

LA POLEMICA ENTRE KELSEN Y EHRLICH EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA CIENCIA JURIDICA (*)

En el año 1913 ve la luz la voluminosa obra de Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1), que constituye sin duda la obra más importante de su autor, aunque para su íntegra comprensión sea necesario completarla con otros trabajos; algunos de ellos son de índole sociológica, tales como *Die Erforschung des lebenden Rechts*, *Ein Institut für lebendes Recht*, *Das lebende Recht der Völker der Bukowina* (2) —anteriores a la *Grundlegung*— y el enjundioso artículo publicado por la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* el mismo año de su muerte (1922) y que lleva por título *La Sociologia del Diritto*; otros trabajos, también importantes a la hora de comprender el pensamiento jurídico ehrlichiano son los que afectan a cuestiones de metodología jurídica y que hacen fácil la inserción de su autor en la *Freirechtsschule*: como ejemplo podemos citar la *Juristische Logik* (1917) (3), que en importancia va a la zaga de la *Grundlegung*, así como otros ensayos, de menores dimensiones, pero también sumamente sustanciosos, tales como *Ueber Lücken im Rechte*, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissen-*

(*) Dejo constancia de mi agradecimiento a la Embajada de la República Federal de Alemania por haberme proporcionado gratuitamente los trabajos de Kelsen y de Ehrlich publicados en el «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik».

(1) Publicada en München und Leipzig y más tarde en 1929 y 1967. Hay traducción americana de W. L. Moll con introducción de Roscoe Pound, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge Mass, 1936; New York, 1962. Ultimamente traducción italiana y presentación de A. Febbrajo, *I fondamenti della Sociologia del diritto*, Milano, 1976.

(2) Recogidos en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von Eugen Ehrlich*. Ausgewählt und eingeleitet von Dr. Manfred Rehbinder. Berlín, 1967.

(3) En «Archiv für civilistische Praxis» CXV, 1917, págs. 125-439. Publicado como libro en Scientia Verlag Aalen. Darmstadt, 1966.

schaft y *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes* (4).

El pensamiento de Eugen Ehrlich, sin duda sumamente rico y variado y también de extraordinaria asistematicidad, estaba esperando en nuestro país una exposición, puesto que de quien se dice mayoritariamente que es padre de la Sociología del Derecho no hay aún en la obra de los juristas o filósofos del Derecho españoles una referencia suficiente. A ello he consagrado mi labor en un trabajo de próxima aparición.

Sin perjuicio, pues, de remitirme al mencionado trabajo para una exposición en más detalle del pensamiento de Ehrlich, en esta ponencia me propongo desarrollar un tema que por su importancia teórica y sus secuelas prácticas pueden dar pie a la polémica, que, como se sabe, debe ser la esencia de un Seminario.

Como consecuencia de la publicación de la *Grundlegung* y con la pretensión de ejercer una dura crítica al pensamiento en ella contenido escribe Kelsen una larga recensión titulada *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* que aparecería en 1915 en «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik» (5); a las aceradas acusaciones kelsenianas Ehrlich responde en la misma Revista con su *Entgegnung* (6), a la que sucede la *Replik* de Kelsen (7), a ésta la *Replik* (8), de Ehrlich y finalmente el *Schlusswort* (9). A las argumentaciones teóricas se unen en ocasiones el filo de la ironía e incluso del sarcasmo; aquí prescindiré de ambos ya que el paso del tiempo otorga cuando menos el privilegio de la distancia.

Los ataques de Kelsen se manifiestan en diversos puntos que aquí pueden ser sintetizados en la crítica al sincretismo metodológico de Ehrlich.

Para Kelsen, el fenómeno jurídico puede ser contemplado desde dos perspectivas diferentes: o bien se puede considerar el Derecho como *norma*, es decir, una específica regla de *deber-ser*, o bien como un *hecho o fenómeno*, como una regla del *ser*. En el primero de los casos la Ciencia del Derecho es una *Wertwissenschaft*, de carácter normativo y deductivo; en el segundo, una *Naturwissenschaft*, que tiene por ende como misión la explicación del fenómeno a través de procedimientos inductivos (10).

Sein y *Sollen*, ser y deber-ser, son las dos categorías lógicas sobre

(4) Recogidos asimismo en *Recht und Leben*, ya cit. Una relación de las obras de Ehrlich v. la *Presentazione* de A. Febbrajo, págs. L-LII.

(5) T. XXXIX, 1915, págs. 839-876.

(6) T. XLI, 1916, págs. 844-849.

(7) T. XLI, 1916, págs. 850-853.

(8) T. XLII, 1916-1917, págs. 609-610.

(9) T. XLII, 1916-17, pág. 611.

