por la beca que tuvo a bien asignarme. Sin el apoyo económico que representó la beca, me hubiera resultado impensable el cursar el programa de Maestría en Ciencia Política que se imparte en El Colegio de México. De igual forma quiero agradecer a El Colegio de México en general, y a sus profesores en particular, por permitirme enriquecer mis conocimientos con cada uno de sus cursos.

Deseo aprovechar la oportunidad para agradecer al Dr. Francisco Gil Villegas, director de la presente tesis, por la atención que tuvo con mi persona para que este proyecto se enriqueciera y saliera adelante. Desde luego, las

imperfecciones son más. De igual forma, agradezco al Dr. Alberto Arnaut quien con acuciosidad revisó la tesis. Agradecimiento que hago extensivo al Dr. José Luis Reyna por haber dedicado su tiempo en la revisión de la misma. Asimismo quiero expresar mi reconocimiento al Dr. José Luis Méndez quien siempre hizo patente su mejor intención para que este proyecto avanzara y culminara.

Por otro lado, quiero agradecer una vez más al apoyo más grande de mi vida: mi madre, la Sra. Rosa E. Gutiérrez García. Esta tesis no hubiera sido posible sin tu apoyo y sacrificio. También agradezco el apoyo incondicional de mi hermano, quien como buen abogado, ha encontrado mucho interés en esta investigación.

No quiero concluir sin agradecer a todos aquellos amigos que me apoyaron en uno de los momentos más difíciles y tristes de mi vida. Sin su generosa y valiosa atención seguramente no hubiera podido salir adelante de ello y, en consecuencia, concluir esta tesis. Por lo tanto mi más sentido agradecimiento. Me han recordado para qué están los verdaderos amigos. Ustedes saben perfectamente quienes son.

I.L.G.

Ciudad de México, julio de 2009

Capítulo I. Contexto histórico e intelectual

I.1 La *Mitteleuropa* en el cambio de siglos, 1871-1919.

Es una afirmación común sostener la influencia que tiene el entorno social en la determinación de la orientación del pensamiento, pero no por ello es menos cierta. Ello no quiere decir, no obstante, que la validez del contenido de un conjunto de argumentos y premisas elaborados por un autor tenga que restringirse a su época y menos aún a su lugar. La orientación del pensamiento político de un autor puede ser entendido como un producto de su ambiente, pero su importancia radica en la solidez de sus argumentos.

En este sentido, el Imperio Alemán constituyó una fuente rica de discusiones para los intelectuales y académicos alemanes. La naturaleza del arreglo institucional del segundo Imperio Alemán encabezado por Guillermo I en mancuerna con Otto von Bismarck inspiró las elaboraciones teóricas de una importante generación de pensadores jurídicos y políticos, entre los que destacan Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek y Max Weber. Las discusiones teóricas alrededor de la naturaleza y fundamentación de las instituciones políticas no se limitaron al segundo *Reich*, pues fueron igualmente trascendentales en la configuración de la República de Weimar.

Ahora bien, el debate político-jurídico de las instituciones no estuvo tampoco circunscrito al territorio alemán, pues gran parte de estas discusiones eran perfectamente entendibles, y sobre todo, alimentadas desde tierras austriacas. En efecto, no puede entenderse en su totalidad las discusiones teóricas si no se toma en cuenta que no se limitaba autores y problemáticas estrictamente alemanes, pues desde Austria, el jurista Hans Kelsen contribuyó a estos debates. De tal forma, antes de adentrarse en el contenido

del debate teórico del momento es necesario revisar cuál era el contexto político y social que en gran parte le dio origen.

La unidad alemana bajo el Segundo Imperio

Durante los siglos XVI y XVII se afianzaron los primeros estados nacionales en Europa. Gran Bretaña, España y Francia, cada una por su lado, tomaron la ventaja en la conformación de grandes entidades territoriales bajo una misma autoridad soberana caracterizadas, además, por su homogeneidad cultural, fuente de sentimientos nacionalistas. No obstante, este proceso no se dio de manera simultánea por toda Europa, pues tanto los territorios germánicos así como los italianos, por citar los casos más conocidos, aún tenían mucho camino por recorrer.

La política alemana se articulaba alrededor de las siguientes fuerzas en los siguientes partidos: los terratenientes o *Junker* en el Partido Conservador, la burguesía industrial en el Partido Liberal, la pequeña burguesía así como la clase media en el Partido Progresista, y los obreros hasta entonces sin un partido propio.

El deseo de formar una unidad política por parte de los alemanes no fue un interés más real sino hasta la década de 1860. No obstante, el deseo de la unidad alemana sólo era perseguido por la clase burguesa, pues el sector más conservador que era el de los terratenientes (*Junker*) no lo veía con buenos ojos, hecho que la retardó. La situación comenzó a cambiar con la sucesión en la corona prusiana.

Con la muerte de Federico Guillermo IV, después de una penosa etapa de demencia total, su hermano Guillermo, entonces príncipe de Prusia, se ciñó la corona prusiana en 1861. El nuevo monarca, ahora ya Guillermo I, llegó al trono con la intención de introducir una reforma militar; sin embargo, fracasó al introducir el proyecto de ley de

reforma, pues los liberales con mayoría en la cámara prusiana quisieron modificarlo. El Rey, por lo tanto, se vio obligado a disolver la cámara, aunque una vez compuesta otra vez, previas elecciones, los liberales adquirieron una mayoría superior a la que disfrutaban antes. Ante tal situación, Guillermo I decidido a hacer pasar su proyecto de reforma militar, nombró en 1862 como primer ministro a Otto von Bismarck, considerado por él como el más apropiado para ayudarlo con tal objetivo.¹

El nombramiento de Bismarck como primer ministro prusiano no fue bien recibido en un principio, pues su fama como reaccionario impenitente, cortesano incondicional y temible político que se había ganado en sus anteriores encargos, no lo hacían la persona más indicada a los ojos de las demás fuerzas en la cámara. De hecho, parecía que cualquier posibilidad de acuerdo entre el monarca y la oposición estuviera descartada a propósito de su nombramiento. Sin embargo, tal situación cambiaría considerablemente con las posteriores victorias militares dirigidas por Bismarck, reconciliando al Rey tanto con el parlamento como con el pueblo.²

La burguesía, para entonces, ya se comenzaba a impacientar sobre sus deseos de unir a los estados alemanes, claro está, bajo la dirección de Prusia que, para todo efecto, era el Estado más fuerte. Hay que recordar que la unificación de Alemania ya se había intentado con la constitución de Francfort, producto de la revolución liberal de 1848-1849, que Federico Guillermo IV rechazó. El problema giraba alrededor de los intereses de los grupos terratenientes conservadores y los liberales, pues para que el Rey de Prusia fuera nombrado emperador tenía que aceptar una constitución liberal; y, como apunta Ramos Oliveira, “el Rey de Prusia prefería ser monarca absoluto de los prusianos a ser

¹ A. Ramos-Oliveira, *Historia social y política de Alemania*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, Dos tomos, tomo I, p. 232.

² *Ibidem*, pp. 232-233.

emperador constitucional de todos alemanes”.³ De tal forma, tuvieron que conjuntarse dos factores para consumar la unificación alemana: por un lado, tuvo que incrementarse la fortaleza y, por ende, la influencia de los capitalistas, así como por el otro, la habilidad de Bismarck para conjuntar la necesidad de la unidad con la defensa de los intereses conservadores.

El enfrentamiento militar por el destino de los territorios de Schleswig y Holstein, entre Dinamarca y las potencias alemanas Austria y Prusia terminaría enfrentando a estas últimas. La razón principal se fundaba en que Bismarck deseaba colocar a éstas bajo el dominio prusiano, situación a la que se oponía Austria tratando de dejar a los ducados bajo el gobierno del duque de Augustenburgo. Si bien al comienzo de la guerra Prusia quedó casi aislada, pues sólo contaba con la alianza de unos pequeños estados alemanes, mientras Austria contaba con el apoyo de los demás estados; el 3 de julio de 1866 los prusianos terminarían derrotando a los austriacos en Koniggrätz, Bohemia.⁴

La importancia de este triunfo radica en que al momento de la firma de la paz entre Austria y Prusia en 1866, se había gestado el embrión del *Reich* que nacería en 1871, pues esta última se había anexado a Hannover, Hesse del norte, Nassau y Francfort; además la enorme influencia de Austria en los estados del sur se vería desvanecida, haciendo más factible la unión de éstos con Prusia. Así sucedió cuando los estados del sur como Baviera, Württemberg y Baden decidieron formar una alianza defensiva con Prusia, aunque manteniendo su independencia, pero se puede decir que de facto ya formaban parte de la nueva Confederación de Estados del Norte.

³ *Ibidem*, p. 238.

⁴ *Ibidem*, p. 240.

Un año después, el 17 de abril de 1867, el parlamento de la Confederación de Estados del Norte aprobaba la nueva constitución, en la que se establecía que sería presidida por el Rey de Prusia, pero gobernada por un Canciller nombrado por el Rey. También se fijaba la existencia del *Bundesrat* o Senado y del *Reichstag* como cámara de elección popular. Si bien históricamente constituye un paso más hacia la unificación plena de Alemania, como señala Wolfgang Mommsen, el establecimiento de la Confederación Alemana del Norte no debe ser vista como una etapa transitoria en el camino hacia la unidad imperial, pues los sentimientos antiprusianos recobraron fuerza dentro de los estados del sur después de 1867.⁵

La victoria en la guerra contra la Francia de Napoleón III trajo consecuencias positivas en cuanto a la unificación alemana, pues la exaltación de los sentimientos nacionalistas durante el enfrentamiento así como el entusiasmo generado por ésta, fomentó en los estados del sur el deseo de concretar la tan ansiada unificación. De igual modo, la victoria generó tanto a Guillermo I como al mismo Bismarck un mayor apoyo y consenso entre las distintas fuerzas políticas. En consecuencia, el 18 de enero de 1871 Guillermo I fue proclamado emperador de Alemania, y Bismarck sería ratificado como Canciller del nuevo Imperio.

De acuerdo con Mommsen, la constitución del Imperio Alemán fue producto de tres factores principales, los cuales difieren entre sí, y más aún, habrían tenido diferente relevancia para la conformación de la Confederación del Norte en comparación con la del Imperio, cuando se incluye a los estados del sur: 1) el movimiento liberal de clase media, que consideraba esencial la unidad para obtener resultados económicos positivos

⁵ Wolfgang Mommsen, "A delaying compromise: The Imperial constitution of 1871", *Imperial Germany, 1867-1918*, London, Arnold, 1995, p. 25.

internamente así como para fortalecer la posición internacional de Alemania; 2) las elites tradicionales vieron en esta unión la preservación del estado monárquico autoritario, crucial para el mantenimiento de su posición privilegiada, pues hasta entonces sólo había hecho concesiones parciales de constitucionalización y parlamentarización; y 3) la política de Prusia lograría finalmente y sin disputa su hegemonía dentro de Alemania, incluso reprobando y eliminando la influencia de Austria.⁶

Los motivos del acuerdo entre los terratenientes y los liberales ha sido asunto de especulación, pues como señala Ramos-Oliveira, estos últimos “tuvieron que ceder más de lo que habían cedido en proceso histórico semejante los capitalistas de otros países”. Guillermo I, inicialmente como Rey de Prusia y después como Emperador siguió manteniendo poderes que en otros países ya correspondían al parlamento.⁷ Una de las causas hay que ubicarla en la urgente necesidad de la burguesía de desarrollarse industrialmente de manera rápida en compensación del evidente retraso histórico. De tal forma, el proceso de unificación, expansión comercial, evolución industrial e imperialismo que tomó a Inglaterra tres siglos recorrer, en Alemania se consumó en setenta años. De acuerdo con esta interpretación, la burguesía alemana habría tomado el camino más rápido, pues de haberse detenido en una lucha con el feudalismo, todo el tiempo que tomó en Inglaterra este proceso, seguramente el parlamento habría ganado en fortaleza y prerrogativas pero el capitalismo se habría asfixiado.⁸ Por tal motivo, los liberales cedieron principios políticos a cambio de la unificación, indispensable para el desarrollo comercial y económico.

⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁷ A. Ramos-Oliveira, *op. cit.*, p. 242.

⁸ *Ibidem*, pp. 242-243; Sobre el proceso de industrialización tardía ver Alexander Gerschenkron, *Economic backwardness in historical perspective, a book of essays*, Cambridge, Belknap Press, 1962.

Sobre este asunto Mommsen señala que los intereses constitucionales de los liberales fueron menos ambiciosos de lo que comúnmente se asume hoy en día. En este sentido, su papel habría sido mínimo en la configuración de la constitución de la Confederación así como la del Imperio. De tal forma, más que un parlamentarismo al estilo inglés, lo que los liberales deseaban era más bien una garantía firme de gobierno constitucional, lo que para ellos significaba una especificación formal de que el ejecutivo sería legalmente responsable ante el parlamento,⁹ pues en el bosquejo original de la constitución se dejó indefinido cuál era el carácter legal preciso del ejecutivo, situación que dado el momento hacía que éste no pudiera ser sujeto a rendición de cuentas.¹⁰

La configuración institucional del Segundo Imperio puede caracterizarse como esencialmente conservadora. Esa fue sin duda la intención de Bismarck, pues para conseguirlo, apunta James Sheehan, “diseñó una constitución que reposó sobre un complicado juego de contrapesos (*balances*) entre la unidad nacional y el poder federal así como entre la autoridad monárquica y la participación parlamentaria”.¹¹ Es importante destacar que la constitución del Imperio es en gran medida una réplica de la anterior de la Confederación de Estados del Norte. En este sentido, además del emperador consideraba la existencia del canciller designado por él. De igual forma, se establecía la existencia del *Reichstag* y del *Bundesrat*. Pero lo interesante radica en la naturaleza y funciones de cada institución.

El parlamento o *Reichstag*, aunque formado mediante sufragio universal masculino no tenía ninguna autoridad en el proceso de adopción de políticas y toma de

⁹ W. Mommsen, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹¹ James Sheehan, “German politics, 1871-1933”, en Charles Burdick, Hans-Adolf Jacobsen y Winfried Kudsuz (eds.), *Contemporary Germany: politics and culture*, Boulder, Westview Press, 1984, p. 5.

decisiones. La responsabilidad del canciller estaba con el Senado o *Bundesrat*, el cual al ser formado por representantes de los estados confederados, concedía una enorme fuerza a Prusia. A ello habría que añadir que los representantes en el parlamento no podían ser remunerados. De tal forma, el objetivo era el encubrir tanto como fuera posible la verdadera relación entre el *Reichstag* y los partidos con el ejecutivo, detrás del formalismo de la representación de los gobiernos confederados para proteger al ejecutivo del control directo del *Reichstag*.¹²

Incluso los únicos rastros de carácter democrático son falsos, pues aunque se reconocía el voto universal para el parlamento, en claro adelanto en comparación con otros países, la nula función política del parlamento le hacía inútil. En países como Gran Bretaña, Francia o Italia, a pesar de la restricción del sufragio, sus parlamentos contaban con mayor influencia sobre las decisiones políticas que en Alemania.¹³ Además debe considerarse que la falta de dieta para los parlamentarios evitaba de origen la postulación de miembros de la clase obrera. Por si no fuera suficiente, la concesión de sufragio universal por Bismarck, señala Sheehan, debe interpretarse a la luz de su creencia en que la mayoría de los alemanes eran patrióticos, monárquicos y deseosos de seguir el liderazgo de sus superiores en la estructura social. Empero, lo único que conseguiría con ello es la creación de una identidad nacional generalizada.¹⁴

Siempre se ha señalado que el peor defecto de la constitución del Imperio es que estaba concebida para contrarrestar cualquier evolución en dirección hacia una mayor libertad y responsabilidad parlamentaria. Si bien todo ello es cierto, apunta Mommsen, la debilidad verdadera de la constitución estaba en que dejaba muchas cuestiones sin

¹² W. Mommsen, *op. cit.*, p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 39.

¹⁴ J. Sheehan, *op. cit.*, p.5.

resolver. En este sentido, se puede decir que la constitución era un compromiso en un doble sentido. Por un lado representaba el acuerdo entre distintas, y apenas reconciliables, tradiciones constitucionales, pero además porque se trataba de un “sistema de decisiones postergadas” (*system of skirted decisions*) en el que muchos temas se dejaron pendientes para una mejor ocasión en el futuro. En todo caso, lo interesante es que quizá fue este hecho más que algún otro lo que hizo aceptable la constitución para las distintas fuerzas representadas por los partidos.¹⁵

La política emprendida por Bismarck estuvo caracterizada por un enorme realismo, no por nada se le considera el padre de la *Realpolitik*, pues según se presentara la ocasión era capaz de pactar con los *Junker* para detener las ambiciones de los liberales, así como con los liberales para enfrentar a los socialistas, de igual modo le sirvieron de instrumento los grupos progresistas contra los católicos. Bismarck llegó a la cancillería prusiana con el apoyo de los conservadores, pero a partir de 1871, fue abandonado por estos, por lo que apoyó su gobierno en los liberales. De hecho, la necesidad de los liberales se hizo más notoria a finales de la década de 1870, cuando se propuso enfrentar a los socialistas. En este sentido, Bismarck emprendió importantes medidas sociales para proteger a las clases trabajadoras con el objetivo, en conjunto con la proscripción del partido socialista, de evitar el fortalecimiento de partidos obreros.

Con ocasión de la renovación del septenario (*Septennat*), esto es, el presupuesto militar de siete años, Bismarck ganaría su última disputa política. Ante la propuesta de Bismarck de renovar por siete años más el presupuesto, los representantes se opusieron a lo que le propusieron como máximo tres años más. Ante tal situación el Emperador tuvo que disolver la Cámara y convocar a elecciones para febrero de 1887. Bismarck adoptó

¹⁵ W. Mommsen, *op. cit.*, p. 35.

como estrategia una propaganda de miedo basada en la idea de una ficticia invasión de Francia, ante el desamparo militar en que habría quedado el Imperio, si ganaba la oposición. Como resultado, Bismarck obtuvo la renovación del septenado, además de la prolongación del periodo legislativo de tres a cinco años, y como corolario, una prórroga de la ley antisocialista hasta 1890.¹⁶

Con la muerte de Guillermo I, acaecida el 9 de marzo de 1888, la suerte de Bismarck llegó a su fin. Con el ascenso al trono de Guillermo II, después de noventa y nueve días de breve reinado de Federico III a causa de cáncer en la garganta, la posición de Bismarck disminuyó considerablemente. En este sentido, Guillermo II deseaba tener más participación en el gobierno del Imperio de la que había tenido su abuelo caracterizado por sumisión ante el canciller.¹⁷ Uno de los virajes más importantes que le imprimió a la política seguida por el Imperio, por parte de Guillermo II, fue tratar de granjearse los favores de los sectores obreros. Para ello, por ejemplo, abrogó la ley de prohibición al partido socialista un año antes de lo previsto. De igual manera fue un activista claro en la organización de una conferencia entre los países industrializados de Europa en 1890 con el objetivo de tratar temas relativos a la protección de los trabajadores.

Los resultados de las primeras elecciones bajo el reinado de Guillermo II, en febrero de 1890, hicieron evidente que nadie más que Bismarck había sido derrotado. Sus deseos para favorecer a los conservadores y liberales así como debilitar a los socialdemócratas no eran más posibles. Los primeros perdieron 85 puestos, mientras que los últimos conquistaron 35. Al canciller no le quedó más opción que renunciar ante la

¹⁶ A. Ramos-Oliveira, *op. cit.*, p. 269.

¹⁷ *Ibidem*, p. 270.

negativa del emperador y de los mandos del ejército, de optar por el camino de establecer una dictadura militar.¹⁸ Con la salida de Bismarck se puede decir que se fue gran parte de la estabilidad política del imperio guillermino.

La naturaleza política ambigua del Imperio perduró con Guillermo II hasta su derrota y dimisión en la primera guerra mundial. Además, ni von Capri, ni Hohenlohe, ni von Bülow, así como tampoco Hollweg llegaron a tener la capacidad como cancilleres de manejar la situación política como antes Bismarck. Esta configuración pseudoconstitucional y no democrática del Imperio tendría serías repercusiones en la formación de las actitudes de las distintas fuerzas políticas en Alemania. Consideraciones que Max Weber, quizá mejor que nadie, fue capaz de identificar.

Del fin del Imperio Austro-Húngaro a la República de Austria

Se puede decir que Austria enfrentó de manera paralela gran parte de la problemática que enfrentó Alemania. Esto no es nada sorprendente si se parte de que entre estos dos países existe una larga relación histórica. De hecho, hasta la formación de la Confederación de Estados del Norte en Alemania, Austria había sido uno más de los *Länder* autónomos más fuertes al grado de disputarle la hegemonía a Prusia. Sin embargo, con la guerra austro-prusiana, el camino de ambos comenzó a tomar rumbos totalmente diferentes. En efecto, con la victoria sobre Austria en 1866, Prusia pudo consolidar su predominio sobre los estados del norte, así como sobre los estados del sur que por mucho tiempo habían constituido la zona de influencia austriaca.

Un año después, ante tal debilidad el Imperio Austriaco se vería en la necesidad de establecer el “compromiso austro-húngaro” en 1867, por medio del cual se establecía una

¹⁸ *Ibidem*, p. 272.

“Monarquía Dual”. Firmado por el emperador Francisco José y Ferenc Deak, en el compromiso se reconocía un *status* igual tanto al gobierno de Viena como al de Budapest, mientras que el emperador común ostentaba las atribuciones relativas a la política exterior, el ejército y la marina.

Lo interesante del Imperio Austro-Húngaro es que compartía una serie de similitudes con la evolución que había seguido la Confederación Alemana del Norte primero y posteriormente el segundo Imperio. De hecho, de esta similitud en la problemática de ambos países hace que sea posible la conjugación de las elaboraciones teóricas de autores como Georg Jellinek, Max Weber, Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Uno de los primeros aspectos que caracterizaron al Imperio Austro-Húngaro fue la supremacía que ejercía el poder ejecutivo sobre el parlamento. En este sentido, si bien las reformas de 1867, resultado de la derrota ante Prusia e Italia, marcaban un avance hacia la conformación de una monarquía constitucional, pues introducían la inmunidad parlamentaria y la responsabilidad de los ministros, dejaban todavía al parlamento sustancialmente subordinado al ejecutivo, particularmente a la figura del emperador. El emperador como autoridad suprema del poder ejecutivo poseía entre sus atribuciones el nombramiento de los miembros de la Cámara Alta y de la Cámara Baja. Además, él era el encargado de sancionar las leyes presentadas por el parlamento, junto con el poder para convocar, posponer y disolver a éste. Aunado a ello, debe considerarse la naturaleza jurídico-política del parlamento, pues éste no era un órgano de representación del pueblo, sino del monarca, en el que por consecuencia tenía la facultad de vetar sus deliberaciones.¹⁹

¹⁹ Sara Lagi, “El nacimiento de la República Democrática Austro-Alemana: octubre de 1918-marzo de 1919”, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1929)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007, p. 97.

Dicho arreglo institucional profundamente antiliberal y antidemocrático perduró en el Imperio Austro-Húngaro hasta 1918. Ello se debió evidentemente al equilibrio entre las distintas fuerzas políticas. Un ejemplo de ello fue el Partido Socialcristiano austriaco que apoyó de manera constante al emperador mientras la socialdemocracia se distinguió por estar en permanente conflicto interno entre el ala reformista y los radicales.

La oportunidad del cambio se presentó con la derrota militar de los Habsburgo, pues ofreció la posibilidad para que los pueblos de las distintas nacionalidades trataran de obtener su independencia anhelada desde tiempo antes. Ese fue el caso de los checos, los húngaros, los eslavos del sur y los polacos que en los primeros días de octubre de 1918 comenzaron a formar gobiernos independientes.²⁰ En el caso de Austria, fueron los diputados de lengua alemana miembros del Parlamento Imperial los que el 21 de octubre formaron la Asamblea Nacional provisional del estado independiente Austro-alemán.

La Asamblea Nacional provisional creó a su vez un Comité ejecutivo, mejor conocido como Consejo de Estado, que sería el encargado de representar a Austria en sus relaciones con el exterior hasta que no se promulgara una constitución y se estableciera un verdadero gobierno. En la segunda sesión de la asamblea, esto es, el 30 de octubre, se nombró al jurista Karl Renner, conspicuo miembro del ala reformista de la socialdemocracia, como Jefe de la Cancillería. A partir de entonces la figura de Renner sería fundamental para el rumbo que tomaría Austria.

Desde un comienzo la preferencia de Renner por una configuración institucional democrática y representativa de la Asamblea es notable. Para el Jefe de la Cancillería austriaca, la soberanía popular era expresada mediante la Asamblea Nacional, la cual a su vez tenía como agente ejecutivo al Consejo de Estado. Esta configuración para Renner

²⁰ *Ibidem*, p. 91.

representaba un cambio total con el pasado imperial, pues se pasaba de una monarquía constitucional con predominio del ejecutivo, a un sistema democrático basado en la primacía del poder legislativo.

Una vez consumada la forma de gobierno parlamentaria con la “ley de soberanía” del 30 de octubre, la asamblea fue convocada para el 12 de noviembre con objeto de discutir la forma de Estado, donde se dejaba vislumbrar la inclinación hacia la república. De hecho esta decisión se vería acelerada por el ejemplo que los alemanes habían sentado cuando adoptaron la forma republicana el 9 de noviembre, así como por la presión ejercida por los socialdemócratas, los nacional-alemanes y un importante número de la clase obrera.²¹ De tal forma, la ley sobre “la forma de Estado” del 12 de noviembre constituyó un complemento de la previa “sobre la soberanía” del 30 de octubre. Donde una señala la primacía del parlamento sobre el ejecutivo, la otra afirmaba la soberanía popular dentro de un esquema republicano.²²

Más tarde, se aprobarían otras leyes, también importantes, como la del 14 de noviembre sobre la afirmación de la autoridad del gobierno federal por encima de los *Länder* y los municipios, así como aquella del 22 del mismo mes, enfocada al establecimiento de las fronteras. La ley sobre el sistema electoral proporcional aprobada el 18 de diciembre, a su vez, constituiría un paso fundamental, pues representó el *trait d'union* entre el proceso constituyente previo emprendido por la Asamblea nacional provisional y el que se iniciaría con la nueva Asamblea producto de la ley de soberanía.²³ Un día después, el socialdemócrata Michael Schacherl fue el autor de la ley que

²¹ *Ibidem*, p. 103.

²² *Ibidem*, p. 105.

²³ *Ibidem*, p. 113.

reformaba la ley de soberanía, específicamente en lo referente a las facultades del Canciller y el Consejo de Estado con el objetivo de clarificarlas.

Las elecciones tuvieron lugar entre diciembre de 1918 y febrero de 1919. El largo proceso electoral dejó de manifiesto que la colaboración entre las tres principales fuerzas políticas era mucho más frágil de lo que aparentaba. De hecho, la campaña electoral se convirtió en una “guerra de religión”. Los resultados de las elecciones mostraron que el partido socialdemócrata ganó con una mayoría relativa de los votos.

Con la composición de la Asamblea constituyente se terminó la transición hacia la primera República Austriaca. En los primeros días después de instalada la Asamblea, la comisión constitucional elaboró una última modificación a la ley de soberanía del 30 de octubre. La reforma fue aprobada el 14 de marzo y en ella se establecía un “verdadero gobierno del Estado” pues a diferencia del Consejo de Estado que estaba conformado por todas las fuerzas políticas representadas en la Asamblea, el nuevo gobierno estaría conformado sólo por los partidos de la mayoría, además de que sería responsable ante la Asamblea por medio de la Comisión principal. De tal forma, el gobierno dejaba de ser una comisión parlamentaria para constituir un verdadero gobierno parlamentario.²⁴ Por otro lado, con la ley del 14 de marzo también se terminaría reafirmando la supremacía del gobierno federal sobre las autoridades locales.

Antes de finalizar cabe señalar que el 25 de noviembre de 1918, Hans Kelsen fue nombrado asesor de la sección para la reforma constitucional de la Cancillería de Estado. Además, al día siguiente fue invitado a formar parte de la discusión sobre el sistema electoral apropiado para la conformación de la Asamblea constituyente.²⁵

²⁴ *Ibidem*, p. 117.

