

## LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO COMO CONDICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN KELSEN

SUMARIO: I. *¿Una teoría formalista?* II. *Dos conceptos de eficacia.* III. *La relación entre validez y eficacia.* IV. *La relación entre sociología jurídica y jurisprudencia normativa.* V. *La relación entre teoría del derecho, jurisprudencia normativa y sociología jurídica.* VI. *Teoría pura y ciencias jurídicas.*

### I. ¿UNA TEORÍA FORMALISTA?

Kelsen escribió que “Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces”.<sup>1</sup>

En verdad se trata de una extraña afirmación para una teoría que ha sido calificada de “formalista” y acusada de restarle importancia a la “realidad social” o a las “relaciones sociales”. Este texto kelseniano se compagina con muchos otros de los cuales resulta, sin duda ninguna, aunque se haya comentado más bien poco, que para Kelsen la validez de las normas y del sistema jurídico en su totalidad, depende de su eficacia. O, como lo dice expresamente, la eficacia del derecho es *condición* de su validez. Esta es la idea central, que no tiene nada de “formalista”, cuya pista seguiremos en una relectura de Kelsen, presidida por la convicción de que ha sido un autor, en primer lugar, prejuiciado y, en segundo lugar, que puede ser leído, con beneficio, desde una posición marxista que haya dejado atrás todo aquello que el propio Kelsen criticó de esa posición.

Una vez aceptado que la *Teoría pura del derecho* no incurre en un formalismo del tipo que se le ha reprochado por parte especialmente de los marxistas, que le acusan de no atender a la “realidad social”, y que, por el contrario, coloca a la eficacia como condición de la validez de las normas, bien puede aceptarse que esta teoría postula una *sociología jurídica* cuyo objeto sería, entre otros, tal vez, el estudio de la eficacia de la ley. Pero, a su vez, que una ley sea eficaz no significa sino que quien la produce consigue hacerse obedecer, ya sea por los

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. R. Vernengo), México, UNAM, 1982, p. 224 (en adelante TPD).

ciudadanos, ya sea por los órganos del Estado, es decir, que *dirige* a la sociedad. Si esto es así, la *sociología* de la que habla Kelsen es una que tiene por objeto el estudio del grado de *hegemonía* que detenta quien produce las normas. Es una *sociología* cuyo objetivo político es inocultable, que bien harían los marxistas en practicar con toda seriedad.

## II. DOS CONCEPTOS DE EFICACIA

Destaquemos en primer lugar que en Kelsen hay dos conceptos diversos de eficacia:

1) "Un orden jurídico es considerado válido cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente aceptadas y aplicadas" (*TPD*, p. 224).

2) "Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida, cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta un cierto grado" (*TPD*, p. 24).

Hay, por lo tanto, eficacia del sistema en su conjunto, y eficacia individual de las normas, que no es lo mismo. A su vez, hay una relación especial entre ambas eficacias, porque un sistema es válido si es eficaz, pero es eficaz cuando son eficaces las normas que lo integran. Esto quiere decir que para saber si un sistema es eficaz, es necesario estudiar la eficacia de las normas individuales. Si "en términos generales" y "a grandes rasgos" éstas son eficaces, entonces estamos ante un sistema eficaz. Si esto es así, estamos frente a un trabajo sociológico que establecería si un sistema jurídico es o no válido.

## III. LA RELACIÓN ENTRE VALIDEZ Y EFICACIA

El concepto de *validez*, donde se encuentra según Kelsen la especificidad del derecho, es uno de los más etéreos. Dice Kelsen que con "el término 'validez' designamos la existencia específica de una norma" (*TPD*, p. 23), y que "la validez de una norma no es algo real" (*TPD*, p. 24). Esto quiere decir que el derecho se instala en el mundo ideal, como quería Marx con aquello de las *superestructuras*. Y frente a desafortunados intentos de "bajar a la realidad", que bajo la cobertura que dan términos a primera vista atractivos como "bajar" y "realidad", que finalmente *esconden* la función que juega el mundo normativo, Kelsen advierte: "Cuando se afirma la validez, es decir, la existencia específica del derecho, como dada en alguna realidad natural, uno se

sitúa fuera de la posibilidad de captar el sentido peculiar con que el derecho se dirige a la realidad" (TPD, p. 225).

