

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

CRITICAL SOCIOLOGY OF LAW AND LEGAL THEORY IN HANS KELSEN

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

jmonereo@ugr.es ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 12-09-2022 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 327-349

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. SOCIEDAD, NATURALEZA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EUGEN EHRLICH, UNA CONTROVERSIA DE PRINCIPIO. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

Hans Kelsen no eludió la polémica entre su concepción de la teoría del Derecho (que no se olvide partía de la distinción de que la ciencia del Derecho era una ciencia que se ocupa del deber ser a diferencia de la sociología —incluida la del Derecho— como ciencia del ser social) respecto de estas corrientes antiformalistas de entender el fenómeno jurídico y la ciencia del Derecho, introduciendo elementos materiales en el discurso jurídico. Kelsen insiste en la idea de que el fenómeno jurídico puede ser contemplado por distintos ámbitos o campos del saber, pero que hay que encontrar un criterio que delimite el objeto específico de cada uno de ellos. Para él la ciencia del derecho es una ciencia normativa —una ciencia del deber ser—, mientras que en particular la sociología del derecho es una ciencia sobre el ser del fenómeno jurídico. Es preciso no confundir lo normativo y lo fáctico coexistentes en la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico.

PALABRAS CLAVE: Sociedad y Naturaleza, el fenómeno jurídico, Sociología del Derecho, Teoría del Derecho, positivismo jurídico, formalismo jurídico, realismo normativista, Eugen Ehrlich.

ABSTRACT

Hans Kelsen did not avoid the controversy between his conception of the theory of law (which, it should be remembered, was based on the distinction that the science of law was a science that deals with the duty to be as opposed to sociology —including that of law— as a science of social being) and these anti-formalist currents of understanding the legal phenomenon and the science of law, introducing material elements into legal discourse. Kelsen insists on the idea that the legal phenomenon can be contemplated by different spheres or fields of knowledge, but that it is necessary to find a criterion that delimits the specific object of each of them. For him the science of law is a normative science —a science of the ought to be— while in particular the sociology of law is a science of the being of the juridical phenomenon. It is necessary not to confuse the normative and the factual coexisting in the multidimensionality of the legal phenomenon.

KEYWORDS: Society and Nature, the legal phenomenon, Sociology of Law, Theory of Law, legal positivism, legal formalism, normativist realism, Eugen Ehrlich.

“La teoría pura del derecho delimita el Derecho frente a la naturaleza, y de esta manera busca establecer el límite que contrapone esta última al espíritu. La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, y no una ciencia de la naturaleza”

HANS KELSEN¹

1. INTRODUCCIÓN

No es una exageración afirmar que Kelsen no es sólo uno de los grandes juristas del siglo veinte, sino también uno de los más importantes iuspublicistas y teóricos del Derecho de la historia. Su influencia ha sido extraordinaria en todo el siglo veinte, y en el nuevo siglo veintiuno continúa desplegando esa influencia y concitando un gran interés en la sociología del Derecho, la teoría política y jurídica. En una época de final del mundo de la seguridad² y de crisis política (crisis de la República Democrática de Weimar) Kelsen ocupa un lugar central en los grandes debates de su tiempo tanto en el plano de la teoría de la democracia como de la teoría y del sociología del Derecho³.

Hans Kelsen fue el artífice principal de la llamada Escuela Vienesa, cuyo origen próximo se encuentra en el seminario privado que Kelsen organizó en su propia vivienda de la Wickenburgstrasse, y donde se desarrollaron debates entre grandes teóricos del Derecho (de manera destacada, Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, Fritz Sander, Fritz Schreier, Felix Kaufmann, Josef L. Kunz, entre otros muchos juristas eminentes)⁴. Aparte de su influencia extraordinaria en el denominado Círculo de Viena, el pensamiento de Hans Kelsen ha influido decisivamente en la Escuela de Turín

1 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 48. Su preocupación por la delimitación entre la ciencia jurídica de las ciencias naturales y del conjunto de ciencias sociales la hizo explícita cuando afirmó que “si la ciencia jurídica no ha de ser absorbida por las ciencias naturales, se hace necesario distinguir tajantemente entre derecho y naturaleza. Tarea ésta bastante dificultosa, ya que el derecho –o lo que es frecuente llamar así– parece situarse, al menos en una parte de su ser, en el ámbito de la naturaleza, y tener por eso en parte una existencia completamente natural” (*Ibid.*, pág. 42).

2 Son ilustrativas las brillantes memorias de Zweig, S., *El mundo de ayer*, en *Memorias y ensayos, Obras Completas*, Tomo IV, trad. Alfredo Cahn, Barcelona/Madrid, Editorial Juventud, 1953, págs. 285 y sigs. (“Si me propusiera encontrar una fórmula cómoda para la época anterior a la primera guerra mundial, a la época en que me educé, creería expresarme del modo más conciso que fue la edad dorada de la seguridad...”; pág. 1293); Hobsbawm, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2001, pág. 30 (“el gran edificio de la civilización decimonónica se derrumbó entre las llamas de la guerra al hundirse los pilares que lo sustentaban”).

3 Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4, págs. 103 y sigs.

4 Véanse las aportaciones contenidas en Walter/Jablonek/Zeleny (Hrsg.), *30 Jahre Hans Kelsen-Institut, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, vol. 24, Viena, Ed. Manz, 2003, 118 páginas. Datos biográficos de Hans Kelsen pueden obtenerse en la biografía de Aladár Métall, R., *Hans Kelsen. Vida y Obra*, trad. de J. Esquivel, México, UNAM, 1976, *passim*.

(encabezada por Norberto Bobbio), la Escuela de Brno (en Chequia) y en distintas corrientes de pensamiento positivista del Reino Unido, como Herbert Hart y Joseph Raz⁵. Más allá de ello, se puede decir, en verdad, que Kelsen ha tenido un enorme impacto en las teorías científicas sobre el Derecho a escala mundial. Se puede considerar, sin exagerar, que Hans Kelsen ha sido el jurista más influyente del siglo veinte. Por otra parte, fue también el arquitecto de la Constitución Federal Austriaca de 1920 (el *Bundesverfassungsgesetz* —abreviatura, B-VG— se basó en un borrador hecho por Hans Kelsen y se promulgó por primera vez el 1 de octubre de 1920). Su legado es inmenso.

Es difícil que un análisis *integral y completo* de su producción científica y de su propia vida activa no logre mostrar la realidad indiscutible de que Kelsen fue mucho más allá de forjar una teoría pura del Derecho cultivando él mismo los campos diferenciados —pero interdependientes, según su modo de pensar— de la ciencia política, la filosofía del Derecho y la sociología del Derecho (entendida como distinta a la ciencia jurídica y a la filosofía del Derecho).

En su “autopresentación” biográfica deja claro que desde las publicaciones iniciales asume el punto de vista decisivo de que el Derecho es, conforme a su naturaleza, norma, y en consecuencia toda teoría jurídica tiene que ser teoría de las normas, doctrina de las proposiciones jurídicas y como tal doctrina del derecho objetivo⁶. Pero también advierte que cuando caracteriza “al derecho como norma y su función de existencia como deber ser y con ello exijo una nítida separación de la ciencia jurídica normativa con la sociología orientada a la explicación del ser, no descuido jamás la relación que existe entre el contenido de un orden jurídico válido y el contenido del ser social a él correspondiente. Sin embargo, la teoría del derecho no puede ser sustituida por la teoría sociológica del derecho, la cual pretende comprender el derecho solo como un ser, por lo cual tenía que perderse su sentido específico, en el que algún contenido se afirma como algo jurídico y simplemente fáctico⁷.

