

KELSEN Y LA SOCIOLOGÍA*

SUMARIO: I. *Premisa*; II. *La teoría pura del derecho y dos sociologías distintas*; III. *La toma de posición respecto a la sociología del derecho*; IV. *La toma de posición respecto a la sociología de la idea de justicia*; V. *Los límites de la teoría pura del derecho*; VI. *La contribución de Kelsen a los estudios sociológicos jurídicos*.

Renato TREVES

I. PREMISA

Según una opinión muy difundida, Kelsen debería ser considerado como un adversario, un enemigo, de la sociología.¹ En este artículo sostendré una opinión muy diversa. Mi propósito es, en efecto, demostrar que Kelsen, en el esfuerzo de asegurar la pureza de su doctrina preservándola de las contaminaciones que provienen del tratamiento sociológico de una parte, y de la doctrina del derecho natural de la otra, ha proporcionado, por la negativa, contribuciones preciosas al estudio de los problemas sociológicos del derecho y de la justicia. Más precisamente, intentaré demostrar que Kelsen ha determinado y definido la naturaleza y el objeto de la sociología empírica del derecho con mayor exactitud que los padres fundadores de esta disciplina. Intentaré también explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estre-

* En este artículo se reproduce, con presentación y posiciones distintas, y con algunas diferencias de forma, el texto de la relación presentada en el Seminario Internacional acaecido en Roma del 29 al 31 de octubre de 1981, organizado por el Instituto de la Enciclopedia Italiano para recordar el centenario del nacimiento de Hans Kelsen. Dicha relación, con el título "Kelsen y la sociología", será publicada por el mismo Instituto en un volumen que contendrá las contribuciones de todos los estudiosos invitados al seminario. El presente texto fue publicado en la revista *Sociologia del Diritto*, nº 3, 1981, con el título "Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen". Traducción de Óscar Correas.

¹ Ch. Eisenman, en el ensayo "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", observa que la mayor parte de los juristas y de los sociólogos que hablan de Kelsen como si lo conocieran "seriamente", dirían que "Kelsen es el anti-sociólogo, puesto que es el hombre del derecho puro, el jurista, el normativista puro", en el volumen Battifol, Bobbio *et al.*, *Méthode sociologique et droit*, Paris, Dalloz, 1958, p. 60.

chos vínculos que unen la doctrina del derecho natural con la sociología general (marxismo incluido), y señalando los errores comunes a ambos órdenes doctrinarios, avizora la conveniencia de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina de particular importancia para la política del derecho, una disciplina que evite aquellos errores y que, utilizando una expresión del mismo Kelsen, puede ser denominada "sociología de la idea de justicia".

II. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y DOS SOCIOLOGÍAS DISTINTAS

En el prefacio a la segunda edición de su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen advierte al principio que ha procurado alcanzar la pureza de su propia teoría, "o, lo que es lo mismo, la autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico",² tomando posición sobre todo "contra la pretensión de un así llamado tratamiento sociológico que quiere ocuparse del derecho como de un pedazo de realidad natural sirviéndose del método científico causal". En las páginas que siguen al pasaje referido, y en toda la obra, explica, e ilustra después ampliamente, en qué consiste la distinción entre esta teoría pura del derecho y tratamiento sociológico del mismo. Destaca, ante todo, que se trata de una distinción de carácter prevalectivamente metodológico, entre método sociológico y método jurídico, en cuanto para él todas las ciencias sociales, incluida la ciencia jurídica, tienen un único objeto y se distinguen sólo por el método con que se estudian. Observa, además, que las leyes de las que se ocupa la teoría pura del derecho, en cuanto leyes de una disciplina normativa, como lo son también la ética, la lógica y la gramática, se refieren al deber ser (*sollen*), mientras que las leyes de las cuales se ocupa la sociología (y también la sociología del derecho), en cuanto leyes de una disciplina explicativa como lo son las ciencias naturales, se refieren al ser (*sein*). Precisa finalmente que las leyes que son objeto de la teoría pura del derecho son juicios hipotéticos fundados sobre el principio de la imputación y que las leyes objeto de las ciencias naturales son juicios explicativos fundados sobre el principio de causalidad.³

² H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1923, p. 111.

³ Sobre el carácter metodológico de la distinción, *cfr.* Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. III-XXIII .1-94, y también la conferencia del mismo, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1911, versión castellana en *Crítica jurídica*. En esta conferencia Kelsen dice, entre otras cosas, que las cien-

Además de haber dado estas indicaciones sobre la distinción entre teoría pura del derecho y sociología del derecho, en los mismos *Hautprobleme*, Kelsen advierte que tal distinción, producida en el plano metodológico y en los precisos términos indicados, a pesar de la apariencia, es una distinción que se ubica en una determinada época histórica. Recuerda, en efecto, que originariamente, en los pueblos primitivos, se pensaba que el orden de la naturaleza estaba dirigido por una voluntad superior o divina a la cual los elementos de ese orden obedecían, así como "el ciudadano obedecía a las prescripciones del legislador". Recuerda después que, en época más reciente, "con la emancipación de las ciencias naturales de la imagen de la voluntad superior", advino una notable transformación del concepto de ley, de modo que hoy, "la ley natural de las disciplinas explicativas está en abierta oposición con las leyes jurídicas, con las éticas afines a ellas, con las gramaticales y estéticas de las disciplinas normativas y de la norma en sentido específico y restricto".⁴

Más de treinta años después de la publicación de los *Hautprobleme*, en *Society and Nature*, una de sus grandes obras específicamente sociológicas, Kelsen retorna explícitamente sobre el argumento recién señalado, de tantos años antes, y se propone .