"El *sentido peculiar* con que el derecho se dirige a la realidad..."; Kelsen defendió esta idea del derecho, con toda razón, hasta el final. Lejos de ser un planteo idealista, como ha sido visto frecuentemente, es la única manera de plantear, desde un punto de vista materialista y crítico, la cuestión del poder. Dejar de lado la radical idealidad de las normas, significa tanto como ocuparse del ejercicio del poder ocultando, acriticamente, apologeticamente, su fuente. Que es lo que quiere hacer la llamada *jurisprudencia sociológica* o los diversos matices del "realismo" jurídico. Quieren ocuparse solamente de lo "tangible", que es el comportamiento "real" de los ciudadanos y órganos estatales, sin preguntarse por qué se comportan así; quieren ocuparse solamente de la obediencia a la ley dejando de lado el *amor* a la ley, las razones de la obediencia. Ello significa ocultar, o sustraer a la crítica, el hecho de que la norma es "causa" de la conducta de los hombres. Para decirlo con palabras de claro sabor metafísico, es ocultar la *voluntad de poder*, el "sentido peculiar con que el derecho se dirige a la realidad", a los hombres: *dominarlos*. No es lo mismo limitarse muy "científicamente" a comprobar empíricamente si la conducta se ajusta o no a las normas, que además intentar desmontar el mecanismo ideológico con el cual se consigue la obediencia.

Por esta razón, para evitar que se diluya esta especificidad del derecho, su "esencia" digamos, Kelsen insiste en conservar la idea de validez. Sin embargo, como la "validez", la existencia de una norma, no es un fenómeno natural, un fenómeno empíricamente observable, Kelsen advierte que la existencia puede predicarse de una norma siempre que la misma sea eficaz, lo cual sí puede ser comprobado por los medios comúnmente aceptados por las ciencias sociales.

De esta manera, la "esencia" del derecho se hace dependiente de la eficacia. Pero no en el sentido causal, o sea, en el sentido de que la eficacia sea "causa" de la validez, porque la causa de la existencia de una norma, para Kelsen, es el hecho de que alguien la haya producido mediante un acto de voluntad. La validez es dependiente de la eficacia en el sentido de que sólo podemos saber de la validez de una norma si comprobamos su eficacia. La eficacia es el *signo* de la validez.

IV. LA RELACIÓN ENTRE SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y JURISPRUDENCIA  
NORMATIVA<sup>2</sup>

Si sólo puede predicarse validez *después* de un estudio empírico de las relaciones sociales, que establezca que las normas "se cumplen", entonces la *jurisprudencia normativa* es posterior a la *sociología jurídica*. O bien, aquélla debe incluir los resultados de ésta, puesto que aquélla puede predicar validez de las normas que describe sólo si previamente se ha *comprobado empíricamente* que son eficaces. Dicho de otra manera, si la eficacia es condición de la validez, la *sociología jurídica* es condición de la práctica de la *jurisprudencia normativa*.

De otra manera: si la *jurisprudencia normativa* tiene por objetivo describir las normas válidas de un sistema jurídico, si tales normas son válidas porque pertenecen a un orden eficaz, si este orden es eficaz cuando son eficaces las normas que lo integran, no veo cómo escapar a la conclusión de que, en Kelsen, esta ciencia depende del estudio de la eficacia de las normas.

Pareciera que el procedimiento debiera ser este: la *jurisprudencia normativa* formularía primeramente una hipótesis que diría "el conjunto  $x$  de normas es válido" o, tal vez mejor, "las normas  $n_1, n_2, \dots, n_n$ , constituyen un conjunto  $x$  y son válidas". Con toda razón, podría decirse que, para Kelsen, esta hipótesis tendría que ser formulada luego de un estudio de actos concretos, empíricos, de voluntad, lo cual se parece a un estudio histórico que no tendría nada de "formal". De todos modos se trataría de una hipótesis, no de una conclusión científica.