Así pues, no debe causar sorpresa la constatación de que Hans Kelsen era un pensar interdisciplinar, que dominaba no sólo el Derecho, sino también la filosofía y la sociología y en particular la Sociología jurídica. Cultivó estas dos disciplinas y trató de delimitarlas respecto a la ciencia jurídica, que para él era una ciencia normativa que se interrogaba sobre el “deber ser” y no sobre el “ser”. Su teoría “pura” del Derecho trataba de expulsar del ámbito de lo jurídico lo que él entendía como ajeno a la normatividad específica del Derecho. Y lo hacía para garantizar la “pureza” de su método y de su objeto específico. La ciencia del Derecho no es una ciencia natural, sino una ciencia del espíritu⁸.

5 Aunque Raz nació en Israel, desarrolló su pensamiento en el Reino Unido, en la Universidad de Oxford y en el Instituto Balliol de Oxford.

6 Kelsen, H., “Autopresentación” (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 53.

7 Kelsen, H., “Autopresentación” (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 61. La controversia inicial contra este tipo de ataques a sus teorías llevada a cabo en Sander, F., *Kelsen Rechtslehre: kampfsschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen, 1923; Kelsen, H., “Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’”, en *Zeitschrift für öffentliches Recht* Bd. M (1922/23), S. 103-235; en la “Autopresentación” (1927), recoge otras muestras del intenso debate sobre la teoría pura del derecho (*Ibid.*, págs. 62-66).

8 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011, pág. 48.

2. SOCIEDAD, NATURALEZA Y DERECHO: HANS KELSEN Y EUGEN EHRLICH, UNA CONTROVERSIA DE PRINCIPIO

Se ha advertido 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 disciplina⁹. No era un antisociólogo, pues desde una obra clásica de referencia a esta materia y varios ensayos que pretendían delimitar su objeto entre las distintas ramas del saber jurídico. No creía en la posibilidad de crear una única ciencia integral que comprendiera todo el campo de los saberes sobre el Derecho, ni tampoco creía en una ciencia empírica del Derecho que supondría confundir ciencia del Derecho con sociología del Derecho (apuntaba a la crítica de las escuelas realistas y sociológicas del Derecho).

En el “Prólogo” a la primera edición de su obra de referencia, *La Teoría Pura del Derecho*, afirmaba que “la cuestión de si se trata de una ciencia de la naturaleza o de una ciencia el espíritu no puede encender así los ánimos, puesto que la separación de una de la otra se ha cumplido casi sin oposición [...]. En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, existencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase”. Este sería el telón de fondo de la lucha conducida contra ella recurriendo a todos los medios al alcance. Kelsen pretendía llevar a cabo una autolimitación de la ciencia del derecho. Esta dimensión política de los críticos hacia la teoría pura del derecho era explicitada por el propio Kelsen. En ese sentido afirmaba que: “El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un periodo de equilibrio social. De ahí que nada parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el Derecho que pretende mantener su pureza, cuando para otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecer; cuando se ha perdido todo recato, al punto de reclamarse abierta y sonoramente por una ciencia jurídica politizada, pretendiendo para la misma el rótulo de “pura”, elogiando, así como virtud lo que a lo sumo sólo podría excusar una amarga necesidad personal”¹⁰. Según Kelsen el Derecho positivo objeto de la teoría pura del Derecho es un orden que regula la conducta humana de una manera específica. La regulación se cumple mediante disposiciones que establecen cómo los hombres deben compor-

9 Treves, R., “Kelsen y la sociología” (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, CORREAS, Ó (Compilador), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág. 195.

10 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Prólogo a la primera edición (Ginebra, mayo de 1934), págs. 8 y 10.

tarse. Tales disposiciones son normas. Esto diferencia, entre otras cosas, la Jurisprudencia normativa de la sociología del Derecho¹¹.

Precisamente el primer capítulo de su obra *Teoría pura del Derecho* está dedicado a delimitar y confrontar Derecho y Naturaleza, partiendo de la exigencia de "pureza" de la Teoría pura del Derecho¹². Entiende que "la *Teoría Pura del Derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación". Es así que en su cualidad de teoría "pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. *Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica*". Con contundencia y convicción, observa que la caracterización "como doctrina "pura" con respecto al derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: *quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es el principio fundamental en cuanto al método*". Sin embargo, la ciencia jurídica tradicional ha estado muy lejos de la exigencia de la pureza necesaria, pues de modo enteramente acrítico, "la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente,

11 Kelsen, H., "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia analítica" (1941), trad. Eduardo A. Coghlan, en Kelsen, H., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946, págs.207-238, en particular págs. 215-220 ("Jurisprudencia normativa y sociológica"). Entiende que la jurisprudencia normativa es claramente distinta de la sociología del Derecho. Esta última pretende describir fenómenos del Derecho no en proposiciones que enuncien cómo los hombres deben comportarse bajo ciertas circunstancias, sino en proposiciones que digan cómo se comportan en realidad; igual que la física describe cómo se comportan ciertos objetos naturales. Así, el objeto de la "jurisprudencia sociológica" no son las normas jurídicas en su específico sentido de "afirmaciones de deber ser" sino la conducta jurídica (o antijurídica) de los hombres. Se supone que es posible obtener, por la observación de los hechos sociales reales, un sistema de reglas por medio del cual esta conducta caracterizada como "derecho", puede ser descrita. Se supone que estas reglas son de la misma clase que las leyes de la naturaleza y, por lo tanto, que, como ellas, proporcionan los medios para predecir los sucesos futuros dentro de la comunidad jurídica, conducta futura que será caracterizada como derecho. La teoría pura del derecho en materia alguna niega la validez de la "jurisprudencia sociológica", pero se *rehusa a ver en ella la única ciencia del derecho, como lo hacen muchos de sus expositores*. La "jurisprudencia sociológica" se mantiene paralela a la jurisprudencia normativa, y ninguna puede reemplazar a la otra porque cada una trata con problemas completamente diversos. La jurisprudencia normativa versa sobre la validez del Derecho; la "jurisprudencia sociológica" sobre su eficacia; pero, así como la validez y la eficacia son dos aspectos diferentes del Derecho que han de mantenerse claramente separados, aunque ambos se mantengan en una definida relación mutua, así también existe entre la jurisprudencia normativa y la sociológica, a pesar de la diferencia en la dirección de sus conocimientos, una considerable relación. La jurisprudencia sociológica presupone la jurisprudencia normativa. Es un *complemento* de la jurisprudencia normativa. De cualquier modo, la "sociología del Derecho" no sólo tiene que describir, y, si es posible, predecir la conducta real de los individuos que crean, aplican y obedecen la ley; también ha de explicarla causalmente. Con el fin de cumplir su tarea, ha de investigar las ideologías que influyen a los hombres en sus actividades creadoras y de aplicación del Derecho. Entre estas ideologías, la idea de justicia tiene un papel decisivo. El análisis ideológico-crítico de esta idea es una de las tareas más importantes y promisoras de la "sociología del Derecho" (*Ibid.*, págs.217-220).

12 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, Porrúa, 1993, Capítulo I ("Derecho y Naturaleza"), págs. 15-70.

se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la *Teoría Pura del Derecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo frente esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que traza la naturaleza de su objeto¹³. Por tanto, es obvio que Kelsen no ignora los distintos saberes sobre el derecho y la necesidad de su conocimiento, sino que pretende acotar el campo específico de la ciencia del Derecho frente al campo específico de las ciencias sociales que versan sobre el fenómeno jurídico.

