

SOCIOLOGIA DEL DERECHO Y SOCIOLOGIA DE LA IDEA DE JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO DE HANS KELSEN ()*

RENATO TREVES

I. PREAMBULO

Según una opinión bastante difundida Kelsen debería ser considerado como un adversario, un enemigo de la sociología (1). En este artículo sostendré una opinión muy diferente. De hecho mi propósito es demostrar que Kelsen en el esfuerzo por asegurar la pureza de su teoría preservándola de las contaminaciones que tienen su origen en el tratamiento sociológico, por un lado, y en las teorías del derecho natural, por otro, ha suministrado, negativamente, valiosas contribuciones 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 las tareas de la sociología empírica del derecho con una mayor precisión que la conseguida por los padres fundadores de esta disciplina. Además, procuraré explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos vínculos que unen las teorías del derecho natural con las de la sociología general (incluido el marxismo) y señalando los errores

(*) Este artículo ha sido traducido por Sebastián Urbina, profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, del original publicado en la revista *Sociología del Diritto*, Revista Quadrimestrale VIII/1981/3, págs. 7 a 24.

(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 dirían que "Kelsen, c'est l'anti-sociologie, puisque c'est l'homme de la science du droit pure, c'est le juriste, le normativiste pur", en vol. Batiffol, Bobbio y en., *Méthode sociologique et droit*, Dalloz, Paris, 1958, p. 60.

comunes de ambos sistemas doctrinales, atisba la oportunidad 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 TEORIA PURA DEL DERECHO Y DOS DIFERENTES SOCIOLOGIAS

En el prefacio a la segunda edición de su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen advierte desde el principio que ha intentado alcanzar la pureza de su propia teoría, "o, lo que es lo mismo, la autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico" (2), ante todo tomando posición "contra la pretensión de semejante tratamiento sociológico que quiere ocuparse del derecho como un trozo de realidad dado en la naturaleza sirviéndose del método científico causal". En las páginas que siguen al pasaje referido, y en toda su obra, explica e ilustra ampliamente en que consiste la distinción entre teoría pura del derecho y tratamiento sociológico del derecho. Así destaca sobre todo que se trata de una distinción de carácter preferentemente metodológico, entre método sociológico y método jurídico, ya que para él todas las ciencias sociales, incluyendo la ciencia jurídica, tienen un único objeto y se distinguen solamente por el método con el que lo 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 asimismo la ética, la lógica y la gramática, se refieren al deber ser (sollen) y las leyes de las que se ocupa la sociología (y por tanto, igualmente, la sociología del derecho), en cuanto leyes de una disciplina explicativa como las de las ciencias naturales, se refieren al ser (sein). Precisa finalmente que las leyes objeto de la teoría pura del derecho son juicios hipotéticos basados en el principio de imputación y que las leyes objeto de las ciencias naturales son juicios explicativos basados en el principio de causalidad (3).

Además de haber dado estas indicaciones acerca de la distinción en-

(2) H. Kelsen *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen 1923, p. III.

(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*, Mohr, Tübingen 1911, Trad. it. *Tra metodo giuridico e sociologico*, a cargo de G. Calabro, Guida, Napoli 1974. En esta conferencia Kelsen dice, entre otras cosas, que las Ciencias Sociales o ciencias del espíritu (como entonces se prefería llamarlas) "están una en contacto con la otra por su objeto, pero están separadas por el diferente modo de tratarlo", Trad. it. p. 32.

tre la teoría pura del derecho y la sociología del derecho, en los mismos *Hauptprobleme*, Kelsen advierte que tal distinción, hecha sobre el plano metodológico y en los términos precisos arriba indicados, a pesar de las apariencias, es una distinción que se sitúa en un determinado período de tiempo. Recuerda de hecho que, en los orígenes, entre los pueblos primitivos se creía que el orden de la naturaleza estaba gobernado por una voluntad superior o por una voluntad divina a la que los elementos de aquel orden obedecían al igual que “el ciudadano obedecía a los mandatos del legislador”. Recuerda después que en épocas más recientes “con la emancipación de las ciencias naturales de la imagen de aquella voluntad superior”, se ha producido una notable transformación del concepto de ley por la que hoy “la ley natural de las disciplinas explicativas está en franca oposición respecto de la ley jurídica, de la ley ética afín a ella, de la ley gramatical y estética de las disciplinas normativas y de la norma en sentido específico y restringido” (4).

Más de treinta años después de la publicación de los *Hauptprobleme*, en 1943, en *Society and Nature*, una de sus grandes obras específicamente sociológicas, Kelsen reincide a propósito de la temática apenas bosquejada muchos años antes y se propone “investigar sobre la base del material etnográfico del que... se dispone, cómo interpreta el hombre primitivo la naturaleza que le rodea y de qué manera, partiendo de esta interpretación y especialmente del principio de retribución, se haya desarrollado la idea de causalidad y de ahí la concepción moderna de la naturaleza (5). En esta investigación Kelsen desarrolla, de este modo, sobre todo cuándo y cómo se ha producido el indicado tránsito desde la interpretación de la naturaleza basada en el principio de retribución hasta la que está basada en el principio de causalidad y advierte asimismo que, cuando se considera la crisis que el principio de causalidad atraviesa en el pensamiento científico moderno, se puede prever que la interpretación basada en este último principio así como ha tenido un origen podrá tener un final (6).