²⁵ *Ibidem*, p. 125.

I.2 El debate teórico sobre la naturaleza del arreglo institucional alemán.

Es particularmente interesante observar cómo ha influido la configuración de las instituciones germanas en la construcción de principios y argumentos teóricos. Desde los primeros pueblos germánicos hasta la configuración de la República de Bonn, Alemania ha sido una rica fuente para las discusiones teóricas sobre las formas jurídico-políticas. Por tal motivo, este apartado está dedicado a hacer una revisión de las principales discusiones teóricas a propósito de la configuración institucional alemana.

La legitimidad de la soberanía en la época medieval

Generalmente se acepta la idea de que la tradición del derecho público germano ha depositado la soberanía en la figura del Rey, el Emperador o incluso el Estado dejando al parlamento y al pueblo en una situación marginal. Sólo muy tarde, hasta el siglo XX con la conformación de la República de Weimar, se le reconocería al pueblo como fuente legítima de la soberanía. Si bien esto es cierto, antes de comenzar el análisis de la configuración jurídico-política del primer imperio alemán, es imprescindible señalar que, paradójicamente, en los pueblos germánicos originarios se dan algunas de las primeras manifestaciones de un poder cuya legitimidad reside en el consenso popular.²⁶ Se trata del tipo de concepción del gobierno y de la ley que Walter Ullmann denomina “ascendente”, en contraposición a la “descendente”, que predominaron en la Edad Media.²⁷

²⁶ Para un análisis más detallado de los pueblos germánicos ver Herwig Wolfram, *The Roman empire and its germanic peoples*, Berkeley, University of California Press, 1997.

²⁷ Walter Ullmann, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 14.

En efecto, si se atiende a la magistral descripción elaborada por Tácito, la legitimidad de los gobernantes de los pueblos germánicos deriva de que éstos eran elegidos por sus asambleas populares, “puesto que el poder residía originalmente en el pueblo, es decir, en la misma comunidad”.²⁸ Además, nos dice Tácito que “el poder para los reyes no es ilimitado ni arbitrario; los jefes más con el ejemplo que con autoridad, si actúan prestos, se dejan notar y van en vanguardia, ejercen el mando por la admiración que producen”.²⁹ Por otro lado, destaca que “los jefes deciden sobre los asuntos de menor entidad y todo el pueblo sobre los de mayor trascendencia, aunque los jefes debe tratar con antelación incluso lo que es competencia de la plebe”.³⁰

Más allá de estas manifestaciones tempranas de fundamentación ascendente del poder, la realidad es que durante la mayor parte de la Edad Media, y más específicamente durante el Imperio fundado por Carlomagno, predominaron las formas descendentes de legitimación del poder. De hecho, como señala Ullmann, fue precisamente la influencia del Cristianismo lo que trajo como consecuencia que los pueblos germánicos adoptaran la concepción descendente del poder, propia de la doctrina cristiana, y que la teoría ascendente fuera enterrada para no volver a aparecer como postura teórica hasta fines del siglo XIII.³¹

La concepción cristiana del gobierno es de carácter descendente en la medida en que se considera que, partiendo de una metafórica pirámide, cualquier forma de poder que se de en la base proviene necesariamente del vértice, puesto que como señala San Pablo “no existe más poder que el de Dios”. Por lo tanto, cualquier manifestación de autoridad

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Cornelio Tácito, *Germania*, 7 (Versión de Biblioteca Básica Gredos).

³⁰ *Ibidem*, 11.

³¹ W. Ullmann, *op. cit.*, p. 15.

en la tierra, no es más que una delegación de Dios. Además, era Él mismo quien designaba a un representante sobre la tierra, a quien se le consideraba como la encarnación del origen de todo poder.³² De tal forma que una vez que la Iglesia cristiana y sobre todo el Papa consolidaron su interpretación del mundo, era natural que durante la mayor parte del Medioevo predominaran las ideas descendentes de la legitimidad del gobierno.

La gestación de las ideas sobre la función del papado como institución de gobierno se dio en el periodo que comprende los pontificados de Dámaso y León I, básicamente desde el final del siglo IV hasta mediados del próximo siglo. El fundamento concreto de esta interpretación de la naturaleza del papado se basó en un fragmento del evangelio según san Mateo, en el cual se refiere que Dios le habría comunicado a Pedro que sobre él edificaría su Iglesia además de otorgarle las llaves del cielo y, muy importante, el poder de atar y desatar en la tierra como en el cielo.³³ Sin embargo, este relato sólo legitimaba la autoridad de San Pedro como representante de Dios, más no la de sus sucesores. Para ello el papado tuvo que recurrir a un documento espurio de finales del siglo II. En éste, Clemente I le indica a san Jaime –hermano de Cristo, las últimas disposiciones de San Pedro al momento de sentir próxima su muerte. De acuerdo con la carta, éste último, frente a la comunidad romana, había transmitido al papa Clemente su poder para atar y desatar. Más tarde, León I apoyándose en una interpretación jurídica, argumentó que el Papa era el heredero de los poderes y funciones que Jesucristo originalmente otorgó a san Pedro. Si bien León I aceptaba que las cualidades personales no pueden ser transmisibles, con respecto al cargo y los poderes su opinión era muy

³² *Ibidem*, p. 15.

³³ *Ibidem*, p. 24.

diferente. De acuerdo con lo establecido por las leyes romanas el cargo y poder pueden ser heredados en tanto que, por derecho, el heredero ocupa el *status* legal del muerto. De ahí, que León I hable del cargo del Papa como “indigno heredero”.³⁴

De acuerdo con Ullmann, se pueden extraer dos importantísimas consecuencias de la evolución de la doctrina papal delineada por León I. Primero, que la diferenciación entre las funciones y poder del cargo por un lado, y la persona que lo ocupa por el otro, “equivalía a sostener que la calificación personal de quien ocupaba el cargo carecía de importancia”. Por lo tanto, “que el Papa fuese un santo varón, un bribón malicioso o una nulidad no tenía la menor trascendencia”. La legitimidad de la investidura del Papa no radicaba en sus cualidades personales sino en ser designado legítimamente sucesor de San Pedro. La segunda consecuencia es que en la medida en que el Papa en turno es el heredero y continuador de San Pedro, éste era el único poseedor de lo que León I identificó como *plenitudo potestatis* (plenitud de poder).³⁵

Con base en lo anterior, la posición de supremacía del Papa sobre toda la comunidad cristiana se había consolidado, al menos doctrinalmente, pues la presencia del Imperio romano de oriente o Bizancio impedía llevar más lejos estas conclusiones. Ello se debe a que los basileos bizantinos eran los verdaderos herederos de los emperadores romanos. Además, la interpretación bizantina de la naturaleza del cargo de emperador era radicalmente diferente, pues este gozaba de una supremacía que el Papa no estaba dispuesto a aceptar. Por tal motivo, el papado trató de buscar una solución a tal situación.

Con motivo del apoyo que otorgó el papa Esteban II a Pipino para que fuera el Rey franco y no Childerico III, se volvió a abrir el debate sobre la relación entre el

³⁴ *Ibidem*, p. 27.

³⁵ *Ibidem*, pp. 27-29.

papado y el imperio. La solicitud de protección contra los lombardos de Esteban II a Pipino fue el inicio del camino que concluyó con la formación del nuevo imperio. La “Donación de Constantino” fue una pieza clave. De acuerdo con esta historia, producto de un documento apócrifo, Constantino traspasó todas sus insignias al Papa con el objetivo de otorgar todo el poder, la dignidad, la gloria, la fuerza y los honores imperiales. La consecuencia de ello, sostiene Ullmann, “era que la corona figuró sobre la cabeza de Constantino y sus sucesores por la benevolencia del Papa, quien si así lo hubiese deseado habría podido de nuevo llevarla a Roma”.³⁶

El primer paso para traer de regreso la corona a Europa se dio cuando Esteban II nombró a Pipino como patricio de los romanos. Con este nombramiento Pipino adquirió el deber de proteger al Papa más allá de su deber tradicional pasivo y autónomo de *advocatus*.³⁷ El camino se completó en la navidad del año 800 cuando el papa León III confirió el cargo de emperador de los romanos a Carlomagno. Sin embargo, hay que destacar el hecho de que Carlomagno tuvo considerables diferencias de criterio con León III, básicamente sobre la naturaleza del imperio que sería el suyo. Carlomagno sólo deseaba alcanzar el mismo rango que el emperador bizantino, pues no estaba entre sus deseos el gobernar a aquéllos. Su ambición sólo era ser el “Rector de Europa”.

Con el arribo de Enrique I, pero principalmente de Otón I, la relación entre el papado y el emperador cambio drásticamente. Este “segundo nacimiento del Imperio romano [...] marcó el inicio de la íntima conexión existente entre el papado y Alemania en las centurias que siguieron”. El documento denominado *Ottonianum* estableció las bases constitucionales para el control del papado por el emperador. Tal fue el dominio,

³⁶ *Ibidem*, p. 60.

³⁷ *Ibidem*, p. 62-63.

que entre el 963 y 1059, de veinticinco Papas, no menos de doce fueron nombrados por los emperadores alemanes.³⁸

Para Antony Black, “el siguiente episodio en el debate Iglesia-Estado tuvo su origen en el conflicto entre los papas y los reyes-emperadores de Alemania, aunque también intervinieron otros estados y factores”. Este enfrentamiento tendría como consecuencia la aparición de algunos de los escritos políticos más originales de la baja Edad Media, responsabilidad de Dante Alighieri, Marsilio de Padua, Guillermo de Ockham y Nicolás de Cusa.³⁹

Además del orden político europeo, en este conflicto estaba en juego la posibilidad de que Alemania se instituyera como un estado-nación. En medio del enfrentamiento entre el papa Juan XXII y Ludwig de Baviera es que Marsilio escribió el *Defensor pacis*, culpando al Papa de todos los males dentro de Europa.⁴⁰ Del mismo tenor son las conclusiones de Ockham⁴¹, quien se había incorporado en esas fechas a la corte de Ludwig.

En suma, la Edad Media constituyó una fuente constante de conflictos entre el papado y los emperadores. Esto resulta importante porque a partir de Carlomagno, así como con Otón I, y más tarde Luis de Baviera, ya sea en mancuerna o en contraposición con el Papa, los emperadores alemanes cobrarían una gran fuerza. Ello daría como resultado que la figura del emperador fuera la fuente de toda soberanía. Hecho, que en gran parte impidió la conformación de una asamblea o parlamento más fuerte.

³⁸ *Ibidem*, p. 90.

³⁹ Antony Black, *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Londres, Cambridge University Press, p. 83.

⁴⁰ Ver Marsilio de Padua, *Defensor pacis*, New York, Columbia University Press, 2001.

⁴¹ Ver Guillermo de Ockham, *Sobre el gobierno despótico del Papa*, Madrid, Tecnos, 1992.

Primer constitucionalismo alemán

La influencia que ejerció la concentración de poder en las manos de los monarcas y de los emperadores en los distintos estados alemanes fue determinante para la configuración tardía del constitucionalismo liberal. No es casual, por lo tanto, que a la desaparición del Imperio romano germánico haya seguido el absolutismo, pues éste no es más que el reconocimiento del carácter soberano del monarca.

Los primeros avances hacia el constitucionalismo se presentaron en los estados alemanes del sur y suroeste a comienzos del siglo XIX. Dentro del movimiento constitucionalista destacan dos autores por encima de los demás: Karl von Rotteck⁴² y Karl Theodor Welcker. Este par de juristas alemanes se encargaron de la coordinación del *Staat-Lexikon*, cuya importancia se aprecia en la denominación de “Biblia del liberalismo primitivo alemán” que se le adjudicó con el transcurrir del tiempo.

No es una tarea fácil tratar de definir el liberalismo alemán, pues encontramos una serie de posiciones que no necesariamente son compatibles o al menos con perfiles claros. En todo caso, sostiene Joaquín Abellán, “si buscamos un tipo ideal dentro de esta gran variedad de posiciones se puede decir que el liberalismo alemán fue, ante todo, un movimiento político que quería transformar al Estado en un Estado de derecho y constitucional”.⁴³ Una de las características fundamentales del liberalismo alemán, en comparación con los demás liberalismos que se gestaron en Europa, es su desarrollo tardío. Al respecto se pueden sostener dos factores: uno es el tardío desarrollo industrial y por consiguiente una situación de debilidad de la burguesía ante los conservadores; la

⁴² Ver Karl von Rotteck, “Constitución”, y Carl Theodor Welcker “Responsabilidad de los príncipes” en Joaquín Abellán (ed.), *Liberalismo alemán en el siglo XIX: 1815-1848*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

⁴³ Joaquín Abellán, “Estudio preliminar” en *Ibidem*, p. VII.

otra, que está de la mano con la anterior, es el establecimiento de un arreglo político tanto en la Confederación de Estados alemanes producto del Congreso de Viena como posteriormente en el Acta Constitucional de Viena de 1820.

En este sentido, como señala Abellán, “la Confederación iba a tener un papel activo contra el desarrollo del constitucionalismo en los Estados alemanes”. Si bien, la constitución de la federación en un principio dejaba abierta la posibilidad a un avance hacia un constitucionalismo más desarrollado, pues por ejemplo ya se reconocía la igualdad de creencias, fue “el giro conservador que tomó la Confederación en la segunda mitad de la segunda década del siglo [XIX], lo que frenó el desarrollo del constitucionalismo liberal en Alemania”.⁴⁴ Esta resistencia contra la plena constitucionalización del régimen fue obra de la mancuerna formada entre el canciller austriaco Metternich y Gentz. De acuerdo con la interpretación que hace Gentz del artículo 13 de la Constitución, el único tipo de parlamento que se establece es uno de carácter tradicional medieval, en donde sólo son las corporaciones las que tienen derecho a representación; ir hacia una representación moderna, es decir de carácter individual, sería, argumentaba Gentz, ir hacia la anarquía.⁴⁵

La ambigüedad de la constitución de la federación dejó la puerta abierta para que en algunos de los estados alemanes del sur se desarrollaran intentos preliminares de constitucionalismo. De hecho, este tipo de monarquía constitucional sería el modelo que seguiría Prusia en 1850.

⁴⁴ *Ibidem*, p. X.

⁴⁵ *Ibidem*, p. XI.

La revolución francesa de 1830, pero sobre todo el movimiento polaco de 1830-1831 fue el acontecimiento que animó en mayor medida a los grupos opositores.⁴⁶ La influencia del movimiento revolucionario se sintió de una manera más profunda en los estados alemanes del centro y norte que no habían introducido reformas previas. También en el sur se reanimaría la vida política. No obstante, la Confederación rápidamente trató de oprimir estas manifestaciones. Más tarde a mitad del siglo XIX se volvería a politizar la sociedad alemana. El intento francés de llegar a la frontera del Rin exaltó los sentimientos nacionalistas. A ello también contribuyó el posterior enfrentamiento contra Dinamarca por los territorios de Schleswig y Holstein.

Como consecuencia del movimiento revolucionario de 1848 se hizo manifiesta la divergencia entre los liberales y los demócratas. Los primeros sostenían que la mejor forma para defender el orden social burgués y que evitara los peligros de la revolución social sería la monarquía constitucional; los segundos veían en la forma republicana y en un derecho electoral democrático la única forma que garantizaba la modernización de la sociedad, además de posibilitar los acuerdos parlamentarios. Esta división entre ambas posturas se puede explicar si se parte de que el movimiento constitucionalista liberal estaba más ligado a la defensa de derechos que a la participación en el ejercicio del poder. Sólo así se puede entender cómo los liberales al distanciarse de los demócratas y vincularse a los conservadores, aceptaron una constitución que parecía defender ciertos derechos pero que otorgaba un papel marginal al parlamento.

La importancia del surgimiento del movimiento constitucionalista radica en que comenzaba a vislumbrar la idea de una soberanía dividida. Desde esta perspectiva, ya no

⁴⁶ Sobre la influencia del liberalismo inglés y francés sobre el liberalismo alemán ver Gunther Eyck, "English and French influences on German liberalism before 1848" en *Journal of the History of Ideas*, vol. 18, núm. 3, 1957.

era el monarca el único soberano, pues se consideraba ya al parlamento como otra fuente de soberanía que sería la única capaz de introducir límites al primero. En este sentido Welcker, en una contraposición a las ideas prevalecientes de Jean Bodin o de Thomas Hobbes, elaboraría una crítica a la concepción del poder soberano como absoluto pues consideraba que ésta llevada al plano del derecho debe considerarse como limitada y condicionada.

Tanto las constituciones de los estados del sur de comienzos del siglo XIX como la Constitución de la Confederación reconocían implícitamente la idea de la legitimidad soberana del monarca, pues se trataban de constituciones otorgadas. Es precisamente contra estas ideas que Welcker sostendrá que un gobierno constitucional sólo puede ser aquél que gobierna tomando en cuenta los mandatos de la voluntad colectiva. De esta forma introduce la idea de que para que una Constitución sea legítima debe ser el producto de los acuerdos entre la nación y sus órganos.

El Imperio “guillermino”

La idea de la legitimidad de un gobierno constitucional se fundamenta en la limitación de los poderes del monarca. Pero esto sólo es posible tomando en cuenta la voluntad de la colectividad que se expresa en los órganos del Estado. Este fue el punto de arranque de las discusiones que introducirían autores como Paul Laband, Carl Friedrich von Gerber, Georg Jellinek y Max Weber: ¿cuál es la naturaleza jurídico-política del parlamento?

La primera característica que distingue el arreglo constitucional del Imperio alemán de 1871 es el reconocimiento de poderes soberanos fundantes que reconoce a los estados alemanes. Este hecho se reflejó en la conformación del *Bundesrat* o cámara federal que fue la que ejerció el verdadero contrapeso del gobierno del canciller y del

emperador. En contraparte, el Parlamento federal era conformado por voto universal, directo y secreto, pero con base en el sistema mayoritario. Aunque la constitución sostenía una representación dual entre la monarquía y el *Reichstag*, en la práctica este último carecía de toda soberanía. Básicamente, la constitución contenía fuertes reservas contra un parlamentarismo pleno, aun cuando existía un parlamento federal con características democráticas. Ésta es una de las características clave para comprender el funcionamiento del Imperio y que sería fuente de las críticas elaboradas por Max Weber.⁴⁷

La fundamentación jurídico-política del Imperio alemán se apoyó en las argumentaciones de Laband y de Friedrich von Gerber, quienes aunque ya atribuían el carácter de órgano del Estado al parlamento, implícitamente negaban su función de representación de los súbditos, es decir, como una representación del pueblo frente al monarca. Esta postura se ve reforzada por su concepción holista del Estado la cual ve en el monarca la representación de la voluntad soberana. Como señala Abellán, “la consideración del parlamento como “órgano estatal” –y con esa mínima función- impide que pueda ser considerado como “órgano del pueblo” y que pueda considerarse, consiguientemente, como un poder frente a la burocracia monárquica”. De tal forma, aunque el pueblo elige al parlamento, éste no tiene ningún papel en la conformación de la voluntad política.⁴⁸

Para Paul Laband la imposibilidad de concebir como representativo del pueblo al parlamento estriba en su concepción de la democracia. Para Laband, la democracia directa es la única forma posible, principalmente porque una democracia representativa

⁴⁷ Joaquín Abellán, *Poder y política en Max Weber*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 112-113.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 115.

no puede incluir a la totalidad de los ciudadanos. Además en una democracia representativa el sujeto del poder soberano debe ser todo el pueblo, no sólo una parte. Con ello, también se llega a la conclusión del carácter imperativo de los diputados con lo que se niega el carácter representativo. En suma, en la obra de Laband, el *Konstitutionalismus* alemán tradicional tiene su mayor defensa, en donde no cabe un parlamento representativo.⁴⁹

Los primeros intentos por romper con la interpretación tradicional dominante fueron obra de Albert Hänel, Otto von Gierke y Hugo Preuss. En el caso de Gierke habría que destacar el enorme papel que tuvo la recuperación del derecho natural alemán, pero sobre todo, la obra de Johannes Althusius, pues esta le permitió fundamentar la idea de que la soberanía no es única ni absoluta, sino que puede estar dividida. Sin embargo, es con las aportaciones de Georg Jellinek, cuando se abre la mayor posibilidad de ruptura con la interpretación predominante. La principal aportación de Jellinek es reconocer al parlamento como órgano del pueblo además de órgano del Estado. No obstante, Jellinek no logra distanciarse de la interpretación que identifica la voluntad soberana con la voluntad del monarca.

De acuerdo con Jellinek, en una democracia representativa el parlamento es el órgano del pueblo y del Estado al mismo tiempo. Es un órgano del pueblo en la medida en que jurídicamente están vinculados, pues el pueblo se organiza y expresa a través del parlamento. A su vez, es un órgano del Estado en la medida en que forma parte de la unidad estatal.

En todo caso, si bien con su idea de representación se marca el inicio de la ruptura con la interpretación tradicional dominante, no llega a dar el paso. Ello se hace evidente

⁴⁹ *Idem.*

cuando Jellinek llega a la conclusión de que no es necesario que el *Deutsches Reich* adopte un sistema parlamentario.⁵⁰ Será Max Weber quien de el paso en defensa hacia una forma parlamentaria.⁵¹ A ella posteriormente se sumarían autores como Herman Heller o el mismo Hans Kelsen.⁵² No obstante, el parlamentarismo seguiría teniendo enemigos, el más importante quizá sea Carl Schmitt.⁵³

⁵⁰ Sobre las críticas al parlamentarismo elaboradas por Jellinek ver Abellán, *op. cit.*, pp. 119-124.

⁵¹ Ver Max Weber, "Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada", *Escritos políticos*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2008.

⁵² Ver Hans Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, trad. Francisco Gil Villegas, sin datos editoriales, 2008 (traducción de la primera versión aparecido como artículo publicado en el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 49, núm. 1 en 1920).

⁵³ Ver Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996.

Capítulo II

La legitimidad de la dominación en Max Weber

Una de las cuestiones más relevantes de la teoría política es la de la justificación del poder. Son varios los autores que se han dedicado a elaborar una teoría que explique los fundamentos de la obligación política. La teoría de Max Weber sobre la legitimidad de la dominación (*Herrschaft*) ha adquirido hoy en día un carácter hegemónico por su capacidad explicativa del fenómeno de mando-obediencia en las relaciones sociales. No obstante, la extensión, fragmentación y complejidad propia de la obra de Weber ha facilitado la elaboración de interpretaciones desacertadas sobre ésta. En este sentido, una de las fuentes más comunes de equivocación es la relación entre legitimidad y legalidad. De acuerdo con una interpretación muy sostenida cualquier Estado moderno es esencialmente una organización jurídica, y por lo tanto, legal; de ahí que sin importar su contenido sustantivo sea una organización basada en un poder legítimo. Partiendo de una interpretación positivista del derecho se llega a equiparar la legitimidad con legalidad. La implicación teórica –con alcances prácticos- es la calificación de legítimo a cualquier forma de Estado que como tal, para retomar la célebre definición weberiana, tenga la capacidad de mantener el monopolio de la fuerza física dentro de éste. De igual forma, se ha equiparado al Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) con la forma de gobierno democrático-liberal.

Contraria a esta interpretación, en este capítulo sostengo que la relación entre legitimidad y legalidad en el pensamiento de Max Weber es más compleja de como lo han simplificado las interpretaciones positivistas. En este sentido, aunque los ordenamientos jurídicos de los estados puedan calificarse como legítimos, en su vertiente legal, por cuanto sus cualidades formales, ello no significa que dentro de un Estado ésta

deba ser la única forma de legitimidad. Dentro de una comunidad política como lo es el Estado junto a la legitimidad de tipo legal conviven las demás formas de legitimidad, esto es, la carismática y la tradicional. Sólo la posibilidad de esta convivencia, para Max Weber, es la única puerta de escape de la “jaula de hierro” de la servidumbre a la legitimidad racional-formal personificada por la burocracia moderna. Por lo tanto, la legitimidad ulterior del Estado no reposa en aquella exclusiva del derecho sino en la convivencia de otras fuentes y formas de legitimación. Así, la democracia parlamentaria permite, a los ojos del sociólogo de Heidelberg, la expresión de comportamientos tradicionales, pero principalmente de aquellos más bien carismáticos capaces de contrarrestar la irresistible fuerza de la racionalidad formal-instrumental.

Con el propósito de sustentar las afirmaciones referidas, el capítulo está estructurado en tres secciones. La primera de ellas se dedica a establecer los conceptos clave de la sociología comprensiva de Weber. Se trata de un paso indispensable para evitar, o al menos disminuir cuanto sea posible, la fuente de equívocos en la utilización de la teoría weberiana. Será de principal relieve la parte metodológica, pues permitirá entender la naturaleza y razón de ser de los tipos-ideales y de la neutralidad valorativa. La segunda de ellas está centrada en el análisis de un concepto fundamental para entender la obra de Weber: la racionalidad. Su oportunidad radica en mostrar cómo su noción de racionalidad no se agota en aquella de carácter formal-instrumental. Por lo tanto, si pueden existir diversos tipos de racionalidad no hay razón para pensar que la propia del derecho deba considerarse como intrínsecamente superior y, en consecuencia, deseable por sí misma. Finalmente en la tercera se aborda concretamente la forma de dominación legal-burocrática como fue entendida por Weber. Aquí el objetivo es mostrar cómo se trata, aun cuando parezca una obviedad, de una descripción de utilidad metodológica. De

tal forma, Weber nunca pensó que la complejidad de la vida social y política del mundo moderno se agotara en una descripción abstracta y reductiva de la realidad como es el *tipo-ideal* de esta forma de dominación. Lo anterior abre la puerta para adentrarse a su teoría política, específicamente, su idea de la democracia plebiscitaria fundamentada en creencias carismáticas como la forma de contrarrestar las tendencias de racionalidad formal-instrumental con las que operan el derecho y la burocracia.

II.1 La comprensión de la acción social en la metodología weberiana

Origen de la sociología comprensiva

Durante el periodo que comprende los siglos XVI y XIX el objeto principal de atención del mundo académico e intelectual en Alemania fue el Estado. No es casual que la teoría del Estado haya encontrado en el suelo germano su mayor recepción y cultivo. En Alemania tanto la política como la economía y naturalmente la administración han estado marcadas de manera profunda por la presencia de éste. De hecho, señala Peter Stirk, muchos de los señalamientos que identifican una tradición particularmente alemana de pensamiento político ubican al Estado en el centro de ésta. Más aún, la idea alemana del Estado está construida sobre el presupuesto de que existe algo que es el Estado y que es susceptible de ser abordado mediante una descripción general o por una teoría.¹ Aunado a ello está el hecho de que hasta entonces el concepto de Estado había sido expuesto en una distintiva forma legal; básicamente “como una asociación unificada por un propósito y concebida como una persona legal”.²

¹ Peter M. Stirk, *Twentieth-century German political thought*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006, p. 5.

² *Ibidem*, p. 6.

La interpretación del Estado como una persona legal con una voluntad superior a la de los miembros de la organización alcanzó su auge en el siglo XIX cuando la idea del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) había ya abandonado su contenido original de derecho natural por uno estrictamente positivista. Básicamente la idea que se tenía era que la administración del Estado actuaba y era controlada por leyes.³ En gran parte aquí radica el origen de los problemas con la república de Weimar y con el régimen nazi, pues el positivismo jurídico probó su debilidad ante ambos, aunque por distintos motivos.

Entre los juristas más destacados de aquel periodo se encuentran Paul Laband y Carl Friedrich von Gerber quienes, a diferencia de lo sucedido con los movimientos liberales de mediados del siglo XIX, se ocuparon por la renovación jurídica del positivismo jurídico-público del Imperio guillermino. Para ello, señala Dieter Wyduckel, expulsaron de su sistema las vertientes histórico-política y la filosófica.⁴ En ambos autores es clara la intención por explicar al Estado como una personalidad jurídica y una voluntad independiente y superior a la de sus partes constitutivas. Se trata de una clara reminiscencia de la concepción organicista de la organización política. No obstante, es importante destacar, apunta Wyduckel, que el positivismo de Gerber es más flexible que el que desarrollaría Laband, pues aun cuando reconoce que el Estado dispone de un poder capaz de imponer sus decisiones, éste “no estaría totalmente desligado a las normas, sino que está vinculado al Estado como idea moral, así como a las reflexiones finalistas que delimitan su actividad”.⁵

La mayor crítica a la tradición legalista del Estado, pero específicamente a la obra de Laband, fue elaborada por Georg Jellinek en su altamente influyente *Allgemeine*

³ *Ibidem*, p. 9.

