

Polémica doctrinal entre Hans Kelsen y Eugen Ehrlich en torno a la concepción de la ciencia del derecho

María del Cristo Pérez Báez
Doctora en Derecho

Introducción

Más que estrictamente una polémica se trata más bien de dos modos de entender y conceptualizar al fenómeno jurídico¹. Así frente a una concepción teórico jurídica de Hans Kelsen basada en una concepción neokantiana, se sitúa una progresista concepción jurídico-sociológica de Eugen Ehrlich, centrada fundamentalmente en problemas empíricos referentes a la creación del derecho en la sociedad y en su eficacia².

¹ M. REHBINDER: «Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich», en *Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung*, Bd. 6, Berlín, 1986, pág. 119. Habla aquí el jurista alemán de malentendidos o un mal entendimiento de la obra de Eugen Ehrlich.

² H. KANTOROWICZ: «Rechtswissenschaft und Soziologie», *Karlsruhe*, 1962, pág. 115; M. REHBINDER: «Die Begründung...», pág. 120. «En aquellos tiempos esta polémica se encontraba bajo la sombra del neokantismo y también bajo la sombra de los nuevos intereses respecto al problema de los métodos. Muy pronto la metodología se equiparaba a un pensamiento científico, es decir, fue olvidado que la agudeza en las metodologías es algo infructuoso si no

El detonante que trajo como consecuencia toda una serie de críticas, réplicas y contrarréplicas fue sin duda alguna la publicación en 1913 de la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de Eugen Ehrlich. Obra en la que el jurista austríaco trataba de reivindicar como única y verdadera ciencia del derecho la labor desarrollada por la Sociología del Derecho, fundamentada en el método inductivo y constituida por lo que el denominó el «lebendes Recht» o derecho realmente vivido o practicado en contraposición al derecho dado y establecido de la tradicional Ciencia jurídica práctica como jurisprudencia normativa.

Así, y tras la publicación de esta obra el jurista germano Hans Kelsen critica duramente la teoría ehrlichiana, comenzando así una lucha dialéctica³, que concluirá formal-

se prueban y se aplican prácticamente los conocimientos metodológicos»; H. KELSEN: «Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode», *Tübingen*, 1911; «Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1912, pág. 601; H. SINZHEIMER: *Die Soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, 1909; L. SPIEGEL: «Jurisprudenz und Sozialwissenschaft», en *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 36, 1909, pág. 1; J.G. GMELIN: *Quosque? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung*, Hannover, 1910; E. FUCHS: «Das Difformitätsprinzip und die soziologische Rechtslehre», en *Juristische Wochenschrift*, 1910, pág. 53; «Die Soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung», en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910, pág. 283; H. WÜSTENDÖRFER: «Die deutsche Rechtsprechung an Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung», en *Archiv für Civilistische Praxis*, 110, 1913, pág. 219; «Die beiden ersten deutschen Soziologentage und die Rechtswissenschaft», en *Archiv des Öffentlichen Rechts*, Bd. 34, 1915, pág. 399; «Zur Hermeneutik der Soziologischen Rechtsfindungstheorie», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 9, 1915/1916, pág. 170; A. NUSSBAUM: *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen, 1914.

³ M. REHBINDER: «Die Begründung...», pág. 119. «Se contradicen Ehrlich y Kelsen, comenzando una ardua lucha». Cfr. H. KELSEN: «Eine Grundlegung der Rechtssoziologie», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, T. XXXIX, 1915, págs. 839 y ss; en su contra, E. EHRLICH: «Replik», en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XLI, 1916, págs. 844 y ss.; H. KELSEN: «Replik», en la misma revista, T. XLI, págs. 850; en contestación E. EHRLICH: «Replik», en la misma revista, XLII, 1916/1917, págs. 609; H. KELSEN: «Schlusswort», en la misma revista, XLII, págs. 611. Véase además, H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische Probleme der Rechtssoziologie», en W. Krawietz/H. Schelsky, *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei H. Kelsen*, (*Rechtstheorie Beiheft* 5), 1984, págs. 521 y ss.; G. ROBLES MORCHÓN: «La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, XVIII, 50/51, 1976, págs. 627 y ss.; M. REHBINDER: «Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich», en *Recht und Gesellschaft Festschrift für H. Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlín, 1978, págs. 403; A. FEBBRAJO: «I fondamenti dell Sociologia del Diritto», Milano 1976 (Trad. de la obra de E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1929), «Presentazione», pág. XXXIV. «Tras la aparición de la

mente en 1917 con un epílogo de Hans Kelsen, aunque en realidad la polémica no llegaría a concluirse realmente nunca⁴.