Para ello, Kelsen parte de la distinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, y, por ende, de una diferenciación nítida entre naturaleza y sociedad. Ahí radicaría la distinción entre los distintos objetos de esas ciencias, pues se trata de dar respuesta a la pregunta de si la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social; de si el Derecho es un objeto natural o un objeto social. La respuesta no es tan fácil, es compleja: en efecto, esta contraposición de naturaleza y sociedad no es posible sin más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural”. Ahora bien, el conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico¹⁴.

Cuando Kelsen aborda específicamente la problemática de “lo jurídico” (que se resuelve para él en la normatividad), deja bien nítidamente lo que postula: “El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por *leyes causales*. Sólo ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. *Lo que hace del acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta*”. Es así que “el acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica,

13 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pág. 15.

14 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pág. 17.

a saber, una explicitación normativa. Puesto que también la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión una explicitación determinada, diferente a la normativa, a saber: una explicitación causal. La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma”¹⁵.

En esa lógica argumentativa el conocimiento jurídico está dirigido “hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho)”. Siendo ello así, cabe afirmar que “puesto que el derecho, constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un *sistema de normas* que regulan el comportamiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros”. Kelsen deja claro que hay que distinguir aquí entre “ser” de lo fáctico y “deber ser” del orden normativo¹⁶.

Este modo de pensar conecta con la validez y dominio de la validez de la norma. Kelsen entiende que el término validez designa “la existencia específica de una norma. De este modo, “si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. *La “existencia” de una norma positiva, su validez es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es*”. Por tanto, dado que “la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación”. No obstante, “un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez. Mas la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también”. Por otra parte, “validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir antes de ser obedecida y aplicada (...). La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez”¹⁷.

Con todo, Kelsen delimita la configuración específica de la ciencia jurídica, precisando el binomio: Ciencia social causal y ciencia normativa, distinguiendo entre el principio de causalidad (ciencia

15 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 17-18.

16 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 18-19.

17 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I (“Derecho y Naturaleza”), págs. 24-25.

socia causal) y el de imputación (ciencia normativa). La ciencia del derecho tiene una existencia propia diversa de la sociología del derecho. Piensa Kelsen que la teoría pura del derecho, como ciencia jurídica, dirige su atención a las normas jurídicas *no* a hechos reales, es decir, no al querer, o a la representación de normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos queridos o representados. Y capta conceptualmente cualquier hecho sólo en tanto constituya el contenido de normas jurídicas, es decir, en tanto estén determinados por norma de derecho. Su problema es la específica legalidad propia de su esfera de sentido¹⁸. No deja de resultar problemática su reflexión sobre la neutralidad ideológica de la ciencia del derecho: “la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del derecho positivo, mantiene a éste libre de toda mezcla con un derecho “ideal” o “justo”. *En este sentido, es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo... Justamente, por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica. Puesto que la ciencia como conocimiento tiene la tendencia a descubrir su objeto. La “ideología”, en cambio, encubre la realidad en cuanto, con propósito de conservarla, defenderla, la transfigura, o, con el propósito de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra, la desfigura*”¹⁹.

Lo que pretendía Kelsen es alcanzar la autonomía del Derecho como objeto de conocimiento científico, reclamando el método de imputación y rechazando -como inapropiado en una ciencia comprensiva- para la ciencia jurídica el método causal propio de las ciencias sociales extrajurídicas. La teoría pura del Derecho se ocupa del deber ser (*sollen*), a diferencia de la sociología general y la sociología del Derecho, en su calidad de ciencias explicativas, como lo son las ciencias naturales, hacen referencia al ser (*sein*). Para él es objeto de la teoría pura del Derecho los juicios hipotéticos fundados sobre el principio de la imputación, mientras que las leyes que son objeto de las ciencias naturales son juicios de explicación fundados en el principio de causalidad²⁰. Kelsen analiza la separación del concepto de naturaleza del de sociedad, en la relación ley de causalidad y norma, dando lugar a un dualismo de naturaleza y sociedad²¹.

Kelsen acomete la tarea de 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 causa-

18 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, págs. 100 y sigs.

19 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, págs. 117-122.

20 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VI, sobre “La Ley de causalidad en la ciencia moderna”, págs. 383 y sigs. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

21 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VII (“Ciencia natural y ciencia social”), páginas 405-411. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

lidad y con ella el concepto moderno de naturaleza. Desarrollo ese que significa la separación en la mente humana de la naturaleza y la sociedad²².

Ahora bien, en el "Prefacio" a la edición castellana²³ de este libro crucial se indica que: "La presente obra es parte de un estudio sistemático de la idea de justicia. Su fin no es contestar la pregunta de si la justicia se realiza en el derecho positivo, y cómo, sino dar respuesta a la de cómo esa idea se presenta en la religión, la poesía y la filosofía, y porqué ha mantenido allí en todos los tiempos la más sobresaliente posición. Es un enfoque crítico-ideológico, y —esto significa un enfoque sociológico— del problema de la justicia". Aclara que "separar 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, no quiere decir ignorar o negar la existencia y la importancia de esos fenómenos y la legitimidad de una sociología ocupada en esos objetos. Como nunca incurri en ese error, no hallo contradicción, ni que sea una evasión a un campo científico demasiado remoto, el que después de haber trabajado en una teoría normativa del derecho, me vuelva a la sociología de la justicia"²⁴. Sin embargo, "el dualismo de naturaleza y sociedad no es en manera alguna el último paso en la evolución de la ciencia. En el curso de un análisis crítico de la naturaleza de la norma, también este dualismo se torna problemático. La pretensión del "deber ser" de un significado completamente diferente de aquél del "ser", vale decir, la pretensión de la norma de ser una ley de la sociedad diferente de la ley de causalidad en cuanto ley de la naturaleza e independiente de ella, es caracterizada por ciertos autores como mera "ideología" detrás de la cual se ocultan muy concretos intereses de individuos y grupos. Si esos individuos y grupos llegan al poder, representan sus intereses como "normas". *El dualismo de naturaleza y sociedad es reemplazado por el de realidad e ideología*. Para la sociología moderna, un hecho social aparece como parte de la realidad, determinado por las mismas leyes que un hecho natural. No existe diferencia social entre las leyes

22 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, pág. 2. Continúa reflexionando Kelsen en el sentido de delimitar su objetivo y consecuencias posibles de su investigación: "Si la concepción lograda sobre el origen del principio de causalidad resulta ser correcta, la controversia que en los años recientes se suscitó sobre aquella idea en la ciencia natural se ilumina con nueva luz, y la tendencia a eliminar o modificar la idea de una ley de causalidad determina con necesidad absoluta todos los hechos muestra su verdadero significado. La llamada "crisis de la causalidad", la pretendida revolución de nuestra concepción del universo, puede entenderse como el último paso de un proceso intelectual cuyo sentido es la emancipación gradual, partiendo del principio de retribución, de la ley de causalidad. La emancipación de una interpretación social de la naturaleza. Ese proceso muestra una relación entre la ciencia social y la natural que es muy importante desde el punto de vista de la historia intelectual. El presente libro intenta ser una contribución sociológica a ese problema" (*Ibid.*, págs.2-3). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

23 Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), págs. VII-XI. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

24 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), pág. X). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

Para el joven Kelsen la función de una sociología jurídica que es "de la mayor importancia para los juristas, ha de examinar las causas de las normas jurídicas en la sociedad a la que se aplican". Cfr. Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, núm. 34 (1912), pág. 602.

naturales y las sociales y las que determinan la sociedad, tan pronto como la ley natural misma abandona su pretensión de necesidad absoluta y se satisface con ser una aserción de probabilidad estadística. No hay obstáculo fundamental que impida el arribo de la sociología a este tipo de leyes en su propio dominio. En la especulación religiosa la naturaleza era una parte de la sociedad regida según la ley de retribución. Después de la completa emancipación de la retribución ha logrado la causalidad en la noción moderna de ley, la sociedad es —desde el punto de vista de la ciencia— una parte de la naturaleza”²⁵.