⁴ Dieter Wyduckel, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, Sección V.

⁵ *Idem*.

Staatslehre.⁶ Es importante señalar que Jellinek no discute la importancia del enfoque jurídico del Estado desarrollado por sus antecesores, más bien argumenta que el Estado no debe ser considerado sólo como una construcción legal sino también como un hecho social. De esta forma, da nacimiento a su célebre concepción dual del Estado. Como afirma Norberto Bobbio, la distinción entre la teoría sociológica y jurídica del Estado se volvió de uso común por la tecnificación del derecho público con la consecuente personificación jurídica del Estado. A su vez esta tecnificación debe entenderse como producto natural “de la concepción del Estado como Estado de Derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica, y en su conjunto como ordenamiento jurídico”.⁷ Dentro de la aportación de Jellinek es útil rescatar la idea de acuerdo con la cual la divergencia entre el lado jurídico y el sociológico se correspondería con la contraposición entre la esfera del ser (*sein*) y la del deber ser (*sollen*).

A partir del parteaguas que representa la teoría del estado elaborada por Jellinek es que se puede ubicar la obra sociológica de Max Weber. Sin lugar a dudas Georg Jellinek fue una de las mayores influencias en Weber, principalmente en la elaboración de su sociología jurídica. Sin embargo, debe rescatarse la influencia que ejercieron otras figuras en su formación intelectual. Weber fue heredero de las tradiciones del neokantismo y del historicismo tardío. Así, la influencia indirecta de Kant provendría de Rickert y Windelband. De igual forma también ejerció una profunda influencia su contemporáneo

⁶ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁷ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 72 y 73.

Georg Simmel.⁸ Todas estas influencias son fundamentales para comprender la teoría sociológica weberiana.

Uno de los aspectos que Weber rescata de Jellinek es la distinción entre la faceta jurídica y la sociológica del Estado. Para Weber es muy importante distinguir entre un análisis de tipo jurídico de uno sociológico. Asimismo, hay un punto en particular que, como a Jellinek, inquietó a Weber: la preocupación por el uso incorrecto de los conceptos colectivos, principalmente el de Estado pero también el de *Volkgeist*. En este sentido, es claro que para Weber la validez de hablar de un Estado residía en su propósito cognitivo y no es su realidad sustantiva. Finalmente, habría que añadir que existe una enorme similitud, como apunta Joaquín Abellán, en la metodología utilizada por ambos. Esto se manifiesta en la preferencia por los “tipos ideales” como herramientas de análisis, así como en la clasificación y la comparación de los fenómenos sociales. Además, esta metodología compartida, señala Abellán, los enfrenta no solo con los juristas sino con los primeros sociólogos como Spenser, Comte y Durkheim y a los cultivadores de la economía histórica.⁹

No obstante, la gran proximidad entre Jellinek y Weber en cuestiones básicas de su pensamiento, hay un punto en el cual Weber se distancia considerablemente del primero: el tratamiento científico de la legitimidad. Así, mientras Jellinek dejaba dentro del ámbito de la preocupación de la parte práctica de la teoría del Estado, que es la política, la valoración de la legitimidad; a Weber sólo le preocupa, fuera de valoración

⁸ Ver Francisco Gil Villegas M. “La influencia de Simmel en Max Weber: la condición trágica de la modernidad racionalizada”, *Acta Sociológica*, Núm. 37, enero-abril de 2003; también puede consultarse González García, José M., “Max Weber y Georg Simmel: ¿dos teorías sociológicas de la modernidad?”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 89, enero-marzo de 2000.

⁹ Abellán, Joaquín, *Poder y política en Max Weber*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, p. 38.

política alguna, la cuestión de cómo es aceptado el poder.¹⁰ Esto es, a Weber le interesaba analizar la forma en que se establecen relaciones de mando y obediencia efectivas y duraderas dentro de una comunidad política.

La metodología weberiana

Una de las aportaciones más importantes de Max Weber al ámbito de las ciencias sociales es su metodología. Lo que lo hace más notable es el hecho de que, contrario a lo que algunos especialistas en la obra weberiana consideran, las cuestiones de orden metodológico no eran por mucho el interés central del sociólogo de Heidelberg. Muchos han querido ver en los capítulos de *Economía y Sociedad* así como en sus trabajos metodológicos su aportación principal. Sin embargo, ello no resta en nada su enorme valía. La elaboración de tipos-ideales es sin duda una de las marcas características de Max Weber y uno de sus mayores logros; aun cuando, como señala Mommsen, continúa siendo una fuente de polémicas, principalmente en cuanto a su *status* lógico y a su función epistemológica.¹¹

Si bien la utilización de tipos-ideales adquirió a partir de Weber su máxima aceptación, cabe destacar que no constituyen algo totalmente novedoso. En efecto, Max Weber retomó la elaboración de construcciones típico-ideales de uno de sus mayores colegas: Georg Jellinek.¹² A su vez, el recurso a los tipos ideales debe rastrearse a los autores de orientación neokantiana, aun cuando ellos no le otorgaran ese nombre. Sobre esto punto, Wolfgang Schluchter considera que la metodología weberiana debe colocarse

¹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹ Wolfgang Mommsen, "Ideal type and pure type: Two variants of Max Weber's ideal-typical method", *The political and social theory of Max Weber*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989.

¹² Ver G. Jellinek, *op. cit.*, capítulo II.

cercana a la desarrollada por Heinrich Rickert y Emil Lask.¹³ Weber retomó de Kant y de los neokantianos la crítica al dogmatismo racionalista que sostenía la afirmación de que los conceptos son copias fieles de la realidad. De igual forma, retomó la distinción entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias de la cultura (*Kulturwissenschaften*) aunque con una interpretación diversa en cuanto a su objetivo.

En uno de sus artículos más célebres intitulado “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social” es en donde Max Weber expone con la mayor claridad posible la naturaleza, el objetivo y el alcance de los tipos-ideales. Primero que nada hay que establecer que Max Weber engloba las ciencias sociales (la sociología, el derecho o la economía) dentro de lo que denomina como “ciencias de la cultura”, que son “las disciplinas que procuran conocer los fenómenos de la vida en su *significación cultural*”.¹⁴ En este sentido, la significación de un fenómeno es algo que interesa resaltar al investigador. No existe una forma para determinar de forma absoluta que es lo digno de ser significativo, sino que es algo que con base en supuestos el investigador construye. Ahora bien, como señala Weber:

Lo único que introduce orden en este caos es la circunstancia de que, en cada caso, sólo una parte de la realidad individual reviste para nosotros interés y *significación*, porque únicamente ella muestra relación con las *ideas de valor culturales* con las cuales abordamos la realidad. Sólo determinados *aspectos* de los fenómenos individuales, siempre infinitamente múltiples –es decir, aquellos a los

¹³ Wolfgang Schluchter, *The rise of western rationalism. Max Weber developmental history*, trad. Gunther Roth, Berkeley, University of California Press, p. 13; también consultar Thomas Burger, *Max Weber's theory of concept formation. History, laws and ideal-types*, Durham, Duke University Press, 1987, especialmente el capítulo I.

¹⁴ Max Weber, “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 65.

cuales atribuimos *significación cultural* general-, son por lo tanto dignos de ser conocidos, y sólo ellos son objeto de explicación causal.¹⁵

En este sentido, debe quedar claro que los tipos-ideales están contruidos con base en la intención de resaltar algunos rasgos significativos de la realidad con el objeto de tornarla mucho más asible. “Se los obtiene –señala Weber- mediante el *realce* unilateral de *uno* o de *varios* puntos de vista y la reunión de una multitud de fenómenos *singulares*, difusos y discretos, que se presentan en mayor medida en unas partes que en otras.”¹⁶ Para Weber tanto los conceptos en general, pero sobre todo los tipos ideales de forma deliberada están incapacitados para abarcar la totalidad de la complejidad de la realidad. Más aún, el sociólogo de Heidelberg señala que:

En cuanto a su contenido, esta construcción presenta el carácter de una *utopía*, obtenida mediante el realce *conceptual* de ciertos elementos de la realidad. Su relación con los hechos empíricamente dados de la vida consiste exclusivamente en esto: allí donde en la realidad se *comprueba* o se *supone* que en algún grado operan de hecho conexiones del tipo abstractamente representado en aquella construcción [...].¹⁷

Max Weber, más adelante en su exposición, señala que la naturaleza de los tipos-ideales no es hipotética, pero sí desea “señalar una orientación a la formación de hipótesis”. Menos aún constituye una exposición de la realidad como ya se ha advertido, pero busca “proporcionar medios de expresión unívocos para representarla”. La

¹⁵ *Ibidem*, pp. 67 y 68.

¹⁶ *Ibidem*, p. 79.

¹⁷ *Idem*.

investigación científica busca establecer relaciones de causalidad entre diferentes fenómenos, pero sólo en la medida en que se abstraigan dichos fenómenos mediante la elaboración de tipos-ideales será posible manejar hechos que en la realidad son mucho más complejos.

Una vez dicho lo anterior, debe quedar claro cuál es la naturaleza de los tipos-ideales para Max Weber. En este sentido, en nada quita valor, o descalifica, a un tipo ideal el hecho de que no se presente tal cual en la realidad, pues como ya vimos se trata de la abstracción de una característica significativa de un fenómeno y no su descripción detallada. Más aún, señala Weber, la formación de tipos-ideales es sólo un medio dentro de la investigación científica, básicamente “para el conocimiento de fenómenos culturales concretos en su conexión, su condicionamiento causal y su *significación*”.¹⁸

A los tipos ideales también se les ha atribuido la función, con base en interpretaciones de materialismo histórico, de identificar el proceso histórico verdadero que debe seguir la historia. No obstante, Weber ha sido muy claro al descalificar esta interpretación pues el tipo-ideal para él “constituye este un cuadro conceptual que no *es* la realidad histórica, al menos no la ‘verdadera’, y que mucho menos está destinado a servir como esquema *bajo* el cual debiera subsumirse la realidad como *espécimen*, sino que, en cambio tiene el significado de un concepto *límite* puramente ideal”.¹⁹ Sólo con base en criterios cognoscitivos es que la realidad se compara con un tipo ideal, pero nunca como el camino que la realidad debe seguir. Esta afirmación es sumamente importante pues algunos lectores superficiales de la obra del sociólogo de Heidelberg han querido ver en ellos un patrón deseable a seguir, o una calificación axiológicamente positiva. Un caso

¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

¹⁹ *Ibidem*, p. 82.

representativo de ello como se verá más adelante lo constituye la racionalización formal del tipo de dominación legal-burocrático.

Para Max Weber los tipos-ideales son herramientas conceptuales necesarias para la investigación dentro de las ciencias de la cultura. Los tipos-ideales, más allá de su denominación que puede invitar a la confusión, no tienen una finalidad valorativa. Una de las tesis más retomadas de Max Weber, pero igualmente mal entendidas, es la de la neutralidad valorativa.²⁰ Al respecto, se ha vuelto una referencia obligada el señalar la profunda influencia que ejercieron los postulados de Nietzsche en el sociólogo de Heidelberg.²¹ No obstante, tampoco debe sobredimensionarse esta influencia.

Para Max Weber las valoraciones son “aquellas *prácticas* del carácter censurable o digno de aprobación de los fenómenos influyentes por nuestro actuar”. No es que Weber no considere importantes los juicios de valor en la vida social. Su afirmación es mucho más específica. Considera que las valoraciones no son propias de la labor científica, porque no es posible determinar mediante consideraciones científicas el valor o la jerarquía entre todos los valores posibles a los que los hombres pueden remitirse. Por tal motivo, el hombre de ciencia debe abstenerse de formular juicios de valor en tanto habla como tal. En todo caso, señala Weber, si el científico considera indispensable expresar valoraciones, debe hacerlo con la advertencia de señalar que dichos juicios no se desprenden de su labor intelectual sino de orientaciones particulares. Este camino sólo es aceptable:

²⁰ El desarrollo de los argumentos de la neutralidad valorativa y el papel de los valores en la investigación científica son desarrollados principalmente en los artículos “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social” de 1904 y en “El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas” de 1917 ambos disponibles en Max Weber, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973

²¹ Sobre este aspecto ver Wilhelm Hennis, “The traces of Nietzsche in the work of Max Weber”, en *Max Weber, essays in reconstruction*, trad. Keith Tribe, London, Allen & Unwin, 1988.

Si el docente se impone como deber absoluto, en cada caso singular, aun a riesgo de volver más insípida su exposición, mantener inexorablemente en claro ante sus oyentes y, lo que es esencial, *ante sí mismo, cuáles* de sus aseveraciones corresponden a hechos deducidos lógicamente o empíricamente observados, y cuáles a valoraciones prácticas.²²

Esta afirmación se basa en gran parte en la idea que tiene Weber del papel de las Universidades como centros de enseñanza. Para él ya no pueden seguir siendo lo que eran antes, esto es, formadores de hombres con vocación humanista. La ciencia desarrollada en occidente ha tomado una mayor presencia en los centros de enseñanza por lo cual los juicios de valor deben restringirse. Ahora bien, ello no quiere decir, como en algunos casos se ha interpretado, que las ideas que influyen sobre el actuar de los hombres o las valoraciones que éstos hacen no sean tema de preocupación de las ciencias de la cultura. Por ello es enfático al aclarar que “en ningún caso [...] debe confundirse la cuestión – irresoluble porque depende de una valoración- de si se puede o debe sostener valoraciones prácticas en la *enseñanza* con la discusión puramente *lógica* del papel que las valoraciones desempeñan en las disciplinas empíricas”.²³ Al respecto, debe recordarse que una parte fundamental de la sociología tal como la visualizaba Weber estaba permeada por el interés por comprender (*verstehen*) las causas que motivan a actuar a los individuos, donde los ideales y las valoraciones que éstos hacen de su entorno es un aspecto central.

²² Max Weber, “El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas”, p. 223.

²³ *Ibidem*, p. 229.

Tampoco debe entenderse la neutralidad valorativa como la exigencia que tiene el investigador de tomar en cuenta todos los juicios de valor y de sopesarlos. No es posible, en este sentido, establecer con base en procedimientos lógicos y científicos un equilibrio o término medio entre los diversos valores a considerar. Tampoco es posible desde esta faceta establecer una gradación o jerarquía entre las diversas valoraciones que mueven a los individuos.

En suma, para Max Weber la neutralidad valorativa del hombre de ciencia consiste en la “exigencia de que el investigador y el expositor *mantenga absolutamente separadas* la comprobación de hechos empíricos [...] y sus valoraciones prácticas, por las que juzga estos hechos como satisfactorios o insatisfactorios”, en ambos casos comprendidas las valoraciones de los sujetos objeto de investigación.²⁴ La labor de defensa y convencimiento de las bondades de determinadas valoraciones no es ámbito de la práctica científica; corresponde más bien, en todo caso, al ámbito de la política.

Conceptos sociológicos fundamentales

Uno de los primeros pasos que se deben dar para realizar un análisis de la obra weberiana es el de definir los conceptos fundamentales de su teoría sociológica. El lugar donde Weber dejó elaborados los conceptos sociológicos es en el capítulo 1 de su obra póstuma *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economía y sociedad) bajo el título de “*Soziologische Grundbegriffe*” (Conceptos sociológicos fundamentales). Este trabajo fue redactado por Weber entre 1919 y 1920, aunque publicados hasta 1922, dos años después de su

²⁴ *Ibidem*, p. 232.

fallecimiento. Cabe señalar que la publicación de la edición de 1922 estuvo a cargo de Marianne Weber y que modificó sustancialmente la estructura de ésta.²⁵

Desde un comienzo Max Weber establece su definición de sociología enteramente congruente con su metodología. De esta forma, entiende a la sociología como “una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción social, para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos”.²⁶ Una vez demarcado el campo de interés de la sociología (al menos de la comprensiva desarrollada por él) inmediatamente define qué es lo que entiende por acción desde su sentido más general hasta el más específico. Así, nos dice que “por acción (*Handeln*) se debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo”.²⁷ Con esta definición Weber busca dejar en claro que no todo comportamiento realizado por el hombre constituye en sí una acción propiamente. Sólo cuando el agente que la realiza le imprime un sentido ésta constituye una acción. Ahora bien, una acción social se presenta “en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo”.²⁸

La sociología entendida así por Weber no está interesada en cualquier tipo de comportamiento humano, ya sea que se presente de forma individual o en varios agentes. El requisito fundamental es que éste debe estar ligado a un significado. Sin embargo, se trata de un concepto sumamente elusivo. Por tal motivo Weber dedica un espacio

²⁵ Para una historia más detallada del origen de la obra *Economía y sociedad* ver el artículo de Wolfgang Mommsen, “Max Weber’s ‘Grand sociology’: The origins and composition of *Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie*”, *History and Theory*, vol. 39, núm. 3, octubre de 2000.

²⁶ Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. (de 4ª ed. Original), 1964. p. 5.

²⁷ *Idem*. Cursivas del original.

²⁸ *Idem*.

considerable para explicar lo que se debe y no se debe entender por “sentido”. Básicamente, señala Weber, que el sentido puede entenderse en su acepción “mentada y subjetiva de los sujetos de la acción”, ya sea “existente de hecho” que puede ser tanto “en un caso históricamente dado” así como “promedio y de un modo aproximado”; pero por otro lado “como construido en un *tipo ideal* con actores de este carácter”.²⁹

De tal forma, para Weber debe quedar claro que, contrario al procedimiento de las ciencias dogmáticas como el derecho, la lógica, la ética y la estética, a la sociología y a la historia no le interesan el sentido “verdadero” en términos metafísicos o aquel objetivamente “correcto”. No se podría entender el argumento de su *Die Protestantische ethik un der Geist des Kapitalismus* (La ética protestante y el espíritu del capitalismo) sin esta consideración pues a Weber no le importaba en contenido original y verdadero de las enseñanzas de Lutero y Calvino sino la interpretación que se hicieron de ellas (aun cuando fueran deformantes) pues es con base en la cual los individuos actuaban.³⁰ Para Weber la interpretación del significado subjetivo de la acción se puede realizar siguiendo procedimientos científicos. En este sentido, “la evidencia de la comprensión puede ser de carácter racional (y entonces bien lógica, bien matemática) o de carácter endopático: afectiva, receptivo-artística”.³¹ En el primer caso, “es racionalmente evidente, ante todo, lo que de su ‘conexión de sentido’ se comprende *intelectualmente* de un modo diáfano y exhaustivo”. En el caso del segundo “hay evidencia endopática de la acción cuando se revive plenamente la ‘conexión de sentimientos’ que se vivió en ella.”³²

²⁹ *Ibidem*, p. 6.

³⁰ Ver Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas).

³¹ M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 6.

³² *Idem*.

Regresando a las características de la acción social, es importante resaltar que ésta puede estar guiada no sólo por el comportamiento presente de los otros sino también por el pasado y el esperable en el futuro. Los “otros” pueden ser tanto personas en su individualidad y conocidas como desconocidas y de número indeterminado. No obstante, no entran dentro de esta categoría fenómenos como los del comportamiento en masa y difícilmente aquellos producto de la influencia que ejerce la moda.

Haciendo uso de los tipos-ideales Weber identifica cuatro tipos de acciones sociales. La primera está caracterizada “por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como ‘condiciones’ o medios para el logro de *finés* propios racionalmente sopesados y perseguidos”. Este tipo parte de una racionalidad de acuerdo con la cual la acción es sólo un medio para conseguir resultados deseados. A ésta Weber la denomina *zweckrational* que dentro del mundo hispanoparlante se ha referido como racionalidad instrumental. La acción social del segundo está “determinada por la creencia consciente en el valor –ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete- propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor”. A esta la llama *wertrational* cuya traducción es racional valorativa o racionalidad con arreglo a valores. La tercera es la “afectiva [*affektuell*], especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales”. Finalmente, la cuarta es la “tradicional [*traditional*]: determinada por una costumbre arraigada”.³³ Cabe destacar que si bien son cuatro tipos de acción, las dos últimas, esto es, la afectiva o emocional y la tradicional son casos límite, pues como el propio Weber lo advierte, pueden distanciarse de una acción con un sentido consciente.

³³ *Ibidem*, p. 20.

Una relación social (*soziale Beziehung*) se da cuando “una conducta plural –de varios-, que, por el sentido que encierra, se presenta como recíprocamente *referida*, orientándose por esa reciprocidad. La relación social *consiste*, pues, plena y exclusivamente, en la *probabilidad* de que se actuará socialmente en una forma (con un sentido) indicable”.³⁴ Por otro lado, el sentido que los agentes de una relación social le otorgan a su acción puede ser diferente. La relación social es, en estos términos, “objetivamente unilateral”.³⁵ Lo fundamental es que los agentes actúen tomando en consideración el actuar del otro, no el hecho de que le otorguen el mismo significado a su acción.

La acción social puede adquirir una regularidad en el tiempo, es decir, que la acción es repetida con el mismo significado subjetivo por el agente o en varios agentes. Se le denomina “uso” (*Brauch*) a “la probabilidad de una *regularidad* en la conducta, cuando y en la medida que esa probabilidad, dentro de un círculo de hombres, esté dada *únicamente* por el ejercicio de hecho”. Pero adquiere el carácter de “costumbre” (*Sitte*) “cuando el ejercicio de hecho descansa en un *arraigo* duradero”.³⁶ Por otro lado, la regularidad de una acción social, pero sobre todo de una relación social puede estar sustentada por la idea por parte de los participantes de que existe un orden válido (*geltung*). En este sentido, por orden (*Ordnung*) debe entenderse el contenido del sentido de una acción cuando se rige por máximas que pueden ser señaladas, y sólo será válido cuando estas máximas son en una proporción significativa consideradas obligatorias en tanto parecen modelos de conducta.³⁷

³⁴ *Ibidem*, p. 21.

³⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁶ *Ibidem*, p. 23.

³⁷ *Ibidem*, p. 25.

Sin embargo, una acción basada en un orden válido puede dar lugar a una convención o al derecho. En ambos casos una omisión en la observancia de la acción considerada válida encontrará una sanción exterior al individuo. Sin embargo, la diferencia fundamental entre ambos es que mientras en el primero la sanción consiste en una relativa desaprobación general prácticamente sensible; el segundo es garantizado por la posibilidad de recurrir a la coacción física a manos de un cuadro de individuos encargados de asegurar la observancia del orden.³⁸ En este sentido, el derecho sólo puede existir dentro de un Estado pues únicamente éste puede recurrir al uso de la fuerza para asegurar la observancia del orden.

Para Max Weber el Estado es una asociación de dominación política en tanto “su existencia y la validez de sus ordenamientos dentro de un ámbito geográfico determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo”.³⁹ Es importante hacer notar que para Weber el Estado no deja de ser una relación social, esto es, el producto de la reciprocidad de las acciones emprendidas por los individuos orientados por la creencia en la validez del ordenamiento y asegurada su continuidad por el cuadro administrativo. Por lo tanto, no posee un carácter metafísico como hasta antes se había considerado por parte de los juristas del derecho público, al concederle una personalidad al Estado.

³⁸ *Ibidem*, p. 27.

³⁹ *Ibidem*, p. 43.

II.2 La naturaleza de la racionalidad en Max Weber.

La racionalidad como fenómeno relativo y plural

Uno de los temas centrales de la obra del sociólogo de Heidelberg lo constituye la noción de racionalidad. Tal es su importancia, que para muchos especialistas en la obra weberiana se trata del “hilo de Ariadna” que permite encontrar la coherencia interna al conjunto de los diversos trabajos escritos a lo largo de su trayectoria.⁴⁰ No obstante, señala Francisco Gil Villegas, a pesar del acuerdo sobre la importancia de la noción de racionalidad en la obra de Weber “no hay consenso semejante en lo referente a su significado o a la ubicación teórica del mismo en el contexto global de la obra weberiana”.⁴¹ En gran parte ello se debe, a decir de Anthony Giddens, a que “el concepto de racionalización está incluido en tanta variedad de escritos de Weber que se hace difícil dilucidar los principales ámbitos de su aplicación”.⁴² Sin embargo, la razón principal puede deberse en última instancia, señala Stephen Kalberg, a que Weber no siempre utiliza el adjetivo específico en turno cuando habla de racionalidad, de tal forma que obliga al estudioso que se adentra en su obra a dilucidar a qué tipo se refiere.⁴³ Esta situación ha hecho que tanto el concepto de “racionalidad” y sus derivados como

⁴⁰ Ver Francisco Gil Villegas M., *Crítica de las interpretaciones de la obra de Max Weber en Alemania. Disertación sobre el problema de la racionalidad en la historia, la religión y la política según Max Weber*, México, El Colegio de México, Tesis de Maestría en Ciencia Política, 2004; también en un trabajo previo se encuentra el argumento aunque expuesto brevemente: “El concepto de racionalidad en Max Weber”, en Carmen Trueba Atienza (comp.), *Racionalidad: lenguaje, argumentación y acción*, México, Plaza y Valdés-UAM-Iztapalapa, 2000.

⁴¹ F. Gil Villegas, “El concepto de racionalidad en Max Weber”, p. 229.

⁴² Anthony Giddens, *El capitalismo y la moderna teoría social. Un análisis de los escritos de Marx, Durkheim y Max Weber*, Barcelona, Idea Universitaria, 1998, p. 297.

⁴³ Stephen Kalberg, “Max Weber’s types of rationality: Cornerstones for the analysis of rationalization processes in History”, *American Journal of Sociology*, vol. 85, núm. 5, 1980, p. 1146.

“racionalización” hayan sido fuente de interpretaciones equivocadas y, basadas en éstas, blanco de severas críticas.⁴⁴

Las interpretaciones más comunes y recurrentes sobre la obra de Max Weber en general, pero aún más de su concepto de racionalidad, lo ubican como un autor que defiende postulados cercanos a la filosofía de la historia en su vertiente hegeliana, así como al funcionalismo propio de la teoría de sistemas de Talcot Parsons. Por tal motivo, en este apartado se retoma una interpretación diversa, mucho más plural y relativizada del concepto weberiano de racionalidad defendida por Wolfgang Mommsen, Stephen Kalberg y Francisco Gil Villegas. Esta interpretación alternativa es útil para comprender de mejor manera la relación entre legitimidad y legalidad en el mundo occidental moderno.

El error fundamental de la interpretación reduccionista de la noción de racionalidad en Max Weber proviene, de la equivocada y extendida consideración, de que Weber tenía una sola concepción de racionalidad, la cual estaría asociada al proceso histórico ocurrido en occidente ejemplificado en su última etapa por la organización moderna del capitalismo.⁴⁵ Básicamente, señala Gil Villegas:

El gran problema es que todas esas estrategias de clarificación que buscan la noción general que subsuma a todas las demás aplicaciones del uso de la noción de racionalidad en la obra de Max Weber, acaban por sucumbir, tarde o temprano, en alguna forma de reduccionismo incapaz de hacer justicia a la rica y plural noción de racionalidad del gran sociólogo de Heidelberg.⁴⁶

⁴⁴ Un caso representativo de esta confusión lo constituye el trabajo de Arnold Eisen, “The meanings and confusions of weberian ‘rationality’”, *British Journal of Sociology*, vol. 29, núm. 1, marzo de 1978.

⁴⁵ F. Gil Villegas, “El concepto de racionalidad en Max Weber”, p. 229.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 233.