En este sentido las críticas que se vierten hacia la obra del jurista austríaco Eugen Ehrlich se centran fundamentalmente en lo que el Prof. G. Robles calificó acertadamente como el sincretismo metodológico de Ehrlich⁵, que determinó la no distinción y, por tanto la equiparación entre el *sein* y el *sollen*, y por tanto la confusión entre una ciencia del derecho normativa y deductiva, la Ciencia jurídica en sentido estricto, y una ciencia explicativa e inductiva, la Sociología del derecho⁶. Una equiparación considerada por Hans Kelsen como inadmisibles al suponer la confusión entre el plano epistemológico y el objeto de conocimiento del derecho⁷, que derivaba en la no distinción entre el derecho como norma y el derecho como hecho y que por ende implicaban la confusión entre la Sociología del derecho y las disciplinas normativas⁸.

En cualquier caso, va a ser la equiparación metodológica la piedra angular sobre la que se fundamentan las posteriores críticas, réplicas y contrarréplicas entre Eugen Ehrlich y Hans Kelsen, que podemos indicar en los siguientes apartados:

Grundlegung se desarrolló una vivaz controversia entre Ehrlich y Kelsen sobre las páginas del *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*. Ante una recesión destructiva de Kelsen, reaccionó Ehrlich defendiéndose, y esto provocó otro intercambio polémico de críticas hasta que Kelsen dio fin a la discusión pronunciando autoritariamente la última palabra. La crítica de Kelsen a la Grundlegung va dirigida a revelar con despiadada claridad la inmadurez y las inseguridades de la construcción ehrlichiana.

⁴ E. EHRlich, «Die Juristische Logik», en *Archiv für die civilistische Praxis* 115 (1917), págs. 125 y ss.; Publicación independiente de la obra en Tübingen 1918; Reimpresión en 1925; Reimpresión, Darmstadt, 1966; Trad. japonesa de dos capítulos en 1953, a cargo de Tsune Onogi en Handai Hogaku, *Band* 6. Trad. de obra por completo en 1975-1980 en Hogaku Ronshu, *Band* 9-13. En el prólogo de la obra en la que el autor establece la importancia del tema y su intención de escribir un libro sobre la teoría del conocimiento científico.

⁵ G. ROBLES MORCHÓN: «La polémica...», pág. 184.

⁶ H. KELSEN: «Eine Grundlegung», pág. 841.

⁷ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 840.

⁸ J. KRAFT: «Vorfragen der Rechtssoziologie», en *ZvglRw.* 45, 1930, pág. 34. En donde se critica la postura de E. Ehrlich al considerarla una «extralimitación normativa», estableciendo que, «la Sociología descansa sobre el error entre institución jurídica y norma jurídica, y de ahí el resultado de confundir la Sociología del derecho y la teoría del derecho. De esta manera el jurista social no podría encontrar una limitación exacta entre Sociología del Derecho y las disciplinas normativas»; H. KANTOROWICZ: *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, 1911; pág. 138. También en *Rechtswissenschaft und Soziologie Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962.

La concepción de la Ciencia jurídica

Como consecuencia de la equiparación entre los ámbitos del «ser» y del «deber ser», (*sein/sollen*) y, por tanto, de la ciencias jurídicas normativas y la Sociología del derecho se deriva el concepto de ciencia jurídica, que en Eugen Ehrlich se conceptúa como aquella ciencia de carácter inductivo, causal y observadora de los hechos que se producen en la realidad de la vida social⁹.

Sobre esta base, la denominada jurisprudencia práctica, como ciencia de carácter abstracto deductivo y fundamentada sobre el conjunto de normas dadas al juez para la resolución de los conflictos jurídicos, queda situada, desde esta perspectiva, fuera del ámbito de la realidad social, quedando de esta forma excluida de su calificación, por parte del jurista austríaco, como auténtica ciencia jurídica.