Resulta relevante para comprender que la Teoría pura del Derecho era en gran medida formalista, pero Kelsen postulando la pureza de ella no era un formalista que desconociera las sinergias entre los distintos saberes sobre el fenómeno jurídico. En este sentido afirma que: “El particular carácter de esta tarea, empero, me ha obligado a emplear los resultados de ciencias en las que en manera alguna soy experto (...). Si la civilización entera posee carácter social, la historia de la civilización, especialmente la historia de las ideas, no puede prescindir de la sociología; y la sociología, pues, en cuanto crítica de la civilización y especialmente en cuanto crítica de las ideologías que acompañan el curso de la civilización, es posible sólo si se permite al sociólogo adentrarse sin certificado profesional en los campos de las otras ciencias. *La irresistiblemente creciente especialización de las ciencias ha llevado hace ya tiempo a una verdadera crisis, al tornar incierto el mutuo aislamiento de las ramas especiales de la ciencia el valor de ellas para el conocimiento total*”²⁶.

Con todo, la teoría pura del Derecho, postulando su “pureza” constituye una teoría de las categorías básicas del Derecho positivo. Comporta una superación de la idea de la naturaleza como la supuesta sociedad ideal (que provenía de la teología cristiana).

Kelsen pretendía marcar distancias en su modo de entender la ciencia jurídica respecto de otras concepciones provenientes de diversas corrientes de pensamiento jurídico aparentemente anti-formalistas como las corrientes modernas del Derecho natural, las corrientes sociológico-jurídicas, movimiento del derecho libre (como Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz; y la próxima libre investigación científica de F. Géný²⁷), la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck²⁸, que entroncaba

25 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, págs. 410-411. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

26 Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Prefacio a la edición castellana (Washington, D.C. Agosto de 1945), pág. X-XI). Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.

27 Monereo Pérez, J.L., *El pensamiento científico jurídico de Géný: El problema del método*, estudio preliminar a Géný, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXV; Bernuz Beneitez, M.J., *François Géný y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

28 Heck, F., *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.

con el “segundo Ihering” maduro²⁹), etcétera. Todas estas corrientes afirmaban, con mayor o menor intensidad y énfasis, que ante todo la ciencia del Derecho es una ciencia de hechos y no de lenguaje o palabras (o para Gény era una ciencia de normas que atendía como cometido también suyo a los hechos; y una ciencia valorativa que debería servir a los fines de la vida social a través de un orden jurídico y una doctrina científica capaz de captarla en cada momento; también la perspectiva de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound³⁰) y del realismo pragmático de Oliver Wendell Holmes³¹. Pero antes que ellos estaba ya establecido el criterio fundacional de la sociología del Derecho de Max Weber, Emile Durkheim³² (después vendrían pensadores también eminentes como Georges Gurvitch³³ y Theodor Geiger³⁴).

-
- 29 Monereo Pérez, J.L., “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, estudio preliminar Ihering, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011, págs. VII-LVII; Ihering, R. von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; Ihering, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, “Ihering, historiador”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Para el “primer Ihering” (que ya apunta al cambio “realista” en el último Tomo y capítulos de la obra que se indica a continuación), véase Ihering, R. von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación” (pp. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial integra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011.
- 30 Pound, R., *La evolución de la libertad. Las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, «La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Puig Brutau, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- 31 Monereo Pérez, J.L., “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “common law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes”, estudio preliminar a Holmes, O.W., *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, págs. IX-XLIX.
- 32 Monereo Pérez, J.L., “La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648; *Ibid.*, *Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Sociología y filosofía*, trad. J.M. Bolaño (hijo), revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs.VII-LXXVI; Monereo Pérez, J.L., *Cuestión social y reforma moral: Las ‘corporaciones profesionales’ en Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*, trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LI; *Ibid.*, *La sociología política de Durkheim*, Estudio preliminar a Durkheim, E., *Escritos selectos*, Introducción y Selección de A.Giddens, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs.XI-LXII; *Ibid.*, *Sociología del ‘socialismo funcional’ en el pensamiento de Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *El socialismo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.
- 33 Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., págs. 125 y sigs. Aunque también tendría su importante aportación sociólogos como Ferdinand Tönnies. Véase Monereo Pérez, J.L., “Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 1ª44 (2009), págs. 793-862.
- 34 Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast. de A.Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Introducción de Paul Trappe, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Pues bien, Kelsen no eludió la polémica entre su concepción de la teoría pura del derecho (que no se olvide partía de la distinción de que la ciencia del derecho era una ciencia que se ocupa del deber ser a diferencia de la sociología —incluida la del derecho— como ciencia del ser social) respecto de estas corrientes antiformalistas de entender el fenómeno jurídico y la ciencia del Derecho³⁵, introduciendo elementos materiales en el discurso jurídico³⁶. Kelsen insiste en la idea de que el fenómeno jurídico puede ser contemplado por distintos ámbitos o campos del saber, pero que hay que encontrar un criterio que delimite el objeto específico de cada uno de ellos. Para él la ciencia del derecho es una ciencia normativa —una ciencia del deber ser—, mientras que en particular la sociología del derecho es una ciencia sobre el ser del fenómeno jurídico. Es preciso no confundir lo normativo y lo fáctico coexistentes en la pluridimensionalidad del fenómeno jurídico. Precisamente por distinguir entre los distintos ámbitos del saber sobre el Derecho Kelsen coincide en lo fundamental con el enfoque de Max Weber, el cual distingue la doble perspectiva jurídica y sociológica; y sus respectivos métodos comprensivos y explicativos³⁷; pero yendo Kelsen más allá del modo de pensar de Weber al afirmar la preferencia del punto de vista jurídico (el Derecho como sistema de normas es una ciencia comprensiva y no explicativa) sobre el propio de la sociología del Derecho. Hay que deslindar y respetar los espacios de estas distintas ciencias que versar sobre el saber del Derecho y el fenómeno jurídico en su dimensión más amplia. Kelsen entiende que la ciencia jurídica es una ciencia normativa que versa sobre el derecho positivo, no es política jurídica³⁸. A ésta última sirve la política del Derecho, la sociología del derecho, la sociología de la idea de justicia y otras ciencias sociales y disciplinas distintas a la ciencia jurídica.

Sin embargo, la vinculación entre forma jurídica y realidad social del Derecho es de tal índole que el propio Kelsen es consciente de dicha conexión inherente al fenómeno jurídico y de las opciones metateóricas y de política del Derecho que quedan implicadas en la ciencia jurídica y en la sociología del Derecho, tanto en la elaboración de los modelos teóricos y categorías construidos como en la aplicación práctica de las normas jurídicas como en las reglas sociológicas y sus respectivos

35 Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VVAA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág. 200. Véase Robles Morchón, G., "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19 (1976-1977), págs. 183-198.

36 Véase la crítica de Kelsen a Kantorowicz, Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, págs. 601-607; y la crítica a Ehrlich, Kelsen, H., "Grundlengun der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915, págs. 839-876.

37 Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echevarría y otros, México, FCE, 1981, pág. 251.