En este sentido, se tiende a considerar que la racionalidad por antonomasia es aquella de tipo instrumental de adecuación medios-fines (*zweckrationalität*). No obstante, esta “estrategia interpretativa” pierde un hecho muy importante: que Max Weber explícitamente consideró la racionalidad como algo relativo y por lo tanto plural. La clave se encuentra en la Introducción a los *Ensayos de Sociología de la religión*, en donde expresa que:

Es evidente que, en todos estos casos, se trata de un “racionalismo” específico y peculiar de la civilización occidental. [...] Hay, por ejemplo, “racionalizaciones” de la contemplación mística (es decir, de una actividad que, vista desde otras esferas vitales, constituye algo específicamente irracional), como las hay de la economía, de la técnica, del trabajo científico, de la educación, de la guerra, de la justicia y de la administración.⁴⁷

La importancia de dicho pasaje estriba en que nos muestra que, contrario a la interpretación reduccionista, Max Weber consideraba lo racional como algo relativo y que permite dar cabida a una pluralidad de procesos de racionalización. De tal forma, como apunta Mommsen, el concepto de racionalidad toma una nueva dimensión, pues se enfatiza el hecho de que la racionalización es posible con relación a valores (*ideal values*) o cosmovisiones religiosas considerablemente diversos y no necesariamente a aquella racionalidad formal específica de occidente que deriva en la supeditación de la naturaleza

⁴⁷ Max Weber, “Introducción general a los Ensayos de Sociología de la Religión (1920)” en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (edición crítica de Francisco Gil Villegas M.), p. 65.

y de las instituciones sociales a la lógica de la racionalidad instrumental.⁴⁸ Por lo tanto, concluye Kalberg, “Weber da a entender que la racionalización, aunque de una clase diferente, se desarrolla de igual forma en civilizaciones no occidentales”.⁴⁹

Los diversos tipos de racionalidad

La consecuencia lógica de afirmar que es posible una noción más amplia y plural de racionalidad en Max Weber es que existen entonces varios tipos de racionalidad diferentes a la racionalidad instrumental. En efecto, a lo largo de la vasta obra weberiana es posible ubicar diversos usos del concepto de racionalidad que desafortunadamente no siempre son explícitos. De acuerdo con Stephen Kalberg, el primer paso para comprender correctamente los diversos “tipos de racionalidad” utilizados por Weber es distinguirlos de los tipos de acción social.⁵⁰

De acuerdo con la sociología comprensiva desarrollada por Max Weber el ser humano es capaz de desplegar básicamente cuatro tipos de acción social (afectiva, tradicional, valorativa e instrumental) independientemente del contexto cultural en que se halla inserto. Es decir, son capacidades universales propias del *Homo sapiens* y por lo tanto no son dependientes del contexto social o cultural, ni del desarrollo histórico. De tal forma, afirma Kalberg, “estos tipos de acción social permanecen ‘fuera de la historia’ como rasgos antropológicos del hombre”.⁵¹ Por tal motivo, es incorrecto considerar a la racionalidad incluso la instrumental (*zweckrationalität*) como el producto de un supuesto

⁴⁸ Wolfgang Mommsen, “Rationalization and myth in Weber’s thought”, *The political and social theory of Max Weber*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, p. 141.

⁴⁹ S. Kalberg, *op. cit.*, p. 1150.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 1146.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1148.

proceso histórico evolutivo, pues esta capacidad es innata en el hombre dado que ha estado presente en todas las etapas históricas.

Lo que a Weber sí le interesa es explicar la causa de la existencia de regularidades o patrones en el comportamiento de los individuos, no su capacidad para hacerlo. Lo importante es que los patrones pueden ocurrir en una pluralidad de niveles de los procesos socioculturales históricos seguidos por una civilización a largo plazo o por un movimiento social de corto alcance. De igual forma, la regularidad de la acción social puede ser observada dentro de instituciones, organizaciones, estratos, clases y grupos en todas las sociedades.⁵²

La tipología weberiana de los “tipos de racionalidad” está conformada por las racionalidades “práctica”, “teorética”, “sustantiva” y “formal”. Los diversos tipos de racionalidad expuestos son una consecuencia de la capacidad de actuar del hombre con base en una lógica racional, ya sea ésta valorativa o instrumental. Una vez más, no debe considerarse que exista una secuencia histórica inexorable entre ellas. Tampoco deben interpretarse como mutuamente excluyentes.

Para Max Weber el racionalismo práctico es “aquel modo de conducción de vida que refiere conscientemente el mundo a los intereses terrenales del yo individual y hace de ellos la medida de toda valoración”.⁵³ De tal forma, quien opera bajo esta lógica no se pregunta por la validez del contexto cultural en que opera, simplemente la acepta como algo dado. Weber argumenta cómo el capitalismo moderno exige una adaptación a sus reglas si es que los individuos desean tener éxito.

⁵² *Idem.*

⁵³ M. Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, p. 127.

La racionalidad teórica es aquella que se caracteriza por el intento de dominar la realidad mediante la construcción de esquemas conceptuales abstractos más que por la acción misma. En este caso se busca elaborar una sistematización de la realidad bajo una lógica de la cual se derivan, inductiva o deductivamente, la causalidad de la existencia de los hechos concretos. Por otro lado, dentro de la racionalidad teórica es sumamente importante la creación de significados simbólicos. La racionalidad teórica, es importante enfatizar, está orientada a dominar intelectualmente el mundo, y por lo tanto, sólo indirectamente conlleva a algún tipo de acción social. Más aún, de lo anterior también se desprende la consideración de que la racionalidad teórica puede estar asociada a la racionalidad valorativa como a la instrumental. En este sentido, no sólo la ciencia moderna desarrollada en occidente es producto de éste tipo de racionalidad, sino que también algunas cosmovisiones (*Weltbilder*) religiosas como la del judaísmo antiguo y el cristianismo, particularmente en el calvinismo.

La racionalidad sustantiva también se dirige a la acción pero, en lugar de basarse en el cálculo de medios y fines, lo hace con fundamento en postulados de valor. Sobre este punto hay que recordar la posición de Weber sobre la validez relativa de este tipo de racionalidad. En consecuencia pueden existir una variedad infinita de postulados de valor. Más aún es imposible establecer una ordenación jerárquica entre cada uno de ellos. A su vez, la racionalidad formal es aquella que se presenta cuando se establece un conjunto de disposiciones generales y abstractas que deben ordenar las acciones. La formalización permite que las acciones de los individuos dentro de una esfera vital sean más previsibles. Para ello, se debe dejar a un lado los criterios propios del individuo que toma una decisión y sólo basarse en lo que está establecido. Tanto para la racionalización material

como para la formal, Weber recurre de una manera muy profunda al campo de la economía y del derecho.

Lo fundamental de los diversos tipos de racionalidad identificados por Max Weber, radica junto a su carácter relativo y plural, la influencia autónoma que pueden ejercer en las diversas esferas de la vida. Una de las lecciones más importante que Weber desarrolla en su *Ética protestante* es la crítica que hace al materialismo histórico de inspiración marxista. Para el sociólogo de Heidelberg “el racionalismo no ofrece en modo alguno el carácter de una evolución progresiva paralela en todas las esferas de la vida”.⁵⁴ De otra forma, no se podría explicar cómo, por ejemplo, la racionalización del derecho privado se da en los países herederos del derecho romano del centro de Europa y no en Inglaterra que es donde el capitalismo económico moderno se desarrolló primero; del mismo modo tampoco se estaría en posibilidad de dar cuenta de por qué las filosofías más racionalistas y laicas se desarrollaron en Francia. En consecuencia, tanto una explicación idealista como una materialista en su sentido radical son una simplificación de la realidad. De ninguna manera es posible extraer la conclusión según la cual las ideas sean una superestructura dedicada a preservar la realidad de la base material económica o subestructura. Una afirmación de este tipo llevaría a la conclusión de que una racionalización formal en la economía lleva inexorablemente a la formalización en las demás esferas de la vida. Una vez más, en la ya citada “Introducción general” Weber lo establece así:

Además, cada una de estas esferas puede ser “racionalizada” desde distintos puntos de vista, y lo que desde uno se considera “racional” parece “irracional” desde otro. Procesos de racionalización, pues, se han realizado en todos los

⁵⁴ *Ibidem*, p. 127.

grandes círculos culturales (*Kulturkreisen*) y en todas las esferas de la vida. Lo característico de su diferenciación histórica y cultural es precisamente cuales de estas esferas y desde qué punto de vista, fueron racionalizadas en cada momento.⁵⁵

En este sentido, una lectura más apegada a lo que Weber expuso, apunta Francisco Gil Villegas, permite calificar como racionales a una diversidad de actitudes “si se ven en términos de perspectivas contextualizadas”. En esta caracterización hermenéutica de la racionalidad, la comprensión (*verstehen*) desempeña un papel central. Por lo tanto, concluye que “la comprensión de diferentes tipos de acción social dentro de su propio contexto amplía los horizontes de la conceptualización de la racionalidad” lo que proporciona los fundamentos de una racionalidad dentro de una perspectiva hermenéutica relativizada.⁵⁶ Este planteamiento se ve reforzado por las siguientes líneas que Weber escribió en su *Ética protestante* sobre el carácter contradictorio que encierra la noción misma de racionalización:

[...] es posible “racionalizar” la vida desde los más distintos puntos de vista y en las más variadas direcciones. El “racionalismo” es un concepto histórico que encierra un mundo de contradicciones [...]”⁵⁷

Por tal motivo, como señala Francisco Gil Villegas, una vez que se acepta la idea de que no hay una sola noción de racionalidad en Max Weber y por ello la forma en que se puede juzgar la racionalidad de las últimas etapas del proceso histórico es relativa al

⁵⁵ M. Weber, “Introducción general a los ensayos de sociología de la religión”, p. 65.

⁵⁶ F. Gil Villegas, “El concepto de racionalidad en Max Weber”, p. 237.

⁵⁷ M. Weber, *La ética protestante*, p. 127.

tipo de racionalidad elegido, se desvanece la idea de una evolución en la historia.⁵⁸ De esta forma, debe quedar clara la amplitud que tiene para Weber la noción de racionalidad que escapa a la reducción que lo asimila al capitalismo moderno ni a la noción de “modernización”. De igual forma, no debe encasillar la racionalidad a una categoría general como son las de “calculabilidad”, sistematización, lógica formal o esquemas de adecuación medios con fines.⁵⁹ Muy similar es la conclusión a la que llega Wolfgang Mommsen pues para él, la teoría weberiana de la racionalización y del desencanto del mundo como problema central de la historia no debe ser comprendida como una teoría que explica el triunfo del pensamiento racional moderno sobre el mito, la magia y el carisma así como sobre los órdenes tradicionalmente legítimos sino como un fenómeno fundamental de la historia universal.⁶⁰

En última instancia debe recordarse la naturaleza de la construcción de tipos ideales para Weber, pues para él “la racionalidad de la historia no deriva de la realidad histórica misma, sino de la pauta de significado creado a aplicado por el historiador, quien selecciona y ordena aquellos elementos o factores considerados relevantes o significativos”.⁶¹ En consecuencia, “el capitalismo occidental podría ser visto efectivamente como la etapa más racional del proceso histórico sólo si se toma en cuenta, primero, que todas las interpretaciones teleológicas de la historia no son en el fondo más que construcciones típico-ideales del historiador” y además que puede ser ubicada en la última etapa del proceso evolutivo sólo desde la perspectiva de un tipo muy específico y delimitado de racionalidad, específicamente la formal e instrumental. Pues en caso

⁵⁸ F. Gil Villegas, “El concepto de racionalidad en Max Weber”, p. 231.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 237.

⁶⁰ W. Mommsen, *op. cit.*, p. 143.

⁶¹ F. Gil Villegas, *op. cit.*, p. 231.

contrario puede ser calificado “como sumamente ‘irracional’ cuando se le examina desde la perspectiva de otro tipo de racionalidad” como lo es la valorativa o material.⁶²

II.3 La relación legitimidad-legalidad en Max Weber.

Los tipos puros de dominación

Sin lugar a dudas una de las aportaciones más recurridas que hizo Max Weber a las ciencias sociales es la tipología de las formas de dominación. Los tres tipos puros de dominación se hallan tratados, en mayor o en menor medida, en varios de sus trabajos. El primer lugar donde Weber desarrolla de forma profunda los tres tipos puros de dominación es el capítulo tercero de *Economía y Sociedad*, que corresponde a lo que Weber incluyó originalmente para dicha obra.⁶³ Es importante resaltar que la versión que se conoce actualmente de dicha obra se debe, en primer instancia, a la labor de su viuda Marianne Weber y posteriormente a la de Johannes Winckelmann. En las ediciones posteriores de *Economía y Sociedad* se incluyó los textos que conforman la “Sociología de la dominación”, que es la última versión que Weber redactó sobre los tipos de dominación.⁶⁴ Sin embargo, Weber también abordó, aunque de manera somera, los tipos de dominación en otros trabajos. Una de las referencias clásicas, por ejemplo, proviene de su conferencia inaugural en la Universidad de Friburgo que lleva el nombre de “*Politik als Beruf*” (La política como profesión). En dicha conferencia después de haber tratado sobre las características de la política y de las particularidades del Estado moderno,

⁶² *Ibidem*, pp. 230 y 231.

⁶³ M. Weber, *Economía y Sociedad*, trad. José Medina Echavarría, pp. 170-241.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 695-1117.

Weber se aboca a definir las líneas generales de los tipos puros de dominación.⁶⁵ De igual forma se encuentra retomada en la “Introducción a la ética económica de las religiones”.

Por principio de cuentas es necesario destacar la importante diferencia que existe entre lo que Weber denominó como *Macht* de aquello que llamó *Herrschaft*. No se puede entender cabalmente la sociología comprensiva desarrollada por Weber si no se parte de esta distinción analítica. En efecto, a él no le interesaba solamente constatar la existencia de relaciones de mando y obediencia entre los hombres. Lo fundamental de la comprensión (*verstehen*) sociológica estriba en las causas por las cuales se da esta relación de obediencia. Por tal motivo, Weber distingue entre relaciones de poder (*Macht*), que es cuando existe “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” de aquellas más específicas de dominación (*Herrschaft*) que se presentan, a su vez, cuando existe “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”. En este sentido, mientras el concepto de poder es “sociológicamente amorfo”, puesto que la obediencia puede estar sustentada en una infinidad de causas, para Weber, el concepto de dominación presenta la ventaja de ser más preciso.⁶⁶ Dentro del capítulo tercero de *Economía y sociedad*, dedicado específicamente a tratar los tipos de dominación, Weber define de una forma más clara la diferencia entre ambas relaciones de obediencia en comparación de la referencia señalada perteneciente a los conceptos sociológicos. Allí enfatiza que la dominación no es toda especie de probabilidades de ejercer ‘poder’ o ‘influjo sobre los hombres’, pues es

⁶⁵ Ver Max Weber, “La política como profesión”, *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1998, pp. 85 -88.

⁶⁶ M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 43.

indispensable “un determinado mínimo de voluntad de obediencia, o sea de interés (interno o externo) en obedecer”.⁶⁷

De acuerdo con esta distinción sólo las relaciones de dominación pueden ser legítimas. Sobre este punto Weber sostiene que “la legitimidad de una dominación debe considerarse sólo como una *probabilidad*, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante”. Se trata de una definición circular, pues son legítimas aquellas relaciones de dominación en donde los involucrados lo crean así. En todo caso, Weber matiza su argumento, pues advierte que “ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación esté orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidad”⁶⁸ Una vez más aparece la idea de que, en este caso la legitimidad, aparece como un rasgo característico fundamental para que la obediencia se presente, mas no por ello el único, pues también se desarrollan otras razones, como la conveniencia o el miedo, por ejemplo.

Ahora bien, para Weber se pueden identificar tres tipos puros de dominación tomando como criterio el fundamento primario en el cual se apoya la legitimidad de la forma de dominación: racional, tradicional y carismática.

La primera forma, esto es, la racional, se refiere a aquella “que descansa en la creencia en la legitimidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (legal)”.⁶⁹ Estas ordenaciones se caracterizan por estar expresadas en un “sistema de *normas racionales* estatuidas” ya sean impuestas o pactadas.⁷⁰ En consecuencia, señala Weber, “se obedece no a la persona en

⁶⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 171.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 172

⁷⁰ *Ibidem*, p. 706.

virtud de su derecho *propio* sino a la regla estatuida”. De igual forma, “el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla”.⁷¹ Aunque no es el único tipo de dominación legal, la burocracia constituye su representación más pura. Dentro de ella, a su vez, es el “funcionario profesional” quien representa de mejor forma a este tipo de dominación.

La dominación tradicional, por su lado, es la que “descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad”.⁷² Se trata de la legitimidad del “eterno ayer”, de lo acostumbrado, es decir, de lo que siempre ha sido de un modo determinado. En contraposición a la dominación legal-burocrática, “no se obedece a disposiciones estatuidas, sino a la *persona* llamada por la tradición o por el soberano tradicionalmente determinado”.⁷³

Por último, la carismática es aquella que “descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas”.⁷⁴ En este sentido, Weber entiende por carisma “la cualidad que pasa por extraordinaria [...] de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas –por lo menos específicamente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro-, o como enviados del dios”. El portador del carisma puede ser tanto un profeta, un hechicero, un jefe de cacería o caudillos militares.⁷⁵ Dentro de esta forma de dominación hay que resaltar dos aspectos. Primero, que el reconocimiento del carisma depende, además del reconocimiento por parte de los dominados, por la

⁷¹ *Ibidem*, p. 707.

⁷² *Ibidem*, p. 172.

⁷³ *Ibidem*, p. 180.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 172.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 193.

corroboración de las supuestas cualidades carismáticas.⁷⁶ Segundo, que se trata de una dominación que por su esencia sólo puede ser de carácter específicamente extraordinario, y que por lo tanto, no puede estar institucionalizada, al menos de forma plena, pues a diferencia de las dominaciones legal-burocrática y la tradicional, la estabilidad está ausente.

Alrededor de la tipología de las tres formas de dominación se han suscitado varias controversias. Una de ellas está inevitablemente asociada a la discusión zanjada previamente, esto es, a la noción de racionalidad. En efecto, para aquellos que aceptan el carácter evolutivo de la racionalidad, los tipos de dominación representan la ejemplificación histórica de cómo ha evolucionado ésta. Sin embargo, de acuerdo a la interpretación que tanto Mommsen como Gil Villegas han desarrollado, dicha explicación es insostenible. En consecuencia no debe interpretarse como la marcha inexorable hacia un destino previamente establecido, considerado positivamente; sino más bien como la reconstrucción elaborada a partir de la abstracción de uno de sus componentes: la racionalidad formal-instrumental, la cual no goza de cualidades valorativas absolutas. Otra discusión, relacionada con la anterior, reside en el carácter típico ideal de las formas de dominación. En este sentido, el hecho de que ninguno de los tipos de dominación se presente en la realidad histórica en su forma pura no les resta valor alguno, pues se trata de construcciones cognitivas conceptuales. Por tal motivo, a la inversa, ello no quiere significar que una dominación específica, para ser considerada como tal, tenga que presentarse en la realidad en la caracterización pura.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 194.

Dominación legal-burocrática

Hoy en día se considera que democracia y estado de derecho son dos conceptos prácticamente intercambiables, sino es que hasta sinónimos. De acuerdo con esta perspectiva, la práctica y valores de la democracia se han reducido al apego a las normas jurídicas. Dicho de otra forma, no puede calificarse como democrática alguna acción que vaya más allá de lo que establece la ley. De hecho, esta asociación no es casual. Las ideas del liberalismo y de democracia han estado unidas desde finales del siglo XIX en adelante.⁷⁷ La democracia sólo es posible mediante el sistema legal-formal producto del liberalismo, así como el liberalismo se ha visto reforzado por la división de poderes característico de la democracia. Por tal motivo, se ha creído ver en la forma de dominación legal-burocrática definida por Max Weber la descripción de la práctica democrática. En este sentido, se argumenta que el fundamento de la legitimidad de un régimen democrático, recurriendo a Weber, reside en el apego a las normas. De ahí, se da el salto para sostener que la democracia moderna se caracteriza por su carácter formal, procedimental y por su vacío sustantivo-valorativo.

Desde esta perspectiva, la descripción de Max Weber de la forma de dominación legal-burocrática es una posición que pertenece al positivismo jurídico, pues la legitimidad del ordenamiento social descansa en su carácter formal. Es decir, la legitimidad de las leyes depende de su apariencia formal, abstracta y general, y no de un contenido sustantivo específico. Además, se argumenta, esta interpretación de la dominación legal-burocrática estaría en sintonía con la posición no valorativa de Weber.

⁷⁷ Para un análisis de la relación entre liberalismo y democracia ver: Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989; también Francisco Gil Villegas M., “Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica”, *Foro Internacional*, vol. XXXIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1993.

Sobre este punto, autores como Carl Friedrich no han dudado en ubicarlo dentro del positivismo jurídico, incluso conociendo de la opinión adversa de Weber sobre esta escuela de pensamiento.⁷⁸ Pero ello no es todo. Friedrich descalifica a la sociología del derecho desarrollada por el sociólogo de Heidelberg por considerar que éste “lleva a un extremo el aspecto psicológico de la legitimidad; [pues] la legitimidad se garantiza por la ‘entrega’, por la ‘fe’, o por las ‘expectativas’ ”. Friedrich nos dice que lo importante es dilucidar en qué basan estas orientaciones psicológicas.⁷⁹ Para este autor “la autoridad de un orden legal se desarrolla de manera similar como resultado de una creciente introspección dentro de su naturaleza racional”, por lo tanto, “la autoridad de la ley depende de que la ley sea razonable –es decir, de su justicia”. Desafortunadamente, Friedrich no aclara qué es lo que debemos entender por términos como “razón” o “razonable”, sólo nos deja con la idea vaga del racionalismo crítico. En suma, dicha crítica a Weber es muy pobre, además su propuesta alternativa no va más lejos que la interpretación de la racionalidad weberiana defendida anteriormente.

Por su lado, Robert Grafstein sostiene que Weber distorsiona el sentido esencial de legitimidad, pues en sus manos, el concepto no se refiere directamente a la evaluación del régimen, de hecho, ni siquiera al régimen. Más bien, argumenta Grafstein, se trata de una argumentación circular, en donde la legitimidad es definida como la creencia por parte de los individuos en la legitimidad del régimen.⁸⁰ En este sentido, el problema con la legitimidad legal-burocrática reside en la ausencia de un contenido específico al que las normas tengan que ceñirse, pues todo depende de la creencia de los individuos. El

⁷⁸ Ver Carl J. Friedrich, “Derecho, autoridad y legitimidad”, *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 290.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 291.

⁸⁰ Robert Grafstein, “The failure of Weber’s conception of legitimacy: Its causes and implications”, *The Journal of Politics*, vol. 43, núm. 2, mayo de 1981, p. 456.

problema para este autor se halla en la pretensión de Weber de objetivar las orientaciones psicológicas de los individuos.⁸¹

También especialistas en la obra de Max Weber como Wilhelm Hennis no han dejado pasar la oportunidad para criticarlo. Para el profesor de la Universidad de Friburgo, la descripción elaborada por Weber no deja lugar para distinguir la legitimidad de la ilegitimidad.⁸² Por su parte, desde una posición más optimista, Joaquín Abellán afirma que la dominación legal-burocrática no requiere de un contenido sustantivo, “pues es la única forma de poder que genera ella misma las condiciones de su efectividad, y de esta manera se legitima a sí misma”, básicamente porque su racionalidad no sólo aparece en la organización del derecho y la burocracia sino también en la mentalidad de los individuos, que no es otra cosa que “su capacidad para adaptarse al ordenamiento vigente”.⁸³ Sin embargo, quizá la crítica más conocida a esta interpretación de Max Weber es la que expresó Carl Schmitt en su obra *Legalität und legitimität*, por considerar que esa sistematización de la legalidad desembocaba en un formalismo vacío.⁸⁴

La conceptualización de la legitimidad legal-burocrática, es sin lugar a dudas, la más compleja y, en consecuencia, la que más debates ha suscitado. Para Max Weber la legitimidad de la dominación legal-burocrática reside en el carácter impersonal, abstracto y general de las normas. De tal suerte que no se obedece a una persona, como en las versiones carismática y tradicional, sino a las normas. De igual modo debe diferenciarse, a su vez, de la obediencia a las normas presentes en la dominación tradicional que aun mantienen rasgos de personalización. Asimismo, todos los casos son resueltos a la luz de

⁸¹ *Ibidem*, p. 457.

⁸² Wilhelm Hennis, “Legitimacy: on a category of civil society”, *Politics as a practical science*, Palgrave Macmillan, 2009, p. XX.

⁸³ J. Abellán, *op. cit.*, p. 68 y 69.

⁸⁴ Ver Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.

las normas establecidas y no con base en los criterios personales del juez o funcionario. Por lo tanto, no entran en juego motivaciones de orden sustancial, específicamente éticas, en la toma de decisiones jurídicas o administrativas. Al respecto el mismo Weber de manera reiterada a lo largo de toda su obra marca la distinción entre la racionalidad material y la racionalidad formal del derecho. El ejemplo más recurrente en Weber es entre el funcionario moderno y el *cadi*.

Estas interpretaciones de la legitimidad legal-burocrática no carecen de sustento. Sin embargo, la interpretación que en esta investigación defendemos es diferente en algunos aspectos esencialmente importantes. Por principio de cuentas, permite alejar a Max Weber de una clasificación dentro de un positivismo jurídico radical. Por otro lado, se mantiene apegada a la naturaleza plural y relativa de su noción de racionalidad tal como se ha expuesto. En segundo lugar recupera la naturaleza política y dinámica de la vida social.

La dominación legal-burocrática debe entenderse a partir de las características del derecho y de la administración estatal. En *Economía y sociedad*, Max Weber señala que todo derecho tiene un origen “pactado” u “otorgado”, el cual “puede ser *estatuido* de modo racional –racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores” con la pretensión de ser obedecido, al menos, por los miembros de la asociación.⁸⁵ No obstante, Weber distingue entre varios tipos de derecho de acuerdo con el tipo y grado de racionalización con el cual sean considerados. En este sentido, sólo tomando como criterio la racionalidad formal Weber está en posibilidad de decir que:

Fuera de Occidente no existe una ciencia jurídica racional a pesar de todos los indicios que puedan encontrarse en la India (Escuela de Mimamsa), a pesar de

⁸⁵ M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 173.

todas las amplias codificaciones y de todos los libros jurídicos, indios o no, puesto que faltaban los esquemas y las categorías estrictamente jurídicas del derecho romano y de todo el derecho occidental amamantado por él. Algo semejante al derecho canónico no se conoce fuera de Occidente.⁸⁶

Para Weber la racionalización formal del derecho occidental fue posible por la generalidad y sistematización de sus normas y procedimientos. Ni el pensamiento jurídico de la India ni el propio del antiguo Islam pudieron concretar la plena racionalidad jurídica sofocada por el pensamiento teológico. Principalmente, señala Weber, en cuanto a la racionalización de los procedimientos. La causa por la cual sólo en Occidente se pudo generar esta racionalidad jurídica estriba, por un lado, en la influencia que recibió del derecho romano, así como a la labor de las teorías iusnaturalistas nacidas en el pensamiento cristiano, aunque posteriormente secularizadas.⁸⁷ Por otro lado, para Weber es importante “la influencia que ejercen las formas políticas de dominación sobre las cualidades formales del derecho”. De hecho, en su “Sociología del derecho” fue claro al señalar que “esta influencia varía de acuerdo con el carácter de la dominación”.⁸⁸ En consecuencia, concluye que:

Mientras más racional era el aparato autoritario de los príncipes y jefes a través de ciertos funcionarios, tanto más dirigía su influencia [...] a dar a la administración de justicia –en cuanto forma y contenido un carácter racional – indudablemente entendido éste en diverso sentido-; a eliminar los medios

⁸⁶ M. Weber, “Introducción general a los ensayos de sociología de la religión”, p. 54.

⁸⁷ M. Weber, “La política como vocación”, p. 113.

⁸⁸ M. Weber, “Sociología del derecho”, p. 603.

procesales de tipo irracional, y a sistematizar el derecho material, lo que significaba siempre, al mismo tiempo racionalizarlo.⁸⁹

En contra de una interpretación basada en el materialismo histórico, Weber sostiene que la creación del derecho moderno no es un producto (reflejo) de la subestructura económica. Fue el poder político el que contribuyó a dar forma al derecho moderno. Con base en la anterior referencia de Weber que manifiesta la necesidad de diferenciar entre las formas de racionalidad para no confundirlas. En este sentido, la racionalidad con arreglo a fines o instrumental (*zweckrationalität*) propia de la burocracia estatal contribuyó en la racionalización formal del derecho. Esa fue la secuencia histórica, pues la formación del Estado moderno va de la mano con el absolutismo político. De hecho, mucho antes de configurarse la ciencia jurídica, las ciencias del Estado ya se habían establecido.⁹⁰

Más allá de la distinción analítica entre la racionalidad instrumental y formal de la dominación burocrática, la diferencia importante es aquella entre la formal y la material. Se trata de la distinción fundamental de la sociología del derecho weberiana. Sin embargo, Arnold Eisen llega a señalar que Weber sobrepone el uso de racionalidad formal y racionalidad material, de tal forma que en lugar de ayudar a clarificar más bien confunde.⁹¹

Max Weber en *Economía y sociedad*, en una de las tantas ocasiones que trata el asunto, señala que la racionalidad material se presenta “en la medida en que el soberano

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 603 y 604.