Luego de formulada la hipótesis, la *jurisprudencia normativa* tendría que entregarse a la *sociología jurídica* para que ésta verificara cuáles de las normas descritas son eficaces y cuáles no. Después de este trabajo, se practicaría realmente la *jurisprudencia normativa*, cuyo trabajo consistiría en describir esas normas —tarea que en realidad tiene que haberse hecho ya en la hipótesis—, sistematizarlas tal vez, aplicarle los recursos lógicos para establecer contradicciones, aclararlas, etcétera.

Pareciera que el material de la *jurisprudencia normativa* debe ser en-

<sup>2</sup> Por *jurisprudencia normativa* entiendo esa ciencia que preconiza Kelsen, que se limita —debe limitarse— a describir normas. Me niego a llamarla *ciencia jurídica*, como quieren quienes desean descalificar a la *sociología jurídica*, porque me niego a aceptar que haya una sola disciplina que haga del derecho su objeto. Creo más atinado decir que hay varias ciencias jurídicas, entre las cuales la *jurisprudencia normativa*, que se dedica a describir normas válidas, si bien puede ser muy útil en la práctica cotidiana del ejercicio del poder, ni de lejos es la más interesante.

tregado por la *sociología jurídica*, que partiría de las hipótesis de aquélla. Esto podría verse como reflejo de la concepción kelseniana de *sociología del derecho*, a la que, en su discusión con Weber, coloca en lugar subordinado respecto de la *teoría del derecho*, puesto que sólo esta última puede proporcionar el concepto de "derecho" que le permitiría a aquella distinguirse de la *sociología general*.<sup>3</sup> La prioridad del derecho sobre la sociología a nivel teórico, se manifestaría como esta prioridad, respecto de las hipótesis, de la *jurisprudencia normativa* en relación con la *sociología jurídica*; sin embargo, respecto de la práctica científica empírica, sus resultados constituirían la base para la práctica de aquélla.

En su discusión con lo que llama la *jurisprudencia sociológica*, Kelsen se refiere a este problema, pero desde el ángulo de su defensa ya mencionada de la especificidad del derecho como fenómeno ideológico.<sup>4</sup> El sentido general de todo el texto es explicar la parcialidad y la notoria incompletitud del análisis que del derecho hacen quienes se adhieren a esta concepción tan típicamente anglosajona. Sin embargo, Kelsen se las tiene que ver con este argumento: las conclusiones a las que llega la *jurisprudencia sociológica* —que no es lo mismo que *sociología jurídica*, como veremos—, son similares a aquellas a las cuales arriba la *jurisprudencia normativa*, puesto que ésta describe como válidas las normas que la otra también describe como "hechos". Kelsen acepta el argumento y lo refuta. Pero ¿por qué lo acepta? Porque efectivamente los resultados son similares. Y hay una razón para ello:

La razón está en que la *jurisprudencia normativa* afirma la validez de una norma, o lo que es lo mismo, su "existencia", únicamente cuando el precepto pertenece a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, es eficaz, o sea cuando las normas de éste son, en la mayoría de los casos, obedecidas por los sometidos al propio orden o, en la hipótesis de la desobediencia, aplicadas la mayoría de las veces por los órganos estatales (*TGDE*, p. 202).

Esto es, en Kelsen la *jurisprudencia normativa* depende de los resultados de la *sociología jurídica*, puesto que únicamente afirma la validez de las normas que son eficaces.

Atiéndase al hecho de que Kelsen no identifica la *sociología jurídica* con la *jurisprudencia sociológica* a pesar de que ésta sea una práctica

<sup>3</sup> Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez), México, UNAM, 1969, p. 209 (en adelante *TGDE*).