38 Podrá afirmar que "La Jurisprudencia, como *ciencia* del Derecho, tiene por objeto las normas positivas. Sólo el Derecho positivo puede ser el objeto de la ciencia jurídica. Éste es el principio que caracteriza al positivismo legal en oposición a la doctrina iusnaturalista, la cual pretende presentar normas legales que no han sido creadas por actos humanos, sino que se deducen de la naturaleza. Deducir normas de la naturaleza, es decir, considerar que la naturaleza legisla, presupone que la naturaleza está creada por Dios y, como tal, es la manifestación de su voluntad, y que es absolutamente buena. Por tanto, la doctrina del Derecho naturales no es una ciencia, sino una metafísica del Derecho". Cfr. Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 265-266.

métodos³⁹. Se puede observar que la construcción de la teoría pura se abría hacia elementos sociológicos e ideológicos de los que teóricamente se propía prescindir (excluidos por extra-jurídicos). Ello se apreciaría, paradigmáticamente, en un aspecto central de esa construcción jurídica, a saber: cuando hace depender la validez de ordenamiento jurídico —y de las normas jurídicas singulares— de su eficacia, es decir, del hecho de que el comportamiento de los individuos a los cuales el orden jurídico se refiere corresponde a tal orden hasta cierto grado; o cuando afirma que el problema de la interpretación jurídica no es un problema de conocimiento referido al derecho positivo, no es un problema de teoría del derecho, sino un problema de política jurídica⁴⁰.

No puede oscurecer el hecho innegable que en la delimitación entre el campo de lo jurídico (y de la ciencia pura del derecho que lo estudia) y de la sociología (y en particular la sociología del Derecho), Hans Kelsen ha realizado aportaciones decisivas a la sociología de jurídica y a la sociología de la idea de justicia, por más que tratará de separar el saber disciplinario de la sociología respecto al campo de lo jurídico como objeto específico y deslindable como ámbito de autonomía de la Teoría Pura del Derecho como típica ciencia jurídica. Y el desarrollo y consolidación científica y académica de la sociología del Derecho y de la idea de justicia encontró un impulso definitivo gracias, en no poca medida, a esas investigaciones de Kelsen en el deslinde entre la sociología y el Derecho, como saberes interrelacionados pero dotados de autonomía propia. Su ciencia pura del Derecho tiene la pretensión explícita de evitar la infiltración y la interferencia de otras disciplinas en el campo de la ciencia jurídica, especialmente le preocupa la depuración de ésta respecto de las metodologías utilizadas por las ciencias naturales (proclives a invadir otros espacios del saber), las ciencias sociales, la filosofía y la psicología⁴¹.

39 Con referencia a la ciencia jurídica Kelsen puede decir con contundencia que "las normas legales positivas pueden ser objeto de la ciencia jurídica porque la existencia —y, por tanto, la validez— de una norma está condicionada por la existencia de unos hechos. Estos *hechos son creadores de derecho*: la costumbre, los actos legislativos, judiciales o administrativos, las transacciones legales, junto con la efectividad de todo el orden legal al que pertenece la norma. Al describir su objeto como norma, la ciencia del Derecho a estos hechos. Y la positividad del Derecho consiste en su relación con estos hechos. Se presupone que las normas que prescriben o permiten una conducta humana determinada (que implica también actos estatales) constituyen un valor, y que, en consecuencia, la afirmación según la cual la conducta humana (o el acto estatal) es o no conforme a la norma de Derecho positivo (es decir, legal o ilegal) es un juicio de valor, hay que mencionar de nuevo aquí que este valor no se opone a la realidad. Este juicio de valor —como el juicio que afirma que algo es un medio adecuado para un fin— no difiere esencialmente de un juicio acerca de la realidad, sino que es un tipo de juicio especial acerca de la realidad". Cfr. Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, pág. 267.

40 Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 195 y sigs., en particular pág.210-211.

Para la afirmación de Kelsen, Kelsen, H., *La teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993, págs. 353-355 ("La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad"). Pero deja claro que "es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica". Por tanto, considera que hay que distinguir nitidamente la interpretación del Derecho que efectúa la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos —como los judiciales— competentes para su aplicación. La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica (*Ibid.*, págs. 355-356, sobre "La interpretación en la ciencia del Derecho").

41 Kelsen, H., "Acercas de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico" (1911), y "El concepto de Estado de la sociología comprensiva", ambos ensayos recogidos en VV.AA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 283-317, y 267-281, respectivamente.

Sus indagaciones le llevaron a hablar de distintos saberes sobre el Derecho, evitando la confusión entre ellos, puesto que operan en planos distintos al estudiar el fenómeno jurídico. La ciencia del Derecho es una ciencia normativa (la teoría pura del Derecho —la ciencia del Derecho— es para Kelsen la “ciencia del Derecho positivo”⁴²) y en tal sentido el Derecho como objeto de conocimiento debe considerarse como una realidad existente (“positiva”), que remite al deber ser. La realidad del Derecho es distinta de la realidad de la naturaleza. El único objeto de la teoría pura del Derecho es el Derecho, es decir, la norma; sin embargo, la norma es una categoría que no encuentra aplicación alguna en el reino de la naturaleza. La teoría pura del Derecho lucha por excluir de la ciencia jurídica las ideas y métodos de la sociología; el método propio de la ciencia jurídica es la imputación y no la causalidad⁴³.

Para él la contraposición entre sociología y jurisprudencia es la existente entre ser y deber ser. Ser y deber ser son determinaciones generales del pensar mediante las cuales podemos percibir los objetos. Entiende que la sociología es una ciencia natural de la sociedad humana, empeñada en hallar las leyes naturales de la convivencia social, que se esfuerza en explicar el hecho social tal como acontece efectivamente en la realidad; esta sociología es una ciencia causal explicativa. Por el contrario, la Jurisprudencia (ciencia del derecho) es una disciplina normativa. La frontera importante entre el método jurídico y el sociológico, que resulta de la diversidad de las formas de ser consideradas ambas ciencias, en la medida en que una se dirige a un ser determinado, a saber, el hecho social y la otra a un deber ser determinado, a saber, el legal, esta frontera es la que los juristas se sienten tentados a cruzar cuando, más allá del reconocimiento de un deber, más allá de las normas legales, aspira a dar una *explicación* del hecho efectivo que ha de ser reglamentado por esta norma jurídica. Según piensa Kelsen estas ciencias no se deben confundir y tampoco sus métodos. Hasta tal punto es así que considera rechazable el sincretismo de los respectivos métodos normativo y explicativo⁴⁴.

La sociología del Derecho se configura como una ciencia explicativa, que analiza las causas, hechos, ideas y efectos de las decisiones y normas jurídicas. Pero también trata de explicar el porqué de la aceptabilidad social de lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Su oposición a la sociología del Derecho se detiene en la concepción de ésta como saber preferente sobre el fenómeno jurídico. Eugen Ehrlich había señalado que el desarrollo del Derecho pivota en la propia sociedad, en los hechos sociales del Derecho, no en la legislación, en el Derecho positivo, de ahí que la disciplina científica que mejor puede captarlo es la sociología del Derecho, ya que la ciencia o dogmática jurídica sólo contempla un aspecto parcial de dicha realidad. La dogmática

42 Winkler, G., *Rechtstheorie und Erkenntnislehre Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1990, capítulo 3 (La doctrina “pura” o “general” del Derecho como ciencia del Derecho positivo).

43 Ebenstein, W., *La Teoría pura del Derecho*, trad. J. Malagón y A. Pereña, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, cap. II (“Naturaleza, Derecho y Sociedad”), págs. 59 y sigs.