⁹⁰ El origen de las ciencias del Estado del periodo absolutista tuvieron como objetivo principal la racionalización de la actividad estatal, tanto es la materia administrativa, como en la financiera y la comercial; ver Albion Small, *The cameralists: the pioneers of german social polity*, Chicago, The University of Chicago Press, 1909.

⁹¹ A. Eisen, *op. cit.*, p. 61.

procede según principios, son estos los de justicia y equidad, con un contenido ético *material*, o los de la conveniencia utilitaria, pero no, -como en la dominación legal-principios formales”.⁹² En la sección de la “Sociología del derecho” apunta que se da una racionalización material del derecho cuando se tiende hacia “lo que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas, de esas autoridades”. Por lo tanto, señala Weber, no existe una distinción entre ética y derecho en la intención de esos factores en la formación del derecho.⁹³

El problema con la interpretación de Eisen es el de percibir como una contradicción las definiciones de la racionalidad material y la formal, pues como lo racional es relativo a algo, no puede existir una racionalidad formal pura. De acuerdo con esta postura, la racionalidad formal sólo puede ser juzgada como tal tomando como referencia el fin hacia el que se dirige. En efecto, Weber señala en reiteradas ocasiones que lo que puede ser visto como racional desde una perspectiva puede ser juzgado como irracional desde otra. Además, como ya se mencionó, Weber se encargó de resaltar la naturaleza contradictoria de la racionalidad. Por lo tanto ese no es un problema de la teoría weberiana.

La cuestión fundamental, que no percibe Eisen, es que en ningún momento Weber sostiene que ambos tipos de racionalidad sean contradictorias, es decir, mutuamente excluyentes. Se trata más bien de dos principios que obedecen sólo a dos lógicas contrarias. La diferencia es que en una relación de contradictorios no puede haber puntos intermedios, pero en una de contrarios la posibilidad de intermedios es algo natural.⁹⁴ Tal

⁹² M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 181.

⁹³ M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 604.

⁹⁴ Esta distinción entre principios contrarios y contradictorios la retomo de Giovanni Sartori en su libro *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, (1993) 2006, pp. 118-120.

afirmación se ve reforzada si se parte de la idea de gradualidad que Weber tenía de ambos tipos de racionalidad, no de una naturaleza dicotómica. Además, una vez más debe resaltarse la naturaleza deliberadamente “simplificadora” y de abstracción de los tipos ideales para Weber. Tampoco es correcto afirmar que el carácter formal de la racionalidad es externo al ordenamiento jurídico por el carácter relativo y plural de la racionalidad. La formalidad tiene que ver con una manera de proceder, básicamente la abstracción, la generalización. Lo que sí proviene de fuera es la fundamentación de la racionalidad material, esto es, los valores a los que se orienta. En suma, la confusión de Eisen es producto de olvidar que la racionalidad instrumental (*zweckrationalität*) ni tampoco la formal son las únicas formas de racionalidad para Weber. En este sentido no es que no se pueda concebir un tipo puro de racionalidad formal o instrumental porque su racionalidad depende de los objetivos materiales que se persiguen. Más bien, como Weber dejó claro, se actúa bajo una racionalidad material pura cuando cada acción está orientada bajo la influencia de valores. A su vez, se actúa bajo una lógica racional formal pura cuando la actuación o decisión de los funcionarios o jueces no obedece a un criterio valorativo personal y casuístico sino que se apega a lo establecido en la norma general y abstracta. La distinción es de carácter procedimental.

Johannes Winckelmann, uno de los mayores especialistas en la obra del sociólogo de Heidelberg, formuló una interpretación de acuerdo con la cual la racionalidad formal estaría vinculada a criterios de racionalidad material, y por lo tanto la dominación legal-burocrática no descansaría sólo en la racionalidad formal.⁹⁵ Wickelmann llega a esta conclusión a partir de la afirmación hecha por Weber de que hay dos tipos de fundamento

⁹⁵ Johannes Winckelmann, *Legitimität und legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1952, pp. 72.

de legitimidad de la legalidad, esto es la valorativa (*wertrationalität*) y la instrumental (*zweckrationalität*). Más aún, considera que Max Weber concibió la forma de dominación legal-burocrática con base en una racionalidad valorativa, pues ve en Weber una preocupación por la desnaturalización formal del derecho en la que sólo se legitima por su carácter neutral y formal.⁹⁶ Sin embargo, como bien muestra Wolfgang Mommsen, la argumentación de Winckelmann es problemática puesto que selecciona dos pasajes de la obra de Weber que, de acuerdo con él, se contradicen.⁹⁷ En una parte retoma a Weber afirmando el carácter instrumental del derecho estatuido, pero más adelante lo hace con una afirmación según la cual el derecho arbitrario puede ser estatuido mediante el acuerdo o la imposición racional, ya sea con base en la racionalidad valorativa o la instrumental. De tal forma, esta última expresión excluye la posibilidad para sostener que para Weber el derecho sólo puede tener una legitimidad fundamentada en valores.⁹⁸

El problema que yace en el fondo de la discusión entre las interpretaciones referidas es la relación entre los valores y la legalidad en la dominación legal-burocrática. Por un lado están quienes sostienen que la fundamentación de la legitimidad de las normas en el derecho moderno estriba en su formalidad, generalidad y abstracción, básicamente es una cuestión procedimental o de forma. Por el otro, quienes sostienen que Weber delinea el tipo de dominación burocrática partiendo del presupuesto del carácter normativo (valorativo) del derecho. Sin embargo, ambas posturas encuentran serios problemas.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 72 y 73.

⁹⁷ Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber and German politics, 1890-1920*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984, p. 450.

⁹⁸ *Idem*.

De acuerdo con nuestra interpretación de Max Weber, es imposible ubicar de forma dicotómica o excluyente la dominación legal-burocrática en cualquiera de los dos extremos. Weber es un positivista, en tanto que como sociólogo, le interesa la validez y observación real de las normas. Sin embargo, también es normativista en la medida en que las bases de su sociología comprensiva le llevan a estudiar los sentidos subjetivos que llevan a los individuos a obedecer a las leyes, en tanto expresión de relaciones sociales estables, además de otras razones como la fuerza o el interés. Ahora bien, no puede ser un positivista radical en la medida en que no sólo le importa la capacidad de hacer observar las leyes, pues en un extremo, se estaría ante una relación de poder (*Macht*) y no de dominación (*Herrschaft*). Por otro lado, tampoco puede ser un normativista extremo, pues no le interesa el valor de las normas fundamentado en el deber ser (*sollen*), sino también el ser (*sein*) es decir la observación factual de las normas.

La clave para descifrar esta aparente contradicción reside, primero en su idea de tipo puro; segundo en su noción de racionalidad y; tercero en la neutralidad valorativa. El primer problema que surge de la interpretación de la forma de dominación legal-racional surge de pasar por alto la naturaleza típico ideal de sus *tipos* de dominación. Suele no considerarse este aspecto, pero es sumamente relevante. Max Weber construyó sus tipos de dominación, incluyendo la legal-burocrática que es la más problemática, mediante un proceso de abstracción de uno o varios rasgos predominantes y los llevó a un grado extremo. En reiteradas ocasiones Weber remarcó que en la realidad no existían, ni habían existido esos tipos de dominación, pues sólo eran una construcción racional del científico que trata de entender la realidad siempre mucho más compleja. Debe recordarse la herencia neokantiana que recorre la obra weberiana, pues siempre fue consciente de que los conceptos y categorías con las cuales se refiere la realidad nunca la abarcan por

completo. En consecuencia Weber sabía perfectamente que en la realidad los fundamentos de la legitimidad nunca se daban en forma pura o única. Es decir, se obedece a las normas principalmente por su formalidad, pero también por algún contenido material; se obedece a un gobernante fundamentalmente por la tradición pero también puede confluír elementos carismáticos que la fortalezcan, y así sólo por elaborar algunos casos posibles.

La segunda cuestión mencionada es la noción de racionalidad. Su valor es fundamental, pues se puede argumentar que si bien Weber concebía a los tipos ideales como abstracciones científicas, ello no impediría argumentar que fuera deseable alcanzarlos lo más fielmente posible en la realidad. Es decir es algo que no está presente en la realidad pero que es deseable alcanzarlo. Al respecto, Max Weber tenía, tal cual se argumentó, una perspectiva relativa y plural de la racionalidad. Esto es, existen diversos tipos de racionalidad con base en los cuales operan las relaciones sociales. De tal forma, si se acepta la existencia de varios tipos de racionalidad, no se torna en algo necesario la evolución hacia un tipo específico de racionalidad por encima de otros. Weber no veía como un proceso inexorable la racionalización formal de la sociedad moderna. En consecuencia, para él, la racionalidad pura no es un hecho verificable en la realidad pero tampoco era algo intrínsecamente deseable o inexorable. En conclusión no puede considerarse que para Max Weber fuera deseable, y por ello más legítima, una forma de dominación legal-burocrática mucho más pura.

En tercer lugar, también íntimamente relacionado con los anteriores, está la neutralidad valorativa. Muchos autores han creído ver en ésta la justificación para la calificación de Max Weber como un positivista. La razón de ello reside en que una de las características centrales del positivismo jurídico es la creencia en la validez de la norma

jurídica autónoma a criterios valorativos, básicamente éticos. Este argumento, a su vez, parece ser reforzado por la opinión que Weber tenía del derecho natural. Hay que recordar que siempre el derecho natural y el positivismo jurídico son considerados como las escuelas antitéticas predominantes de la ciencia del derecho.⁹⁹ No obstante, tal conclusión es errónea. Weber no es un positivista sólo por el lugar que le otorga al derecho natural, al distanciarse de éste. La relación es otra. Weber no aceptaba la teoría del derecho natural porque juzga que la validez, o la observancia del derecho, es independiente de alguna fundamentación valorativa específica, es decir universalmente válida. El derecho moderno se define por su carácter formal, abstracto y general, no por su contenido valorativo. Afirmar otra cosa para Weber sería negar la posibilidad de la validez, y en consecuencia de la legitimidad, de un derecho que no esté fundamentado en las premisas del derecho natural. En este sentido, no podría existir el derecho fuera de occidente. Más bien, lo que Weber deseaba defender con su idea de neutralidad valorativa es que resulta imposible argumentar científicamente la superioridad valorativa de un conjunto de creencias por encima de otras. Por tal motivo, no se puede afirmar que sólo la base del derecho natural puede otorgarle validez, esto es observancia y continuidad, al derecho. Pero de ello, no se deriva tampoco, que la validez del derecho radique únicamente en su formalidad, sino que su fuente última puede ser diversa. Weber era consciente de la importancia que tuvo la filosofía del derecho natural en la conformación del derecho moderno¹⁰⁰, además de la formalidad que recibió del derecho romano. En suma, para Weber la validez del derecho no reside en un contenido ético en particular,

⁹⁹ Este tema ha sido tratado ampliamente por Norberto Bobbio en su libro *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991; principalmente en su capítulo tercero.

¹⁰⁰ Véase la sección 7 “Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el derecho natural” perteneciente a la sección de la “Sociología del Derecho” de *Economía y Sociedad*, pp. 639-648.

como el derecho natural, pues existen otras fundamentaciones éticas también válidas como es el caso fuera de Occidente. Sin embargo, para que estos contenidos éticos o valorativos tengan validez dependen de una configuración formal. Se acepta el contenido implícito de un ordenamiento jurídico en la época moderna en función de su expresión formal porque permite un margen de acción más previsible y racional a los individuos.

De acuerdo con la interpretación que ofrecemos de la relación entre legalidad y legitimidad en Weber se pueden extraer las siguientes conclusiones. La dominación legal-burocrática es una construcción metodológica. En la realidad la relación entre legitimidad y legalidad propia de Occidente en la época moderna es mucho más flexible, pues conviven elementos materiales o normativos con aquellos legales o formales. No obstante, la validez del derecho reside principalmente de su forma y sólo ulteriormente de su contenido valorativo. Ello no quiere decir que la forma pueda existir sin un contenido material al cual se oriente. Cuando Weber señalaba que el derecho moderno es predominantemente formal en contraposición a lo material quería indicar el hecho de que los funcionarios y los jueces tomaban decisiones en su jurisdicción con base en lo establecido en las leyes. No entraban en juego sus criterios personales de lo justo o legítimo, sino que se limitaban a aplicar la norma *sine ira et studio*, sin apasionamiento y con rigor. De ello no se deriva que el derecho no esté fundamentado en una concepción del mundo (*Weltbilder*) en particular. El derecho occidental moderno está basado en gran parte en postulados normativos, como aquellos del derecho natural. Sin embargo, a su vez, de ello tampoco se puede concluir que esta concepción del mundo o la racionalidad implícita sean superiores a otras y menos aun que sean los únicos válidos. Sobre este punto recurro a una analogía con base en una argumentación realizada por Weber sobre el papel que desempeñó la ética del ascetismo intramundano del calvinismo sobre el

desarrollo del capitalismo moderno. En este sentido, su importancia radicaría en que sirvió como un catalizador que apoyó en su gestación al derecho moderno, pero una vez que tomó su impulso y formó su propia dinámica la evolución del derecho se legitimó por sus cualidades formales.

El estado moderno no está ligado a una concepción del mundo en particular. La célebre definición weberiana del Estado moderno como monopolio de la fuerza física legítima remarca su cualidad específica pero no la única. Es decir, el Estado moderno se distingue de los demás por cuanto su medio específico de acción. No obstante, previamente señala que “apenas existe una tarea que aquí o allá no haya sido acometida por una asociación política y, de otra parte, tampoco hay una tarea de la que pueda decirse que haya sido siempre competencia exclusiva de esas asociaciones políticas que hoy llamamos estados o de las que fueron históricamente antecedentes del Estado moderno”.¹⁰¹ Por lo tanto, Weber no dice que la diferencia específica del Estado moderno sea que no busca ningún fin ni que no pueda realizar una tarea en particular; lo que lo distingue es el uso de la fuerza física para hacerse obedecer. Los fines dependen de lo que dentro de cada Estado se considere legítimo. Una vez más desde su neutralidad valorativa weber considera que ningún fin sea superior a otro, pero nunca dice que el Estado moderno este exento a la consecución de alguno. En este sentido, pertenece a la esfera de la disputa política enfrentar los diferentes valores que justifican una tarea en particular del Estado.

¹⁰¹ M. Weber, “La política como vocación”, p. 83.

El liderazgo democrático-plebiscitario

Si para Max Weber el derecho y la administración estatal constituyen la encarnación de la racionalización formal, la academia el de la investigación científica neutral, la política es el campo de disputa entre las distintas visiones del mundo y valores que esgrimen los diversos grupos políticos. En este sentido, la burocratización y formalización del Estado sólo constituyen las facetas más significativas del mundo occidental moderno, pero su dinámica no debe invadir necesariamente la de las otras esferas vitales.

En sus últimos escritos Weber fue cada vez más consciente de lo perjudicial que podría llegar a ser la penetración de la racionalización formal e instrumental en todas las esferas de la vida.¹⁰² Max Weber veía con una enorme preocupación la situación de Alemania en el periodo “guillermino” principalmente por las consecuencias que tuvo la política seguida por su canciller Otto von Bismarck. Por otro lado, sus críticas estuvieron dirigidas a los partidos políticos en su desempeño en el parlamento, principalmente el *Reichstag*. Finalmente su análisis también se encaminó al papel de los funcionarios y de la burocracia estatal en el rumbo político que seguía la nación.

El principal foco de su atención lo constituyó la relación entre la burocracia y el parlamento. La importancia de la burocracia para Max Weber era tal que la ubicaba como una de las características definitorias del Estado moderno. Más aún, constituye “el criterio inequívoco para medir la modernización del Estado”.¹⁰³ Para el sociólogo de Heidelberg, la burocracia moderna se distinguía principalmente por la racionalización formal de su actividad así como por la separación entre los funcionarios y los medios materiales de la

¹⁰² Ver Max Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada” preparado entre 1917 y 1918, también “El presidente del *Reich*” de 1919 ambos disponibles en *Escritos políticos*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2008; así como en su célebre conferencia “La política como vocación” de 1919 en *El político y el científico*, *op. cit.*

¹⁰³ M. Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, p. 97.

administración; situación que compartía con los otros tipos de burocracia como la religiosa, la de la empresa mercantil y la propia de los partidos políticos. El problema con la burocracia es el enorme poder que puede llegar a obtener. De hecho, Weber señaló de manera clara que “en un Estado moderno, el poder real, que no se manifiesta en los discursos parlamentarios ni en las proclamaciones de los monarcas, sino en la *actividad administrativa* cotidiana”.¹⁰⁴ Su poder proviene de la formación profesional y especializada de los funcionarios, pero principalmente de la racionalidad instrumental con la que opera. A su vez, las características propias de la burocracia la vuelven cada vez más compleja. Esta situación es la que pone en desventaja tanto a su jefe político en el caso principal de que se trate de un monarca, pero también a los legisladores en el parlamento.

Para Max Weber la comparación obligada de la situación alemana era la inglesa. Allí, el desarrollo de la burocracia no había alcanzado el mismo nivel que en las tierras germanas. Por lo tanto, era un caso digno de seguir. Para Weber la razón principal de ello estribó en el mayor protagonismo que tenía el parlamento en la conformación de la política y en la determinación del rumbo a seguir. Se trata de una situación muy distinta, señala Weber, allí donde el parlamento tiene la capacidad de nombrar de entre sus propias filas a los dirigentes de la administración estatal o al menos, tengan la capacidad para someter, mediante la expresión de la mayoría, a su criterio la continuidad en el cargo pues por esa razón están obligados a someter su actuación al examen del parlamento y, en consecuencia, “dirigir la administración de acuerdo con las normas aprobadas por el Parlamento”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 126.

En Alemania la burocracia consiguió desarrollar un poderío mucho mayor que en Inglaterra donde el parlamento fue la figura política predominante.¹⁰⁶ Para Weber pueden ubicarse tres razones fundamentales de ello, esto es, independientes a la propia dinámica de la burocracia: el papel de Otto von Bismarck, la incapacidad política del monarca (tanto en el caso de Guillermo I como con el de Guillermo II), y el diseño constitucional de las instituciones políticas.

La apreciación que tuvo Max Weber de la labor del “canciller de hierro” Bismarck no es muy favorable. Lo acusa de forma directa de su deliberada anulación política del parlamento y de los partidos que en el momento le fuera más conveniente. También lo señala por su afán de generar una lealtad indiscutible al Estado. Ejemplo de ello fueron sus demagógicas reformas en materia de política social, cuya intención era la de desaparecer políticamente a la izquierda, tanto desarmando a los partidos socialistas así como con la disolución de los sindicatos.

Por otro lado, Weber juzgaba que el hecho formal de que la titularidad del aparato administrativo recayera en la persona del monarca en turno no era para nada suficiente para que éste tuviera un control, no se diga total, sobre la burocracia. Más allá de los distintos estilos de hacer política por ambos monarcas, su incapacidad política para establecer un control sobre la burocracia fue evidente. Weber manifiesta que el carácter hereditario del monarca lo volvía en una suerte de lego en los asuntos políticos, pero principalmente en los administrativos, por lo que inevitablemente se encontraba en

¹⁰⁶ Sobre las causas que marcaron la diferente evolución de las instituciones políticas en los países europeos se ha escrito una enorme literatura, empero no existe un acuerdo total sobre éstas. Uno de las referencias obligadas además de la de Max Weber, es la del quien para muchos es el continuador de algunas de las reflexiones weberianas: Otto Hintze, *Historia de las formas políticas*, trad. José García Díaz, Madrid, Revista de Occidente, 1968; también la obra del sociólogo americano Charles Tilly, *Coercion, capital and european states: 990-1992*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; dentro de la reciente literatura sobre el tema sobresale Thomas Ertman, *Birth of the Leviathan. Building States and regimes in medieval and early modern Europe*, Cambridge University Press, 1997.

desventaja. Peor aún, en el caso de la confianza absoluta depositada por Guillermo I en Bismarck fue contraproducente, pues éste último se encargó de debilitar al parlamento.

Más allá de los dos factores anteriores, para Weber, existe un factor de orden estructural que determinó la política alemana en el segundo *Reich*. En efecto, al momento de fundarse el Estado alemán, preservó la configuración constitucional de las instituciones políticas. En este sentido, la federación se concibió como el producto de la voluntad de los estados alemanes y, por lo tanto, conservaron su poder. Contrario a lo que sucede en otros estados, el *Bundesrat* (la cámara alta federal) ejercía el poder y no el *Reichstag* (la cámara baja de representación popular). Aunado a ello debe considerarse la hegemonía prusiana en el *Bundesrat* por su mayor desarrollo económico y capacidad militar. De tal forma, en la práctica el gobierno alemán era una extensión del gobierno de Prusia. Por su parte la representación popular en el *Reichstag* era escasa pues el mínimo control parlamentario era ejercido por los representantes de los estados en el *Bundesrat*. Todo ello trajo como consecuencia, según Weber, el que no se pudiera generar una cultura política moderna, en donde no se podía establecer un contrapeso efectivo hacia el poder de la burocracia por parte del monarca ni de los políticos.

Para Max Weber la burocratización de la sociedad era un proceso hasta cierto punto irresistible. Sin embargo, de esta apreciación no se puede extraer, como queda claro a partir de su idea de racionalidad, de su concepción de los tipos ideales y de su análisis político, que Weber lo vea como algo positivo. Considera positiva la acción especializada de la burocracia en tanto se mantenga en su esfera propia. El sociólogo de Heidelberg fue muy claro al señalar que si se considera como el único y último valor para decidir sobre cómo llevar los asuntos públicos la acción de la administración técnicamente buena así como racional para tratar las necesidades lo que se genera es “el armazón de la

servidumbre” que aguarda en el futuro.¹⁰⁷ Por tal motivo Weber marcaba una clara distinción entre el funcionario y el político.

El funcionario por su formación especializada es el hombre más apto para operar el aparato administrativo, pero la orientación de su actividad es una cosa muy distinta en términos sustanciales a la del político. Para Weber la diferencia fundamental estriba en la naturaleza de la responsabilidad que tiene cada uno. El político está llamado a cumplir una misión totalmente diferente a la del funcionario. Para el sociólogo de Heidelberg la política es sinónimo de lucha. Se trata de un enfrentamiento basado en la aspiración al poder, pero sólo como medio para la consecución de otros fines tanto idealistas como egoístas.¹⁰⁸ No hay que engañarse en este punto, pues no por nada Max Weber ha sido ubicado como un continuador de la escuela del realismo político. Las opciones para “salvar un espacio para la actividad individual” no provienen sólo de una actuación idealista por un grupo de políticos, pero sí considera que la creencia en algunas valoraciones por los grupos políticos pueden motivar su acción. La cuestión central está en que “fijar objetivos políticos no es un asunto técnico, y la *política* no la debe determinar el funcionario especialista como tal”.¹⁰⁹ En efecto, para Weber la política no es un ámbito donde deba operar la racionalidad formal propia de la burocracia. La política obedece, valga la expresión, a otra racionalidad. Se trata de un enfrentamiento entre grupos por conquistar cargos, pero también implica una disputa por distintas cosmovisiones políticas.

La postura metodológica de Weber tiene implicaciones en la propia de la política. O dicho de otra forma, su pensamiento político es un producto de su concepción

¹⁰⁷ M. Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, p. 115.

¹⁰⁸ M. Weber, “El político y el científico”, p. 84.

¹⁰⁹ M. Weber, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, p. 148.

metodológica. Para él la idea de la neutralidad valorativa adquiere mayor importancia en el campo de la política. Dado que no es posible determinar de manera científica la validez de cualquier valoración, la racionalización burocrática no debe tomar las decisiones más importantes en una comunidad política, pues su racionalidad es una de tantas. Es en la política donde se deben tomar esas decisiones mediante un libre enfrentamiento de las diversas posturas políticas. Por tal motivo el parlamento que es el órgano donde se expresan las distintas fuerzas políticas debe tener un mayor protagonismo así como mayor capacidad de control sobre la burocracia.

Ahora bien, claro que la política es el campo de los valores que animan y orientan la actividad del Estado; sin embargo para Max Weber, su idea de neutralidad valorativa le obliga a rechazar cualquier intento que se arrogue la atribución de definir de manera unilateral cuál deba ser la sustancia que resida en la base del Estado. Es en este punto donde se encuentran las dos posturas weberianas que aparecen como antitéticas: su orientación jurídica positivista y su defensa de la democracia parlamentaria. Para Max Weber cualquier ordenamiento jurídico que el Estado tenga la capacidad de hacer obedecer y que por ello sea efectivo, junto con el hecho de que sea aceptado como legítimo, sin importar la razón de ello, le otorga validez. En este sentido, cualquier ordenamiento jurídico puede ser legítimo. Sin embargo, el otro argumento que cierra la pinza, y que comúnmente es ignorado, es que la dirección política determina el aspecto sustancial del Estado. Pero para que este contenido sustantivo que anima la actividad estatal sea válido debe ser el ganador de un enfrentamiento político previo. Su misma neutralidad valorativa en el derecho opera en la política. Lo que no se vale es defender una argumentación relativista y positivista para defender cualquier ordenamiento jurídico, pero en el campo de la política sostener que sólo existe una verdad o ideología política

válida. Esta es una de las críticas principales que realizó a la idea del Estado que era defendida por los juristas más destacados en la época del Imperio guillermino, donde sólo una concepción sustancial política era la válida. Por tal motivo, una concepción relativa en cuanto a valores políticos exige que todas las fuerzas políticas se expresen de manera libre y continua. En este sentido, para Weber la democracia parlamentaria cumple mejor que cualquier otra forma política este requisito indispensable. La democracia liberal permite la libre expresión de los distintos partidos y sus ideologías políticas. Por lo tanto, la defensa de la democracia parlamentaria para Weber implica un rompimiento con la concepción antigua de la política.¹¹⁰ El valor de la democracia moderna es de carácter instrumental y procedimental, pero no por algún valor sustancial unido a ésta. Al contrario permite la libre expresión y enfrentamiento entre las diversas valoraciones políticas, pues ninguna puede calificarse como la verdadera.

¹¹⁰ Sobre este punto explorar el libro de Javier Franzé en donde sostiene que con Max Weber se da un rompimiento con la tradición aristotélica de concebir la política: *¿Qué es la política? Tres respuestas: Aristóteles, Weber y Schmitt*, Madrid, La Catarata, 2004, especialmente los capítulos 2 y 4.

Capítulo III

El derecho y la democracia en Hans Kelsen.

La ciencia del derecho tiene en la figura del austriaco Hans Kelsen a una de sus figuras más importantes y emblemáticas. La labor de Kelsen fue fundamental para dejar establecido el carácter riguroso y científico del derecho. A partir de la aparición de su amplia y rica obra no hay autor que pueda evitar referirse a él, ya sea para confirmar sus argumentos o para refutarlos. En este sentido, el jurista nacido en Praga, entonces ciudad del Imperio austro húngaro, puede decirse que revolucionó la ciencia del derecho. Más aún, puede llegar a afirmarse con mucha facilidad que estamos ante una figura de la relevancia de un verdadero clásico dentro de su disciplina.

La aportación más fundamental de Hans Kelsen hizo a la ciencia del derecho fue el de demarcar su carácter científico ante lo que calificaba como ideología política. Para ello configuró una teoría del derecho y del Estado positivista y pura. Para Hans Kelsen sólo una teoría del derecho que tratara al conjunto del ordenamiento jurídico sin ningún contenido sustancial o valorativo puede ser considerada como científica. En este sentido, para el jurista austriaco sí es posible estudiar de manera autónoma, esto es pura, al ordenamiento jurídico que conforma el derecho. Se trata de la autonomía del derecho con relación a otros ámbitos como la filosofía, la ética o la política. En suma: estudiar al derecho sólo con criterios estrictamente jurídicos.