<sup>4</sup> Véase *TGDE*, pp. 192 y ss. (es el cap. XII de la primera parte).

sociológica. Para Kelsen la *sociología jurídica* tiene por objeto la conducta humana “determinada” por la norma jurídica. En el último párrafo de este texto, toma distancias de Weber indicando que éste limita la *sociología jurídica* a la conducta “orientada” hacia las normas, lo cual excluiría de esta disciplina, por ejemplo, las conductas antijurídicas de quienes, por desconocer las normas, no pueden “orientar” por ellas sus acciones. O sea que respecto de la *sociología jurídica*, Kelsen se mide con Weber, no con los sostenedores de la *jurisprudencia sociológica*, como podría aparecer a primera vista. Esta última, más que una ciencia social parece una descripción de la práctica concreta de los abogados litigantes, cuya principal preocupación es predecir lo que harán los tribunales (o los funcionarios en general). La *sociología jurídica*, en cambio, es una ciencia que tiene como objeto la conducta de los ciudadanos y los órganos estatales; pero no todas las conductas, sino aquellas que pueden ser “medidas” o confrontadas con las conductas descritas idealmente en las normas. Y el objetivo de esta ciencia no es proporcionar a los abogados elementos para ejercer su profesión —aun cuando pueda serles útil—, sino algo mucho más interesante, como es saber si quien produce normas consigue hacerse obedecer.

Me parece que todos estos textos apoyan suficientemente la conclusión de que, en Kelsen, la *sociología jurídica* se constituye en *condición* de la práctica de la ciencia dogmática. Según esto, quienes deben ser tildados de “formalistas” son los que dicen que puede haber “ciencia jurídica” sin sociología. Y deben ser tildados de no científicos quienes pretenden describir normas, o postular la validez de normas, cuya eficacia no haya sido comprobada previamente. Ni unos ni otros pueden, en consecuencia, reclamarse de la línea científica propuesta por Kelsen.

Esto último tiene la mayor trascendencia política, porque no es lo mismo una “ciencia” que señala como válidas, como existentes, como que “deben” ser obedecidas las normas que produce la autoridad, que una ciencia que sólo señala como válidas las normas que adquieren el consenso, tanto de los ciudadanos como de los órganos estatales inferiores al órgano que las produce. Piénsese, sin ir más lejos, la importancia que tiene para las etnias de nuestros países el hecho de que la ciencia defienda que las válidas son las normas que ellas cumplen, no las que produzca un Estado, un poder, que generalmente tiende a destruirlas. La primera es una ciencia que le dice a jueces, funcionarios y abogados, que “valen” las normas estatales por el solo hecho de ser producidas; la segunda les dice que las que valen, las que deben aplicarse, son las que la sociología determina como eficaces.

## V. LA RELACIÓN ENTRE TEORÍA DEL DERECHO, JURISPRUDENCIA NORMATIVA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La dependencia teórica de la *sociología jurídica* respecto de la *teoría del derecho*, ya mencionada, tiene esta otra faceta. Según Vernengo, en el último Kelsen, el concepto de *validez* adquiere contenidos ya no tan etéreos. En primer lugar, “las normas serán válidas en cuanto exhiban, como dice Kelsen, una suficiente determinación de sus ámbitos de aplicación”.<sup>5</sup> Vernengo dice que en tal caso se trataría de “un enunciado normativo bien formado”. En un segundo significado, *validez* quiere decir que, por tratarse de enunciados bien formados —“condición previa a que puedan ser válidas”—, las normas “deben ser observadas”. Y agrega: “Y sólo con respecto de normas dotadas de tal validez puede inquirirse, mediante una investigación empírica, si efectivamente son acatadas o si efectivamente producen modificaciones en el comportamiento de sus receptores” (*idem*).

Según esto, hay una tarea previa a la formulación definitiva de la hipótesis que la *jurisprudencia normativa* debe entregar a la *sociología jurídica*. Se trata de una actividad propia de juristas que, a partir de resultados entregados por la *teoría del derecho*, permitiría saber cuáles son aquellas normas cuya eficacia debería comprobarse para ser después incorporadas a la descripción del conjunto de normas válidas. En efecto, ¿cómo se construirían esas hipótesis sino a partir de la teoría? Se trata de lo que decía Kelsen en la discusión con Weber: es la teoría del derecho la que produce el concepto que de lo jurídico utilizará la sociología.