44 Kelsen, H., “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” (1911), en VVAA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 283 y sigs., en particular pág. 289-291.

jurídica y la sociología del Derecho deben de cooperar para la explicación y comprensión del fenómeno jurídico en su plenitud y complejidad⁴⁵. Para Ehrlich “junto a un enfoque puramente jurídico, en el Derecho existe otro social. El primero busca ante todo interpretar toda regla jurídica en su sentido y espíritu. No se diferencia mucho de éste el aspecto histórico-jurídico, que pretende conocer la regla jurídica interpretada y aplicada en el sentido y espíritu del tiempo en el que se originó (...). El punto de vista científico-social se cuestiona cómo un enunciado jurídico es válido, qué grado y forma de fuerza social precede de él. Naturalmente, tampoco puede quedar desatendida la intención inicial que da lugar al enunciado jurídico, pues también ella es una fuerza social: pero sólo una, que actúa junto a las otras y en ningún modo es siempre decisiva”⁴⁶. Para él la Jurisprudencia enseña la aplicación práctica del Derecho. Pero este cometido “sólo puede cumplirlo en toda su extensión cuando proporciona una morfología de la sociedad humana y de las fuerzas que en ella actúan, cuando investiga sobre su naturaleza y límites. De este modo, la Jurisprudencia se transforma en Ciencia del Derecho, en doctrina del Derecho *entendido como fenómeno social; como tal, es una rama de la sociología [...]*. La evolución de la Jurisprudencia hasta constituirse en Ciencia jurídica y, por tanto, en *una rama de la Sociología*, se corresponde totalmente con el camino recorrido por otras disciplinas. Toda ciencia teórica hunde sus raíces en disciplinas prácticas”⁴⁷. La tendencia va en la dirección de entender que “la Ciencia del Derecho es una rama de la sociología”⁴⁸.

Hans Kelsen criticó la concepción sociológica del Derecho de Ehrlich, indicando que confundía el ámbito del ser (*Sein*) con el del deber ser (*Sollen*), aun aceptando la distinción entre la sociología del Derecho (cuyo objeto es el ser del Derecho) y la ciencia del Derecho (teniendo ésta por objeto específico el deber ser), con sus respectivas metodologías. Para él es necesario no sólo distinguir sino más incisivamente separar estrictamente la sociología del Derecho y la ciencia jurídica, tanto respecto al objeto como en relación al método correspondiente a cada una de ellas: no resulta admisible un sincretismo metódico de la ciencia jurídica —ciencia normativa y comprensiva— y la sociología del Derecho —ciencia explicativa—. La ciencia sociológica del Derecho opera con juicios de realidad y explica dicha realidad a través de la observación y la formulación de reglas por método inductivo. Por el contrario, la ciencia jurídica no se ocupa de describir y explicar lo que acontece en la realidad,

45 Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Recht* (1913), Duncker & Humblot, München, Leipzig 1913. ([archive.org](https://www.archive.org/details/Grundlegung_der_Soziologie_des_Recht_1913) – Digitalisat der ersten Auflage im [Internet Archive](https://www.archive.org/details/Grundlegung_der_Soziologie_des_Recht_1913); 4. Auflage, 1989, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 69, durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1989).

46 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, págs. 102-103.

47 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 104.

48 Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 106. Así “queda señalada la dirección que la Jurisprudencia, entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su ámbito más propio y originario” (*Ibid.*, pág. 107).

sino de lo que, de ser conforme al Derecho, pues es una ciencia formal y no explicativa de la realidad fáctica. Por ello no se puede postular una unidad o integración metodológica del fenómeno jurídico correspondiente a ciencias que asumen funciones distintas respecto al análisis del fenómeno jurídico. La ciencia jurídica, que opera con un método deductivo, se ocupa del deber ser, mientras que la ciencia sociológica del Derecho estudia el Derecho como ser expresión de la realidad⁴⁹. A Kelsen le preocupa la autonomía de la ciencia jurídica y por ello quiere establecer una separación radical de espacios entre ambas disciplinas y también evitar que aquélla se convierta en una ciencia subordinaria y meramente auxiliar respecto de la sociología del Derecho, cuya expansión podía ya vislumbrarse en su época. De ahí que su objetivo fuese establecer una teoría pura, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento tomado de las ciencias de la naturaleza; elevar, pues, la teoría científica del Derecho al rango de una verdadera ciencia que ocupe un lugar propio y específico junto a las otras “ciencias del espíritu”; y desde ahí vincularse con otras ciencias que estudian la realidad social, aunque con distintos puntos de vista, pues la ciencia jurídica no puede quedar reducida a una simple disciplina sociológica⁵⁰. Normativismo y pureza metódica son las piedras angulares de la teoría pura del Derecho⁵¹.

Hans Kelsen señalaría que “cuando yo caracterizo al Derecho como norma y su forma de existencia como deber ser y con ello exijo una nítida separación de la ciencia jurídica normativa con la sociología orientada a la explicación del ser, no descuido jamás la relación que existe entre el contenido de un orden jurídico válido y el contenido del ser social a él correspondiente. Mi intento de resolver el problema de la positividad del derecho —al cual se dedican detenidos apartes en tanto en mi obra sobre “El problema de la soberanía” como también el “Concepto sociológico y jurídico del Estado”— se ha esforzado por permanecer libre de la parcialidad, signo que hasta ahora caracterizó esta teoría. Mientras los antiguos autores solo dirigían su mirada a la ley, únicamente atendían el sentido de deber ser de las normas y en consecuencia no podían apreciar el momento de la positividad, los autores jóvenes intentaron con la denominada teoría sociológica del derecho, comprender el derecho

49 Kelsen, H., “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (39), 1915, pp. 839-876.

50 Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. R. J. Vernengo, México D.F., Porrúa, 1993, 7ª edición, pág. 7 (Prólogo del autor a la primera edición) y pág. 12 (Prólogo del autor a la segunda edición). Añade, ya en el texto, que la teoría pura del Derecho “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños (...). Se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad...” (*Ibid.*, pág. 15).

51 Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Prólogo de Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1933, págs. 19 y sigs. Este libro encuentra su base en una tesis doctoral comenzada en Zaragoza en 1929 y concluida en Viena durante el semestre de invierno de 1930. En Viena estuvo en estrecho contacto con el mismo Hans Kelsen, Alfred Verdross y Félix Kaufmann. Desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho la Jurisprudencia no puede interesarse por el momento del “origen”, ni tampoco puede preocuparle el momento del “fin”. Ha de rechazarse la tendencia a mezclar elementos materiales con los puramente formales en el concepto de Derecho. Por tanto —añade—, el anatemizado formalismo de la teoría pura del Derecho consiste sólo en que ésta se conforma con ser una teoría del Derecho positivo, desentendiéndose de la cuestión del “Derecho justo” porque no le interesa lo que debe ser, sino lo que es, sin perjuicio de que el “derecho que es” estatuye también un deber ser: pero, por lo mismo, ha de hacer posibles todas las formas imaginables de Derecho que en realidad pueden darse y, por tanto, tiene que prescindir también de los contenidos, porque es “condición” de todos ellos. En definitiva, el formalismo de la Jurisprudencia se resuelve en la más elemental exigencia de la construcción normativa, a saber: en la *pureza metódica* (*Ibid.*, págs. 24-25).

solo como un ser, por lo cual tenía que perderse su sentido específico, en el que algún contenido se afirma como algo jurídico y no simplemente fáctico”⁵².