Desafortunadamente la obra de Hans Kelsen ha estado marcada a partir del surgimiento de los regímenes autoritarios y totalitarios, o autocráticos como él los refiere, por un enorme escepticismo. La crítica más recurrente, que más bien es un lugar común, apunta a que con base en la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen se cae en un positivismo relativista radical. Así, con base en esta perspectiva, se argumenta, se puede

calificar como legal y por extensión como legítimo el ordenamiento jurídico de cualquier régimen político. De tal forma, incluso el régimen nacionalsocialista (nazi) alemán podría ser calificado como legal y legítimo. Con base en una teoría pura del derecho no se puede hacer distinciones valorativas entre una democracia y una autocracia. Por lo tanto se podría que en ambos constituyen un Estado de derecho. La razón de ello estriba, básicamente, en que son válidas las normas que sean eficaces y válidas. Esto es, aquel ordenamiento jurídico que rija positivamente es el legal y legítimo. Dicho de otra forma, aquel ordenamiento jurídico que sea establecido por el poder político cuenta por ese sólo hecho.

En este capítulo propongo una interpretación diferente sobre la relación entre legalidad y legitimidad en la teoría del derecho y del Estado en Hans Kelsen. La cuestión principal a resolver es: cómo es posible que Hans Kelsen sea un defensor del positivismo jurídico y al mismo tiempo sea un defensor de la democracia liberal. A partir de la investigación se puede concluir que no existe una contradicción interna entre ambas posturas, sino que son, y deben tratarse, como complementarias. Dicho de otra forma, debe leerse en mancuerna la obra jurídica y política del Hans Kelsen. La distinción entre ambas es de carácter analítico pero en la realidad deben ser vistas integralmente. Para el jurista austriaco poder y norma, o lo que es lo mismo poder político y derecho son una misma cosa. En este sentido, no sólo importa que el ordenamiento jurídico sea legal y legítimo sino que también, en un análisis ulterior, la forma de Estado sea también legal y legítima. Por lo tanto se requieren criterios políticos de legitimidad. La clave para comprender la complementariedad de ambas posturas estriba en la misma neutralidad valorativa. La autonomía del derecho se garantiza cuando se le aparta de cualquier contenido sustancial o valorativo, otorgándole su carácter puro. Pero de igual manera la

forma de Estado no debe estar comprometida o vinculada inexorablemente a ninguna ideología política. En consecuencia: sólo los *procedimientos* característicos de la democracia permiten la libre expresión de los valores o ideologías políticas evitando así un vínculo esencial de la forma de gobierno con una en particular que se arrogue validez universal e indiscutible.

El capítulo está organizado en tres apartados. En el primero de ellos se abarca la obra estrictamente jurídica de Hans Kelsen a partir de algunos de sus obras más representativas. En el segundo, se parte de un análisis de su célebre obra *De la esencia y valor de la democracia* para abarcar su obra de naturaleza más política. Posteriormente se realiza la argumentación que articula y otorga coherencia a ambas facetas del jurista austriaco. Finalmente se retoma la idea del control constitucional. Se trata de un procedimiento que está destinado a que garantice la congruencia y regularidad de las normas con la constitución como norma superior, evitando así, la discrecionalidad o el decisionarismo, y por lo tanto la anulación de la sistematicidad constitucional.

III.1 La ciencia del derecho kelseniana.

La teoría pura del derecho

Uno de los objetivos centrales de Hans Kelsen fue el de crear una teoría jurídica autónoma y científica. Así por ejemplo, en el prólogo a su obra más acabada *Teoría general del Derecho y del Estado* señala que “el objetivo específico de la ciencia jurídica es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, meta de la política”. Más adelante señala que:

La teoría pura del derecho no considera su objeto como una copia más o menos imperfecta de una idea trascendente. No pretende concebir el derecho como una

creación de la justicia, o como criatura humana de un progenitor divino. La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente, excluyendo a esta última de su objeto específico.¹

En efecto, para el jurista austriaco el problema central de una verdadera teoría jurídica estriba en poderle otorgar su autonomía de otras preocupaciones materia de ámbitos como la ética, la filosofía o la política. Es decir, el derecho no se debe definir a partir de objetivos que le son ajenos e impuestos, desde aquellos de orden ético como es el de la justicia, así como los estrictamente políticos que buscan asegurar el poder y el predominio de una ideología en particular. Al respecto, una de las afirmaciones más recurrentes del jurista austriaco es el carácter ideológico de la tradición del derecho natural. Hay que recordar que de acuerdo con esta concepción del derecho, su validez y su legitimidad dependen de respetar los mandatos de origen divino. Así, llega a afirmar que “la doctrina revolucionaria del derecho natural [...] no se refiere al conocimiento del derecho positivo, de la realidad jurídica, sino a su defensa o ataque, y por ende, su tarea no es científica sino política”.² Además, la elaboración teórica del derecho natural, de acuerdo con Kelsen, es deficiente, pues no “ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes”.³

De tal forma, el derecho desde un enfoque como el iusnaturalista sólo es tal en tanto que respete ciertos patrones de justicia que le son exteriores. Pero el derecho, para

¹ Hans Kelsen, “Prólogo”, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. VII.

² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 13.

³ *Ibidem*, p. 11.

Kelsen, en tanto autónomo debe definirse a partir de su propia lógica. En este sentido, Kelsen establece de manera muy categórica la separación del derecho con el *deber ser* (*sollen*). Sin embargo, también es muy claro al separar al derecho del acontecer real de los hechos, es decir, el ser (*sein*). Al respecto Kelsen comenta que:

Algunas teorías jurídicas tienden a ignorar la línea divisoria que separa la teoría de las normas jurídicas que regulan la conducta humana, de la ciencia que explica en forma causal el comportamiento real de los hombres, y esa tendencia implica la confusión del problema de cómo deben los hombres conducirse jurídicamente con el de cómo se conducen en realidad y habrán probablemente de conducirse en lo futuro.⁴

De esta forma Kelsen aleja al derecho de la sociología y más específicamente de la sociología jurídica. Este es un punto sobre el que Kelsen regresaría en diversas ocasiones. Se trata de lo que definió como “las zonas linderas de aquellas disciplinas que se encuentran en contacto en relación con su sujeto, pero que están separadas en razón de las diferencias en sus modos de abordarlo”.⁵ Una de las preocupaciones principales de Kelsen sobre la forma en que abordan sus conceptos ambas disciplinas, es sin duda, el de “la voluntad”. Sobre ello, baste recordar la concepción predominante en la sociología y el derecho a finales del siglo XIX en autores como Paul Laband o el mismo Georg Jellinek.⁶ Para Kelsen la mejor forma de partir para distinguir la forma de proceder entre la

⁴ H. Kelsen, “Prólogo”, *op. cit.*, p. VII.

⁵ Hans Kelsen, “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico”, en Oscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 308.

⁶ El caso de Jellinek es muy característico pues aunque no la identifica con un órgano en particular, sí señala que el Estado tiene una voluntad propia y diferente a la de sus partes constitutivas. Ver Peter Stirk, *Twentieth-century German political thought*, Edimburgh, Edimburgh University Press, 2006, pp. 21 y 22.

sociología y la jurisprudencia es la de la diferencia una vez más entre el ser y el deber ser. Pero, aclara inmediatamente, se trata de una oposición de carácter lógico-formal, y mientras se aborde de esa forma “no habrá camino que conduzca del uno al otro”.⁷ Esta aclaración es fundamental porque para Hans Kelsen en la realidad se trata de procesos que no están distanciados. Sólo así se puede entender cuál es la dinámica del derecho para Hans Kelsen.

Además de la afirmación de que la teoría pura del derecho es tal en tanto permanece libre de la influencia de criterios como los políticos o los morales, es posible advertir en Kelsen otras dos fundamentaciones para entender el carácter puro del derecho. Una es que se trata de una ciencia normativa y por lo tanto diferente de las ciencias naturales que son causales. La otra es que se trata de una teoría pura en la medida en que describe una estructura común en todos los sistemas legales.⁸

Una de las cualidades de la teoría pura del derecho para Kelsen estriba en que se diferencia de las ciencias más tradicionales en cuanto a establecer relaciones de causalidad en los fenómenos que estudia. Así, en la primera versión de *La Teoría pura del derecho* el jurista austriaco señala de manera muy clara que en comparación con otras ciencias sociales que aplican el principio de la causalidad, la ciencia jurídica aplica el de la imputación. Su objetivo es estudiar “las conductas humanas, no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben como deben desarrollarse”. De tal forma, “una ciencia que sea calificada de normativa no significa que tenga por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las

⁷ H. Kelsen, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, p. 311.

⁸ Lars Vinx, *Pure theory of Law. Legality and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 30.

normas y las relaciones sociales que ellas establecen”.⁹ Sobre esta afirmación kelseniana es necesario advertir, entonces, que su denominación “normativa” de la ciencia jurídica no tiene nada que ver con el aceptar la existencia de valores morales últimos dentro del derecho. No se trata que el derecho prescriba un deber ser con fundamento en un valor, sino simplemente que con base en lo que establece la norma positiva *debiera* esperarse un resultado específico. Pero ello tampoco significa que la validez de la norma dependa de que esta sea obedecida, pues sólo se estaría haciendo referencia a su eficacia.

En este sentido, para Kelsen la existencia positiva de una norma no es otra cosa que su validez. Nos dice que “una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales”.¹⁰ Por tal motivo, la validez concreta de una norma jurídica no depende de su eficacia.

La otra forma de entender la teoría pura del derecho, esto es, como una teoría general que describe propiedades comunes en todas las estructuras legales hace énfasis en que no se trata de una teoría de un sistema legal en particular. Empero, como apunta Lars Vinx, ello no quiere decir que Kelsen esté pensando en que existen o es posible ubicar un conjunto universal e intrínsecamente válido de normas que necesariamente forman parte de todo sistema legal. Más bien, Kelsen quiere decir que todos los sistemas legales comparten necesariamente un conjunto de propiedades estructurales que pueden ser destacados por medio de un esquema conceptual universal jurisprudencial.¹¹

La idea de la pureza de la ciencia del derecho en Hans Kelsen puede verse, más allá de lo que él explícitamente señala, desde otra óptica. Para algunos estudiosos de la

⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Moisés Nilve, (con base en la traducción francesa de 1953 de la primera versión alemana de 1934), México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹ L. Vinx, *op. cit.*, p. 30.

obra del jurista austriaco su intención por construir una teoría pura del derecho puede entenderse como la búsqueda de defender una posición política en particular: la del liberalismo político.¹² David Dyzenhaus, se pregunta por qué, en primer lugar, habría de querer una teoría científica del derecho que estuviera purificada de toda ideología política. Dyzenhaus considera que, además de constituir una respuesta concreta a las afirmaciones de Carl Schmitt en la situación coyuntural de la República de Weimar, la teoría kelseniana está motivada por una posición particular en moral y en filosofía política.¹³ Por su parte, Vinx sostiene que el énfasis de Kelsen en la pureza del derecho sólo puede comprenderse si se parte de la idea de que la jurisprudencia está incrustada en presupuestos normativos como el de la existencia de valores de legalidad autónomos. Con base en ello, es posible aceptar la pretensión de pureza como parámetro de adecuación a la teoría jurídica si se acepta una idea normativa del Estado de derecho (*rule of law*).¹⁴ Para Oscar Correas la pretensión de pureza del derecho tiene un sentido muy específico, pues “la razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación ‘científica’ a cualquier poder”.¹⁵ En este sentido, Kelsen habría intentando fundar por razones políticas una ciencia pura del derecho. Así, considera que:

lo que verdaderamente podemos encontrar, es una muy profunda, rica, densa, filosofía política, una reflexión acerca del derecho y el poder, y un intento

¹² Entre los autores que sostienen este tipo de argumentación ver: L. Vinx, *op. cit.*, Oscar Correas, “El otro Kelsen”, en Oscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003; David Dyzenhaus, “The Pure theory in Practice: Kelsen’s science of Law”, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

¹³ D. Dyzenhaus, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴ L. Vinx, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ Oscar Correas, “El otro Kelsen”, en Oscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003, p. 34.

metodológico-científico, sí, de poner en su lugar a la jurisprudencia, que será así una ciencia que se limite a la descripción del derecho positivo, y que, no por ser tal ciencia del derecho tiene derecho a incluir subrepticamente ninguna justificación de ningún Estado.¹⁶

En efecto, la famosa teoría pura del derecho elaborada por Kelsen está lejos de ser necesariamente pura. En este caso, en los trabajos estrictamente jurídicos de Kelsen parece asomarse una ligera valoración del derecho debido a que fueron concebidos con un fin muy específico que es el de proteger la libertad. No obstante, esta afirmación puede resultar muy polémica, pues el mismo Kelsen en reiteradas ocasiones señaló que el derecho no tiene ningún carácter teleológico, es decir, no debe estar concebido para perseguir ningún objetivo esencial. Al respecto, hay que recordar que Kelsen establecía claramente el carácter del derecho como un medio y no como un fin. Se trata, para el jurista austriaco, de un medio social específico; básicamente la técnica social específica de un orden coactivo encargado de provocar la conducta socialmente deseada recurriendo, si es necesario, a la sanción.¹⁷ Desde una perspectiva propia, dichas afirmaciones son muy válidas. En efecto, parece que la teoría pura del derecho kelseniana no es tan pura después de todo. Sin embargo, lo que nos interesa es resaltar un ámbito más amplio de la legitimidad que va más allá del ordenamiento jurídico estrictamente, y que abarca la forma de gobierno.

¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, pp. 22 y 23.

El derecho como un ordenamiento jurídico

Como señala Norberto Bobbio, no se insistirá nunca lo suficientemente el hecho de que con Kelsen la teoría del derecho está orientada definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, considerado como el concepto clave para la construcción teórica, y no más el concepto de norma jurídica en su individualidad.¹⁸ En este sentido, insiste Bobbio:

La empresa de Kelsen consiste, al contrario, de no abandonar el punto de vista normativo en la transición del estudio de las normas individuales al estudio del ordenamiento, sino más bien en el conducirlo hacia sus consecuencias extremas, buscando el elemento característico del derecho en el modo con el cual las normas a las que habitualmente les damos el nombre de normas jurídicas se disponen y se componen en un sistema.¹⁹

Este cambio de orientación dentro del estudio del derecho es sumamente importante. Se trata de dejar atrás la antigua tradición nomostática como teoría de la norma jurídica por la nueva perspectiva kelseniana de la nomodinámica como teoría del ordenamiento jurídico. De tal forma que, como apunta Bobbio, “la esencia del derecho no será buscada de ahora en adelante, según la nueva prospectiva kelseniana, en esta o aquella característica de las normas, sino en la característica de aquel conjunto de normas que forman el ordenamiento jurídico”.²⁰ De hecho, con fundamento en esta distinción es que Kelsen concibe la diferencia entre el carácter del derecho natural y el del derecho positivo. Bajo la primera concepción la validez de las normas depende de un contenido

¹⁸ Norberto Bobbio, “Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie IV, vol. L, núm. 3, julio-septiembre de 1973, p. 437.

¹⁹ *Ibidem*, p. 438.

²⁰ *Idem*.

inmediatamente evidente, es decir, “las normas son válidas en virtud de su dignidad intrínseca”.²¹ Las normas vistas de esta forma reciben su validez de un contenido específico hacia el cual se orientan o con base en el cual son erigidas. El deber de obediencia a una norma, por lo tanto, se deriva del contenido mandado por una norma superior. Por el otro lado, de acuerdo a la interpretación dinámica del derecho, la validez de las distintas normas no puede deducirse por medio de alguna operación intelectual sino de los procedimientos y atribuciones establecidos en la norma básica. Ésta, de acuerdo con Kelsen, “simplemente establece una determinada autoridad que puede, a su vez, conferir la autoridad de creación normativa a otras autoridades”.²² Dentro de la interpretación dinámica el derecho funciona de una forma jerárquica y de delegación. Las normas tienen que ser creadas con fundamento en lo establecido en la norma superior, y así sucesivamente. Pero también, si se parte desde la cúspide del ordenamiento jurídico, que es la norma básica, se va dando un proceso de delegación de atribuciones y autoridad hacia las normas inferiores, y en consecuencia, cada vez más específicas. Así, para el jurista austriaco:

Las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación. La facultad de crear normas es delegada por una autoridad en otra autoridad; aquélla es la más alta, ésta es inferior. La norma básica de un sistema dinámico es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas las demás normas del sistema.²³

²¹ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 131.

²² *Ibidem*, p.132.

²³ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

La novedad de la concepción kelseniana del derecho estriba en que no se debe juzgar la validez de una norma singular tomando como criterio su adecuación hacia algún contenido específico marcado por una norma superior. Menos aún, considerar la eficacia de una sola norma para desestimar su validez. La razón estriba en que para Kelsen el derecho debe estudiar las normas jurídicas pertenecientes a un orden coactivo en su conjunto. Así, señala claramente que “el sistema de normas que llamamos orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica”. Sin embargo, cuál es entonces la naturaleza de la norma básica dentro de un ordenamiento jurídico concebido dinámicamente, pues tanto en la concepción dinámica como en la estática existe una norma superior hacia la cual se refieren las que se ubican en una posición inferior y de la cual extraen su validez.

Para Kelsen, la importancia de la norma básica, en su concepción nomodinámica, no está en estipular un contenido sustantivo específico al cual se deban apegar las demás normas. Más bien, señala que “la norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren o pierden validez”.²⁴ En este sentido, una norma no puede considerarse como válida tomando en cuenta su contenido sustantivo derivado de alguna máxima de carácter moral pues deja de ser una norma jurídica si no pertenece a un orden jurídico válido, ya que la norma en este caso no habría sido creada en la forma establecida por la ley fundamental. Más concretamente, señala Kelsen “la norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas”.²⁵

²⁴ *Ibidem*, p. 133.

²⁵ *Ibidem*, p. 134.

Ahora bien, el siguiente paso es identificar a la norma fundamental de un orden jurídico. Hans Kelsen sostiene que la norma fundamental de un orden jurídico positivo es, por necesidad, la constitución. Se trata, sin lugar a dudas, de la fuente primaria de todo poder y todo derecho dentro de un Estado. Sin embargo, el jurista austriaco es sumamente perspicaz como para darse cuenta de las implicaciones que trae consigo tal afirmación. Por tal motivo, argumenta que la validez de la constitución vigente se fundamenta de una constitución más antigua. De esta forma, es posible llegar hasta la constitución más antigua o primera, que es de donde fundamentan su validez las sucesivas hasta llegar a la actual. Así lo dice Kelsen: “la validez de esta primera constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico”.²⁶ No obstante, cabe también preguntarse también, advierte Kelsen, por qué debemos respetar la primera constitución, más aún, cuando la justificación al crearla pudo haber sido de carácter moral, religioso o político y el positivismo jurídico se caracteriza por prescindir de este tipo de justificaciones. La razón de ello está en el carácter hipotético de la norma fundamental a los ojos del jurista positivista. De tal forma, “la última hipótesis del positivismo está en la norma de donde derivó su autoridad el primer legislador históricamente existente”.²⁷ La norma fundamental tiene la función de atribuir autoridad, esto es, el poder creador de derecho al acto del primer legislador y los actos basados en éste. Por lo tanto, señala Kelsen:

Interpretar tales actos como jurídicos y el producto de tal actividad como normas obligatorias, es decir, interpretar jurídicamente el material empírico que se presenta como derecho, sólo es posible a condición de que la norma básica se

²⁶ *Ibidem*, p. 135.

²⁷ *Ibidem*, p. 136.

presuponga como válida. Esta última es el presupuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico.²⁸

La concepción hipotética de la norma fundamental, tal cual la expone Kelsen, es sin lugar a dudas, un blanco susceptible de críticas. Sin embargo, como Bobbio ha apuntado este no es un problema privativo de la teoría jurídica, en este caso, en su versión kelseniana. En efecto, señala el filósofo turinés:

En una teoría normativa del derecho la norma fundamental tiene la misma función que la soberanía en una teoría política o, si se quiere, potestativa del derecho: tiene la función de cerrar el sistema. Con esta diferencia: la norma fundamental tiene la función de cerrar un sistema basado en la primacía del derecho sobre el poder; la soberanía tiene la función de cerrar un sistema basado en la primacía del poder sobre el derecho. Mientras que el poder soberano es el poder de los poderes, la norma fundamental es la norma de las normas.²⁹

Por tal motivo objeta Bobbio el cuestionamiento sobre el carácter hipotético de la norma fundamental, pues se pregunta si no es acaso la idea del poder supremo también una hipótesis de la razón. De tal forma, concluye que “al plantear el problema en estos términos, nos damos cuenta de inmediato de que el tema kelseniano de la norma fundamental es perfectamente simétrico con el tradicional del poder soberano”.³⁰ La idea de la norma fundamental hipotética no es, por lo tanto, algo necesariamente negativo que

²⁸ *Ibidem*, p. 137.

²⁹ Norberto Bobbio, “Del poder al derecho y viceversa”, *Teoría general de la política*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, edición de Michelangelo Bovero, Madrid, Trotta, 2003, p. 274.

³⁰ *Ibidem*, p. 275.

mine la fuerza argumentativa de su teoría jurídica positiva, al menos no la demerita frente a su concepción rival que es la teoría política del poder soberano.

Las características de la norma fundamental son determinantes en la concepción del derecho que expone Kelsen, sin embargo, también se debe tomar en cuenta la naturaleza jerárquica del ordenamiento jurídico. La jerarquía de las normas consiste en que una norma jurídica determina la forma en que otra forma jurídica es creada además del contenido de la misma. De tal forma, señala Kelsen, “cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera”. Entre ambas se presenta una relación de tipo espacial en donde “la norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera”. Para el jurista austriaco es importante dejar en claro que el orden jurídico que constituye al Estado tiene una naturaleza jerárquica. No se trata de un sistema de normas que se hallen en un mismo nivel horizontal y que operen de forma coordinada. Por el contrario, “la unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta”.³¹

Dentro de un ordenamiento jurídico de un Estado, la norma fundamental positiva de la cual se derivan las demás normas es la constitución. Ahora bien, para Kelsen, la constitución como norma suprema debe entenderse desde un sentido material y no el formal. En este sentido, para él, “la constitución en sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes”. En todo caso, una constitución en su sentido formal, como un documento protegido por disposiciones que hacen muy difícil su modificación, sólo tiene

³¹ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 146.

sentido si se trata de una constitución escrita.³² Ello se debe a que los procedimientos están establecidos de forma clara y no dependen de la tradición como en el derecho consuetudinario. No obstante, este tipo de derecho que carece de una constitución escrito, y sólo en este sentido de una constitución formal, sí posee una constitución material.³³

Las leyes de carácter constitucional deben de diferenciarse, a su vez, de las normas ordinarias. Éstas últimas se encuentran en un escalón jerárquico inferior a las primeras. La diferencia fundamental entre ambas radica en su creación, esto es, su promulgación, reforma y abrogación, pues es mucho más difícil para las constitucionales que para las ordinarias. Así, se puede llegar a escalones más inferiores dentro de la jerarquía hasta llegar, por ejemplo, a los reglamentos. No es necesario abundar sobre las distintas clases de normas en el ordenamiento jerárquico. Lo que es importante es su vinculación directa desde la base hasta la cúspide.

Todo lo anterior nos lleva al tema de la legitimidad y la legalidad de las normas del ordenamiento jurídico. Para Hans Kelsen la legitimidad está asociada indisolublemente a la legalidad. Ahora bien, la legalidad de una norma no es otra cosa que su validez jurídica. A su vez, una norma jurídica es válida cuando ha sido creada con fundamento en lo que la norma superior determina. Por otro lado, las normas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma que establece la norma superior. Para Kelsen se trata de lo que denomina como el “principio de legitimidad”.³⁴ De acuerdo con esta visión dinámica de las normas jurídicas parece que no queda margen alguno para que una norma pueda ser considerada como ilegítima atendiendo al procedimiento con base en el cual se le creó. Para el jurista austriaco, ya se ha señalado, la validez de las normas

³² *Ibidem*, p. 147.

³³ Debe diferenciarse el uso de constitución material en Kelsen con el de derecho material en Weber.

³⁴ *Ibidem*, p. 137.

jurídicas no depende de la adecuación de su contenido sustantivo con una norma superior como lo es en el caso de la teoría del derecho natural. Sólo basta con que haya sido creada con fundamento a su norma superior.

Sin embargo, Kelsen no es tan ingenuo para pensar que la legitimidad del ordenamiento jurídico sólo sea una cuestión formal y procedimental. En este sentido, no todas las normas encuentran su fundamento último en la norma hipotética fundamental o en la primera constitución del Estado. También reconoce que por cuestiones estrictamente de naturaleza política puede cesar la validez y, en consecuencia, la legitimidad del ordenamiento jurídico hasta un determinado momento vigente. Tal es el caso con las revoluciones y con los golpes de Estado. De esta forma, se puede decir que “una revolución [...] ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y sustituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la sustitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior”.³⁵ Una vez que ha entrado en vigor un nuevo orden jurídico deja de tener importancia la ilegitimidad de la forma en que se sustituyó. Así, “desde el punto de vista jurídico, el criterio decisivo de una revolución es que el orden en vigor es derrocado y reemplazado por un orden nuevo, en una forma no prevista por el anterior”.³⁶ Pero una vez que se da este paso, el nuevo orden es el válido y el legítimo.

Aunque para Kelsen las revoluciones, entendidas en sentido amplio, sean una cuestión más bien excepcional y que por ello sólo se presenten en determinadas circunstancias, en el fondo parece abrirse paso una situación de dependencia política del

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 138.

derecho. Por tal motivo, se vuelve interesante la teoría política kelseniana pues ésta puede afectar inevitablemente al ordenamiento jurídico.

El binomio derecho-Estado

Una de las afirmaciones más recurrentes en torno a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen es el del fracaso de su asimilación del Estado con el ordenamiento jurídico. No son pocos los autores que responden que se trata de una abstracción muy atrevida pues en última instancia siempre existe una fuente de poder político capaz de tomar decisiones fuera de lo previsto por el ordenamiento jurídico. En este sentido, Max Weber, pero sobre todo Carl Schmitt comparten una postura decisionista que deja a un margen la identidad Estado y derecho. Por otro lado, la identificación entre el ordenamiento jurídico y el Estado ha sido el fundamento del lugar común según el cual incluso del régimen nazi constituía en sí un Estado de derecho legítimo. Lo que estas interpretaciones pierden de vista es la razón de ser o la fundamentación de tal aseveración, pero sobre todo su carácter normativo del deber ser, tal como lo entendía Kelsen.

El problema principal con la teoría del Estado es la variedad enorme de definiciones y significados que se le atribuyen a éste. De tal forma que una vez Estado es entendido de forma muy amplia como para ser un equivalente del concepto sociedad; otras veces se le utiliza para referirse a lo que más concretamente es el gobierno o incluso equiparlo con la idea de nación. Para Hans Kelsen todas estas confusiones se disipan cuando se aborda al Estado desde un “ángulo visual puramente jurídico”. El Estado visto así, no es más que un fenómeno jurídico; básicamente un sujeto de derecho que cae dentro de la clasificación de persona colectiva cuya diferencia específica es reside en su orden normativo pues “el Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional”.