la investigación, basándose en el material etnográfico, de cómo interpreta el hombre primitivo a la naturaleza que lo rodea, y de cómo, partiendo de los fundamentos de esta interpretación, especialmente del principio de retribución, se ha desarrollado la idea de causalidad y con ella el concepto moderno de naturaleza.⁵

En esta investigación, Kelsen explica ante todo cuándo y cómo ha sucedido este paso de la interpretación de la naturaleza fundada sobre el principio de retribución a la fundada sobre el principio de causalidad, y advierte también que, cuando se considera la crisis que el principio de causalidad atraviesa en el pensamiento científico moderno, se puede prever que la interpretación fundada sobre este último principio, así como ha tenido principio, podría también tener un final.⁶

cias sociales o ciencias del espíritu (como entonces se prefería llamarles), "están la una en contacto con la otra por su objeto, pero están separadas por el diverso modo de considerarlo".

⁴ Kelsen, *Hautprobleme*, cit., pp. 4-5.

⁵ H. Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 2.

⁶ *Ibidem*, pp. 383-403.

Kelsen observa, además, que la interpretación de la naturaleza fundada sobre el principio de retribución ha hecho aparecer la naturaleza "como la sociedad ideal, ya que era un orden absolutamente justo, en contraste con el cual, la sociedad humana parecía una copia imperfecta". "La idea de la naturaleza como la sociedad ideal se impone, dice, especialmente en la teología cristiana" y esto explica cómo, sobre la base del dualismo entre ordenamiento absoluto justo y su copia imperfecta y sobre la base de aquella teología, ha surgido la idea del derecho natural. Esta idea se coliga, esencialmente, en efecto, agrega, "a la idea de que la naturaleza es una creación de Dios, de que sus leyes son una expresión de la voluntad de Dios, y de que son, por tanto, normas", normas jurídicas cuyo verdadero contenido deriva del ordenamiento de la naturaleza.⁷

De estas últimas observaciones me parece que surge con claridad cómo Kelsen, que en los *Hauptprobleme* había buscado distinguir la ciencia del derecho fundada sobre el principio de la imputación, de la sociología del derecho fundada, como las otras ciencias de la naturaleza, sobre el principio de causalidad, en su libro de treinta años después, ha llegado a distinguir la ciencia del derecho no sólo de la sociología del derecho entendida en el sentido indicado, sino también de una otra disciplina de tipo sociológico que puede ser denominada sociología de la idea de justicia; una disciplina que explica, por ejemplo, cómo de la concepción de la naturaleza entendida como sociedad ideal, ha surgido, en otra época, la doctrina del derecho natural y la idea de justicia en ella contenida. En el prefacio a la edición castellana de *Society and Nature*, reflexionando sobre el trabajo realizado y sobre las críticas dirigidas a la primera edición inglesa, Kelsen reconoce precisamente haber distinguido

una teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que son las causas y efectos del hecho de que los hombres piensen en términos de un derecho determinado, y especialmente, de una sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella en cuanto ideal.⁸

⁷ *Ibidem*, pp. 407-408.

⁸ *Ibidem*, prefacio. Este prefacio de indudable importancia no ha sido reproducido en las sucesivas ediciones inglesas y tampoco en la italiana. Una referencia análoga a la sociología del derecho y a la sociología de la idea de justicia se encuentra en Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, versión castellana de Eduardo García Máynez, p. 207.

III. LA TOMA DE POSICIÓN RESPECTO A LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

La *Sociología del derecho* y la *Sociología de la idea de justicia*, consideradas y analizadas conjuntamente en la obra de la cual hemos hablado, son, por el contrario, examinadas y discutidas por Kelsen separadamente en escritos específicos dedicados a una u otra de estas disciplinas.

Por lo que respecta a la *Sociología del derecho*, no se puede dejar de recordar que ha hecho su aparición en la confraternidad de juristas de lengua alemana en los mismos años en los cuales Kelsen publicaba su primera gran obra, Hermann Kantorowicz, que en 1906 había presentado el programa del movimiento del derecho libre, en 1910 pronunciaba su famosa conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie*, en la cual afirmaba la existencia del estudio sociológico del derecho. La ciencia del derecho, decía, debe otorgar una mayor importancia de lo que hasta ahora ha otorgado a los hechos reales de la vida social, y no debe ser considerada como "una ciencia de palabras" que agota su actividad "en la interpretación literal de la norma jurídica, sino más bien como una ciencia valorativa (*Wertwissenschaft*) al servicio de los fines de la vida social".⁹

Tres años después de la conferencia de Kantorowicz, Eugen Ehrlich, que con él y antes que él, había sido sostenedor del movimiento del derecho libre, y que, con el ejemplo personal, había afirmado la exigencia de realizar investigaciones empíricas en el campo del derecho, publicaba precisamente en 1913, *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (Fundamentos de la sociología del derecho). Y en este clásico libro suyo sentaba las bases de la sociología del derecho que también él calificaba de ciencia de hechos y no de palabras, y opinaba que debía ser considerada como teoría del derecho en sentido propio, diciendo textualmente:

Desde el momento en que el derecho es un fenómeno social, toda especie de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*), en el sentido propio del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad o, lo que es lo mismo, una parte de la sociología. La sociología del derecho,

⁹ H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1^o 1913), ahora en *id.*, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, al cuidado de T. Würtenberger, Karlsruhe, 1962, p. 126.

por eso mismo, es la teoría científica (*wissenschaftliche Lehre*) del derecho.¹⁰