Kelsen observa, además, que la interpretación de la naturaleza basada en el principio de retribución ha hecho aparecer a la naturaleza “como la sociedad ideal dado que se presentaba como un ordenamiento absolutamente justo respecto del que la sociedad humana parecía una copia imperfecta”. “La idea de la naturaleza como sociedad ideal se im-

(4) Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. 4-5.

(5) Kelsen, *Society and Nature. A Sociological Inquiry* (1º 1943) 3º Kegan Paul, London 1946, p. VII.

(6) Kelsen, *Society and Nature*, cit., cap. VI, pp. 249-262.

pone, dice él, especialmente en la teología cristiana” y esto explica cómo sobre la base del dualismo entre el ordenamiento absolutamente justo y su copia imperfecta y en base a aquella teología ha aparecido la idea del derecho natural. En efecto, esta idea se conexiona esencialmente, añade él, “con la idea de que la naturaleza ha sido creada por Dios; que sus leyes son expresión de la voluntad de Dios y son, por consiguiente, normas”, normas jurídicas cuyo verdadero contenido deriva del orden de la naturaleza (7).

Por estas últimas observaciones me parece que se ve claro cómo Kelsen, que en los *Hauptprobleme* había tratado de distinguir la ciencia del derecho basada en el principio de imputación de la sociología basada, como las demás ciencias de la naturaleza, en el principio de causalidad, en su libro posterior en treinta años ha llegado a distinguir la ciencia del derecho no sólo de la sociología del derecho entendida en el sentido mencionado, sino también de otra disciplina de tipo sociológico que se puede llamar sociología de la idea de justicia; una disciplina que explica, por ejemplo, cómo de la concepción de la naturaleza entendida como sociedad ideal hayan surgido, en diversas épocas, las teorías del derecho natural y las ideas de justicia en ellas contenidas. En el prefacio a la edición española de *Society and Nature*, reflexionando sobre su trabajo realizado y sobre las críticas dirigidas a la primera edición inglesa, Kelsen reconoce cabalmente haber distinguido “la teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que constituyen la causa y el efecto del hecho de que los hombres piensan 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).

III. LA TOMA DE POSTURA EN RELACION A LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Si bien es cierto que la sociología del derecho y la sociología de la idea de justicia se han examinado y analizado conjuntamente en la obra de que hemos hablado, sin embargo, son examinadas y discutidas por

(7) Kelsen, *Society and Nature*, cit., cap. VII, n. 81, pp. 264-266.

(8) Kelsen, *Society and Nature*. Una investigación sociológica. Prefacio del autor a esta edición castellana, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. X. Este prefacio de indudable importancia, del que en la edición española se reproduce también el texto inglés, no ha sido reproducida en las sucesivas ediciones inglesas y tampoco en la italiana. Se encuentra una referencia semejante a la Sociología del derecho y a la Sociología de la justicia en Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Comunità, Milano 1952, cap. XII, K, pp. 177-178.

Kelsen de forma separada en escritos específicos dedicados a una u otra de estas disciplinas.

Por lo que se refiere a la sociología del derecho, no se puede olvidar que encuentra su origen en el marco de los juristas alemanes en los mismos años en que Kelsen publicaba su primera gran obra. Hermann Kantorowicz, que en 1906 había presentado el programa del movimiento de derecho libre, en 1910 pronunciaba, en efecto, su famosa conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie* en la que afirmaba la exigencia del estudio sociológico del derecho. La ciencia del derecho, decía, debe dar un relieve mucho mayor del que haya dado hasta ahora 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 las normas jurídicas, sino como una ciencia valorativa (*Wertwissenschaft*) al servicio de los fines de la vida social” (9).

Tres años después de la conferencia de Kantorowicz, Eugene Ehrlich, que con él y antes que él había sido defensor del movimiento de derecho libre y que, con su ejemplo personal, había afirmado la exigencia de desarrollar investigaciones empíricas en el campo del derecho publicaba, precisamente en 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Y en aquel clásico libro suyo establecía las bases de la sociología del derecho que también él calificaba como ciencia de hechos y no de palabras y que opinaba que debía ser considerada como teoría del derecho en sentido estricto, diciendo textualmente: “Desde el momento que el derecho es un fenómeno social toda clase de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*), en el estricto sentido 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, por lo tanto, 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 época, haya aprovechado la ocasión de estos escritos para remarcar y aclarar mejor su punto de vista acerca de la distinción entre ciencia del derecho como ciencia del deber ser y sociología del derecho como

(9) H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1° 1911) ahora en Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Rechtswissenschaftslehre*, a cargo de T. Würtenberger, Karlsruhe 1962, p. 126.