Más aún, “el Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye”.³⁷

Como ya se ha tenido oportunidad de destacar la preocupación principal de Hans Kelsen al afirmar que se debe identificar al Estado con el ordenamiento jurídico reside en la posibilidad de aceptar y justificar la existencia de un margen totalmente discrecional de poder político fuera del derecho. Para él, por tanto, es inaceptable la situación que se presentaba tanto en el *Reich* alemán como en el Imperio austro-húngaro en donde una concepción organicista y monárquica del Estado permitía al emperador estar, cuando éste así lo dispusiese, más allá del ordenamiento jurídico. Para Kelsen todo acto que es llevado a cabo por una autoridad legítimamente establecida debe estar fundamentado en una norma. Por tal motivo, considera como errónea aquella concepción según la cual al ser el Estado el que crea el derecho, éste se ubica en primer lugar en una secuencia jerárquica. Esto es, si se acepta que el Estado –cualquier cosa que se entienda por éste- es el que crea al ordenamiento jurídico, entonces siempre podrá actuar más allá de los márgenes de maniobra originalmente establecidos, pues después de todo éste los creó. Ahora bien, ello no implica que Kelsen no esté consciente de que existen acciones llevadas a cabo por autoridades legítimas que no tengan su fundamentación en el ordenamiento jurídico. Con base en su perspectiva normativa lo que sostiene es que dichos actos no tienen una validez jurídica. Dicho de otra forma, cuando una autoridad actúa fuera de los márgenes del derecho ya no lo hace como tal sino que lo hace como un particular que comete un delito o simplemente una acción sin validez legal y por ello jurídicamente inexistente. Por lo tanto dicha asimilación tiene consecuencias prácticas. Kelsen nunca concibió su teoría, como ya se señaló, como una con fundamento en la causalidad o en la descripción de la

³⁷ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 215.

realidad, sino como normativa, es decir, que opera con base en el deber, en conformidad con lo estipulado con las normas validas no con criterios ideológicos claro está.

De la mano con lo anterior está la preocupación por evitar confundir al Estado con alguno de sus órganos. Algunos de los teóricos del Estado de finales del siglo XIX continuaban defendiendo concepciones organicistas, pero lo más importante es que consideraban que la soberanía recaía en un órgano en particular que es el del monarca. Tanto en Alemania como en Austria en su época imperial la representación de la voluntad estatal recaía en la persona del monarca. El parlamento, por su parte, estaba relegado a un segundo plano muy marginal. Cabe recordar cómo aunque Paul Laband y Carl Friedrich von Gerber ya reconocían el carácter de órgano al parlamento le negaban la función de representación política de los súbditos. Por lo tanto para Hans Kelsen era sumamente importante defender la idea de que el Estado debía ser identificado sólo con el ordenamiento jurídico y nunca con una figura u órgano en específico.

Esta confusión se resuelve, según Kelsen, cuando se precisa que la relación entre la acción de algún individuo y la voluntad del Estado es un problema de imputación. Así para él, “los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado, son los llamados ‘órganos’ del mismo”. A su vez, un órgano del Estado es aquella “persona que cumple una función determinada por el orden jurídico”. En efecto, para el jurista austriaco la única forma como el Estado puede actuar es por medio de la acción de un individuo. Pero la acción de éste, no es a título propio sino como un órgano del Estado. Por lo tanto, “imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano”. Más aún, “la imputación de una acción humana al Estado sólo es posible cuando dicha acción se halla determinada en forma específica

por un orden normativo”.³⁸ En este sentido, la función del monarca debe entenderse como una cuestión de imputación de la actividad del Estado pero no como su personificación. Esto queda más claro cuando se acepta la pluralidad de órganos del Estado. Así, resulta imposible asimilar el Estado con sólo un órgano. Además hay que señalar que para el mismo Kelsen “no solamente son actos del Estado las acciones humanas por las que el orden jurídico se ejecuta, sino también aquellas por las cuales es creado. No sólo los actos de ejecución, también los legislativos son estatales”.³⁹ De tal forma, también el parlamento es un órgano del Estado pues es el encargado de la creación del derecho.

Lo importante de la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico es el reconocimiento explícito de la pluralidad de órganos del Estado dependiendo de su función. Ello abre la puerta a una teoría de tipo más bien pluralista en contraposición a una monista. De esta forma Kelsen rompe con la teoría tradicional del Estado organicista para reconocer la necesidad de una pluralidad de órganos para cumplir diversas funciones.

III.2 La teoría de la democracia parlamentaria.

Democracia y autocracia

Para la teoría pura del derecho es irrelevante cualquier criterio de valoración externo a la lógica del derecho. Así, cualquier ordenamiento jurídico es legítimo en tanto sea válido y efectivo. Sin embargo, en la medida en que el Estado además de ser objeto de preocupación de la ciencia jurídica también es materia de la ciencia política es inevitable que la forma de éste sea evaluada con criterios políticos. Dentro de la teoría política uno de los temas recurrentes ha sido el de la clasificación de las formas de gobierno. La más

³⁸ *Ibidem*, p. 228.

³⁹ *Ibidem*, pp. 228 y 229.

célebre ha sido aquella elaborada por Aristóteles en donde expone tres formas buenas junto con sus versiones degeneradas. Otra clasificación básica ha sido la propuesta por Maquiavelo, en donde separa las repúblicas de los principados. Esta sería la base para las propuestas posteriores de autores como Montesquieu y Hegel. Con Hans Kelsen la clasificación de las formas de gobierno o de Estado adquiere una nueva perspectiva. Para el jurista austriaco el criterio de clasificación tradicional así como el tricotómico resulta insuficiente. Nos dice que “si el criterio clasificador consiste en la forma en que, de acuerdo con la Constitución, el orden jurídico es creado, entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de Constituciones: democracia y autocracia”.⁴⁰

En el fondo, la distinción es el grado de libertad política dentro de una forma de Estado. Para Kelsen, “políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa”. Dicho de otra forma “un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social debe hacer, coincide con ‘lo que quiere hacer’”. En este sentido, es claro que la democracia aparece como la forma de gobierno que posibilita al máximo la libertad política de los individuos. Por el contrario, la autocracia se caracteriza por la presencia de la servidumbre, pues los súbditos se hallan ajenos a la creación del orden jurídico al cual se sujetan. De tal forma, en esta forma de Estado no es posible conjuntar armónicamente la voluntad de los súbditos con el ordenamiento jurídico. En todo caso, es importante aclarar que ambas formas de gobierno, tal como Kelsen las expone, constituyen tipos ideales, pues no hay ningún Estado que se haya apegado completamente a uno u otro de estos tipos.⁴¹

⁴⁰ *Ibidem*, p. 337.

⁴¹ *Idem*.

Esta distinción entre ambas formas de gobierno con base en el criterio de la forma en que se crea el ordenamiento puede interpretarse de otra forma, es decir, con el criterio de quien posee el poder jurídico, entendido como el poder de producir las normas jurídicas. Es más, como apunta Bobbio “es propio, de hecho, del positivismo jurídico, es decir de una teoría que considera como derecho en el sentido propio del término solamente el derecho positivo, considerar como un concepto fundamental de la teoría del derecho el concepto de producción jurídica”.⁴² La razón de ello estriba en que “el positivismo jurídico se distingue del iusnaturalismo propiamente por esto: para el iusnaturalismo el derecho es algo ya dado y se trata de descubrirlo y de revelarlo; para el positivista el derecho es un producto artificial, convencional [...]”.⁴³ Desde esta perspectiva el jurista positivista trabaja con base en la máxima hobbesiana “*autorictas non veritas facit legem*”. No importa para esta distinción cual sea el contenido atribuido al derecho sino el hecho de que se le otorga de forma arbitraria. Tanto una monarquía como una democracia pueden operar con base en la misma creencia.

La distinción kelseniana de las formas de gobierno se asimila a una desarrollada posteriormente por Walter Ullmann. De acuerdo con éste último históricamente han existido básicamente dos formas de legitimación del gobierno, una de tipo ascendiente y otra descendiente.⁴⁴ La utilidad de la clasificación elaborada por Ullmann reside en que para él las formas descendientes han estado fundamentadas por criterios divinos mientras que las ascendientes es el pueblo reunido en asambleas la fuente de todo poder. En este sentido, se muestran más autoritarias las formas descendientes en la medida en que se

⁴² Norberto Bobbio, “Kelsen e il problema del potere”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie IV, tomo LVIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1981, p. 561.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Walter Ullmann, *Historia del pensamiento político de la Edad Media*, trad. Rosa Vilaró, Barcelona, Ariel, 2004.

fundamentan en criterios divinos revelados y, por ello, ajenos a discusión. Por el contrario, las formas ascendientes han sido, generalmente, menos dogmáticas, al menos en cuanto al fundamento de sus mandatos.

Para Kelsen, la forma de gobierno monárquica representa la caracterización ejemplar de la autocracia. Así, “bajo esta forma de gobierno [...] el orden jurídico es creado y aplicado, en todas sus etapas, bien directamente por el monarca, bien por órganos designados por el monarca mismo”. Además, “el monarca es personalmente irresponsable; no está colocado bajo la ley, puesto que no se encuentra sujeto a sanciones jurídicas de ninguna especie”. Finalmente, “la posición del monarca es hereditaria, o cada monarca nombra a su propio sucesor”.⁴⁵ Es importante destacar que dentro de esta clasificación entre en sentido estricto la monarquía constitucional así como la república presidencial y, sobre todo, los regímenes de dictadura de partido único y los estados totalitarios.

No está de más el señalar que más allá de la variedad de ejemplos históricos de regímenes monárquicos o despóticos, Kelsen tiene en la mente principalmente a las monarquías austriaca y alemana de finales del siglo XIX y comienzos del XX. Ambos regímenes constituían una ejemplificación de lo que denomina autocracia en contraposición de regímenes más parlamentarios y constitucionales como Inglaterra. Hay que recordar que tanto en el régimen austriaco como en el alemán de aquella época, el parlamento era un órgano secundario de poca importancia política.

La democracia fue uno de los temas de preocupación temprana de Hans Kelsen. Así, en 1920 escribió la primera versión de uno de sus textos clásicos: *De la esencia y el*

⁴⁵ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 357.

*valor de la democracia.*⁴⁶ Contrario a lo que pudiera pensarse de un jurista positivista como Kelsen, la concepción que poseía de la democracia es fundamental, incluso complementaria, a su teoría pura del derecho. Sin embargo, no debe caerse en la exageración, como lo hace Lars Vinx, de explicar la centralidad que Kelsen otorga a la democracia, en que sólo ésta tendría la capacidad de desempeñar la función legitimadora capaz de llenar el vacío en la concepción formal de Estado de derecho.⁴⁷

Para Kelsen, la democracia es la única posibilidad de autodeterminación política, es decir, donde se da la armonía de la voluntad del individuo políticamente libre con aquella colectiva o general expresada en el orden social. La garantía de dicha armonía es la participación de los individuos en la creación del orden jurídico. De hecho, la democracia está en la posibilidad de mantenerse ideológicamente neutra con respecto a las disputas normativas sobre el contenido deseable de la ley positiva que pueden surgir entre las disputas de los ciudadanos.⁴⁸

La democracia que defendía Hans Kelsen no era aquella clásica o directa tal cual se practicaba en la Grecia antigua o en algunas ciudades italianas del Renacimiento ni en los cantones suizos defendidos por Rousseau. La democracia que Kelsen tenía en mente es aquella de tipo indirecto producto de la evolución de las instituciones políticas modernas. La importancia de esta aclaración es fundamental, pues Kelsen, a diferencia de su contemporáneo y rival en debates Carl Schmitt, no consideraba necesario la existencia

⁴⁶ La segunda versión de 1929 es la que ha sido más estudiada. Una de las posibles razones de ello reside en que para cuando se publicó la segunda versión, la democracia cada vez se veía más desacreditada como una forma de gobierno propicia a la gobernabilidad. Ver Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de 'De la esencia y valor de la democracia'*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 191 y 192.

⁴⁷ L. Vinx, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ *Idem.*

de una homogeneidad social que posibilitara la existencia de una voluntad común.⁴⁹ El jurista austriaco era, por lo tanto, sumamente consciente también de las dificultades que revestía el llevar a la práctica real el ideal democrático. Sobre este punto nos dice que “cuando la democracia ya no debe erigirse nada más en el reino de las ideas, cuando se convierte en un problema de técnica social, entonces empieza por mostrar sus estrechos límites, dentro de los cuales necesariamente debe moverse la voluntad política [...]”.⁵⁰ En este sentido, para Kelsen la unidad del pueblo no es más que un postulado político-moral, una hipótesis indispensable para que el pueblo ejerza el dominio, pero no un objetivo real como para Schmitt. Por lo tanto, para Kelsen aun cuando la indeterminación de lo que es el pueblo para una democracia representa un riesgo, parte de la ficción de que pueblo abarca “la representación de la más grande comunidad que abarca a todos sin excepción”.⁵¹

La democracia en la medida en que busca que, si no todos, al menos el mayor número posible de individuos sean libres lleva inevitablemente a la defensa del principio de mayoría. La democracia, tal como la concibe Kelsen, no requiere la unanimidad en las voluntades individuales pero si la igualdad total en cuanto a los derechos políticos. Esta igualdad política no debe confundirse con una auténtica igualdad social. En este sentido, señala Kelsen que “en el ámbito de la democracia representativa, el concepto más auténticamente democrático de la defensa de las minorías ha encontrado su más perfecta expresión en el principio de la *proporcionalidad*”.⁵²

⁴⁹ Para la concepción democrática de Carl Schmitt ver su libro *El concepto de lo político*, trad. Rafael Agapito, Madrid, Alianza, 1998.

⁵⁰ Hans Kelsen, “Von Wessen und Wert der Demokratie”, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 49, núm. 1 en 1920, p. 73. Traducción de Francisco Gil Villegas.

⁵¹ *Ibidem*, p. 79.

⁵² *Ibidem*, p. 59.

De hecho, la democracia vista de esta forma se contraponen a aquellas dictaduras que se basan en dogmas políticos de carácter absoluto que piensan que una parte de la sociedad debe gobernar a la totalidad. Por lo tanto en su *De la esencia y valor de la democracia* Kelsen nos afirma que es:

Precisamente en contraposición a este tipo de dictadura, [que] la democracia revela su más profunda *esencia* y manifiesta su más alto *valor*. Puesto que valora por igual las voluntades políticas de todos, debe también respetar del mismo modo cada creencia política, cada opinión política de la cual no es más que la expresión de una voluntad política. *También la opinión contraria debe ser tenida como posible, cuando se renuncia a la posibilidad de llegar a conocer un valor absoluto.* El *relativismo* es, por tanto, la visión del mundo que presupone el pensamiento democrático.⁵³

El valor de la democracia, en este sentido, reside en que reconoce el carácter plural y diverso de las sociedades modernas y que por ello mismo permite la libre expresión de las diversas ideologías políticas. Ello se vuelve importante sólo cuando se acepta la imposibilidad de determinar científicamente, o de alguna otra forma indisputable, la superioridad valorativa de alguna ideología política en particular. Para Hans Kelsen, su trabajo científico jurídico como político lo llevaron a esta conclusión. Por tal motivo, Vinx está en lo correcto al afirmar que “el proyecto para ofrecer una teoría pura de la legitimidad legal postula una dependencia mutua entre el Estado de derecho y la democracia”.⁵⁴ En este sentido, tanto su teoría pura del derecho como su teoría de la democracia parlamentaria están erigidas sobre la preocupación de que ninguna ideología

⁵³ *Ibidem*, p. 83. Cursivas del original.

⁵⁴ L. Vinx, *op. cit.*, p. 102.

política debe tener un estatus superior a las demás de forma definitiva. Por ello Kelsen señala que:

El dominio de la mayoría, distintivo de la democracia, se distingue de cualquier otra forma de dominio por el hecho de que, dada su propia naturaleza, no sólo presupone teóricamente una oposición –la minoría- sino que también la reconoce políticamente y la protege mediante los derechos fundamentales y las libertades públicas con el principio de proporcionalidad.⁵⁵

Sin embargo, ello no significa que no puedan existir formas de organización jurídica que reciban su legitimidad de otras fuentes. Sólo el derecho moderno es formal y, por ello, puede hacer una buena mancuerna con la democracia liberal. Sin embargo, la historia muestra diversas formas de organización jurídica que, aunque no entran dentro de una concepción pura, pueden ser también legítimos.

Desde la posición relativista de la democracia es importante, entonces, que todas las ideologías políticas se encuentren lo más fielmente representadas en los parlamentos. De hecho, en la medida en que ninguna ideología tiene la capacidad para imponerse de forma absoluta por encima de las demás la consecuencia lógica de la cosmovisión relativista es una política de acuerdos y compromisos. Es el procedimiento parlamentario “el que se dirige a conseguir una vía media entre intereses contradictorios entre sí” además se encarga de crear “las garantías para que los distintos intereses de grupos

⁵⁵ H. Kelsen, “Von Wessen und Wert der Demokratie”, p. 83. Traducción de F. Gil Villegas.

representados en el parlamento obtengan la palabra y se manifiesten como tales en un debate público”.⁵⁶

No obstante, señala Francisco Gil Villegas “la respuesta definitiva de Kelsen al problema de la crisis de la fundamentación teórica del parlamentarismo contemporáneo se basa, sin embargo, en una salida falsa que confunde al relativismo con el pluralismo”. Ello trae como consecuencia que “la salida por el lado del relativismo, lejos de fortalecer los fundamentos teóricos del parlamentarismo contemporáneo en cuanto forma de Estado, más bien lo condujeron a un debilitamiento”.⁵⁷ En efecto, visto en retrospectiva la oportunidad de libre expresión de todas las ideologías políticas en el seno de la democracia parlamentaria fue, lo que en última instancia, permitió el surgimiento del nacionalsocialismo y, posteriormente, el derrumbe de la democracia de la república de Weimar. Por su parte, Enrique Serrano trata de matizar la debilidad de la argumentación kelseniana, pues considera que lo Kelsen entiende por relativismo “no implica ni conduce a un *nihilismo*, entendido éste como la afirmación de que, al no existir un absoluto, todo vale lo mismo, es decir, nada”.⁵⁸

En conclusión, la legitimación del orden jurídico se presenta siempre que las normas se emitan en congruencia con la constitución. En este sentido, cualquier ordenamiento jurídico puede ser legal y legítimo. Otra cuestión es la legitimidad política del orden coactivo, la cual puede tener muy diversos fundamentos. La ventaja que representa la democracia es que sólo en esta es posible que para su creación se reúne el asentimiento de la mayoría o, al menos de aquellos a quienes beneficiará el orden. Pero

⁵⁶ Francisco Gil Villegas M., “El parlamentarismo: defensores y detractores”, en Francisco Gil Villegas M. y Rogelio Hernández Rodríguez (comps.), *Los legisladores ante las reformas políticas en México*, México, El Colegio de México, 2001, p. 19.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁸ Enrique Serrano Gómez, *Filosofía del conflicto político*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAM Iztapalapa, 2001, p. 296.

incluso éste debe constituirse “de tal manera que también la minoría, la cual nunca está ni absolutamente equivocada, ni absolutamente carente de derechos, pueda convertirse en cualquier momento en mayoría”. Es en este sentido, que la democracia como expresión del relativismo político, sentencia Kelsen, que puede oponerse al absolutismo político de los regímenes autocráticos.⁵⁹

El parlamento

Una de las preocupaciones centrales a lo largo de la obra de Hans Kelsen es el papel del parlamento dentro del Estado. Desde la publicación en 1911 de una de sus obras juveniles intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*,⁶⁰ Kelsen advirtió la importancia del parlamento para la conformación del ordenamiento jurídico. Al respecto, destaca Sara Lagi, esta obra ha sido vista por los especialistas “como la obra con la que el joven Kelsen se distanció críticamente de la *Staats y Rechtslehre* jellinekiana y, al mismo tiempo, como el primer paso hacia la formulación de su *Reine Rechtslehre*”. Pero ello no es todo, pues dicha obra merece una atención especial por otro aspecto que ha sido escasamente considerado, pero que resulta interesante: “representa, aunque en menor manera, pero no por esto menos significativa, una (polémica) respuesta del joven Kelsen a Jellinek, precisamente sobre el *significado* y el *papel* del parlamento”.⁶¹

El blanco de las críticas elaboradas por Kelsen en su *Hauptprobleme* era la obra de Otto von Gierke pero principalmente de su maestro Georg Jellinek. La objeción al primero se fundamentaba en la errónea identificación de la “voluntad colectiva” de

⁵⁹ H. Kelsen, “Von Wessen und Wert der Demokratie”, p. 84.

⁶⁰ Hay una traducción al español: Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987.

⁶¹ S. Lagi, *op. cit.*, p. 77.

carácter espiritual y psicológica con la “sustancia del Estado” que para Kelsen era, más bien, de naturaleza jurídico-normativa. Para Kelsen, Gierke cometía el error de combinar dos aspectos diferentes: el plano factual y el normativo. En el caso de Jellinek su objeción residía en la concepción jellinekiana del parlamento como “órgano del Estado” tal como la había desarrollado en algunas de sus obras más representativas. Así, apunta Lagi, “a la luz de la distinción entre “ser” y “deber ser”, en 1911 Kelsen replanteaba y redefinía, principalmente en oposición a Jellinek, el concepto de voluntad estatal y de órgano y, a partir de ello, el concepto mismo de parlamento y su relación con respecto al Estado”.⁶²

A los ojos del jurista austriaco Jellinek caía en una grave contradicción pues al mismo tiempo que señalaba que el Estado era un “sujeto jurídico” distinto de las personas individuales que constituían el pueblo, también afirmaba que la voluntad estatal se formaba con base en un conjunto de voluntades individuales. Por otro lado, de igual forma le parecía indebida la afirmación de que los actos de voluntades individuales valían como voluntad del Estado.⁶³

Para Hans Kelsen el problema residía en que la atribución de una cualidad jurídica a la voluntad de los individuos se erigía sobre la incomprensión del carácter normativo del ordenamiento jurídico en contraposición a una afirmación factual de relación causal. La concepción de los órganos del Estado así como la voluntad de éste desarrollada por Jellinek iba en contraposición a la naturaleza normativa del derecho y a su cualidad objetiva. Por lo tanto señala Lagi:

La crítica de Kelsen a la concepción jellinekiana de la voluntad de los órganos y de la voluntad estatal como “producto” de la voluntad de estos últimos tenía por

⁶² *Ibidem*, p. 78.

⁶³ *Ibidem*, p. 79.

objeto afirmar que la naturaleza objetiva de la voluntad del Estado (y del Estado mismo) era de tipo “jurídico-normativo”, y que, en síntesis, la voluntad del Estado concernía al “deber ser”, más que al “ser”.⁶⁴

Las implicaciones de una teoría fundamentada en dichas afirmaciones eran evidentes para Kelsen. Ni el Estado ni el ordenamiento jurídico pueden tener una naturaleza objetiva, esto es, independiente a la voluntad de los individuos si se acepta que son el producto de éstos. Además, el ordenamiento jurídico no sería otra cosa que la observación de un hecho real, negando a su carácter normativo. La respuesta para tal problema reside, según Kelsen, en entender la voluntad estatal bajo la óptica del fenómeno de la imputación. De esta forma, añade Lagi:

La relación entre órgano estatal y voluntad estatal no estaba ya regulada, como en Jellinek, por el principio de causa-efecto, sino por el de la imputación: para Kelsen, Jellinek había cometido el error de querer comprender la naturaleza de la voluntad estatal como producto de la acción de los órganos y, por tanto, de analizarla sobre la base de la ley causal que, sin embargo, competía al “ser”, a la dimensión empírica.⁶⁵

En suma, el problema radicaba en que la voluntad estatal no podía consistir, para Kelsen, en un hecho de observación empírica de la realidad. El carácter del ordenamiento jurídico, y en consecuencia del Estado, para Kelsen es de tipo normativo por lo que la voluntad estatal sólo puede ser comprendida con base en el principio de la imputación. De

⁶⁴ *Ibidem*, p. 80.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 81.

esta forma, “el concepto de la imputación permitía así a Kelsen explicar la voluntad estatal, sin utilizar argumentaciones de tipo causal a las que había recurrido Jellinek”.⁶⁶ De hecho, de acuerdo con el jurista austriaco, la función del órgano estatal consiste en la imputación artificial de acciones a un sujeto jurídico que es diferente al que actúa concretamente en el plano real. Más aún, el ordenamiento jurídico es el lugar donde se establecen los criterios, reglas, normas de conducta y “juicios de valor” que establecen que acciones deben valer como voluntad del Estado, es decir, que acciones deben recibir el atributo de la estatalidad.⁶⁷

Una de las consecuencias más fundamentales de la innovadora concepción kelseniana de los órganos estatales y del fenómeno de la imputación es la determinación de la fuente de las normas y de su contenido, pero principalmente de la voluntad estatal. En la medida en que se niega la asimilación del Estado con una persona física para identificarlo con el ordenamiento jurídico, el problema de la voluntad estatal se complejiza. De esta forma, Kelsen rompe una vez más con su maestro pues al contrario de él, ya no va a identificar al Estado como el productor del derecho. En efecto, para el jurista austriaco no era posible ubicar al Estado como el creador del derecho, pues esta solución se justificaba en la analogía de la voluntad estatal con la de una persona física. Por tal motivo, Kelsen consideraba que le correspondía al parlamento ser el creador del derecho. El Estado no puede ser visto, desde esta perspectiva, como el creador del derecho por la sencilla razón de que el Estado es el ordenamiento jurídico mismo. Por lo tanto, la producción legislativa caía fuera del Estado, es decir, de la esfera jurídica para

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 83.

recaer en la sociedad. Se trata de un paso sumamente importante sin el cual no se puede comprender la teoría política kelseniana.

En la medida en que el derecho es concebido como un poder social, Kelsen reconoce la naturaleza plural, diversa y conflictiva de la sociedad. En este sentido, en contraposición de la idea del derecho como expresión de la voluntad común manifestada por el Estado, el derecho como producto de la sociedad debe reconocer su carácter diverso y plural. Esta es la razón por la cual, desde la perspectiva de la teoría política, Kelsen defiende los postulados de la democracia parlamentaria.

La teoría kelseniana de la democracia parlamentaria se ubica en su obra política de mayor importancia: *Von Wesen und Wert der Demokratie* (De la esencia y valor de la democracia) publicada originalmente en 1920, y posteriormente de forma ampliada en 1929. También desarrolla una argumentación muy similar en un trabajo intitulado “El problema del parlamentarismo” de 1925, y finalmente, ya en su estancia en los Estados Unidos, escribió un artículo extenso llamado “Fundamentos de la democracia”.⁶⁸

Para el momento en que escribe su artículo sobre el parlamentarismo así como la segunda edición de *De la esencia y valor de la democracia*, la situación política en Europa comienza a mostrar algunas de las limitaciones de la democracia parlamentaria. Sin embargo, para Kelsen ello no debía llevar a la conclusión de que la democracia parlamentaria estuviera atravesando una crisis.⁶⁹ Para el jurista austriaco la victoria del parlamentarismo era sumamente valiosa pues representaba el avance de formas de gobierno autocráticas tan comunes en los siglos XVIII y principios del XIX. Para Kelsen

⁶⁸ Ver Hans Kelsen, “El problema del parlamentarismo”, trad. Manuel Atienza, y “Los fundamentos de la democracia” trad. Juan Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

⁶⁹ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 2002, p. 49 (traducción de la segunda edición de 1929).

la referida crisis del parlamentarismo se basaba en ideas erróneas sobre sus fundamentos. Por ello, defiende que la verdadera esencia del parlamentarismo consiste “en la formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”.⁷⁰

La ventaja de la democracia parlamentaria como forma de organización política reside en la capacidad que tienen los individuos de participar en la elaboración del ordenamiento jurídico. Se trata de la expresión máxima posible del principio de la autonomía, es decir, en la capacidad de gobernarse a sí mismo. De tal forma, se trata de la forma política que posibilita al máximo la libertad política de la autodeterminación. De hecho, para Kelsen es la única forma posible de libertad política. No es posible, una sociedad en la que no exista un orden coactivo, pero sí es posible que los individuos que deben obedecerlo participen en su creación. Esa es la esencia que está detrás del parlamentarismo y que escapa a la vista, a decir de Kelsen, a sus críticos.

III. 3 El control de constitucionalidad.

Kelsen y el origen del tribunal constitucional

Una de las aportaciones más relevantes de Hans Kelsen a la ciencia del derecho así como a la organización jurídica de los estados contemporáneos es alrededor de la figura del tribunal constitucional. En este sentido, la relación entre Kelsen y el tribunal constitucional va más allá de su teorización pues fue el encargado de redactar los proyectos sobre el diseño del tribunal constitucional para la naciente república austriaca en 1920.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 50.