Es interesante recordar cómo Kelsen, siempre atento y empeñado en analizar y discutir críticamente las principales corrientes de pensamiento de su tiempo, había aprovechado la ocasión de estos escritos para rebatir y esclarecer su propio punto de vista en torno a la distinción entre ciencia del derecho, como ciencia del deber ser, y la sociología del derecho como ciencia del ser, polemizando viva y duramente con Kantorowicz, y especialmente con Ehrlich. Explica entonces cómo la sociología del derecho, entendida en el modo indicado, no pudiendo tener como base el concepto del derecho que es definido por la ciencia normativa del derecho (ciencia del deber ser), no consigue encontrar un criterio válido para separar el derecho de los otros conjuntos de reglas del actuar, ni para diferenciar el ordenamiento jurídico de los otros ordenamientos sociales, ni para afirmar la propia autonomía como sociología del derecho frente a la sociología de los otros fenómenos sociales. Expresa además su reserva sobre la preferencia que estos autores demuestran para con las ciencias que proceden sirviéndose del método inductivo ignorado, o casi, la importancia de un conocimiento científico basado en el método inductivo. Pone de manifiesto, en fin, análogas reservas sobre la tendencia a pasar de lo fáctico a lo normativo, de lo descriptivo a lo valorativo, como puede advertirse por ejemplo en Kantorowicz, allí donde afirma que la jurisprudencia es considerada "como una ciencia valorativa al servicio de la vida social", o en Ehrlich cuando dice que la regla del actuar social es una regla según la cual, "no sólo se actúa, sino que se debe actuar".¹¹

¹⁰ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), trad. italiana *I fondamenti della sociologia del diritto*, al cuidado de A. Febbrajo, Milano, Giuffrè 1976, p. 32.

¹¹ Kelsen criticó a Kantorowicz en la nota "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, pp. 601-607, y criticó a Ehrlich en un largo ensayo "Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, pp. 839-876. A este ensayo siguió una larga polémica entre los dos autores. Sobre la cuestión, cfr. A. Febbrajo, "Presentazione" a Ehrlich en *I fondamenti...*, cit., pp. XXXIV-XXXIX; N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", en *Critica Juridica*; H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Aller, Freiburg, München, 1981, pp. 31-61; G. Robles Morchón, "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVIII, pp. 627-641.

Si Kelsen expresa su disenso respecto a estos autores que quieren sustituir la ciencia del derecho (ciencia del deber ser) por la sociología del derecho (ciencia del ser), por el contrario manifiesta su consenso con un otro autor que, contrariamente a los anteriores, distingue claramente el punto de vista jurídico del punto de vista sociológico en el estudio del derecho. Me refiero a Max Weber que, en los mismos años en los cuales Kelsen polemizaba con Kantorowicz y con Ehrlich, había escrito su *Rechtssoziologie*, que permanecería por largo tiempo inédita, y fuera publicada recién en 1922 como capítulo séptimo de la obra póstuma *Wirtschaft und Gesellschaft*.¹² Y reflexionando sobre esta obra, que entre 1922 y 1925 había sometido a un atento examen crítico,¹³ Kelsen, muchos años más tarde, en la *General Theory of Law and State* de 1945, afirma haber encontrado en ella "el ensayo más afortunado de definición del objeto de la sociología del derecho". Transcribo el largo pasaje en el cual Kelsen, resumiendo el pensamiento de Weber, resume implícitamente también el propio sobre la cuestión. Kelsen cita antes que nada, las siguientes palabras de Weber:

al referirnos al "derecho", al "orden jurídico", a la "regla del derecho", tenemos que observar estrictamente la distinción entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La jurisprudencia se refiere a normas jurídicas idealmente válidas. Es decir... investiga la significación normativa que debe atribuirse a un enunciado que pretende representar una norma jurídica. La sociología investiga lo que realmente acontece en una sociedad, por cuanto existe cierta probabilidad de que sus miembros crean en la validez de un determinado orden y orienten su conducta hacia ese orden.*

¹² M. Weber, *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964, 6º

¹³ Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1º 1921), 2º Mohr, Tübingen, 1928, cap. VIII, paragr. 27, pp. 156-170.

* N. del T.: Este pasaje corresponde al de la pág. 251 de la edición castellana citada de *Economía y sociedad*, FCE, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, 1981, y difiere ligeramente de la versión que aparece en la versión castellana de la obra citada de Kelsen, la cual, a su vez, coincide con la traducción al italiano que cita Treves. La versión castellana del texto de Weber es la siguiente: "Cuando se habla de 'derecho', 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué *sentido normativo* lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que *de hecho ocurre* en una comunidad en razón de que existe la *probabilidad* de que los hombres que participan en la activi-

Y luego de esta cita observa que, según la definición weberiana

el objeto de la sociología del derecho es la conducta humana que el individuo actuante ha orientado hacia un orden que considera como "válido"; o dicho de otro modo: el individuo cuya conducta es el objeto de la sociología del derecho, considera ese orden en la misma forma en que la jurisprudencia normativa considera al derecho. Para poder ser objeto de una sociología jurídica, el comportamiento humano tiene que hallarse determinado por la idea de un orden válido.¹⁴

Considerando el problema de las relaciones entre la sociología del derecho de Kelsen y la de Weber, y teniendo también presente el pasaje citado más arriba, en un artículo dedicado especialmente al asunto, Norberto Bobbio observa ante todo que la distinción weberiana entre lo que es idealmente válido (validez ideal) y lo que acontece efectivamente (validez empírica) corresponde a la distinción kelseniana entre validez (entendida como validez ideal) y eficacia. Observa además que

a pesar de la diferencia de terminología Weber y Kelsen concuerdan sobre un punto muy importante, que es en la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista, y de las dos esferas respectivas: la del ser y la del deber ser, sobre las cuales se colocan las dos ciencias; distinción que es negada y no reconocida por los máximos exponentes de la jurisprudencia sociológica.