(10) KELSEN, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, págs. 839-40.

las que se asienta la distinta perspectiva de consideración sobre el fenómeno jurídico, dejando bien claro, empero, que el *Sollen* tiene aquí un estricto carácter *formal*, de la misma manera a como puede ser considerado el *Sollen* en otros ámbitos del pensamiento categorial humano (11). *Sein* y *Sollen* pueden coincidir en la realidad; esto es, lo que la norma prescribe puede ser exactamente lo que en realidad sucede, y viceversa: lo que acontece en la facticidad puede coincidir con lo ordenado en la norma; pero no siempre sucede así, ya que ambas categorías se sitúan a dos niveles diferentes.

Sobre este dualismo de perspectivas (*Sein-Sollen*) y de objeto (regla del ser-regla del deber ser) es sobre el que Kelsen basa la distinción entre Sociología del Derecho (*Soziologie des Rechts*) y Ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*). Teniendo en cuenta que las divergencias de forma de pensamiento (esto es, de método) condicionan la índole del objeto, se hace preciso establecer una dualidad disciplinar entre la ciencia que estudia el *ser* del Derecho y la que se dedica al *deber-ser* del mismo (12). Una ciencia sociológica del Derecho nunca podrá decir cuándo y bajo qué condiciones alguien está autorizado u obligado jurídicamente, sino tan solo qué es lo que realmente hacen o dejan de hacer los hombres en relación a ciertos presupuestos; las afirmaciones de esta ciencia son juicios de realidad, trata de explicar la misma a través de la observación y la categorización y formulación de reglas por un camino inductivo. En cambio, una Ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*) se centra en el estudio de lo que *debe ser* según el Derecho, es una ciencia valorativa (*wertende*) en el sentido puramente formal y no explicativa (*erklärende*) de la realidad fáctica; se trata por tanto de una ciencia jurídica normativa (*normative Rechtswissenschaft*) (13); es, pues, inadmisibile un sincretismo metodológico de ambos planos, del *Sollen* y del *Sein*, del valor y del hecho, y, en consecuencia de la Ciencia del Derecho normativa y de la Sociología del Derecho explicativa (14), que es, lo que al parecer de

(11) *Ibidem*, pág. 839: «Das rechtliche Sollen steht *neben* dem sittlichen, dem ästhetischen, dem logischen, dem grammatischen Sollen als eine von mehreren Soll-Möglichkeiten. Der Rechts-Wert ist somit nicht als absoluter, sondern nur als relativer Wert zu denken. Der Begriff des Sollens muss eben — gerade mit Rücksicht auf die Rechtswissenschaft — in einem rein *formalen* Sinne genommen werden».

(12) *Ibidem*, págs. 841-42.

(13) *Ibidem*, pág. 840.

(14) *Ibidem*, págs. 840-41: «Ganz und gar unzulässig ist lediglich eine Vermengung der Problemstellung beider Richtungen, ein *Synkretismus der Methoden*: normativer Jurisprudenz und explicativer Rechtssoziologie».

Kelsen, intenta Ehrlich en la *Grundlegung*. De la mezcla del *Sein* y del *Sollen* y, por tanto, de la confusión de planos epistemológicos y objetos de conocimientos es de lo que adolece en su opinión la obra ehrlichiana. Este rasgo constituiría así un *leitmotiv* que subyace como verdadero mal de fondo y que impregna desde la primera hasta la última página de su «Sociología del Derecho».

Todo esto se manifiesta fundamentalmente en dos aspectos:

a) Bajo el sincretismo metodológico se esconde en Ehrlich una reivindicación de la Sociología del Derecho como la *única* verdadera Ciencia del Derecho. La aspiración al hallazgo de *una* Ciencia del Derecho constituye una constante en el campo de la especulación jurídica; Ehrlich no podía ser menos, y él ha dado una contestación sociologista.

Distingue, en efecto, lo que llama *praktische Jurisprudenz* o Ciencia del Derecho práctica de la Ciencia del Derecho en el sentido estricto del término (*Rechtswissenschaft*), siendo ésta «una parte de la ciencia teórica de la sociedad o, lo que es lo mismo, una parte de la Sociología» concluyendo que «la Sociología del Derecho es, por consiguiente, la verdadera teoría científica del Derecho» (15). En contraposición a ella la Ciencia jurídica en el sentido tradicional, esto es, la jurisprudencia «práctica» viene definida como el conjunto de reglas prácticas dadas al Juez y demás autoridades para su aplicación en el desenvolvimiento de su oficio (16). Esta pretendida ciencia —nos dice Ehrlich— tiene un carácter abstracto-deductivo y se halla situada totalmente fuera del conocimiento de la realidad, por lo que no puede ser calificada como *verdadera* ciencia, la cual se caracteriza por el método inductivo y por la aproximación a «la esencia de las cosas mediante la observación de los hechos y la recopilación de experiencia» (17). Señaló así Ehrlich el ideal científico propio del positivismo filosófico cuyo fruto más granado en el ámbito del conocimiento sobre la realidad humana sería la Sociología, que, tratando de basarse tan sólo en el conocimiento de los hechos, desprecia toda actitud dogmática, tradicional en el campo jurídico.

b) En el aspecto del objeto de estudio de la *verdadera* Ciencia del Derecho, esto es de la Sociología del Derecho, señala en contraposición a las normas de decisión (*Entscheidungsnormen*) lo que ha resumido con

(15) *I fundamenti*, pág. 32.