(10) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1° 1913) trad. it. I fondamenti della sociologia del diritto, a cargo de A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976, p. 32.

ciencia del ser, polemizando viva y duramente con Kantorowicz y especialmente con Ehrlich. Pone de manifiesto, de este modo, como la sociología del derecho entendida de la forma mencionada, no pudiendo tomar como fundamento el concepto del derecho que es definido por la ciencia normativa del derecho (ciencia del deber ser), no alcanza a encontrar un criterio válido para separar el derecho de los otros conjuntos de reglas de la conducta, ni para diferenciar el orden jurídico de los otros órdenes sociales, ni para afirmar la propia autonomía como sociología del derecho frente a la sociología de los otros fenómenos sociales. Además, expresa sus reservas acerca de la preferencia que estos autores demuestran hacia las ciencias que actúan utilizando el método inductivo ignorando, o casi, la importancia de un conocimiento científico basado en el método deductivo. Finalmente, proclama parecidas reservas a la tendencia a pasar de lo fáctico a lo normativo, de lo descriptivo a lo valorativo así como se puede ver, 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 allí donde dice que la regla de conducta social es una regla según la que, “no sólo se actúa sino que también se debe actuar” (11).

Si Kelsen expresa su desacuerdo en relación a estos autores que quieren sustituir la ciencia del derecho (ciencia del deber ser) por la sociología del derecho (ciencia del ser), manifiesta por contra, su acuerdo con 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 que Kelsen polemizaba con Kantorowicz y con Ehrlich, había escrito su *Rechtssociologie* que permaneció inédita por mucho tiempo y sólo fué publicada 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, varios años más

(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, pp. 839-876. A este ensayo le siguió una larga polémica entre los dos autores. Sobre el tema cfr. A. Febbrajo, “Presentazione a Ehrlich en I fondamenti...”, cit., pp. XXXIV-XXXIX; N. Bobbio, “Max Weber y Hans Kelsen” *Sociologia del diritto* 1/1981, pp. 137-138; H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Aller, Freiburg - München 1981, pp. 31-61. G. Robles Morchón, “La polémica entre Kelsen y Ehrlich entorno a la naturaleza de la ciencia jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVIII, pp. 627-641.

(12) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922 trad. it. a cargo de P. Rossi, *Economía e Società, Comunità*, Milano 1961.

(13) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1º 1922) 2º Mohr,

tarde, en la *General Theory of Law and State* de 1945, afirma haber encontrado en ella “el intento más afortunado de definir el objeto de la sociología del derecho”. Transcribo el largo pasaje en el que Kelsen, resumiendo el pensamiento de Weber, implícitamente resume también el propio en torno a este importante tema. Cita ante todo las siguientes palabras de Weber: “Cuando nos interesamos por el derecho, por el orden jurídico, por la regla del derecho, debemos atenernos rigurosamente a la distinción entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La jurisprudencia va en busca de las normas jurídicas idealmente válidas. Esto es... qué significado normativo debe ser atribuido a una proposición que pretenda representar una norma jurídica. Por el contrario, la sociología indaga lo que sucede efectivamente en una sociedad, porque allí hay una cierta probabilidad (chance), de que sus miembros crean en la validez de un ordenamiento y orienten hacia éste su comportamiento”. Y después de esta cita observa que, según la definición weberiana, “el objeto de la sociología del derecho es la conducta humana que el agente ha orientado hacia un ordenamiento porque lo considera válido; y esto quiere decir que el individuo, cuya conducta constituye el objeto de la sociología del derecho, considera el ordenamiento de la misma forma en que la jurisprudencia normativa contempla el derecho. Para constituirse en objeto de una sociología del derecho el comportamiento humano debe ser determinado por la idea de un derecho válido” (14).

Considerando en conjunto el problema de las relaciones entre la sociología del derecho de Kelsen y la de Weber y teniendo también presente arriba citado, en un artículo específicamente dedicado al tema, Norberto Bobbio observa ante todo que la distinción weberiana entre lo que es idealmente válido (validez ideal) y lo que efectivamente sucede (validez empírica) corresponde a la distinción kelseniana entre validez (entendida como validez ideal) y eficacia. Observa además que “a pesar de la diferencia terminológica Weber y Kelsen están de acuerdo en un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista, y respectivamente de los dos campos, el campo del ser y el del deber ser, sobre los que se sitúan las dos ciencias: distinción que se niega o no se reconoce por la mayor parte de los representantes de la jurisprudencia sociológica”. Pero el acuerdo entre Kelsen y Weber, advierte enseguida Bobbio, “termina aquí”. De hecho, Kelsen no se limita “a afirmar la existencia de dos puntos de vista frente a los sociólogos que la niegan, pero en relación a los sociólogos, a diferencia de Weber, da la vuelta completamente a la relación entre los dos puntos

Tübingen 1928, cap. VIII, S. 27, pp. 156-170.