Pero el acuerdo entre Kelsen y Weber, advierte Bobbio, "termina aquí". Kelsen no se limita, en efecto,

a afirmar la existencia de dos puntos de vista contra los sociólogos que la niegan, sino que, respecto a los sociólogos, a diferencia de Weber, trastrueca completamente la relación entre los dos puntos de vista, sosteniendo la primacía, la prioridad, del punto de vista jurídico sobre el sociológico.

Y el argumento principal para sostener esta tesis en polémica con Weber reside, según Kelsen, en el hecho de que la sociología del de-

dada comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideran *subjetivamente* como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica".

¹⁴ Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 209.

recho sólo puede encontrar el criterio para distinguir los comportamientos jurídicos de los no jurídicos en la teoría del derecho.

Solamente refiriendo el comportamiento humano al derecho como sistema de normas válidas, esto es, como es definido por la jurisprudencia normativa, dice Kelsen, la jurisprudencia sociológica puede delimitar su objeto específico del de la sociología general.¹⁵

En este párrafo, en el cual he examinado la postura de Kelsen hacia la sociología del derecho, como se puede ver, he tenido especialmente presente la *General Theory* de 1945, que es la obra de carácter general en la cual nuestro autor se ocupa con más atención de la sociología del derecho, y sobre todo de la jurisprudencia sociológica norteamericana. Ésta es también la obra en la cual, retomando conceptos expresos de un ensayo poco anterior,¹⁶ Kelsen admite una pluralidad de ciencias del derecho, entre las cuales se encuentra la sociología jurídica,¹⁷ separándose así de la opinión implícita en un pasaje de las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre*, en la cual afirma que "no es específicamente el derecho lo que constituye el objeto" de la sociología del derecho, sino que constituyen este objeto solamente ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza.¹⁸ Se ha dicho con razón, que esta diferencia de opiniones se debe al hecho de que el público al que se dirige la *General Theory*, distinto de aquel al que se dirige la *Reine Rechtslehre*, es un público de lectores formados "en la tradición y la atmósfera del *Common Law*", y por lo tanto más interesado y sensible a los problemas de la sociología del derecho. Pero con esto no se puede decir que la admisión de una pluralidad de ciencias jurídicas, entre las que se encuentra la sociología del derecho, constituya para Kelsen una novedad. Ya en los *Hauptprobleme* Kelsen considera como posible esta pluralidad, afirmando, entre otras cosas, que "la tarea de los sociólogos es la de

¹⁵ N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", cit. En la última frase citada, el autor se remite a Kelsen, *Teoría general...*, cit., p. 211.

¹⁶ Kelsen, "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, LV 1941, pp. 44-70, trad. it. "La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica" in Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Ed. Einaudi, 1952, pp. 180-185.

¹⁷ Kelsen, *Teoría general...*, cit. p. 192. Sobre el tema *cfr.* Ch. Eisenmann, "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", cit., especialmente pp. 66-73.

¹⁸ Kelsen, *Lineamenti...*, cit.; *id.*, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, versión de Roberto J. Vernengo, p. 117.

comprender el derecho como una fuerza de hecho que domina a las masas; como un hecho de sociología de las masas".¹⁹ En la crítica a Kantorowicz aparecida en el mismo periodo, Kelsen reconoce el interés que puede presentar para el jurista una sociología del derecho que examine la causa de las normas jurídicas en la sociedad en que vivimos.²⁰ Refiriéndose a la discusión con Stammler, que es casi de la misma época, Bobbio, en su artículo citado, advierte que Kelsen se propone "no dar más que un tratamiento formal de la norma jurídica", y observa que con ello deja entender "que se puede dar un tratamiento no formal del derecho, como es precisamente la sociología jurídica".²¹

IV. LA TOMA DE POSICIÓN RESPECTO A LA SOCIOLOGÍA DE LA IDEA DE JUSTICIA

Al inicio de este artículo he manifestado el propósito de explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos lazos que unen la doctrina del derecho natural a la de la sociología general (marxismo incluido), y señalando los errores comunes en los que incurren estos dos distintos cuerpos doctrinarios, avizora la oportunidad de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina particularmente importante para la política del derecho una disciplina que evite esos errores y que puede ser denominada *Sociología de la idea de justicia*.

De acuerdo con este propósito, corresponde ahora explicar cómo Kelsen, poniendo de relieve los orígenes sociológicos de las doctrinas de los jusnaturalistas y la tendencia jusnaturalista de las doctrinas de los sociólogos, expresa, respecto de ambos, la misma valoración y la misma crítica.

En el libro *Society and Nature*, examinado más arriba, se ha visto que Kelsen pone en evidencia los orígenes sociológicos de la doctrina del derecho natural allí donde explica cómo de la interpretación animista de la naturaleza surgida del principio de retribución, ha nacido la idea de la naturaleza como sociedad ideal, y cómo de esta última deriva aquella de un derecho natural entendido como derecho absolutamente justo. Y volviendo sobre este argumento en obras más específicas, se puede ver cómo Kelsen explica con mayores detalles el he-

¹⁹ Kelsen, *Hauptprobleme...*, cit., p. 42.

²⁰ Kelsen, "Zur soziologie des Rechts...", cit., p. 602 y también W. Ebenstein, *Rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Praga, Taussig, 1938, p. 53.