(16) *Ibidem*, págs. 11 y 12.

(17) *Ibidem*, pág. 14.

la expresión de *Derecho vivo* (*lebendes Recht*). El Derecho vivo se halla en oposición con el Derecho válido sólo ante el Juez y las autoridades (*geltendes Recht*), no es el Derecho expresado en proposiciones sino el que rige la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas (18). Señala que en contraposición a la concepción tradicional del Derecho que concibe a éste como un conjunto de proposiciones según las cuales las autoridades han de decidir los casos que se les plantee, esto es, como un conjunto de normas de decisión, el Derecho es, antes que nada, organización, es decir, orden constituido por reglas del obrar, en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en su vida real, sino que también deben actuar (19).

Como consecuencia de la concepción del Derecho como un conjunto de normas de decisión, la Jurisprudencia «práctica» tradicional ha ligado el concepto del Derecho a la función de los jueces y demás autoridades del Estado definiendo en definitiva el fenómeno jurídico como fenómeno estatal. Todo el Derecho lo ha reducido a Derecho del Estado. Al mismo tiempo ha visto el lado negativo del Derecho, al considerar a éste como un conjunto de normas esencialmente coactivas. Se desconoce así que el Derecho tiene su origen en la sociedad, por una parte, y que además constituye un orden que la inmensa mayoría de los casos no está necesitado de la coacción para su funcionamiento. La Jurisprudencia dominante, pues, tiene una visión parcial y al mismo tiempo errónea del Derecho, al no situarlo en el ámbito que le corresponde, a saber: el de la vida social de los hombres.

Se ha dicho del movimiento del Derecho libre (*Freierechtbewegung*), del que Ehrlich, junto con H. Kantorowicz, es uno de sus más egregios representantes, que supone una traducción al plano del pensamiento jurídico de las exigencias y planteamientos intelectuales del vitalismo filosófico, que constituye una reivindicación de la realidad vital como piedra angular de la construcción cognoscitiva. En este sentido se podría entender las alusiones de Ehrlich a la vida, que de algún modo refrescan el excesivo formalismo de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffjurisprudenz*) que es, a la postre, contra quien va dirigida la crítica de este autor. Pero pasar de ahí sería excesivo ya que el vitalismo filosófico es en esencia irracionalista, y no es posible aceptar un pensamiento irracionalis-

(18) *Die Erforschung des lebenden Rechts*. En *Recht und Leben*, pág. 19. También *Ein Institut für lebendes Recht*. *Recht und Leben*, pág. 32. Asimismo *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. *Recht und Leben*, pág. 117.

(19) V. M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlín, 1967, págs. 56 y sigs.

ta sobre el Derecho a no ser para, afirmando el carácter individual de la existencia, negar su realidad y su función. Por eso, el planteamiento de Ehrlich no es vitalista, esto es, irracionalista, ya que él no menciona para nada la vida tal como la entiende aquella filosofía, en un sentido puramente egotista-individual, sino «la vida de los hombres en sociedad». El Derecho está en la vida social y a ella hay que acudir para conocerlo; en contra de las posturas formalistas y legalistas, que consideran el Derecho como algo ya dado, y cuyo conocimiento supone tan sólo una labor de exégesis, desligada del acontecer social, la *freie Rechtsfindung*, la libre investigación del Derecho, no es un conocimiento exegético sino que su misión consiste en investigar lo que realmente el Derecho es, al manifestarse en la vida social de los hombres. No presupone el Derecho sino que va a su encuentro en la realidad social. Por eso, la verdadera Ciencia del Derecho para Ehrlich es una ciencia «teórica» de realidades, con fines exclusivamente cognoscitivos y no prácticos. Quien —según Ehrlich— vio esto con nitidez fue la escuela histórica del Derecho sobre todo a través de sus más representativas figuras: Savigny y Puchta, pero sin embargo no fueron consecuentes a la hora de aplicar a sus obras dogmáticas sus principios metodológicos (20).

A los dos aspectos señalados, de cuya exposición me ocuparé más detenidamente en el trabajo antes mencionado, responde Kelsen críticamente.