(14) Teoria generale del diritto e dello Stato, Cit., pp. 178-190.

de vista defendiendo la primacia, o la prioridad, del punto de vista jurídico sobre el sociológico”. Y el argumento principal para defender esta tesis en polémica con Weber reside, según Kelsen, en el hecho de que la sociología del derecho solamente puede encontrar en la teoría del derecho el criterio para distinguir los comportamientos jurídicos de los comportamientos no jurídicos. “Sólo refiriendo la conducta humana al derecho como sistema de normas válidas, esto es, el derecho como está 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 que he examinado la postura de Kelsen respecto de la sociología del derecho, como se ha podido ver, he tenido presente, esencialmente, la *General Theory* de 1945, que es la obra de carácter general en la que nuestro autor se ocupa, principalmente, de la sociología del derecho y sobre todo de la jurisprudencia sociológica americana. Y esta es también la obra en que retomando conceptos expuestos en un ensayo de hacía poco tiempo (16), Kelsen admite una pluralidad de ciencias del derecho, entre las que se encuentra la sociología del derecho (17), separándose de la opinión implícita en un pasaje de las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre* en el que afirma que “no es precisamente el derecho lo que constituye el objeto” de la sociología del derecho, “sino que sólo constituye este objeto ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza” (18).

Se ha dicho, y con razón, que esta diferencia de opiniones se debe al hecho de que la gente a la que se dirige la *General Theory*, a diferencia de aquélla a la que se dirige la *Reine Rechtslehre*, es un público de lectores educados en la tradición y en la atmósfera del Common Law” y, por consiguiente, más interesados y sensibilizados por 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 está la sociología del derecho, constituya para Kelsen una novedad. Ya en los *Hauptpro-*

(15) Bobbio, Max Weber e Hans Kelsen, cit., pp. 145-146. En la última frase antes citada el autor se remite a Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 181.

(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”, en Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952, pp. 180-185.

(17) Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 165. Sobre el tema cfr. también Ch. Eisenmann, “Science du droit et Sociologie dans la pensée de Kelsen” en Baffol, Bobbio y otros, *Méthode sociologique et droit*, spec. pp. 66-73.

(18) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 54; Id., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Vienna, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, a cargo de M. Losano, p. 124.

bleme Kelsen considera como posible esta pluralidad afirmando entre otras cosas que “la tarea de los sociólogos es la de entender el derecho como una fuerza de hecho que domina las masas; como un hecho de psicología de masas” (19). En la crítica a Kantorowicz, que se remonta a la misma época, Kelsen reconoce el interés que puede presentar al jurista una sociología del derecho que examine las causas de las normas jurídicas en la sociedad en que vivimos (20). Refiriéndose al debate con Stammer, que es también de la misma época, advierte Bobbio, en su artículo citado, que Kelsen se propone “no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas” 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 POSICION RESPECTO DE LA SOCIOLOGIA DE LA IDEA DE JUSTICIA

Al principio de este artículo he manifestado el propósito de explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos lazos que unen las doctrinas del derecho natural y las de la sociología general (marxismo incluido) y señalando los errores comunes en que caen estos dos diferentes tipos de teorías, contempla la oportunidad de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina particularmente importante para la política jurídica, una disciplina que evite aquellos errores y que podría llamarse sociología de la idea de justicia.

De acuerdo con aquel propósito mío es preciso explicar ahora cómo Kelsen, poniendo de relieve los orígenes sociológicos de las teorías iusnaturalistas y las tendencias iusnaturalistas de las teorías de los sociólogos, expresa, hacia ambas, las mismas valoraciones y las mismas críticas.

En el libro *Society and Nature*, ya examinado antes, se ha visto que Kelsen pone en evidencia los orígenes sociológicos de las teorías del derecho natural allí donde explica cómo de la interpretación animista de la naturaleza, regida por el principio de retribución, nace la idea de la naturaleza como sociedad ideal y de esta idea se deriva la de un derecho natural entendido como derecho absolutamente justo. Y volviendo sobre este tema en trabajos más específicos se puede ver cómo Kelsen ex-

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

(20) Kelsen, *Zur Soziologie des Rechts*, cit., p. 602 y también W. Ebenstein, *Rechtsp-hilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Taussig, Praga 1938, p. 53.

(21) Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 140.

plica más minuciosamente el hecho de que estas teorías, buscando deducir “de la naturaleza de la sociedad y también de la de las cosas algunas reglas que proporcionen una norma totalmente adecuada al comportamiento humano”, cometen diversos errores. Primeramente, el de partir del presupuesto “de la inmanencia del valor en la realidad natural”, presupuesto inadmisibles desde la perspectiva de la ciencia. Además, el error de dar un salto, igualmente inadmisibles, “del plano del ser al del deber ser”. El valor, añade textualmente: “no es inmanente a lo real y por tanto no se puede deducir del mismo. El hecho de que alguna cosa sea no implica que deba ser o ser hecha, o que deba o no deba hacerse. El dato experimental consistente en que los peces grandes se comen a los pequeños no implica que el comportamiento de los peces sea bueno o malo. No existe ninguna inferencia lógica del ser al deber ser, de la realidad natural al valor moral o legal” (22).