Es por ello que Eugen Ehrlich conceptúa a la Sociología del derecho como la única y verdadera teoría científica, sobre la base de su carácter inductivo explicativo que determinaba el estudio empírico de la realidad social. En este sentido, se reivindica por parte de nuestro autor un concepto de ciencia jurídica que se aleje bastante del conocimiento exegético, circunscrito exclusivamente a expresar lo que dispone la ley y no lo que realmente ocurre, y se sustantiva en una ciencia jurídica observadora de los hechos de la realidad social, conteniendo de esta forma, lo que el jurista austríaco denominó «una morfología de las estructuras sociales»¹⁰.

Teoría que constituye una clara crítica a las posturas legalistas y formalistas de la época, que supondrán como afirmó el profesor G. Robles, «la reivindicación de la realidad vital como piedra angular de la construcción cognoscitiva, refrescando así el excesivo formalismo de la jurisprudencia de conceptos, pues para Ehrlich la verdadera ciencia del derecho es una ciencia teórica de realidades con fines exclusivamente cognoscitivos y no prácticos»¹¹.

Frente a la reivindicación del estatuto científico para la Sociología del derecho por parte de Eugen Ehrlich, se alza la crítica de Hans Kelsen en favor de la jurisprudencia normativa en base a:

I.a.- Criticar la forma en que Eugen Ehrlich utiliza el concepto de ciencia jurídica por su imprecisión al mezclar realidades empíricas con normas¹². Pues Hans Kelsen valoraba la obra de E. Ehrlich por su contenido sociológico, aunque le reprochaba el

⁹ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915-1917)», en *Rechtssystem und Gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Bd. 5, Berlín, 1984, pág. 525.

¹⁰ E. EHRLICH: «Grundlegung...», pág. 585.

¹¹ G. ROBLES: «La polémica...», pág. 187.

¹² H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 872. «El hacer de la ciencia jurídica una ciencia jurídica de realidades sin posibilidades de separar dos ámbitos del *sein* y del *sollen* conduce a una identificación de esta ciencia con la Sociología y en definitiva a la identidad Derecho y

entremezclar y confundir el «ser» jurídico con el «deber ser» jurídico, que llevaban a no tener en cuenta una verdadera delimitación de la observación valorativa y la valoración real¹³. Pues para Hans Kelsen, «El derecho no puede ser en parte una regla del ‘ser’ y en parte una disposición del ‘deber ser’»¹⁴.

Estableciendo asimismo que, «Esta actitud está fundada en la ingenua convicción de que todas las ciencias pueden proceder sólo en modo inductivo e ignora así completamente la posibilidad de un conocimiento científico basado en un método deductivo. Además, con su aversión contra ‘incorpóreas’ abstracciones Ehrlich parece olvidar que ningún conocimiento puede renunciar a abstracciones o conceptos que necesariamente deber ser «incorpóreos» con respecto a singulares fenómenos concretos»¹⁵.

1.b.- Y afirmar el presupuesto conforme al cual el concepto de derecho tan sólo puede ser delimitado desde la perspectiva normativa¹⁶. Afirmando a este respecto que, «sólo la errónea idea de que la Sociología tenga el mismo objeto que la ciencia jurídica normativa y pueda así acoger al derecho lleva a la idea de una sociología del derecho autónoma»¹⁷. Determinado de esta forma, por una parte, el monopolio exclusivo de la definición del concepto de derecho, por parte de consideraciones normati-

sociedad»; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 528, en donde determina el jurista alemán que, «Kelsen critica a Ehrlich no solo por la inconsistencia de su caracterización de la jurisprudencia sino también porque no tenga clara la noción jurídica, ya que Ehrlich mezcla la expresión regla continuamente. Las reglas del ‘ser’ y del ‘deber ser’, es decir, realidades empíricas con normas. No es suficiente conceptuar al derecho como regla de comportamiento humano, ya que no deja clara la diferencia entre regularidad y regla del ‘deber ser’». A las críticas de Hans Kelsen se suman otras críticas como las vertidas a este respecto por K. LARENZ: «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», Berlin-Heidelberg, 1979; trad. española, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, por M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1980, pág. 62. En donde establece que, «Para Ehrlich la ciencia no puede decidir sobre la exactitud o inexactitud de las valoraciones. Por lo tanto se debe diferenciar la Sociología del derecho teórica como ciencia de la jurisprudencia practica»; J. K. KUNZ: en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Band 21*, Berlín, año 1928, pág. 275. «Ehrlich había identificado erróneamente la Sociología del derecho con una ciencia jurídica en sentido propio»; M. REHBINDER: «DieBegründung...», pág. 119. «A Ehrlich se le reprochaba que una Sociología del derecho no podía ser una ciencia jurídica ya que de un «ser» (*sein*) no se puede deducir un «deber ser» (*sollen*)».