Si Ehrlich reivindica para la Sociología del Derecho el carácter de *verdadera* Ciencia del Derecho, lo propio hace Kelsen con la Jurisprudencia normativa (21). Y eso en base a un presupuesto lógico: no se puede delimitar el concepto del Derecho sino desde la perspectiva de una Ciencia *normativa*. El planteamiento de Ehrlich —según Kelsen— es erróneo, puesto que para poder hacer una Sociología *del Derecho* es preciso manejar un criterio definidor de *lo jurídico* con respecto a las demás normas o reglas que rigen la actuación humana. Este criterio no lo puede proporcionar la Sociología del Derecho, puesto que la Sociología es una ciencia de hechos o fenómenos sociales, y en cuanto que tales se manifiestan los diversos tipos de normas en la vida real de los hombres. La Sociología del Derecho, pues, presupone el concepto del Derecho, que no

(20) V. *I fundamenti*, págs. 22-23.

(21) KELSEN, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, págs. 870-71. «Die beiden Schlusskapitel der Ehrlichen Arbeit behandeln die "Methoden der Soziologie des Rechtes". Hier fasst er seine Grundanschauungen vom Wesen der neuen Wissenschaft noch einmal zusammen und in dieser gedrängten Darstellung kommt die Unklarheit und der innere Widerspruch, an dem die ganze "Grundlegung" leidet, besonders deutlich zum Ausdruck.»

puede ser otro sino el que proporciona la llamada Jurisprudencia normativa (22). Una vez establecido el concepto del Derecho ya se tiene el criterio definidor de la realidad jurídica que, calificada como tal podrá a su vez ser objeto de estudio de una disciplina que, como la Sociología del Derecho, no considerará sino la génesis y los efectos, junto con los contenidos valorativos, de las normas jurídicas, es decir, la relación de éstas con la realidad social. Para Kelsen pretender que la Sociología del Derecho pueda definir el Derecho —esto es, llegar a un concepto sociológico del Derecho— es una pretensión semejante a la de perseguir un concepto matemático de un fenómeno biológico (23). La Ciencia del Derecho, pues, ha de ser una ciencia de carácter normativo ya que el Derecho primariamente no es un hecho, sino un conjunto de normas o de proposiciones jurídicas que expresan un deber-ser formal. El análisis explicativo-causal del Derecho es el objeto de la Sociología del Derecho, pero dicho análisis presupone la delimitación del objeto *Derecho*. Por eso, la única verdadera Ciencia del Derecho es para Kelsen la que se sitúa al nivel del *Sollen* formal de las normas, es la Jurisprudencia normativa. El Derecho es forma; es la forma en que la vida social se manifiesta; por consiguiente, una Ciencia del Derecho ha de estudiar las formas y despreocuparse de la realidad social y económica que dan contenido a aquéllas (24). El hacer de la Ciencia jurídica una ciencia de realidades y contenidos, sin posibilidad, pues, de separar los dos ámbitos del *sein* y del *sollem*, conduce, como sucede en Ehrlich, a la identificación de esta ciencia con la Sociología y, en definitiva, a la identidad de Derecho y Sociedad (25). Se llega a sí a constituir a la Ciencia del Derecho en un capítulo, más o menos destacado de la Sociología, no siendo admisible la existencia de una Sociología del Derecho autónoma, ya que ésta se muestra impotente para señalar dónde se encuentra el orden jurídico a diferencia del orden social general (26).

Si Ehrlich ataca a la por él llamada jurisprudencia práctica diciendo como se ha visto que es un conocimiento abstracto deductivo y que se

(22) *Ibidem*, pág. 876. «Für den rein soziologischen Aspekt wir des überhaupt keine *wesentliche* Differenz geben zwischen diesen Normen, d. h. *zwischen den psychischen Tatsachen, den Vorstellungen, die diese Normen zum Inhalte haben*. Nur die irrige Vorstellung, dass die Soziologie überhaupt denselben Gegenstand wie die normative Jurisprudenz: das Recht, erfassen könne, führt zu der Vorstellung einer selbständigen *Rechtssoziologie*.»

(23) *Ibidem*, pág. 876.

(24) *Ibidem*, pág. 872.

(25) *Ibidem*, pág. 872.