Después de haber puesto los orígenes sociológicos de las teorías de los iusnaturalistas si se pasa a examinar las tendencias iusnaturalistas de las de los sociólogos, se puede comprender fácilmente cómo para Kelsen las teorías de estos últimos caen en los mismos errores evidenciados en las de los primeros. A este propósito es particularmente interesante leer el segundo capítulo de su libro de 1922 *Der Soziologische und juristische Staatsbegriff* en el que, revisando particularmente las teorías de Spencer, de Durkheim, de Tönnies y de otros sociólogos de su tiempo, Kelsen intenta poner en evidencia las tendencias iusnaturalistas o, como el mismo dice, “normativas” de las propias teorías (23). Y haciendo esto nos muestra sus errores. Es decir, explica cómo estas teorías “bajo la apariencia de una explicación causal del acontecer real, creyendo poner en evidencia una ley natural, esto es, causal, (por ejemplo, la ley de la evolución) no hacían otra cosa que intentar fundamentar un sistema universal de valores y por tanto no eran, en resumidas cuentas, sino ética, teología o derecho natural” (24). Muchos años después de la publicación del libro mencionado, en un ensayo en el que ha colocado y tratado bajo la misma etiqueta a iusnaturalistas y sociólogos, Kelsen, volviendo sobre el tema, ha podido reforzar su tesis. Es decir, ha destacado que las teorías sociológicas, aunque aparentemente contrarias a las del derecho

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

(23) Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff* cit., cap. 2 “Die normative Tendenz der Sociologie”, pp. 46-74.

(24) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlino 1925, S 4D p. 16. Sobre el carácter iusnaturalista de la sociología moderna, Kelsen hace referencia al ensayo de A. Menzel,

natural, cometen los mismos errores de las teorías que intentan sustituir: la equivocación de dar el paso ilegítimo de la descripción a la prescripción, del ser al deber ser, y la equivocación de mostrar los juicios subjetivos de valor nacidos de la conciencia de cada uno como principios deducidos de la realidad natural y social y teniendo, como tales, los caracteres de objetividad y absolutez. Después de un cuidadoso examen de las teorías de Comte y de Spencer, Kelsen, entre otras cosas, pone así en evidencia “el carácter iusnaturalista” de su sociología que considera a la ley 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 colectivizado y a Spencer de justificar uno altamente individualista” (25).

No se puede olvidar que el mismo carácter iusnaturalista que Kelsen pone de relieve en las teorías clásicas de la sociología, lo destaca también en la teoría de Marx que, de acuerdo con su carácter, sigue básicamente el mismo método y comete la misma equivocación que las doctrinas iusnaturalistas. Seleccione, entre muchos, dos pasajes de Kelsen bastante significativos al respecto. “El socialismo científico de Marx es una ciencia social cuyo objetivo único y exclusivo no consiste en concebir o describir la realidad social como efectivamente es, sin valorarla, sino, por el contrario, en juzgarla conforme a un valor presupuesto por esta ciencia pero proyectado engañosamente en la realidad social, con el objetivo admitido sin trabas de conformarla al valor presupuesto” (26). Al igual que la teoría iusnaturalista, presuponiendo que la justicia sea inmanente a la realidad presentada como naturaleza, considera “que sea posible deducir desde la naturaleza, lo justo, es decir, el derecho natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia jurídica la tarea de descubrir este derecho natural escondido, de alguna forma, en la naturaleza, pues Marx afirma que la justicia del socialismo como justicia social puede venir desarrollada por la realidad social” (27).

Si Kelsen junta en una misma valoración y en una misma crítica las teorías de los iusnaturalistas con las de los sociólogos también demuestran darse cuenta de las exigencias a las que estas teorías intentan res-

Naturrecht und Soziologie, Vienna 1912, ensayo que considera fundamental.

(25) Kelsen, *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, cit., p. 377.

(26) Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Praeger, New York 1955, trad. it., *La teoría comunista del diritto*, a cargo de G. Treves, p. 71.

(27) Kelsen, *La teoría comunista*, cit., p. 32 y también Id., *Sozialismus und Staat*, Leipzig 1923, trad. it., *Socialismo e Stato*, a cargo de R. Racinaro, De Donato, Bari 1978, passim y especialmente. pp. 7-35.

ponder: las exigencias de una política del derecho interesada en los problemas de los fines y de los valores. Y dándose cuenta de esto, formula la posibilidad de sustituir esta disciplina por una disciplina diferente que busque satisfacer aquellas mismas exigencias, pero que apoyándose en un fundamental relativismo, evite el error del paso del ser al deber ser y de la consecuente atribución de un valor absoluto al mismo deber ser.