En realidad, más que esa confusión estaba en juego la distinta concepción en el alcance de ambas disciplinas y en las relaciones existentes entre el Derecho y la sociedad organizada en la que actúa. Según Ehrlich el saber sobre el Derecho ha de ser una ciencia de hechos sociales con forma normativa mientras que, para Kelsen, la ciencia (pura) del Derecho ha de ser una ciencia de normas jurídicas dotada de un serado espacio de autonomía respecto de la realidad social. En su réplica a la crítica de Kelsen, Ehrlich subraya que “el objeto de la sociología del Derecho no es la terminología, sino la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro —añade con referencia a *Grundlegung der Soziologie des Recht* (1913)— me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad. Que Kelsen no haya comprendido todo esto no me sorprende, puesto que él ha interpretado mal incluso al clarísimo “Amira”. Por consiguiente, si en la crítica kelseniana no se habla prácticamente de nada más que de terminología, entonces esto ya no me concierne a mí, sino al gran interés que Kelsen muestra por las cuestiones terminológicas, situadas en el marco de su concepción”⁵³. Y es que para Ehrlich el Derecho es un orden espontáneo de la sociedad (Derecho social), el Derecho surge a partir de los *hechos del Derecho*. Las normas jurídicas producidas por los hechos del Derecho se imponen fundamentalmente con medios de carácter social. El Derecho es, así, una específica forma organizada de la sociedad. Define el Derecho vivo no como aquel Derecho establecido en las proposiciones jurídicas, sino como aquel Derecho que domina la vida, y esto porque la realidad jurídica sólo puede ser observada en los hechos del Derecho, que remiten restrictivamente a los hechos generadores del Derecho. Para él el punto central de todo desarrollo

52 Kelsen, H., *Autopresentación* (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 60-61. A reglón seguido añade Kelsen que “Esta última escuela hizo crecer la más fuerte oposición a mi teoría, que encontró su expresión especialmente en el escrito de Fritz Sanders “Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsen” (*Revista de derecho público*, vol. 2, 1921) y en su libro *Kelsen Rechtslehre*, de 1923. Mi controversia —indica— ante ese ataque está formulada en mi escrito *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der ‘Rechtsdogmatik’*” (en *Zeitschrift für öffentlichen Recht*, Bd. II (1922/23), S. 103-235), de 1922-23, dirigido contra el primer ensayo de Sanders. En éste se corrigen también determinadas diferencias teórico-cognocitivas que habían surgido conceptualmente entre la teoría jurídica normativa y la sociología” (*Ibid.*, págs. 61-62).

53 Ehrlich, E., “Respuesta a Kelsen”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, cit., pág. 121. En otro escrito “Replica a Kelsen”, reprocha que Kelsen ha interpretado mal su doctrina del “Derecho vivo”, indicando que su libro *Grundlegung der Soziologie des Recht* designa “como Derecho vivo a las reglas de del deber ser jurídicas, las cuales no se limitan a ser normas de decisión, sino que dominan de hecho la conducta humana. Dichas reglas se constatan mediante la observación del acontecer fáctico, lo que también es admitido por la Jurisprudencia dominante con respecto a las reglas del deber ser, del llamado Derecho consuetudinario, el cual coincide, al menos parcialmente, con lo que yo califico de “Derecho vivo”” (*Ibid.*, págs. 122-123). La polémica completa se recoge en Ehrlich, E., “Entgegnung”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (41), 1916, pp. 844-849 (recensión de Hans Kelsen al libro de Ehrlich que abre la polémica entre ambos pensadores); Ehrlich, E., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (42), 1916, pp. 609-610; Kelsen, H., “Eine Grundlegung der Rechtssoziologie”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (39), 1915, pp. 839-876; Kelsen, H., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (41), 1916, pp. Kelsen, H., “Schlusswort”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, (42), 1916, p. 611.

jurídico no puede verse ni en el Estado ni en la actividad de los juristas, sino sólo en la sociedad misma⁵⁴. El trasfondo de la concepción de Ehrlich reside en que para él la sociología del Derecho es la auténtica ciencia jurídica, frente a las insuficiencias de la ciencia normativista o dogmática jurídica que pretende ser puramente descriptiva, no valorativa y limitada al deber ser, ignorando el ser del Derecho. A lo que se añade una concepción del método jurídico como una técnica normativa exclusivamente basada en la lógica formalista, que pretende ser, aparentemente, neutral frente a valores, fines e intereses subyacentes al contenido ordenado en las normas jurídicas. Esta concepción de la ciencia del Derecho como ciencia normativa y no valorativa se traslada también a la función del juez llamado a aplicar e interpretar la norma para resolver controversias jurídicas. Según Kelsen, el científico del Derecho “tiene que considerar que la decisión tomada por el tribunal es según el Derecho vigente, válido para regular el caso concreto. Puede examinar si la decisión judicial es conforme o no a la norma general aplicada por el tribunal y puede llegar a la conclusión de que es legal o de que no lo es. Pero este juicio —en último término juicio acerca de un hecho— es irrelevante desde el punto de vista legal. Porque a la ciencia jurídica no le incumbe decidir si la decisión de un tribunal es legal o ilegal. Esta decisión incumbe a la autoridad legal, a quien la ley otorga este poder”. Sin embargo, el juez cuando aplica una norma supera la ficción de un significado comprensivo nítido, pues las normas pueden ofrecer significados distintos y contradictorios; y al aplicar la norma, la autoridad judicial escoge uno de estos significados y le atribuye la fuerza del Derecho. Para el la aplicación judicial es un acto creador de Derecho. Más aún: “Esta elección es una función política en la medida en que no está determinada por una norma superior legal”⁵⁵.

Ahora bien, piensa que la tarea de un científico del Derecho que interpreta un lenguaje legal reside en mostrar los posibles significados y dejar que la autoridad legal competente elija el que considere más apropiado según unos principios políticos. Ya, al revelar la ambigüedad de los términos utilizados y, por consiguiente, la necesidad de mejorarlos, está sirviendo de modo científico a la función creadora del Derecho. “Cuando el científico del Derecho recomienda a la autoridad legal uno de los distintos significados de una norma legal, está intentando influir en el proceso elaborador del Derecho y ejerciendo como la única correcta, está actuando como político disfrazado de científico. Está encubriendo la realidad legal. Pero la Ciencia tiene que dejar al descubierto la realidad; las ideologías políticas son las que la encubren. Por tanto, la interpretación científica del Derecho, por un científico del Derecho, puede caracterizarse como interpretación jurídica —en contraposición a la interpretación jurídica —en contraposición a la interpretación que aplica una autoridad legal (judicial)—. Al preferir una de entre las varias interpretaciones posibles, excluyendo a las demás, el científico del Derecho ofrece una interpretación que puede considerarse política”⁵⁶.

54 Rehinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981, págs.58 y sigs., exponiendo la sociología del Derecho de Ehrlich; una exposición detallada del pensamiento de Ehrlich y de su concepción de la sociología del Derecho, en Robles Morchón, G., *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 25 y sigs., 75 y sigs., y 95 y sigs.

55 Kelsen, H., “Ciencia y política”, en *¿Qué es la justicia?*, edición Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 274-275.

56 Kelsen, H., “Ciencia y política”, en *¿Qué es la justicia?*, edición Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, págs. 274-275.

Es manifiesto que en esta polémica había cierta incompreensión entre ambos pensadores, porque ni Ehrlich negaba completamente la existencia de una ciencia del Derecho, ni Kelsen pretendía negar la existencia legítima y necesaria de una pluralidad de disciplinas que versaran sobre el fenómeno jurídico (señaladamente, ciencia del Derecho, sociología del Derecho). Sin embargo, para Kelsen la verdadera ciencia del Derecho es la Ciencia Pura del Derecho o dogmática jurídica, que versa sobre normas y no hechos, mientras que para Ehrlich la verdadera ciencia jurídica es la sociología del Derecho, que pivota sobre el hecho jurídico, es decir, sobre un orden que emana de la sociedad y de las fuerzas sociales que actúan como fuentes productoras de reglas jurídica. Aquí se producía una controversia de principio incompatible. La teoría “pura” del Derecho remite a una ciencia jurídica para un Derecho autónomo con respecto a la moral y a la naturaleza. Para Kelsen hay que liberar al Derecho de cualquier residuo moralista, por un lado, y por otro, demarcar sus confines también respecto a la sociología. Como ciencia limitada al conocimiento de normas, se delimita al Derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia jurídica como ciencia normativa frente a todas las demás ciencias que intentan explicar los fenómenos naturales conforme a las leyes de la causalidad⁵⁷. Se puede realzar que la sociología del Derecho es una ciencia de la realidad del Derecho. El objeto de la sociología del Derecho es, por tanto, la dependencia recíproca (interdependencia) del Derecho y de la vida social. No investiga, así, el Derecho como suma de normas jurídicas válidas (*law in books*), sino el Derecho vivo (*law in action*). Pero es, además, preciso captar la realidad del Derecho en el campo de la interacción del staff jurídico y de los sometidos al Derecho (esto es, el comportamiento de aquéllos sobre los que encuentra aplicación el Derecho) en la interdependencia del Derecho y de la vida social⁵⁸.