²¹ N. Bobbio, "Kelsen y Max Weber", cit.

cho de que estas doctrinas, buscando deducir "de la naturaleza de la sociedad e incluso de la de las cosas, algunas reglas que ofrezcan una norma del todo adecuada al comportamiento humano", cometiendo diversos errores. Ante todo, el de partir del presupuesto "de la inmanencia del valor en la realidad natural; presupuesto inadmisibles desde el punto de vista de la ciencia. Además el error de dar un salto, también inadmisibles, del plano del ser al del deber ser". El valor, agrega textualmente,

no es inmanente a lo real y por lo tanto no puede deducirse de él. El hecho de que algo es, no implica que deba ser o ser hecho, o que ni deba o ser o no ser hecho. El dato experimental de que los peces grandes se comen a los chicos no implica que el comportamiento de los peces sea bueno o malo. No hay ninguna relación lógica entre ser y deber ser, entre la realidad natural y el valor moral o legal.²²

Después de haber puesto de relieve los orígenes sociológicos de la doctrina de los jusnaturalistas, si se pasa a examinar la tendencia jusnaturalista de los sociólogos, se puede fácilmente comprender cómo para Kelsen la doctrina de estos últimos incurre en los mismos errores que los primeros. A este propósito es particularmente interesante leer el segundo capítulo de su libro de 1922, *Der Soziologische und juristische Staatsbegriff* (*El concepto sociológico y el concepto jurídico del Estado*), en el cual, examinando singularmente las doctrinas de Spencer, de Durkheim, de Tönnies y de otros sociólogos de su tiempo, Kelsen quiere poner en evidencia la tendencia jusnaturalista, o, como él dice, "normativa" de esas doctrinas.²³ Y con ello pone de relieve sus errores. Explica cómo estas doctrinas

bajo la apariencia de una explicación causalista del acontecer real, creyendo destacar una ley natural, es decir, causal de la evolución, no hacían otra cosa que intentar fundar un sistema universal de valores y, por tanto, no eran en el fondo más que Ética, Teología o Derecho Natural.²⁴

²² Kelsen, "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", en *The American Political Science Review*, XLII (1948), trad. it. "La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunales della scienza", en el vol. *Kelsen, I fondamenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 339.

²³ Kelsen, *Der soziologische und der juristische...*, cit., cap. 2, "Die normative Tendenz der Soziologie", pp. 46-74.

²⁴ Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, 1979, Editora Nacional, versión de Luis Legaz y Lacambra, p. 21.

Muchos años después de la publicación de este libro, en un ensayo en el cual ha puesto y considerado bajo la misma etiqueta a jusnaturalistas y sociólogos, Kelsen, volviendo sobre el asunto, ha encontrado el modo de rebatir sus tesis. Ha puesto de relieve que las doctrinas sociológicas, bien que aparentemente contrarias a las del derecho natural, cometen los mismos errores de las doctrinas que entienden suplantar: el error de cumplir el paso ilegítimo de la explicación a la prescripción, de ser al deber ser, y el error de presentar juicios subjetivos de valor provenientes de la conciencia del individuo, como principios deducidos de la realidad natural y social, y teniendo, como tales, los caracteres de la objetividad y de lo absoluto. Después de un atento examen de las doctrinas de Comte y de Spencer, Kelsen pone también en evidencia, entre otras cosas, "el carácter jusnaturalista" de sus sociologías que consideran las leyes de la naturaleza como una norma social de valor universal y que, por ejemplo, "pone a Comte en situación de justificar un programa político altamente colectivo y a Spencer de justificar uno altamente individualista".²⁵

No se puede no recordar que el mismo carácter jusnaturalista que Kelsen denuncia en las doctrinas clásicas de la sociología, lo pone de relieve también con respecto a la teoría de Marx que, conforme a esta característica suya, sigue sustancialmente el mismo método y comete el mismo error de las doctrinas jusnaturalistas. Escojo, entre muchos, dos pasajes de Kelsen muy significativos al respecto.

El "socialismo científico" de Marx es una ciencia social cuyo único y exclusivo propósito es no concebir y describir la realidad social como efectivamente es, sin evaluarla, sino al contrario juzgarla de acuerdo con un valor que es previamente supuesto por esa ciencia pero engañosamente proyectado a la realidad social, con el objeto, abiertamente admitido, de conformarla con ese valor previamente supuesto.²⁶

Como la doctrina jusnaturalista, presuponiendo que la justicia es immanente a la realidad presentada como naturaleza, opina que

es posible deducir de la naturaleza el derecho justo, es decir, natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia del derecho, la misión de descu-

²⁵ Kelsen, "La dottrina del diritto naturale dinanzi...", cit. p. 377.

²⁶ Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, EMECE Editores, 1957, versión de Alfredo J. Weiss, p. 75.

brir este derecho natural oculto de algún modo en la naturaleza, Marx afirma que se puede "hacer surgir" de la realidad social la justicia social del socialismo como "verdad social".²⁷

Pero si bien Kelsen realiza la misma valoración y la misma crítica a las doctrinas jusnaturalistas y a las de los sociólogos, demuestra también darse cuenta de las exigencias a las que estas doctrinas intentan responder: la exigencia de una política del derecho interesada en los problemas de los fines y los valores. Y, dándose cuenta de esto, avizora la posibilidad de sustituir estas disciplinas por otra diversa que busque satisfacer la misma exigencia, pero que, apoyándose en un relativismo fundamental, evite el error del paso del ser al deber ser, y de la consecuente atribución de un valor absoluto al deber ser mismo.