Me refiero a la sociología de la idea de justicia que, según lo que dice Kelsen en su referido prefacio a *Society and Nature*, es una disciplina que desarrolla investigaciones “sobre las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, deberían determinar la formación de las normas que denominamos jurídicas”, que individualiza además la “función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que funcionan como causa de sus conductas”, que critica, finalmente, la civilización y especialmente “las ideologías que acompañan el curso de la civilización” (28). En otras obras Kelsen afirma que esta disciplina tiene “una importancia capital para la política del derecho” (29) y deja entender que la misma debe desarrollarse en su ámbito específico de las investigaciones que en un terreno más amplio desarrollan la sociología del conocimiento y la sociología de los valores. Son significativas, en mi opinión, a este respecto, las bien conocidas consideraciones hechas por Kelsen sobre el sentimiento del derecho y sobre las teorías del derecho natural allí donde, por ejemplo, con motivo de estas últimas, dice que ellas han desarrollado casi siempre una función conservadora, esto es, la de “sostener y justificar y reconocer como absoluto al derecho positivo” y solamente en pocos momentos de su historia milenaria han desarrollado, en cambio, una función revolucionaria y, al menos, reformista impugnando el valor del derecho positivo “y manteniendo que ésta en oposición a un orden absoluto presupuesto de cualquier modo” (30).

Es innecesario decir que, desarrollando las investigaciones del modelo indicado y haciendo consideraciones como a las que he aludido, la sociología de la idea de justicia de las que estamos hablando no puede conceder valor objetivo y absoluto a ninguna teoría y debe asumir una concepción relativa de los valores. Son significativas, a este propósito, las conclusiones a las que Kelsen llega después de un amplio análisis de las normas de justicia y de los principios contenidos en ellas, conclusio-

(28) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, cit., pp. VII-XVI.

(29) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 8.

(30) Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 422-425 ed., Lineamenti, cit., p. 59.

nes en las que afirma, entre otras cosas, que la justicia absoluta que el mundo busca es un ideal irracional cuyo origen y realización “deben ser transferidos de este mundo al del más allá, mientras que en la tierra debemos contentarnos con una justicia sólo relativa como puede verse en cada orden jurídico y en las situaciones de paz y seguridad que cada uno de ellos asegura en mayor o menor medida” (31). Esta es una afirmación que está, evidentemente, de acuerdo con aquella teoría relativista de los valores a la que se adhiere, advirtiendo, de todos modos, que tal teoría no defiende “que no haya valores y en particular que no haya justicia”, defiende, en cambio, que “no hay valores absolutos sino sólo relativos, que no existe una justicia absoluta sino sólo una justicia relativa y que los valores, establecidos por nosotros por actos legislativos y en los que se fundamentan nuestros juicios de valor, no pueden aparecer con la pretensión de excluir valores contrarios” (32).

LOS LIMITES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

Hemos tratado, hasta aquí, los esfuerzos hechos por Kelsen para separar su teoría del derecho de la sociología del derecho y de la sociología de la idea de justicia. Ahora interesa ver si estos esfuerzos han alcanzado su objetivo, es decir, si ha logrado dar a su teoría aquella pureza a la que aspiraba. Con tal finalidad es oportuno, por tanto, examinar el trabajo en el que Kelsen, en dos ediciones realizadas con muchos años de diferencia una de la otra, ha dado la exposición sistemática de su teoría: la *Reine Rechtslehre*.

Este trabajo, en ambas ediciones, se inicia con dos capítulos en los que autor separa, en los modos y formas de los que hemos hablado ampliamente, la teoría del derecho de la sociología del derecho, por un lado, y de la sociología de la idea de justicia, por otro. De este modo, recuerda que la teoría pura, como ciencia normativa, no se confunde con la sociología del derecho, entendida como ciencia de la naturaleza, ya que esta última “no relaciona los hechos concretos, objeto de sus investigaciones, con normas válidas sino con otros hechos concretos como causas y efectos” (33). Y tal teoría no va siquiera confundida con la sociología de la idea de justicia que se ocupa de un problema que, como dice

(31) Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Deuticke, Vienna 1960, trad. it., *Il problema della giustizia*, a cargo de M. Losano, Einaudi, Torino 1975, p. 66.

(32) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 83.

(33) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 54, Id., *La dottrina pura del diritto*, p. 124.

Kelsen, tiene “una importancia capital para la política del derecho”, pero que, estando “unido a valores, cae fuera de una teoría jurídica que se limite a un análisis del derecho positivo entendido como realidad del derecho” (34).

Después de haber depurado, en los dos primeros capítulos, la teoría del derecho desde el exterior, es decir, separándola de la sociología del derecho, por un lado, y de la sociología de la idea de justicia, por otro, Kelsen, en los siguientes capítulos, procede a depurar la misma teoría desde el interior buscando identificar la presencia de elementos sociológicos e ideológicos en los conceptos de la ciencia jurídica tradicional y procediendo a una redefinición de forma que elimine de ella los mismos elementos. Así destaca que, por ejemplo, en la concepción del derecho subjetivo entendido como un derecho diferente del derecho objetivo e independiente del mismo, está implícita la ideología burguesa dirigida “a proteger la institución de la propiedad privada de una supresión por parte del orden jurídico” (35). Destaca también que “la atribución de carácter absoluto a la oposición entre derecho público y privado hace nacer la idea de que solamente el terreno del derecho público, como es sobre todo el del derecho Constitucional y Administrativo, es el dominio de la soberanía de la que estaría, en cambio, completamente excluido el campo del derecho privado” (36). Y después de haber destacado la presencia de elementos ideológicos en definiciones y distinciones como estas, propias de la ciencia jurídica tradicional, Kelsen procede, como es sabido, 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 la dinámica.