Atendiendo a estas precisiones, la *jurisprudencia normativa* sería una práctica científica en dos momentos mediados por la práctica científica de los sociólogos del derecho.

## VI. TEORÍA PURA Y CIENCIAS JURÍDICAS

Confieso que no me queda claro qué tiene de “pura” una teoría que tiene tantas implicaciones políticas, que no parece tener otro objetivo que quitar toda base a todo poder, que hace depender de tal manera el derecho de la sociología, que condena a la acientificidad a los juristas realmente existentes, que permite denunciar como apologetas del

<sup>5</sup> Vernengo, Roberto J., “Validez y verdad en la *Teoría general de las normas* de Hans Kelsen”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Granada, núm. 25, 1985, p. 27.

poder a los profesores que enseñan un derecho no apoyado en la sociología. Todo lo cual no sólo me parece compatible con el marxismo, sino que no veo cómo alguien podría reclamarse marxista sin suscribirlo incondicionalmente.

Comprendo que decenas de textos kelsenianos parecen apoyar lo contrario. Sobran los ejemplos; en 1923 escribió en el prólogo de la segunda edición de su primera obra<sup>6</sup> que

la finalidad que en esta obra perseguimos y que, de entonces acá, informa también los demás trabajos de investigación emprendidos por nosotros, es la de llegar a una *teoría pura del derecho*... De una parte saliendo al paso de las pretensiones de la llamada consideración 'sociológica'... De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que... trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético políticos (*PCTJE*, p. XXXIX).

O sea, contra la sociología y contra la política. Al menos eso parece a primera vista. En el prólogo a la *Teoría general del Estado* se reclama continuador de una línea de pensamiento que "apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una Teoría del Estado positivo, esto es, una teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno".<sup>7</sup>

Y si así se veía en 1925, en 1934 escribió en el prólogo de su *TPD*: "Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural."

O sea, nuevamente, contra la política y la sociedad, lo cual está repetido también en el prólogo a la segunda edición de la *TPD* de 1960. Y parece que la "pureza" proviene de esta doble separación: de la sociología y de la política. Sin embargo, son también innegables las consecuencias sociológicas y políticas de este pensamiento, que se llama a sí mismo "puro".

Hay otros textos que muestran esta faceta no tan "pura" de la teoría kelseniana. Por ejemplo, en otro prólogo, que son los lugares donde los autores suelen decir cómo se ven a sí mismos, dice Kelsen:

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (trad. W. Rocés), México, Porrúa, 1987 (en adelante *PCTJE*).

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. L. Legaz y Lacambra), México, Ed. Nacional, 1979, p. VII.

La teoría pura del derecho es una teoría monista. Pone al descubierto que el Estado, concebido como ser personal, no es, en el mejor de los casos, sino la personificación del orden jurídico nacional y, de manera más frecuente, una simple hipóstasis de ciertos postulados morales y políticos. Al abolir tal dualismo, mediante la disolución de la hipóstasis que suele conectarse con el ambiguo término "Estado", la teoría jurídica pura descubre las ideologías políticas que anidan en la ciencia jurídica tradicional (*TGDE*, p. IX).

En este y otros textos, la teoría pura se autoerige en combatiente contra las ideologías políticas (contra todas; cosa que no sucede cuando Kelsen se coloca en el espacio de la filosofía política, combatiendo allí sólo a las ideologías políticas totalitarias). Pero ¿cómo es posible decir que quien combate ideologías políticas no está cumpliendo un acto político? La única manera de hacer congruente esta aparente contradicción, es reconociendo que Kelsen cumple aquí con una exigencia científicista, que es la misma que ha intentado también algún marxismo que, como el de Althusser, proclama que se trata de un combate de la ciencia contra la ideología. Kelsen, como Althusser siguiendo a Marx, Engels y Lenin, cree que la suya es una teoría que enuncia la verdad, y que desde esa teoría se combate con éxito lo "otro" que es calificado de "ideología". La diferencia con otros estaría en que Kelsen, siguiendo la tónica general de su filosofía relativista y democrática, no aceptaría que se condene a nadie por no estar convencido de la verdad de la teoría pura, ni impediría la investigación a partir de teorías distintas; que es una actitud tolerante que está muy lejos de ser seguida por muchos kelsenianos.