Los primeros intentos de instituir un tribunal se remontan a la época del imperio con la constitución de 1849 concedida por el emperador. No obstante, con la derrota de los movimientos reformistas, la creación del tribunal tuvo que esperar hasta la constitución de 1867 producto de la transformación hacia una monarquía constitucional. El tribunal del imperio (*Reichgerichtshof*) estaba destinado a la defensa de los derechos políticos, aunque sin el alcance obligatorio de sus decisiones. De igual modo, estaba encargado de resolver las disputas entre el gobierno central y el de las provincias (*Länder*).⁷¹

Con todo lo que representó la ruptura con el antiguo régimen imperial, la institución del tribunal fue retomada por Karl Renner. De tal forma, el futuro canciller austriaco solicitó a la asamblea constituyente recuperar la tradición de tutela de los derechos garantizados por la constitución al mismo tiempo que ampliar sus competencias para que estuviera acorde al nuevo contexto político. En la intención de Renner el tribunal estaría encargado de examinar la constitucionalidad de una ley o de decreto de un estado miembro o un *Land*, por lo que si éste declaraba su inconstitucionalidad se convertía en una disposición nula.⁷²

Ahora bien, como apunta Sara Lagi, la expresión de “tribunal constitucional” no fue inventada por Renner, pues “él se había inspirado, tanto para el término como para algunos aspectos conceptuales en Georg Jellinek”. La premisa sobre la que se erigía el argumento de Jellinek era notoriamente anti-parlamentaria. De acuerdo con él, anteriormente el objetivo era luchar contra la violación de las leyes por parte del gobierno, mientras que ahora era el de impedir a los parlamentos la elaboración de leyes

⁷¹ S. Lagi, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁷² *Ibidem*, p. 161.

que violaran la constitución.⁷³ La influencia que tuvo Jellinek en Renner fue notable, empero este último no compartía la postura antiparlamentaria ni la visión de que el tribunal se encargara de las disputas entre el gobierno central y los *Länder*.

Para finales de 1918, momento en que los esfuerzos de la Cancillería de estado para introducir la figura del tribunal eran más intensos, Hans Kelsen redactó un memorando intitulado “Proyecto de ley sobre la institución de un Tribunal constitucional”. En éste el jurista austriaco partía de dos argumentaciones. Una, de naturaleza estrictamente jurídica, se enfocaba en que la existencia del *Reichgerichtshof* era incompatible con el nuevo ordenamiento constitucional, puesto que con la anterior constitución todas las normas emanadas de ella habían sido eliminadas. Consideraba que además de remarcar la inexistencia del imperio se debía manifestar por medio del cambio de nombre la falta de continuidad jurídica. La otra se refiere a que con el paso del antiguo al nuevo ordenamiento el lugar de la soberanía cambió del emperador al parlamento como representante del pueblo.⁷⁴

El juicio que tenía Kelsen del antiguo tribunal del imperio no impidió que reconociera aspectos positivos de éste. Al respecto “al antiguo *Reichgerichtshof* Kelsen le reconocía, no obstante, el mérito de haber garantizado los derechos políticos y de haber representado un instrumento bastante eficaz en la solución de los conflictos entre *Reich* y *Länder*, gracias a su neutralidad”. Por tal motivo, Kelsen solicitaba que en la nueva constitución republicana se preservaran ambas funciones, además de que se nombrara como *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal constitucional).⁷⁵

⁷³ *Ibidem*, p. 162.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 166-167.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 167.

De acuerdo con Sara Lagi, el memorando escrito por Kelsen en 1918, aunque “verde”, muestra el interés que ya tenía por el tema además de ser ilustrativo de la distancia intelectual que tenía con su maestro Jellinek. En este sentido mientras Jellinek valoraba la función de control constitucional ejercida por el tribunal “con el preciso objetivo de no atribuir la soberanía ni al monarca ni a las representaciones populares”; por su lado, “el Tribunal constitucional en el que pensaba Kelsen en su memorando no sólo no era concebido con una función anti-parlamentaria, sino que reconocía precisamente al parlamento central, a la Asamblea nacional, la plena soberanía de los territorios de la Austria alemana”.⁷⁶

El Tribunal: el defensor de la constitución

Junto con el parlamento, la otra pieza central en la teoría jurídica de Hans Kelsen es la del tribunal constitucional. Su importancia radica en que se trata de la institución encargada asegurar la legalidad de las normas. Dicha afirmación kelseniana fue sumamente polémica, al grado de que fue la base sobre la que se desarrolló uno de los debates jurídicos más importantes dentro del constitucionalismo, aunque con alcance en la teoría política.

Ya en 1918 Kelsen había publicado su memorando en el cual delineaba la función que debería tener el tribunal constitucional como garante de la constitucionalidad de las normas emanadas por las autoridades. Sin embargo, donde desarrolla con mayor consistencia teórica esta postura es en su trabajo intitulado “La garantía jurisdiccional de la constitución” publicado en Francia en 1928.⁷⁷ La afirmación central, una vez más,

⁷⁶ *Ibidem*, p. 168.

⁷⁷ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

apunta a que el tribunal constitucional debe ser la institución encargada de revisar la constitucionalidad de las normas aprobadas así como de los actos administrativos de las autoridades. Esta consideración hizo que en 1931 el jurista alemán Carl Schmitt en su obra *El defensor de la constitución (Der Hüter der Verfassung)* contestará con el señalamiento de que esa función debía corresponder al jefe de Estado, que en el caso del régimen alemán correspondía al presidente. Más tarde, todavía dentro del mismo año Kelsen replicó con la publicación de su obra *¿Quién debe ser el defensor de la constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*⁷⁸ en clara alusión a Schmitt.⁷⁹

Para Hans Kelsen “la garantía jurisdiccional de la constitución es un elemento del sistema de medidas técnicas que *tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales*”.⁸⁰ Esta afirmación sólo tiene sentido dentro de la teoría pura del derecho desarrollada por él. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico para Kelsen tiene la característica de ser jerárquico y sistemático. En efecto, para el jurista austriaco la validez de una norma depende de que haya sido creada con base en lo que establece la norma superior y así sucesivamente hasta llegar a la constitución. En consecuencia, para que las normas puedan ser consideradas como válidas no sólo requieren ser aprobadas por la autoridad indicada, sino que deben estar acorde con lo establecido por la norma jerárquicamente superior. Con ello queda negada, una vez más, cualquier posibilidad de ubicar a Kelsen como un positivista radical.

⁷⁸ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

⁷⁹ Un análisis que confronta las posturas de Hans Kelsen y Carl Schmitt puede verse en Lorenzo Córdova Vianello, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, julio-diciembre de 2006.

⁸⁰ H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, p. 109. Las cursivas son mías.

Una de las características de la teoría pura del derecho kelseniana radica, en contraposición con la doctrina del derecho natural, en que su validez no depende de un contenido sustantivo en específico, sino en su sistematicidad y coherencia con el ordenamiento jurídico en general. De igual forma, contrario a lo que sostiene Carl Schmitt no es la decisión del soberano lo que le atribuye la legalidad a la norma sino su coherencia jerárquica con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la calificación de la conformidad de las normas con la constitución se vuelve, en la teoría kelseniana, de gran relevancia. Esa es la función que le asigna al tribunal constitucional.

La designación de quién debe ser el defensor de la constitución tiene sus raíces en la teoría política de ambos autores. Para Carl Schmitt la constitución no es más que la expresión de la homogeneidad de la sociedad. Por ello, el presidente como representante de esta unidad debe ser el encargado de defenderla ante sus enemigos. En el caso de Hans Kelsen, la situación es sumamente diferente. El jurista austriaco parte de una interpretación pluralista de la sociedad. Además, considera a la constitución como la norma positiva superior de la cual emanan todas las demás normas. En este sentido, la constitución para Kelsen cumple dos grandes tareas: estructura el funcionamiento de los órganos del Estado y establece los derechos políticos fundamentales. En consecuencia, la verificación de la legalidad o constitucionalidad de las normas obedece ulteriormente al objetivo de proteger los derechos de las minorías indefensas ante el poder político.

Para Hans Kelsen no existe una diferenciación estricta entre lo que es la creación y ejecución del derecho. Al respecto considera que cada nivel de la jerarquía del ordenamiento jurídico puede ser visto como un momento de creación así como de ejecución del derecho. Básicamente, señala que esto es así porque “cada grado del ordenamiento jurídico constituye, pues, producción del derecho frente al grado inferior y

reproducción del derecho respecto al grado superior”.⁸¹ En este sentido, “la idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que este grado constituye aplicación o reproducción del Derecho. Porque la regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico”.⁸²

El tribunal constitucional es, entonces, la institución encargada de revisar la legalidad de la norma al tomar en cuenta la regularidad de ésta. Dicho de otra forma, se puede considerar que la norma en cuestión es legal en la medida en que su carácter sea regular, esto es, que constituya una auténtica reproducción de la norma superior. Por lo tanto, dice Kelsen: “garantías de la constitución significa, por consiguiente, garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes”.⁸³

Una vez señalado lo anterior, es preciso diferenciar, señala Kelsen, entre la ilegalidad de una norma o acto de la inconstitucionalidad. Al respecto apunta que:

El principio de constitucionalidad de la legalidad de la ejecución no significa solamente que todo acto de ejecución debe ser conforme a la ley, sino, más básicamente, que no puede haber acto de ejecución más que sobre la base de una ley, más que autorizado por la ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal – tribuna u órgano administrativo- realiza un acto sin ninguna base legal, este acto no es, hablando propiamente, ilegal, dada la ausencia de toda ley con la que medir su ilegalidad, sino “sin ley” y, como tal, inmediatamente inconstitucional.⁸⁴

⁸¹ *Ibidem*, p. 111.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 112.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 119.

De tal forma, para el jurista austriaco, el tribunal constitucional puede evaluar ya sea como ilegal, si la norma no reproduce regularmente la norma superior; o inconstitucional, si la norma no encuentra sustento en alguna otra norma superior. Así, queda fuera cualquier posibilidad para un juicio de tipo decisionista en los términos de Schmitt. Este punto es importante porque es la base de la crítica que elabora éste a la función del tribunal.

El hecho de que el tribunal constitucional sea la única instancia autorizada para evaluar la legalidad de una norma o acto así como para decidir sobre las controversias entre el poder ejecutivo y el legislativo representa para Schmitt una violación a la soberanía del pueblo. De acuerdo con esta interpretación no es posible que el tribunal tenga un poder tan amplio de decisión que en principio corresponde al soberano. Al respecto, Kelsen sostiene que:

la centralización de la facultad de examinar la regularidad de las normas generales se justifica ciertamente desde todos los puntos de vista. Pero si se decide confiar este control a una autoridad única, resulta posible abandonar la limitación de la anulación del caso concreto en beneficio del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma habría de ser aplicada. *Es claro que un poder tan considerable no puede confiarse más que a una instancia central suprema.*⁸⁵

Una vez apuntada la necesidad de la instancia central procede a justificar la asignación de esta función al tribunal. La negativa de que sea una autoridad diversa a la que dicto la norma la encargada del control se basa, a decir de Kelsen en que:

⁸⁵ *Ibidem*, p. 125. Las cursivas son mías.

se quiere evitar que la autoridad del órgano que dictó la norma irregular y que es considerado como un órgano supremo, se debilite –especialmente si se trata de una norma general- por el hecho de que otro órgano esté autorizado para anular sus actos y se sitúe, por consiguiente, por encima del primero, que debe ser considerado supremo. [Más aún] No solamente se apela a la soberanía del órgano del que ha emanado el acto irregular, sino también al dogma de la separación de poderes.⁸⁶

Sin embargo estos argumentos son indefendibles pues, señala Kelsen, llevan a la conclusión lógica de que “bajo el pretexto de que debe respetarse la soberanía del órgano del que emana un acto irregular o la división de poderes, se abandona la anulación del acto irregular a la discreción de este mismo órgano”.⁸⁷

Por otro lado, como ha mostrado Lars Vinx una correcta interpretación de los argumentos kelsenianos apunta que el margen de la decisión política del tribunal es, en todo caso, relativa.⁸⁸ De hecho, el mismo Kelsen señala que:

frente a las leyes, los tribunales están, por regla, lejos de poseer facultades de control tan amplias. Lo más frecuente es que no puedan examinar la regularidad, es decir, la constitucionalidad, de las leyes bajo todos los aspectos, sino solamente verificar la regularidad de su publicación y que no puedan, en consecuencia rechazar su aplicación al caso concreto más que por causa de alguna irregularidad cometida en esta publicación.⁸⁹

⁸⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ L. Vinx, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁹ H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, p. 125.

Kelsen advierte que se trata de una acción de naturaleza política tan importante y, en consecuencia, no puede dejarse en las manos de la misma autoridad su propio control. Ello no significa, no obstante, que se trate de una acción política ilimitada. Hay que recordar que para el jurista austriaco cualquier autoridad o institución no hace otra cosa más que aplicar el derecho, nada va, en este sentido, más allá del derecho. Por lo tanto, Kelsen no otorga poderes discrecionales al tribunal, pues éste sólo se limita a lo que la misma constitución le ordena. Además, como observa Vinx, todos los órganos tienen, en todo caso, margen de acción política dentro de lo que le permite la constitución. Más aún, la relatividad de la decisión política del tribunal se nota en que su atribución es la de revisar las decisiones que los otros poderes han tomado.⁹⁰ En consecuencia, no hay sustento para afirmar que el tribunal constitucional representa una contradicción al poder soberano del pueblo.

En suma, la idea del tribunal constitucional en Hans Kelsen nos ayuda a vincular su teoría jurídica con la teoría política. La necesidad de un tribunal constitucional sólo puede entenderse si se parte del supuesto de que para que una norma sea válida o legal no basta que sea la expresión de la autoridad soberana, mucho menos que pueda tener una vigencia de facto. En efecto, el tribunal se encarga de evaluar su constitucionalidad, es decir, su adecuación con la estructura sistemática y jerárquica del ordenamiento constitucional. Asimismo, aun cuando la decisión haya tenido validez concreta, siempre existe el recurso a la nulidad retroactiva. Por lo tanto, Kelsen está lejos de ser un positivista radical, pues siempre defendió una interpretación del ordenamiento jurídico de carácter normativista. Pero para Kelsen esta expresión de normativo, esto es, referente al

⁹⁰ L. Vinx, *op. cit.*, p. 153.

deber ser, se refiere a lo que establece la norma. Lo que Kelsen no hizo fue dar un contenido sustantivo, ya sea moral o ético, a este deber ser para que el ordenamiento jurídico pueda ser calificado como legal o legítimo. Esta cuestión, la de los contenidos sustantivos como las ideologías políticas es una cuestión de naturaleza política, pero no jurídica. En consecuencia, el tribunal constitucional solo juzga con base en el deber ser establecido en la constitución, no en alguna apreciación particular discrecional de valor que tengan los ministros.

Conclusiones.

La relación entre legitimidad y legalidad es uno de los temas que más debate encierran en su interior. Tanto Max Weber como Hans Kelsen pueden ser vistos como dos de los autores que más hicieron para aclarar la relación que existe entre ambos valores. Sin embargo, con el transcurso del tiempo las tesis desarrolladas por ambos autores han sido mal interpretadas o al menos consideradas de forma reduccionista. La interpretación común es que tanto para el sociólogo de Heidelberg como para el jurista austriaco el vínculo entre legalidad y legitimidad es indisoluble al menos por cuanto a la época moderna. De tal forma, se ha restringido la legitimidad a la legalidad formal y positivista. Esta es la razón principal por la cual actualmente se ha llegado a equiparar, de forma incorrecta, a la democracia con el Estado de derecho. Dicho de otra forma, cualquier valor democrático se reduce a la observancia y limitación que establece el derecho.

Ahora bien, lo anterior tiene un efecto pernicioso implícito que pasa generalmente inadvertido. Si la democracia se limita al Estado de derecho y si éste último es visto de la perspectiva positivista y formal, técnicamente cualquier ordenamiento jurídico puede ser calificado como Estado de derecho. En efecto, de acuerdo con Hans Kelsen, todo Estado no es más que un ordenamiento jurídico, es decir un Estado de derecho. De tal forma, el valor axiológico que damos por sentado cuando usamos la expresión “Estado de derecho” debe dejarse a un lado si se parte de una visión positivista como la defendida por Kelsen. También Max Weber es sumamente claro al señalar que la formalidad del derecho está desprovista de cualquier contenido sustantivo. Por lo tanto, bajo este orden de ideas que la democracia se limita al Estado de derecho es decir prácticamente nada. Incluso es mucho menos válido dar supuesto el carácter normativo del derecho cuando se hace esta

asimilación. Se trata de una traición a los postulados modernos de la ciencia jurídica fundamentada en el análisis científico y no ideológico.

Por tal motivo, considero que es mucho más fructífero abordar la relación entre legitimidad y legalidad en la obra de Max Weber y Hans Kelsen desde una perspectiva mucho más amplia que reúne su obra jurídica con la política. Cuando ambos autores tratan las características propias del derecho, quieren decir que el ordenamiento jurídico tiene sus criterios propios de validez, autónomos de la moral o la política. Sin embargo, ello no quiere significar que la realidad total de la sociedad se agote en el ámbito del derecho. En este sentido, una evaluación más amplia de la relación entre legitimidad y legalidad debe ir más allá del derecho y entrar en, y relacionarlo con, la política. La forma de Estado sólo podrá ser evaluada en su total magnitud recurriendo a criterios políticos además de los estrictamente jurídicos.

Para Max Weber, la forma de dominación legal-burocrática fundamentada en la legitimidad legal, sólo es la abstracción de los rasgos más característicos de la sociedad moderna. En ningún lado Weber defiende la superioridad de la racionalidad formal por encima de otras formas de racionalidad, o incluso otros valores. De igual forma, el hecho de que considere que la racionalización formal del derecho, pero principalmente de la burocracia, revistan tendencias irresistibles, no implica para él una valoración positiva de dicho proceso. Para el sociólogo de Heidelberg, en toda organización social también están presentes otros tipos de legitimidad como lo es la tradicional y la carismática. Así, para él, la fuerza que trae consigo la creencia en el carisma de los líderes políticos es una de las pocas alternativas que se tienen en la sociedad moderna para contrarrestar las tendencias racionalistas formales que parecen llevarnos a una servidumbre dentro de una “jaula de hierro”. Por tal motivo, la legitimidad legal es sólo una forma de varias que aparecen en la

sociedad y ni siquiera la considera como superior a las otras. En suma: la relación entre la legitimidad y la legalidad no se agota para Weber en la dinámica del derecho, pues en la política el tipo más común de legitimidad es aquella carismática.

La lectura que se ha hecho generalmente de la relación entre legitimidad y legalidad en Hans Kelsen ha sido siempre limitada a su obra jurídica. Desde la perspectiva de su teoría pura del derecho no hay mayor legitimidad en el orden jurídico que aquella sustentada en la validez y efectividad de éste. Es decir, se considera como legítima una norma jurídica cuando es creada con base en lo que está señalado en la norma superior, nunca por el contenido sustantivo de ésta. Para Kelsen la pretensión de los defensores de la doctrina del derecho natural, pero de cualquier otra que no sea positivista, es un despropósito. Para el jurista austriaco no es posible establecer científicamente la validez absoluta o superioridad de una ideología política por encima de otra. Por tal motivo la validez del ordenamiento jurídico debe depender estrictamente en criterios internos, pues de lo contrario se ubicaría en una posición sumamente endeble. El hecho de que el derecho no pueda ser evaluado con criterios ajenos a éste, no significa que no pueda hacerse una distinción de la forma de gobierno o forma de Estado en su aspecto más amplio con base en evaluaciones políticas. En este sentido, cuando Kelsen realiza la distinción entre democracia y autocracia se fundamenta en el valor la de la libertad política. Para el jurista austriaco es mucho más deseable la forma de gobierno democrática parlamentaria porque es la única que posibilita la armonía entre el mandato objetivo del orden jurídico y la voluntad subjetiva de los individuos que deben obedecerlo. Se trata de la máxima realización de libertad política entendida como capacidad de autodeterminación. Además la democracia, tal como la entiende Kelsen, implica la aceptación de la pluralidad social y, por ello mismo, de la relatividad inevitable

y deseable de todas las ideologías políticas. Consiste en una forma de gobierno que al contrario de entronizar y absolutizar una ideología política permite el enfrentamiento en el debate público de las más diversas ideologías. En suma, la faceta política, específicamente la democracia, es la que permite la legitimación ulterior de la forma de Estado y no sólo la legalidad propia del derecho.

Bibliografía.

- Abellán, Joaquín, *Poder y política en Max Weber*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.
- Abellán, Joaquín, “Estudio preliminar” en Joaquín Abellán (ed.), *Liberalismo alemán en el siglo XIX: 1815-1848*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Beetham, David, *The legitimation of power*, Houndmills, MacMillan, 1991.
- Bergman, Gustav y Lewis Zerby, “The formalism in Kelsen’s Pure theory of Law”, *Ethics*, vol. 55, núm. 2, enero de 1945.
- Black, Antony, *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, Londres, Cambridge University Press, 1996.
- Bobbio, Norberto, “El poder y el derecho”, en Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político*, México, Grijalbo, 1985.
- Bobbio, Norberto, “Kelsen e il problema del potere”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie IV, tomo LVIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1981.
- Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie IV, vol. L, núm. 3, julio-septiembre de 1973.
- Bobbio, Norberto, “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *L’età del diritti*, Torino, Einaudi, 1997.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.
- Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Burger, Thomas, *Max Weber’s theory of concept formation. History, laws and ideal-types*, Durham, Duke University Press, 1987.
- Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de la constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, julio-diciembre de 2006.
- Correas, Oscar, “El otro Kelsen”, en Oscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.
- Dyzenhaus, David, *Legality and legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- Eisen, Arnold, “The meanings and confusions of weberian ‘rationality’”, *British Journal of Sociology*, vol. 29, núm. 1, marzo de 1978.

Ertman, Thomas, *Birth of the Leviathan. Building States and regimes in medieval and early modern Europe*, Cambridge University Press, 1997.

Eyck, Gunther, "English and French influences on German liberalism before 1848" en *Journal of the History of Ideas*, Vol. 18, Núm. 3, 1957.

Franzé, Javier, *¿Qué es la política? Tres respuestas: Aristóteles, Weber y Schmitt*, Madrid, La Catarata, 2004.

Friedrich, Carl J., *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Gerschenkron, Alexander, *Economic backwardness in historical perspective, a book of essays*, Cambridge, Belknap Press, 1962.

Giddens, Anthony, *El capitalismo y la moderna teoría social. Un análisis de los escritos de Marx, Durkheim y Max Weber*, Barcelona, Idea Universitaria, 1998.

Giddens, Anthony, "Política y sociología en el pensamiento de Max Weber", *Política, sociología y teoría social*, Barcelona, Paidós, 1997.

Gil Villegas M., Francisco, "Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica", *Foro Internacional*, vol. XXXIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1993.

Gil Villegas M., Francisco, "El parlamentarismo: defensores y detractores", en Francisco Gil Villegas M. y Rogelio Hernández Rodríguez (comps.), *Los legisladores ante las reformas políticas en México*, México, El Colegio de México, 2001.

Gil Villegas M., Francisco, "El concepto de racionalidad en Max Weber", en Carmen Trueba Atienza (comp.), *Racionalidad: lenguaje, argumentación y acción*, México, Plaza y Valdés-UAM-Iztapalapa, 2000.

Gil Villegas M. Francisco, "La influencia de Simmel en Max Weber: la condición trágica de la modernidad racionalizada", *Acta Sociológica*, Núm. 37, enero-abril de 2003.

Gil Villegas M., Francisco, *Crítica de las interpretaciones de la obra de Max Weber en Alemania. Disertación sobre el problema de la racionalidad en la historia, la religión y la política según Max Weber*, México, El Colegio de México, Tesis de Maestría en Ciencia Política, 2004.

Goldman, Harvey, "Max Weber in German history and political thought", *Journal of Modern History*, vol. 62, núm. 2, junio de 1990.

Serrano Gómez, Enrique, *Filosofía del conflicto político*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAM Iztapalapa, 2001.

Grafstein, Robert, "The failure of Weber's conception of legitimacy: Its causes and implications", *The Journal of Politics*, vol. 43, núm. 2, mayo de 1981.

González García, José M., "Max Weber y Georg Simmel: ¿dos teorías sociológicas de la modernidad?", XXXX.

Hennis, Wilhelm, *Il problema Max Weber*, Roma, Laterza, 1991.

Hennis, Wilhelm, "Legitimacy: on a category of civil society", *Politics as a practical science*, Palgrave Macmillan, 2009.

Hinze, Otto, *Historia de las formas políticas*, trad. José García Díaz, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Kalberg, Stephen, "Max Weber's types of rationality: Cornerstones for the analysis of rationalization processes in History", *American Journal of Sociology*, vol. 85, núm. 5, 1980.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, trad. Hugo Carlos Delory, México, Trillas, 1994.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Moisés Nilve, México, Ediciones Coyoacán, 2008 (con base en la traducción francesa de 1953 de la primera versión alemana de 1934).

Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, trad. Francisco Gil Villegas, sin datos editoriales, 2008 (traducción de la primera versión aparecido como artículo publicado en el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 49, núm. 1 en 1920).

Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)" en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

Kelsen, Hans, "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico", en Oscar Correas (comp.), *El otro Kelsen*, México, Ediciones Coyoacán - Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2003.

Krieger, Leonard, *The german idea of freedom. History of a political tradition*, Boston, Beacon, 1957.

Lagi, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de 'De la esencia y valor de la democracia'*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

Mommsen, Wolfgang J., *Max Weber and German politics, 1890-1920*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984.

Mommsen, Wolfgang J., *The political and social theory of Max Weber*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989.

Mommsen, Wolfgang J., "Max Weber's 'Grand sociology': The origins and composition of *Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie*", *History and Theory*, vol. 39, núm. 3, octubre de 2000.

Mommsen, Wolfgang, "A delaying compromise: The Imperial constitution of 1871", *Imperial Germany, 1867-1918*, London, Arnold, 1995.

Ockham, Guillermo de, *Sobre el gobierno despótico del Papa*, Madrid, Tecnos, 1992.

Padua, Marsilio de, *Defensor pacis*, New York, Columbia University Press, 2001.

Passerin D'Entreves, Alessandro, "Legalidad y legitimidad" en *La noción de Estado*, Barcelona, Ariel, 2001.

Ramos-Oliveira, Antonio, *Historia social y política de Alemania*, México, Fondo de Cultura Económica, Dos tomos, tomo I, 1973.

Rotteck, Karl von, "Constitución" en Joaquín Abellán (ed.), *Liberalismo alemán en el siglo XIX: 1815-1848*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Sartori, Giovanni en su libro *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, (1993) 2006.

Schluchter, Wolfgang, *The rise of western rationalism. Max Weber's developmental history*, Berkeley, The University of California Press, 1981.

Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996.

Sheehan, James, "German politics, 1871-1933", en Charles Burdick, Hans-Adolf Jacobsen y Winfried Kudszuz (eds.), *Contemporary Germany: politics and culture*, Boulder, Westview Press, 1984.

Small, Albion, *The cameralists: the pioneers of german social polity*, Chicago, The University of Chicago Press, 1909.

Stirk, Peter M., *Twentieth-century German political thought*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006.

Tácito, Cornelio, *Germania*, (Versión de Biblioteca Básica Gredos).

Ullmann, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 2004.

Vinx, Lars, *Pure theory of Law. Legality and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Weber, Max, “Introducción general a los Ensayos de Sociología de la Religión (1920)” en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Luis Legaz Lacambra, revisada por Francisco Gil Villegas M., México, Fondo de Cultura Económica, 2003 (edición crítica de Francisco Gil Villegas M.).

Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. José Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed. (4ª ed. Original), 1964.

Weber, Max, “La política como profesión”, *El político y el científico*, trad. Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1998.

Weber, Max, “Parlamento y gobierno en una Alemania reorganizada”, *Escritos políticos*, trad. Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2008.

Weber, Max, “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.

Weber, Max, “El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas”, *Ensayos sobre metodología sociológica*, trad. José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.

Welcker, Carl Theodor “Responsabilidad de los príncipes” en Joaquín Abellán (ed.), *Liberalismo alemán en el siglo XIX: 1815-1848*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Wickelmann, Johannes, *Legitimität und legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1952.

Wolfram, Herwig, *The Roman empire and its germanic peoples*, Berkeley, University of California Press, 1997.

Wolin, Sheldon S., “Max Weber: legitimation, method, and the politics of theory”, *Political Theory*, Vol. 9, núm. 3, agosto de 1981.