(26) *Ibidem*, págs. 875-876.

aleja de la realidad, sacando de ello la conclusión de que es una falsa ciencia, el representante de la escuela de Viena responderá: por una parte, que junto al método inductivo, cuya legitimidad reconoce, existe también la posibilidad del conocimiento científico a través del método deductivo, calificando de «ingenua» la opinión contraria de Ehrlich (27). Respecto a la desconexión con la realidad aducirá Kelsen que esto no constituye ningún reproche contra una ciencia que ha renunciado de antemano a ser una explicación de la realidad (28). El ser de las normas, su forma lógica, es un ser *irreal*, es decir, que no es observable ni perceptible sensorialmente, sino tan sólo lógica, formalmente. En este sentido la Ciencia del Derecho se manifiesta como el estudio de una *irrealidad*, si así se puede hablar, puesto que naturalmente la esencia de la norma estriba en manifestarse en el ámbito ontológico del deber-ser. La diferencia, dice Kelsen, entre Sociología y Ciencia del Derecho (en el sentido normativo) es la misma que la existente entre una historia natural de la idea de moral de los hombres y una ética dogmática, o entre una historia de la religión y una Teología (29). El error de Ehrlich es precisamente no haber separado los dos planos. Este error es el que le arrastra a una grave contradicción: la de sostener que no sólo la Sociología, sino también la Jurisprudencia «científica» tiene por misión el estudio de las reglas del deber-ser (*Soll-regeln*) de acuerdo con las cuales tiene lugar el comportamiento humano general (30).

Pero lo que constituye, según Kelsen, el resultado más significativo del planteamiento sociológico de Ehrlich y donde se consuma la mixtificación de principios metodológicos es en la *investigación del Derecho vivo* (31). Para Kelsen, el «Derecho vivo» no es una categoría jurídica sino que hace referencia a un objeto de estudio interesante desde el punto de vista de una ciencia explicativo-causal de la sociedad (32). Por eso no es lícito que bajo esta categoría se entienda no sólo la realidad de los hechos (conjunto de *sein-Regeln*) sino al mismo tiempo las conductas exigibles jurídicamente (*Soll-Regeln*). ¿Puede decirse entonces —se pregunta— que lo que fácticamente sucede con cierta regularidad debe también suceder según el Derecho? ¿Y qué ocurre si el acontecer real de los hechos está en contradicción con normas que el jurista ha de suponer como

(27) *Ibidem*, pág. 843.

(28) *Ibidem*, pág. 843.

(29) *Ibidem*, pág. 856.

(30) *Ibidem*, págs. 844-45.

(31) *Ibidem*, pág. 872.

(32) *Ibidem*, pág. 875.

válidas? (33). Ehrlich pone el ejemplo de la patria potestad en Bukowina, región de Austria donde rige como es lógico el Código Civil austríaco; este cuerpo legal se caracteriza por su individualismo en el ámbito familiar de tal manera que los hijos son independientes de los padres y la mujer del marido, al menos en el aspecto patrimonial; el hijo puede disponer de su patrimonio libremente como sus padres del suyo. Y sin embargo en Bukowina «la patria potestad se toma absolutamente en serio» de tal modo que «si un filius familias trabaja, el padre o la madre se presentan puntualmente cada mes al patrono y retiran tranquilamente el salario» (34) a lo que Kelsen contesta que a pesar de la posible generalidad de los casos en el sentido mencionado por Ehrlich es de suponer que puedan existir otros de carácter discordante y de cualquier manera, se pregunta: ¿Contestaría Ehrlich, como Juez o como abogado, al hijo de familia diciendo que está obligado a dejar disponer a sus padres de los bienes propios sin su consentimiento? Evidentemente no, sino que haría valer los derechos que le concede el Código Civil austríaco, incluso en Bukowina (35). Por su parte Ehrlich en su *Replik* aclara: «Designo en mi libro como Derecho vivo las reglas del deber-ser jurídicas, que no permanecen tan sólo como normas de decisión, sino que regulan realmente el comportamiento humano. Se averiguan por medio de la percepción del acontecer fáctico, como también lo admite la Jurisprudencia dominante con respecto a las reglas del deber-ser del llamado Derecho consuetudinario, que al menos en parte coincide con lo que denomino "derecho vivo"» (36). Estas reglas que regulan realmente el comportamiento humano, que es lo que se denomina derecho vivo, es el verdadero Derecho, que manifiesta así su auténtica raíz al verlo surgir, no de proposiciones abstractas dirigidas a las autoridades, sino del mismo hacer de los hombres. El Derecho de juristas y las proposiciones jurídicas contenidas en los códigos han sido elaboradas en general sobre la observación de las reglas del Derecho vivo, por lo que demuestran su carácter adjetivo con respecto a éstas. Además, las proposiciones legales

(33) *Ibidem*, pág. 873.

(34) *I fundamenti*, págs. 447-48.

(35) KELSEN, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, pág. 874.