No es ahora el caso de entretenerse a hablar de esta redefinición porque se trata de un tema bien conocido por los especialistas y es oportuno, en cambio, ver si, como decimos, con esta depuración realizada no sólo desde el exterior sino también desde el interior Kelsen ha alcanzado el verdadero objetivo: el de dar, como él dice, “una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico naturalista” (37).

No es este, ciertamente, un problema nuevo. En 1934, hace casi medio siglo, me ocupé de ello en un ensayo en el que, después de haber exa-

(34) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 8.

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

(36) kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 136.

(37) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 41.

minado los escritos de Kelsen y la literatura crítica aparecida en aquel tiempo, había llegado a la conclusión de que el objetivo al que tendía el autor no se había alcanzado del todo dado que en su construcción formal, admirable por el rigor del método y precisión del lenguaje, eran fácilmente identificables algunos puntos en los que, contrariamente a los propósitos iniciales, la misma construcción se abre, y no podía dejar de abrirse, hacia aquellos elementos sociológicos e ideológicos de los que se proponía prescindir (38).

Debo añadir que, después de tantos años, al escribir ahora el prólogo al libro de Mario Losano con el significativo título *Forma e realtà in Kelsen*, he considerado que tenía que destacar que las tesis que sostenía en aquellos lejanos tiempos eran sustancialmente análogas a las que se mantienen en este reciente libro y que los puntos de apertura de la teoría kelseniana hacia aquellos elementos de los que debería haber sido depurada, puntos de los que hablaba y se habla ahora, eran sustancialmente análogos a aquéllos puestos de relieve hoy por Losano y por otros críticos de nuestro tiempo (39).

Me refiero, sobre todo, al punto en que en la primera edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen afirma que la validez, es decir, la específica existencia del orden jurídico depende de su eficacia, o sea, “del hecho de que la conducta de los hombres a los que el orden jurídico se refiere corresponde a tal orden hasta cierto punto” (40); una afirmación cuyo alcance amplía en la segunda edición, diciendo que no sólo la validez del ordenamiento como totalidad sino también la validez de la norma jurídica singular dependen de su eficacia (41). Me refiero, además, al punto en el que Kelsen sitúa en el vértice de la jerarquía de las normas la norma fundamental, que no se concibe solamente como el principio que responde a la pretensión lógica de cerrar en un sistema unitario los diversos niveles normativos, sino también “como el principio que atribuye la validez normativa al mero hecho, que determina la metamorfosis de la facticidad en normatividad y que establece, por tanto, la unión del mundo del ser con el del deber ser” (42). Me refiero, finalmente, al pun-

(38) Me refiero a mi ensayo, *Il diritto come relazione*, Istituto giuridico del l'Università, Torino 1934, spec. cap. VI.

(39) M. Losano, *Forma e realtà sociale*, Comunità, Milano 1981, “Prefazione” de Treves, p. 10.

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

(41) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 239 y también p. 20.

(42) Este aspecto relevante se encuentra en mi ensayo *Il diritto come relazione*, cit., p. 115 en el que me conecto a observaciones análogas hechas anteriormente por Erich Kaufmann que hablaba precisamente de *Metamorphose des Faktischen zum Normativen*, cfr.

to en el que Kelsen habla de la interpretación, es decir, de aquel “procedimiento espiritual que acompaña el 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 sólo un acto de conocimiento sino también un acto de voluntad y que el problema de la interpretación “no es un problema del conocimiento dirigido al derecho positivo, no es un problema de la teoría del derecho, sino un problema de política jurídica” (44). He traído a colación esta última frase para mostrar como Kelsen no pone aquí en conexión solamente elementos sociológico-naturalísticos, sino también elementos ideológicos. Deseo añadir que cuanto he destacado en este punto, puede ser destacado también en los otros dos puntos arriba mencionados dado que en las conductas que realizan o no las normas singulares o la misma norma fundamental, determinando la eficacia de las normas singulares o de todo el ordenamiento, están implícitas las valoraciones que inspiran y motivan las propias conductas.