¹³ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», págs. 841 y 842.; «Replik», pág. 850.

¹⁴ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 848.; «Replik», págs. 851 y 853.

¹⁵ A. FEBBRAJO: «Presentazione», pág. XXXVII; H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 843.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 876. «Pretender que una Sociología del derecho pueda definir el derecho es una pretensión semejante a la de perseguir un concepto matemático de un fenómeno biológico».

¹⁷ *Ibidem*, pág. 876.

vas, y, por otra, la imposibilidad de caracterizar con instrumentos sociológicos un concepto normativo como el de derecho¹⁸.

En este sentido, el profesor G. Robles estableció que, «el error de Ehrlich se sitúa en el hecho de que para hacer valer una Sociología del derecho es necesario manejar un criterio definidor de lo jurídico con respecto a las demás normas que rigen la acción humana, y este criterio se lo puede proporcionar la jurisprudencia normativa»¹⁹, pues la Sociología del derecho es una ciencia de los hechos sociales.

Un concepto de derecho que una vez establecido sirve como 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, considera a la relación de estas normas jurídicas con la realidad social. Pues para H. Kelsen, en la explicación del derecho por parte de la Sociología jurídica no sólo es importante la distinción categórica del «ser» y del «deber ser», sino que hay que demarcar el ámbito de las tareas de la Sociología del derecho en el ámbito del «deber ser» frente a otro tipo de normas²⁰.

Conectado a ello se sitúa el intento de Eugen Ehrlich de diferenciar los distintos tipos de normas, en base a los particulares y diferenciados sentimientos que surgen de ellas, la importancia del objeto regulado y los efectos creados por su violación. Un criterio de separación del derecho de los demás órdenes normativos consistente en determinar la particular intensidad del sentimiento con que se reacciona a la violación de la norma, que es duramente criticado por Hans Kelsen sobre la base de que desde el punto de vista sociológico es insignificante si las normas jurídicas u otro tipo de normas sociales, al considerar que la Sociología del derecho no se ocupa de normas jurídicas que sean objeto específico de la ciencia jurídica sino que se ocupa de las suposiciones y efectos de las normas jurídicas²¹.

Afirmando el propio Hans Kelsen a este respecto que, «resultaría muy interesante desafiar a Ehrlich a mostrar concretamente en que se distingue el sentimiento de rechazo que sigue a la violación del derecho, de los sentimientos de indignación, de resentimiento, de desaprobación con que se reacciona a la violación de las otras normas sociales, y una prueba semejante no dejaría de dejar al descubierto la inconsistencia del criterio caracterizante elegido por Ehrlich»²².

¹⁸ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 528. «La Sociología del derecho para poder demarcar su ámbito de actuación tiene que apoyarse en una noción de derecho normativo».

¹⁹ G. ROBLES: «La polémica...», pág. 188.

²⁰ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 876; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 527; G. ROBLES: «La polémica...», págs. 188 y 189.

²¹ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 526. «La Sociología del derecho se ocupa de las regularidades sociales y no de las normas».

²² H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 876; A. FEBBRAJO: «Presentazione», pág. XXXV.

Metodología de la Ciencia jurídica

Se puede así constatar una clara actitud antiformalista y antilegalista en la teoría de Eugen Ehrlich, que se manifestarán concretamente en un ataque frontal hacia la jurisprudencia práctica. Sobre la base de que esta jurisprudencia práctica se constituye en una «ciencia» de carácter abstracto deductivo con finalidades exclusivamente prácticas que la alejan progresiva e irremediamente de la realidad social. Una realidad social que constituía el objeto de análisis de la ciencia sociológica, que se conceptuaba, de este modo, en una ciencia jurídica que explica a través de la observación, la categorización y la formulación de reglas a través de la inducción, la realidad empírica social. Es por ello que se conceptúa a la Sociología del derecho como una disciplina en donde el derecho es parte de la realidad social, como una regla del «ser»²³.