Me refiero a la *Sociología de la idea de justicia* que, según lo que dice Kelsen en el ya citado prefacio a su *Society and Nature*, es una disciplina que desarrolla investigaciones "sobre la idea que determina efectivamente, o desde un punto de vista moral debería determinar, la formación de las normas que llamamos jurídicas", que analiza además la "función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que operan como causa de su comportamiento", que critica, en fin, la civilización y especialmente "la ideología que acompaña el curso de la civilización".²⁸ En otras obras, Kelsen afirma después que esta disciplina tiene "decisiva significación para la política jurídica",²⁹ y deja entender que debe desarrollarse en ese campo específico de la investigación que, en un campo más vasto, desarrollan la sociología del conocimiento y la sociología de los valores. Significativas, a mi parecer, son a este respecto, las bien conocidas consideraciones hechas por Kelsen sobre el sentimiento del derecho y sobre la doctrina del derecho natural, allí donde, por ejemplo, a propósito de las de este último, dice que ha tenido casi siempre una función conservadora, la de "sostener, justificar y hacer absoluto el derecho

²⁷ Kelsen, *Teoría comunista...*, cit., p. 42; *id.*, *Socialismo y Estado*, México, Siglo XXI, versión de Alfonso García Ruiz, pp. 185 y 200 y ss.

N. de T.: En el original italiano de R. Treves, la última parte de este texto, dice: "así Marx afirma que la justicia del socialismo como justicia social puede venir desarrollada de la realidad social". O tal vez: "puede desarrollarse —obtenerse— a partir de la realidad social". Lo cual difiere algo de la versión castellana de la obra citada.

²⁸ Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, cit., pp. VII-XVI.

²⁹ Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 14.

positivo", y sólo en raros momentos de su historia milenaria ha cumplido, por el contrario, una función revolucionaria o, por lo menos, reformista, contestando el valor del derecho positivo, "y sosteniendo que éste está en contradicción con un orden absoluto presupuesto de algún modo".³⁰

Está de más decir que, desarrollando investigaciones del tipo indicado, y haciendo de las consideraciones como la que he señalado, la *Sociología de la idea de justicia*, de la cual estamos hablando, no puede atribuir valor objetivo y absoluto a ninguna doctrina y debe reclamarse de una concepción relativista de los valores. Son significativas, a este propósito, las conclusiones a las que arriba Kelsen después de un amplio análisis de las normas de justicia y de los principios en ellas contenidos, conclusiones en las que afirma, entre otras cosas, que la justicia absoluta de la cual el mundo va en busca, es un ideal irracional, cuya fuente y realización

deben ser transferidas de este mundo al del más allá, mientras que aquí sobre la tierra debe contentarse con una justicia sólo relativa como se puede ver en todo ordenamiento jurídico y en la situación de paz y de seguridad que cada uno de ellos asegura en mayor o menor medida.³¹

Afirmación esta que es evidentemente conforme con aquella teoría relativista de los valores a la cual él adhiere advirtiendo, de todos modos, que tal doctrina no sostiene "que no haya valores y, en especial, que no exista justicia"; sostiene en cambio

que no hay valores absolutos, sino sólo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos.³²

V. LOS LÍMITES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Hasta aquí hemos considerado los esfuerzos de Kelsen por separar su teoría del derecho de la *Sociología jurídica* y de la *Sociología de*

³⁰ Kelsen, *Teoría generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità 1952, pp. 422-425 e *id. Lineamenti...*, cit., p. 59.

³¹ Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Viena, Deuticke, 1960, trad. italiana *Il problema della giustizia* al cuidado de M. Losano, Torino, Einaudi, 1975, p. 66.

³² Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 80.

la idea de justicia. Interesa ahora ver si estos esfuerzos han alcanzado su objetivo, si han tenido éxito en dar a su teoría aquella pureza a la que aspiraba. A tal fin, es oportuno examinar la obra en la cual Kelsen, en dos ediciones publicadas a muchos años de distancia la una de la otra, ha proporcionado la exposición sistemática de su doctrina: la *Reine Rechtslehre*.

Esta obra, en ambas ediciones, se abre con dos capítulos en los cuales el autor separa, en el modo y en los términos en que hemos hablado ampliamente, la teoría de derecho de la sociología jurídica por un lado, de la sociología de la idea de justicia por el otro. Así, él recuerda que la teoría pura, como ciencia normativa, no se confunde con la *Sociología del derecho* entendida como ciencia natural en cuanto esta última "no pone en relación los hechos concretos objetos de su análisis con normas válidas, sino con otros hechos concretos como causa y efecto".³³ Y tal teoría no se confunde tampoco con la *Sociología de la idea de justicia* que se ocupa de un problema que, como Kelsen dice, tiene "una decisiva significación para la política jurídica", pero que, "como problema valorativo, ocupa a una teoría jurídica que se limita a un análisis del derecho positivo como una realidad jurídica".³⁴

Después de haber definido, en los dos primeros capítulos, la *Teoría del derecho* de lo exterior a ella, separándola de la *Sociología del derecho* de un lado y de la *Sociología de la idea de justicia* del otro, Kelsen, en los capítulos siguientes, procede a depurar la teoría en su mismo interior, tratando de individualizar la presencia de elementos sociológicos e ideológicos en los conceptos de la ciencia jurídica tradicional, y procediendo a una redefinición de la misma de modo de eliminar de ella esos elementos. Pone de relieve, por ejemplo, que en la concepción del derecho subjetivo entendido como un derecho diverso del derecho objetivo e independiente de aquél, se encuentra implícita la ideología burguesa enderezada a proteger la institución de la propiedad privada de una "supresión" de la misma por el orden jurídico".³⁵ Pone también de relieve que

la atribución de un carácter absoluto a la contraposición entre derecho público y privado hace surgir la idea de que sólo el campo del derecho público, como lo es primero que todo el derecho constitu-

³³ Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 54 e *id.*, *Teoría pura...*, cit., p. 117.