LA CONTRIBUCION DE KELSEN A LOS ESTUDIOS SOCIOLOGIO-JURIDICOS

En el apartado precedente he recordado que en mis escritos kelsenianos de hace casi medio siglo, siguiendo una opinión bastante difundida entre los críticos de entonces, he defendido una tesis análoga a la que defendería hoy poniendo en evidencia los límites de la teoría pura y concretando los puntos en los que esta teoría se abre, y no puede dejar de abrirse, hacia los hechos sociales y las ideologías políticas de las que se proponía prescindir. Debo añadir ahora que el espíritu con el que mantuve entonces aquella tesis era, sin embargo, bastante diferente de aquél con el que la mantendría hoy. Entonces destacaba, más que nada, la insuficiencia de un formalismo que, en mi opinión, no había conseguido alcanzar el grado de pureza a que aspiraba y oponía al formalismo kelseniano el antiformalismo de Heller y de Leibholz con los que me sentía especialmente próximo. Hoy, después de una larga experiencia en el campo de la sociología, además de reconocer, como por otra parte reconocía entonces, la importancia de la contribución de Kelsen al estudio de la teoría y de la metodología del derecho reconozco también la impor-

E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921, p. 32. También me hago partícipe de la opinión expuesta por H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. V, 1926, p. 208.

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

(44) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 386.

tancia 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 otro; dos sociologías de las que intenta tener separada a la teoría pura del derecho.

Trataré ahora de indicar brevemente cuáles han sido las contribuciones de Kelsen a las dos sociologías, por decirlo así, desde una perspectiva negativa: es decir, tomando posiciones respecto de ellas.

Para el que mira con cautela la sociología del derecho no puede dejar de destacarse que ha renacido después del final de la guerra y se ha desarrollado en América y en Europa, esencialmente como disciplina comprometida en la investigación empírica y, por tanto, como disciplina sociológica que por su propia naturaleza no puede ocupar el lugar de la ciencia formal del derecho, ni cumplir la función de la teoría científica del derecho. Y a partir de esta constatación es, en mi opinión, fácil llegar a la conclusión de que los juristas antiformalistas adversarios de Kelsen que, como Erhlich en otros tiempos, habían auspiciado y promocionado la creación de una sociología del derecho en situación de ocupar aquel sitio y cumplir aquella función, estarían hoy desilusionados. Así, frente a ellos, se puede decir que ha tenido razón Kelsen que, distinguiendo claramente la ciencia del derecho de la sociología del derecho, ha definido con claridad la naturaleza de los estudios que esta última disciplina hoy y ha indicado con precisión los temas de los que se ocupa: "La sociología del derecho, dice, no pone en relación los hechos naturales que debe estudiar con las normas válidas sino que establece una relación de causa a efecto entre estos y otros hechos naturales. Ella se pregunta, por ejemplo, por qué determinada causa un legislador haya promulgado éstas y no otras normas y qué efectos hayan producido sus disposiciones. Ella se pregunta en qué modo ciertos hechos económicos, ciertas ideas religiosas, influyen efectivamente en la actividad de los tribunales, por qué motivos los hombres adecúen o no su conducta al orden jurídico" (45).

Es conocido el hecho de que el sociólogo del derecho, que realiza investigaciones de la naturaleza del tipo arriba indicado y sobre los temas señalados igualmente, no puede dejar de preguntarse: ¿de qué sirven? ¿a qué finalidad tienden? y siente, por tanto, la exigencia de afrontar el problema de los fines y de los valores. A este propósito, Kelsen ha tenido el mérito de apuntar la posibilidad de desarrollar una sociología de la idea de justicia distinta de la teoría pura del derecho y de poner

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

en evidencia el hecho de que esta sociología, que tiene una especial importancia para la política del derecho, debe apoyarse sobre un relativismo fundamental para evitar los errores de las teorías del derecho natural y de la sociología general (incluso el marxismo) que efectúan el paso ilegítimo 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 particular; el de coincidir sustancialmente con el relativismo de Mannheim, de Radbruch y de otros especialistas que, en aquellos años, intentaban resistir en el plano intelectual a la oleada nazi. Un discípulo de Kelsen, William Ebenstein, en un libro publicado en Praga en 1938 poco antes de trasladarse a los Estados Unidos, comparaba precisamente a Kelsen con Radbruch. Recordaba que para Radbruch “relativismo significa renuncia a la justificación científica de las actitudes últimas, no renuncia a tales actitudes”, y después de haber destacado que Kelsen era de la misma opinión y defendía las mismas tesis que Radbruch, destacaba “la grandeza moral” de ambos especialistas (46).

El relativismo de Kelsen de los años treinta no es diferente del de los años sesenta y setenta en el que desarrollando ampliamente su sociología de la idea de justicia en una base fundamentalmente relativista, no ha renunciado nunca a la afirmación y defensa de su punto de vista personal: aquel por el que, en base a la relatividad de los valores defendida por él, se encuentra y puede deducirse el principio de la tolerancia, al que están estrechamente unidos los de la libertad y de la democracia y, en último término, también el de la ciencia ya que, como él dice, “el alma de la ciencia es la tolerancia” (47).

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

(47) Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Deuticke, Vienna 1953, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, en Kelsen *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 428-433, y también O. Weinberger, “Prefazione” de Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, pp. XXV—XXVI, Reidel Company, Boston 1973, pp. XXIV-XXV.