Lo cierto es que una teoría como la kelseniana sólo puede calificarse de "pura" si se parte de la idea de que existen, frente a frente, la verdad y la ideología. Esto, en Kelsen, me parece una contradicción; contradicción a la que son llevados todos aquellos que, no aceptando criterios metafísicos de verdad, piensan que de todos modos puede llegarse a la verdad. La verdad absoluta sólo puede ser sostenida por quienes creen en Dios u otras formas de absoluto, como la razón, la dialéctica o las leyes naturales. De lo contrario sólo puede aceptarse que la verdad es algo relacionado solamente con ciertos postulados metódicos aceptados convencionalmente. Por ejemplo, el postulado de la comprobación empírica: aceptaremos, se diría, que es "verdad", que es confiable, todo enunciado que ofrezca la posibilidad de ser comprobado empíricamente, y mientras un experimento no compruebe lo contrario. Pero es contra-

dictorio negar la verdad apoyada en ideas absolutas y, al mismo tiempo, sostener que exista alguna forma de verdad absoluta.

Pues bien, suponer que existen frente a frente la verdad y la ideología es correcto para los pensadores orientados metafísicamente, y es contradictorio respecto de quienes no lo están. Kelsen combatió siempre los absolutismos metafísicos, de modo que debe encuadrarse entre estos últimos; pero creyó en la ciencia y en la verdad. En 1939 escribió para su amigo Weyr:

Desde luego, no es conforme a la época este ideal de una ciencia independiente de la política. Y sin embargo, es lo único que puede garantizar la existencia de la ciencia. La historia del espíritu humano lo demuestra. Por eso no es únicamente en nombre de tus amigos científicos en el extranjero, es en nombre de la ciencia, que nos es sagrada, que expreso el deseo: que tú, luchador y honesto por la independencia y libertad del conocimiento, continúes entre nosotros todavía muchos, muchos años, para que la conciencia de tenerte como compañero de batalla no nos deje disminuir el ánimo en la eterna lucha por la verdad.<sup>8</sup>

Nótese que Kelsen no distinguía entre teoría y ciencia, o sea, entre una práctica empírica y la teoría que la funda. Él veía a la teoría pura como ciencia enfrentada a la ideología, y por esto último entendía sobre todo a las distintas clases de jusnaturalismo que calificaba de totalitarismos. "Justamente, por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como verdadera ciencia jurídica" (*TPD*, p. 121).

Sin embargo, nosotros podemos distinguir entre lo que Kelsen ha hecho, es decir, entre la *Teoría pura del derecho*, y la práctica científica que deberían hacer los juristas que quisieran seguirlo. Si éstos consiguieran realizar una práctica de descripción de normas sin incluir sus puntos de vista éticos y políticos, entonces cumplirían el anhelo kelseniano de una ciencia "pura". Tengo para mí que eso no es posible; no sólo porque decir "puramente" cuáles son las normas que "deben" obedecerse no me parece apolítico, sino porque no creo que haya juristas que acepten describir normas sin opinar sobre ellas. Pero aun suponiendo que eso es producto, como cree Kelsen, de los tiempos tumultuosos que nos ha tocado vivir, de todos modos no creo que la

<sup>8</sup> Citado por Rudolf A. Métall, "Hans Kelsen y su escuela vienesa de teoría jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, vol. VII, núm. 19, enero-abril de 1974, p. 8.

*Teoría* de Kelsen sea “pura” en el sentido de estar desprovista de contenido político. No creo que una teoría que postula que la eficacia es condición de la validez y que se coloca en franco combate con ideologías, pueda ser catalogada como apolítica.

Óscar CORREAS