³⁴ Kelsen, *Teoría pura...*, cit., p. 14.

³⁵ Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 81.

cional y el administrativo, es el dominio de la soberanía de la que estaría excluido por el contrario el campo del derecho privado.³⁶

Y después de haber destacado la presencia de elementos ideológicos en definiciones y distinciones como éstas, propias de la ciencia jurídica tradicional, Kelsen procede, como es notorio, a la redefinición de aquellos conceptos y de aquellas distinciones poniendo las bases de su teoría pura, que construye y presenta en su parte estática y en su parte dinámica.

No es este el lugar para detenerse a hablar de estas redefiniciones puesto que se trata de un tema muy conocido para los estudiosos; por el contrario, es oportuno ver si, como decimos, con esta afirmación operada no sólo con respecto a lo externo sino también en el interior, Kelsen ha alcanzado el objetivo que buscaba: el de anunciar, como él dice, "una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico natural".³⁷

No es ciertamente un problema nuevo. En 1934, hace medio siglo, publiqué un ensayo en el cual después de haber examinado los escritos de Kelsen y la literatura crítica aparecida en ese momento, llegaba a la conclusión de que el objetivo a que tendía el autor, no había sido alcanzado completamente, en tanto que en su construcción formal, admirable por el rigor de método y precisión de lenguaje, eran fácilmente identificables algunos puntos en los que, contrariamente a los propósitos iniciales, la construcción misma se abría, y no podía no abrirse, hacia aquellos elementos sociológicos e ideológicos de los que se proponía prescindir.³⁸ Debo agregar que, después de tantos años, escribiendo el prefacio del libro de Mario Losano que tiene el significativo título de *Forma e Realta in Kelsen*, tengo que destacar que las tesis que sostenía en aquellos lejanos tiempos eran sustancialmente análogas a las sostenidas en este libro reciente y que los puntos de apertura de la teoría kelseniana hacia aquellos elementos de los que debería haber sido depurada, puntos de los cuales se hablaba y se habla ahora, eran sustancialmente los mismos a los puestos de relieve hoy por Losano y otros críticos de nuestro tiempo.³⁹

³⁶ *Ibidem*, p. 136.

³⁷ *Ibidem*, p. 41.

³⁸ Me refiero a mi ensayo *Il diritto come relazione*, Istituto Giuridico dell'Università, Torino, 1934, especialmente cap. VI.

³⁹ M. Losano. *Forma e realta sociale*, Milano, Comunità, 1981, "Prefacio" de Renato Treves, p. 10.

Me refiero sobre todo al punto en que, en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen afirma que la validez, esto es, la específica existencia del orden jurídico, depende de su eficacia, esto es, "del hecho de que el comportamiento de los hombres a los cuales el orden jurídico se refiere corresponda a tal orden hasta un cierto grado".⁴⁰ Una afirmación de la cual en la segunda edición extiende el alcance diciendo que "no sólo la validez del orden como totalidad, sino que también la validez de la norma individual depende de su eficacia".⁴¹ Me refiero además al punto en el cual Kelsen coloca en el vértice de la jerarquía de las normas a la norma fundamental, que no es concebida solamente como el principio que responde a la exigencia lógica de encerrar en un sistema unitario los distintos niveles normativos, sino también "como el principio que atribuye la validez normativa al simple hecho que determina la metamorfosis de la facticidad en normatividad y que establece por ello la unión del mundo del ser en el del deber ser".⁴² Me refiero, en fin, al punto en que Kelsen habla de la interpretación, esto es, de aquel "procedimiento espiritual que acompaña al proceso de producción del derecho en su desarrollo de un grado superior a un grado inferior regulado por el superior",⁴³ punto en el que dice que el acto interpretativo no es solamente un acto de conocimiento, sin también un acto de voluntad y que el problema de la interpretación "no es un problema del conocimiento referido al derecho positivo, no es un problema de teoría del derecho, sino un problema de política jurídica".⁴⁴ He recordado esta última frase para mostrar cómo Kelsen no sólo se refiere aquí a los elementos sociológicos naturalistas, sino también a los elementos ideológicos. Deseo agregar que cuanto he destacado en este punto, puede serlo también en los otros dos puntos indicados, dado que en los comportamientos que actualizan o no actualizan la norma individual e incluso la norma fundamental, determinando la eficacia de las normas individuales de todo el ordenamiento, están implícitas las valoraciones que inspiran y mueven los comportamientos mismos.

⁴⁰ Kelsen, *Lineamenti*... cit. p. 101.

⁴¹ Kelsen, *Teoría pura*... cit., p. 244 y también p. 24.

⁴² Esta indicación se encuentra en mi ensayo *Il diritto come relazione*, cit., p. 115, en el cual me remito a indicaciones análogas hechas precedentemente por Erich Kaufmann que hablaba precisamente de *Metamorphose des Factischen zum Normativen*; cfr. E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1921, p. 32. Me refería también a la opinión expresada de H. Heller, "Die Krisis der Staatslehre", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, V. 1926, p. 208.

⁴³ Kelsen, *Lineamenti*... cit., p. 117.

⁴⁴ Kelsen, *Teoría pura*... cit., p. 353.