(36) EHRLICH, *Replik*, pág. 610. «Ich bezeichne in meinem Buch als lebendes Recht die rechtlichen *Soll-regeln*, die nicht bloss Entscheidungsnormen geliebt sind, sondern das menschliche Handeln tatsächlich beherrschen. Sie werden festgestellt durch die Wahrnehmung des tatsächlichen Geschehens, wie das auch die herrschende Jurisprudenz von den Sollregeln des sogenannten Gewohnheitsrechtes annimmt, das wenigstens teilweise mit dem zusammenfällt, was ich "lebendes Recht" nenne.»

desconocen muchas veces la realidad a las que van dirigidas, por lo que su ser queda reducido a un simple deseo de la autoridad que desconoce las reglas del Derecho vivo; es éste, pues, y no el contenido en los códigos, el Derecho que hay que investigar a través de la Sociología jurídica. Para Kelsen, sin embargo, Ehrlich confunde aquí el *prius* temporal con el *prius* lógico; afirmar que un concepto normativo del Derecho es presupuesto indispensable para acotar el campo de la realidad a la que ha de calificarse de jurídica y, por tanto, que dicho concepto es un *antes* lógico con respecto a la facticidad, no supone en modo alguno desconocer que en el terreno fenoménico las normas son productos de situaciones sociales que les son anteriores, que el hecho es temporalmente anterior al Derecho. Pero aquí no se discute esto que parece evidente, sino que el problema se plantea en el terreno de los supuestos metodológicos, es decir, de la epistemología de la Ciencia del Derecho.

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta, según Ehrlich, el Derecho vivo?, ¿cuáles son las realidades sociales claves a las que hay que acudir para investigarlo? Son las por él denominadas *hechos del Derecho* (*Rechtstatsachen*). Todo grupo humano se manifiesta en una organización que es «la regla que asigna a cada individuo su posición y sus cometidos en el ámbito del grupo. Ante todo, por consiguiente, hay que indicar los hechos a los que el espíritu humano asocia reglas de este tipo. Estos hechos, si bien en apariencia bastante heterogéneos, pueden ser reconducidos a un número muy limitado (...): el uso (*die Uebung*), el dominio (*die Herrschaft*), la posesión (*der Besitz*), la declaración de voluntad (*die Willenserklärung*)», la cual se manifiesta en su doble vertiente contractual y testamentaria. El uso, que según Ehrlich no hay que confundir con «Derecho consuetudinario», significa que aquello que «ha sido tenido como válido en el pasado debe servir de norma para el futuro» (37). El uso cumple un papel doble en el grupo: por una parte lo organiza asignando a cada uno su lugar y, por otra parte, «crea el ordenamiento de todos los grupos originarios: del grupo parental, de la familia, de la comunidad doméstica (...)» (38). Opera, según la expresión famosa de Jellinek, por medio de la «fuerza normativa de los hechos» y constituye algo así como el canal por el que transcurre básicamente el Derecho íntegro de los grupos humanos, por lo que se puede decir de él que es el principal hecho del Derecho. El dominio es el hecho del Derecho que define las relaciones de subordinación y supraordinación en el grupo, que

(37) *I fundamenti*, pág. 107.

(38) *Ibidem*.

constituyen efectivamente un hecho del cual derivarán normas jurídicas, señalando que la posición de las personas en el grupo está determinada por su condición económica (39). La posesión es el hecho de la utilización económica de la cosa, que constituye el elemento decisivo en relación con las cosas, y en cuanto que hecho, es anterior a la propiedad, de tal manera que «para la Sociología del Derecho propiedad y posesión deben necesariamente valer como conceptos en cierta medida intercambiables» ya que en la realidad el Derecho posesorio es el que refleja «el verdadero Derecho del ordenamiento económico» (40). Por último, la declaración de voluntad, en su doble manifestación (contrato y testamento) es también un hecho del Derecho. Hay que distinguir, dice Ehrlich, el contrato del mero hecho del acuerdo, en el que según las «reglas de la sociedad» es el débito (*Schuld*) y no la responsabilidad (*Haftung*) la que vale. Los contratos en la vida social son normalmente cumplidos y de ahí derivan su posibilidad de exigencia por medio de la acción, como demuestra la existencia del «contrato no accionable, de efectos puramente obligatorios» que, sin embargo, tiene una gran importancia en la vida social y económica (41). En cuanto al testamento, dice Ehrlich que el Derecho de sucesiones no tiene autonomía, sino que hay que relacionarlo con la posesión y el contrato; en la última declaración de voluntad entran en consideración muy diversos factores (hacer continuar la empresa, consideraciones hacia la familia, la Iglesia, instituciones de beneficencia, también el respeto por los muertos), «fuerzas puramente sociales —dice— que han conferido validez a las declaraciones de última voluntad mucho antes de que fuesen reconocidas por los órganos de la autoridad del Estado» (42).