El desarrollo del debate contemporáneo —que no ha terminado, sino que han cambiado ciertas premisas de la controversia—, se plantea en términos más complejos, una vez que la sociología jurídica se ha consolidado plenamente y los lazos entre la ciencia jurídica o dogmática jurídica y la sociología del Derecho son más fluidos, por una parte, y por otra, porque también dentro la teoría del Derecho preside una tensión permanente entre el realismo normativista (o si se quiere decir en otras palabras, normativismo realista) y el positivismo jurídico en sus distintas variantes contemporáneas⁵⁹.

57 Pattaro, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, págs. 51 y sigs.

58 Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, 1981, págs. 21-23. Hace notar, significativamente, que la Sociología del Derecho es una ciencia que sirve de “trazo de unión” entre otras ciencias. Tiene como objeto de conocimiento el Derecho y, en este sentido, se constituye como un ámbito especial de la Ciencia jurídica. Al mismo tiempo, investiga el Derecho como elemento de la estructura del orden social y, en este sentido, constituye un ámbito particular de la Sociología (*Ibid.*, pág. 15, del Prólogo del autor).

59 Exponente de las nuevas dimensiones de los problemas de la sociología jurídica y sus conexiones dinámicas con la ciencia jurídica o dogmática jurídica, pueden encontrarse en Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. A. Greppi, Prólogo de M.J. Fariñas Dulce, Madrid, Dykinson, 2000, Capítulo 2 (“La Sociología del Derecho”), págs. 59 y sigs. Asimismo, Arnaud, A.-J. y Fariñas Dulce, M.J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1996, espec., págs. 107 y sigs., 154 y sigs., Pero ya antes las aportaciones fundamentales de autores clásicos contemporáneos como George Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, Capítulo II (“La concepción de la sociología del derecho en Gurvitch”), págs. 125 y sigs.

Por último, lo que parece harto significativo es el hecho de que Hans Kelsen, fue un intelectual extraordinariamente abierto a la discusión, tanto en el ámbito de las cuestiones científicas y metodológicas como también en el plano de la filosofía y la teoría de la democracia constitucional. Lejos de lo que se ha podido afirmar, Kelsen no tuvo ideología cerrada y dogmática, pues su concepción de la sociología del Derecho y de la teoría “pura” del Derecho nunca quedó pretificada, se enriqueció por su propia reflexión y por su puesta en contraste permanente con otros teóricos eminentes de la sociología del Derecho y de la ciencia jurídica⁶⁰.

3. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arnaud, A.J. y Fariñas Dulce, M.J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1996.
- Bernuz Beneitez, M.J., *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Ebenstein, W., *La Teoría pura del Derecho*, trad. J. Malagón y A. Pereña, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, cap. II (“Naturaleza, Derecho y Sociedad”).
- Ehrlich, E., “Entgegnung”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 41, 1916.
- Ehrlich, E., “Replik”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 42, 1916.
- Ehrlich, E., “Sociología y Jurisprudencia”, en Ehrlich, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Ferrari, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. A. Greppi, Prólogo de M.J. Fariñas Dulce, Madrid, Dykinson, 2000, Capítulo 2 (“La Sociología del Derecho”).
- Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast. de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Introducción de Paul Trappe, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez (Col. Crítica del Derecho), 2001.
- Heck, F., *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.
- Hobsbawm, E., *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2001.

⁶⁰ Para la demostración de esta afirmación –aparte de lo que se indica en este ensayo respecto al deslinde entre la sociología del Derecho y la Ciencia jurídica, como saberes distintos sobre el Derecho–, puede consultarse, *in extenso* Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4, págs. 103 y sigs.

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

- Ihering, R. von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por Enrique Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación", a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª edición, 1998, 2ª edición, 2011.
- Ihering, R. von: *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.
- Ihering, R.von: *La prehistoria de los indoeuropeos*, trad. de Adolfo G. Posada, estudio preliminar, "Ihering, historiador", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.
- Kelsen, H., "Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico" (1911), y "El concepto de Estado de la sociología comprensiva", ambos ensayos recogidos en VV.AA., *El otro Kelsen*, Óscar Correas (Compilador), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Kelsen, H., "Autopresentación" (1927), en *Hans Kelsen. Autobiografía*, Matthias Jestaedt, Editor, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Kelsen, H., "Ciencia y política", en *¿Qué es la justicia?*, edición de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992.
- Kelsen, H., "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39, 1915.
- Kelsen, H., "Grundlengun der Rechtssoziologie", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1915.
- Kelsen, H., *La teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993.
- Kelsen, H., "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia analítica" (1941), trad. Eduardo A. Coghlan, en Kelsen, H., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946.
- Kelsen, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, Capítulo VI, sobre "La Ley de causalidad en la ciencia moderna", págs. 383 y sigs. Reeditada en Edición crítica a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, Madrid, Trotta, 2011.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, México, traducción del original alemán de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, Capítulo I ("Derecho y Naturaleza").
- Kelsen, H., "Zur Soziologie des Rechts", en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, núm. 34, 1912.
- Legaz y Lacambra, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Prólogo de Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1933.
- Monereo Pérez, J.L., *Cuestión social y reforma moral: Las 'corporaciones profesionales' en Durkheim*, estudio preliminar a Durkheim, E., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*, trad. Estela Canto, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2006.
- Monereo Pérez, J.L., "Crisis de la Modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 1ª44, 2009.

SOCIOLOGÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA EN HANS KELSEN

- Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.
- Monereo Pérez, J.L., *El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método*, estudio preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.
- Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", estudio preliminar Ihering, R.von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011.
- Monereo Pérez, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Política y Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 4.
- Monereo Pérez, J.L., "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes", estudio preliminar a Holmes, O.W., *The Common Law*, trad. F. N. Barrancos y Vedia, revisión, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.
- Monereo Pérez, J.L., "La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131, 2006.
- Pattaro, E., *Elementos para una teoría del Derecho*, trad. I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991.
- Pound, R., *La evolución de la libertad. Las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. José Puig Brutau, edición a cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981.
- Robles Morchón, G., "La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica", en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 1976-1977.
- Robles Morchón, G., *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Treves, R., "Kelsen y la sociología" (1981), en VV.AA., *El otro Kelsen*, Correas, Ó (Compilador), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Autónoma de México, 1989.
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echevarría y otros, México, FCE, 1981.
- Winkler, G., *Rechtstheorie und Erkenntnislehre Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1990, capítulo 3 (La doctrina "pura" o "general" del Derecho como ciencia del Derecho positivo).
- Zweig, S., *El mundo de ayer*, en *Memorias y ensayos, Obras Completas*, Tomo IV, trad. Alfredo Cahn, Barcelona/Madrid, Editorial Juventud, 1953.