VI. LA CONTRIBUCIÓN DE KELSEN A LOS ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS JURÍDICOS

En el párrafo precedente he recordado que en mis escritos kelsenianos de hace medio siglo, siguiendo una opinión muy difundida entre los críticos de entonces, he sostenido una tesis análoga a la sostenida hoy poniendo en evidencia los límites de la teoría pura e individualizando los puntos en los cuales esta teoría se abre, y no puede abrirse, hacia aquellos actos sociales e ideologías políticas de los que se proponía prescindir. Debo ahora agregar que el espíritu con el cual he sostenido aquella tesis entonces, era no obstante muy diverso al espíritu con el cual la sostendré hoy. Entonces ponía de relieve, más que nada, la insuficiencia de un formalismo que a mi juicio no acertaba a lograr el grado de pureza al que aspiraba, y oponía al formalismo kelseniano el antiformalismo de Heller y de Leibholz al que me sentía particularmente próximo. Hoy, después de una larga experiencia en el campo de la sociología, además de reconocer, como lo hago ahora, por lo demás, la importancia de la contribución de Kelsen al estudio de la teoría y de la metodología del derecho, reconozco también la importancia de su contribución al estudio de las dos sociologías: la *Sociología del derecho* por un lado, y la *Sociología de la idea de justicia* por el otro; dos sociologías de las que trata de mantener separada la *Teoría pura del derecho*.

Veré ahora de indicar brevemente cuáles son las contribuciones que Kelsen ha proporcionado a aquellas dos sociologías, en negativo, por decirlo así; es decir, al tomar posición respecto de ambas.

Por lo que respecta a la sociología del derecho, no se puede dejar de destacar que ésta ha renacido después del fin de la guerra y se ha desarrollado en Norteamérica y en Europa esencialmente como disciplina empeñada en la investigación empírica, y por ello como disciplina sociológica que por propia naturaleza no puede ocupar el puesto de la ciencia formal del derecho, ni cumplir la función de la teoría científica del derecho. Y a partir de esto, es, a mi criterio, fácil obtener la conclusión de que los juristas antiformalistas adversarios de Kelsen, que como Ehrlich en tiempos pasados, habían auspiciado y promovido la creación de una sociología del derecho en condición de ocupar aquel puesto y de cumplir aquella función, estarán hoy desplazados. Así, frente a ellos, se puede decir que Kelsen ha tenido razón, pues distinguiendo netamente la ciencia del derecho de la sociología del derecho, ha definido con claridad la naturaleza de las investigaciones a las que

esta última disciplina se dedica hoy, y ha indicado con precisión, los temas de los que se ocupa:

La sociología del derecho no pone en relación los hechos naturales que debe estudiar con las normas válidas, sino que establece una relación de causa y efecto entre éstos y otros hechos naturales. Se pregunta, por ejemplo, por qué determinada causa un legislador ha producido justamente éstas y no otras normas, y qué afectos han tenido sus disposiciones. Se pregunta de qué modo ciertos hechos económicos, ciertas ideas religiosas, influyen efectivamente sobre la actividad de los tribunales, por qué motivos los hombres conforman o no su comportamiento al orden jurídico.⁴⁵

Es notorio el hecho de que el sociólogo del derecho que realiza investigaciones de la naturaleza indicada y sobre los temas indicados, no puede no preguntarse: ¿a qué se debe ello? ¿A qué fin tienden? Y siente por ello la exigencia de afrontar el problema de los fines y los valores. A este propósito, Kelsen ha tenido el mérito de avizorar la posibilidad de desarrollar una *Sociología de la idea de justicia* distinta de la *Teoría pura del derecho*, y de poner en evidencia el hecho de que esta sociología, que tiene una particular importancia para la política jurídica, debe apoyarse sobre un fundamental relativismo para evitar los errores de la doctrina del derecho natural y de la sociología general (marxismo incluido), los cuales cumplen el ilegítimo pasaje del ser al deber ser y atribuyen en consecuencia un valor absoluto al deber ser.

No se puede olvidar que en los años treinta el fundamental relativismo de Kelsen tenía un significado específico: el de coincidir sustancialmente con el relativismo de Mannheim, de Radbruch y de otros estudiosos que en aquellos años buscaban resistir en el plano intelectual la oleada nazi. Un discípulo de Kelsen, William Ebenstein, en un libro publicado en Praga en 1938, poco antes de que se trasladara a los Estados Unidos, aproximaba justamente Kelsen a Radbruch. Recordaba que para Radbruch, "relativismo significa renuncia a la justificación científica de las posturas últimas, y no renunciar a esas posturas", y después de haber destacado que Kelsen era de la misma opinión y sostenía las mismas tesis de Radbruch, ponía en evidencia "la grandeza moral" de aquellos dos estudiosos.⁴⁶

⁴⁵ Kelsen, *Lineamenti...*, cit., p. 54.

⁴⁶ Ebenstein, *Rechtsphilosophische Schule*, cit., p. 46.

El relativismo de Kelsen de los años treinta no es distinto del de los años sesenta y setenta en los cuales, desarrollando ampliamente su *Sociología de la idea de justicia* sobre una base fundamentalmente relativista, no ha renunciado jamás a la afirmación y a la defensa de su punto de vista personal: aquel por el cual, en la base de la relatividad de los valores sostenida por él, se encuentra y puede ser deducido el principio de la tolerancia, principio al cual está estrechamente unido aquel de la libertad y de la democracia, y en último análisis también aquel de la ciencia, puesto que, como él dice, "el alma de la ciencia es la tolerancia".⁴⁷

⁴⁷ Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Deuticke, Viena, 1953, trad. italiana "Che cos'è la giustizia" en Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit. pp. 428-433, y también O. Weinberger, "Prefacio" a Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Boston, Reidel Company, 1973, pp. XXIV-XXV.