En todos los hechos del Derecho se manifiesta la idea de que es la realidad social y económica la que engendra el Derecho, que está constituido por las normas del obrar que rigen el comportamiento habitual de los hombres. Se trata de poner en entredicho la tesis que considera al fenómeno jurídico como la expresión de la voluntad de una autoridad, desconociendo la verdadera esencia de aquél.

En los hechos del Derecho —para Kelsen— se confunde la regla del ser con la regla del deber-ser, no respetando los campos ontológicos a los que antes se ha aludido. Dicho en la terminología kelseniana de la *Reine*

(39) *Ibidem*, págs. 110 y sigs.

(40) *Ibidem*, págs. 115 y sigs.

(41) *Ibidem*, págs. 128 y sigs.

(42) *Ibidem*, págs. 135 y sigs.

Rechtslehre se confunde validez (cualidad de la norma en tanto que norma) con la eficacia, que es obviamente una cualidad de los comportamientos humanos en relación con las normas. Además, según Kelsen, es imposible la distinción del hecho del Derecho de otros hechos sociales en tanto no se parta de un criterio delimitador de *lo jurídico* que, sin duda, no puede proporcionar el mero análisis de fenómenos; por lo que el concepto de hecho del Derecho queda como difuminado y difícilmente categorizable con nitidez.

Por otra parte, no se ve clara la diferencia entre lo que Ehrlich llama *Uebung*, esto es, uso o costumbre, con el Derecho consuetudinario; de acuerdo con la definición dada por Ehrlich («como ha sucedido hasta ahora, debe suceder en el futuro»), el Derecho consuetudinario es, sin duda, también un *uso* (43). En cuanto al dominio y a la posesión afirma Kelsen nuevamente la «confusión de una presunción *lógica* de la norma jurídica con la precedencia *temporal* de un hecho» (44), de tal manera que ambos hechos sólo se transforman en relaciones jurídicas cuando las normas del Derecho los recogen en su seno y los dan forma. El Derecho no es identificable con la economía ni con el orden social, sino forma de los mismos; y tan sólo las relaciones económicas y sociales se transforman en Derecho a través de las normas jurídicas que las conforman. Lo mismo sucede con los contratos, cuya obligatoriedad jurídica no proviene del hecho de la realización de simples acuerdos sino del respaldo de la norma de Derecho que autoriza u obliga a determinados comportamientos que se han querido en virtud del acuerdo.

De la identificación de todo el Derecho con el *Derecho vivo* y del análisis de los hechos del Derecho como los datos socio-jurídicos en que éste se encuentra inserto, extrae Ehrlich consecuencias teóricas de suma importancia, tales como la separación del Derecho y el Estado y la concepción del Derecho como un orden de comportamientos habituales y, por tanto, como un orden no coactivo.

Para Ehrlich, el Estado en su origen se configura como un grupo militar que en principio tiene poca relación con el Derecho (45), y el Estado nacional moderno se caracteriza por el poder militar y policial y por la pretensión de monopolizar la administración de justicia, a través de sus órganos y por medio de la imposición coactiva. El Derecho estatal, sin embargo, «debe ser claramente distinguido de la ley» ya que aquel

(43) KELSEN, *Eine Grundlegung*, pág. 856.

(44) *Ibidem*, pág. 858.

(45) *I fundamenti*, pág. 172.

«deriva del Estado no tanto por la forma sino por el contenido» (46). Esto es, la ley puede recoger el Derecho vivo, o sea, el Derecho que se desarrolla en los hechos del Derecho, y en este sentido, este Derecho recogido en la ley sigue siendo Derecho vivo y no se transforma en Derecho estatal, puesto que aquella lo único que hace es reconocer un conglomerado de reglas del obrar que se manifiestan habitualmente con normalidad. Tan sólo el Estado le presta su apoyo, haciéndole así más decididamente firme, constituyendo un ordenamiento subsidiario sobre otro, de carácter primario, ya existente. El Derecho «estatal» se manifiesta así como una imposición del Estado sobre la sociedad, de la cual aquél constituye tan sólo uno de sus órganos. En cuanto a su contenido, se compone sólo de *normas de decisión (Entscheidungsnormen)* que van dirigidas a los jueces y demás autoridades estatales, para que, por medio de la coacción, se imponga la voluntad del Estado, que es un aspecto parcial de la sociedad, sobre ésta misma, desvirtuando así su propia espontaneidad que en el ámbito jurídico se manifiesta tan sólo por medio del Derecho vivo. Que todo el Derecho no es Derecho estatal se demuestra además por la existencia del Derecho canónico que es «el ordenamiento jurídico de la Iglesia» y por la existencia del Derecho internacional (47).

La estabilidad está vinculada a la coactividad. En contradicción con el Derecho vivo, que regula las relaciones sociales espontáneamente, el Derecho estatal está respaldado siempre por el temor a la sanción o la ejecución forzosa. Esto lleva a hacer creer al jurista que la coactividad es nota esencial al Derecho. Pero «si observara qué es lo que los hombres hacen u omiten se convencería enseguida que, por lo general, no piensan de hecho en la coacción del tribunal» (48), sino que las razones por las que acomodan sus comportamientos a las reglas del Derecho son de muy diverso tipo que el temor psicológico a la sanción; razones de índole social, religiosa, de simple conveniencia o fama, entre otras, conducen a los hombres a actuar de acuerdo con lo exigible, ya que «el ordenamiento de una sociedad humana reposa sobre la general observancia de los deberes jurídicos, no sobre su accionabilidad» (49).

Kelsen subraya con energía que no es fácil comprender lo que Ehrlich entiende en concreto bajo la expresión «Derecho estatal», ya que algunas veces la identifica con «Derecho creado por el Estado», otras con la «ley» y, en ocasiones, con las «reglas dirigidas al comportamiento de los jue-

(46) *Ibidem*, pág. 169.

(47) *Ibidem*, pág. 197.

(48) *Ibidem*, pág. 27.

(49) *Ibidem*, págs. 29-30.

ces y otras autoridades estatales» (50). Con el término Estado ha de entenderse no una particular manifestación histórica del mismo, por muy generalizada que sea a lo largo de los siglos, tal como la de «un grupo militar», pues se pregunta Kelsen: ¿Dejarían de serlo los Estados si triunfase en ellos la idea de paz? Ha de entenderse, por el contrario, como aplicable a cualquier forma históricamente conocida y además a toda otra posible o pensable. Y esto es así porque para Kelsen el Estado es «una forma de unidad social y no un contenido» (51). El Estado no es sino el orden jurídico de la más alta comunidad que, englobando a los grupos intermedios en su seno, los juridiza adecuadamente y los inserta dentro de su marco general (52). Contra el argumento de Ehrlich de que el Derecho canónico es el orden jurídico de la Iglesia, alega Kelsen que esto equivale a decir que «el Derecho de la Iglesia es Derecho porque es Derecho», lo cual equivale a no decir nada, si bien calla con respecto al tema del Derecho internacional también mencionado por Ehrlich.

La idea ehrlichiana de la coactividad representa, para Kelsen, una manifestación más de su concepción socio-psicologista. El motivo real por el que los hombres se comportan habitualmente de acuerdo con lo exigido en las normas jurídicas es un problema ajeno a la misma naturaleza del Derecho, entendido éste como un sistema de normas coactivas. La Sociología del Derecho puede legítimamente investigar las causas que mueven a los hombres a actuar de una u otra forma en relación con las normas jurídicas, pero negar el carácter coactivo de éstas es desconocer su verdadera esencia e incapacitarse para distinguir las de las demás normas sociales que rigen la convivencia humana; de ahí, dice Kelsen, el intento fallido de Ehrlich cuando trata de deslindar conceptualmente las normas jurídicas de las morales, de las del decoro o de las de conveniencia, recurriendo al *sentimiento* diverso que inspira su respectiva violación (53).

En suma: la polémica descrita suscita numerosas cuestiones que aún están para resolver. Desde nuestro prisma, normativismo y sociologismo son posturas de las que no cabe prescindir en el ámbito de la Ciencia del

(50) *Eine Grundlegung*, pág. 863.

(51) *Ibidem*, pág. 867.

(52) *Ibidem*, pág. 869.

(53) *Ibidem*, pág. 869. V. pág. 200 de *I fundamenti* y la irónica crítica de Kelsen en *Eine Grundlegung*, pág. 861: «So aber ist es Ehrlich vorbehalten geblieben, das Gefühl der "Empörung" von dem der "Entrüstung" zu unterscheiden, zwischen dem "Gefühlston" der "Missbilligung" und dem der "Lächerlichkeit" zu differenzieren! Wahrlich, diese Psychologie eines die Wirklichkeit beobachtenden Soziologen reicht fast an die Orgien der psychologischen Jurisprudenz heran, die freilich nur mit "blutleeren Abstraktionen" arbeitet.»

Derecho. Quizá sean irreconciliables, pero quizá puedan ser superadas en una síntesis fecunda, sin caer en el eclecticismo cómodo de la teoría tridimensional. En cualquier caso, mi labor actual va dirigida a la investigación de estos problemas y en esta línea trato de profundizar en el trabajo antes aludido, que espero de próxima aparición (54).

Gregorio ROBLES MORCHÓN.

Profesor Agregado Contratado de la U. N. E. D.

(54) Esta ponencia fue leída el 20 de abril de 1977 en el Instituto de Estudios Jurídicos, en el marco del Seminario de Filosofía del Derecho, dirigido por el profesor doctor Luis Legaz y Lacambra.