Los ataques de Eugen Ehrlich hacia el carácter abstracto deductivo de la jurisprudencia práctica de que la excluían de su consideración de ciencia jurídica, fueron objeto, a su vez, de una dura y contundente crítica por parte de Hans Kelsen, que calificó a estos ataques como «ingenuos» sobre la base que le suministraba la evidencia de que junto al método inductivo, alabado por Eugen Ehrlich, existía también la posibilidad de conocimiento científico a través del método deductivo²⁴. Un método deductivo que era proporcionado y utilizado por la jurisprudencia práctica, determinado de este modo que, «La jurisprudencia normativa reconoce el ‘deber ser’ jurídico, lo que en el sentido de las leyes es justo y correcto sin valorar su contenido»²⁵. Es por eso que la ciencia jurídica de Hans Kelsen se entiende como una disciplina que comprende el derecho como regla del «deber ser». Pues para este autor, el «ser» de las normas, su forma lógica es un «ser» irreal, es decir, que no es observable ni percible sensorialmente sino tan sólo es lógica formal.

En este sentido, para Hans Kelsen, no existe real y nítida diferencia entre ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Su línea de demarcación solamente se da entre las ciencias de la realidad (ciencias inductivas), y las ciencias de valores (ciencias deductivas)²⁶. Entendiendo, en todo caso, como norma del «deber ser» sólo a las normas en sentido estricto, esto es, reglas que deben ser cumplidas. Y por normas del «ser» a todo tipo de regularidades, correlaciones empíricas en la naturaleza y en la sociedad²⁷.

²³ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág.

²⁴ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 843.

²⁵ *Ibidem*, pág. 839; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», págs. 525 y 526.

²⁶ *Ibidem*, pág. 839; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», págs. 525 y 526.

²⁷ *Ibidem*, pág. 843; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 530. En donde se determina esquemáticamente que, «Para Hans Kelsen las reglas del ‘ser’ son correlaciones empíricas, es decir, regularidades sociales sin tener en cuenta las orientaciones del comportamiento,

El objeto de estudio de la ciencia del derecho

Así, frente al tradicional concepto de derecho como conjunto de proposiciones jurídicas para la decisión de controversias jurídicas, característico de la jurisprudencia práctica y representado por las normas de decisión, se alza la concepción de Eugen Ehrlich que entiende al derecho como organización, es decir, orden constituido por reglas del obrar en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en la vida real sino que también deben actuar.

Este derecho objeto de estudio de la Sociología como verdadera ciencia del derecho es el denominado «lebendes Recht» y se puede definir como aquel que rige la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas, en clara oposición al «geltendes Recht» o derecho válido²⁸. Lo que daría lugar a la virtual afirmación de que la verdadera diferencia entre la Sociología del derecho y la jurisprudencia práctica radica precisamente en el objeto de conocimiento, que para la jurisprudencia práctica se sitúa en el derecho conceptuado como regla de comportamiento de los tribunales y demás autoridades²⁹, mientras que para la Sociología del derecho este objeto de conocimiento comprende el derecho como regla del comportamiento humano o reglas del orden interno de los grupos sociales, el «lebendes Recht».

En este sentido, el «lebendes Recht» de Eugen Ehrlich se constituye por reglas del «deber ser», las cuales no solamente son normas de decisión sino también regulan

mientras que para Eugen Ehrlich se conceptúan como leyes naturales, como la ley de la gravedad. Asimismo, para H. Kelsen, las reglas del ‘deber ser’ se conceptúan como normas en el sentido de regla que debe ser cumplida, mientras que para Eugen Ehrlich se determina como una regla que sirve de orientación y que establece el comportamiento». Añadiendo que, «Kelsen al diferenciar la regla del ‘ser’ y del ‘deber ser’ tendrá ante sus ojos una relación lógica, mientras que Ehrlich tiene ante sus ojos la relación de una norma hacia su cumplimiento».

²⁸ E. EHRLICH: «Die Erforschung des lebendes Recht», en *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 35, 1 (1911), pág. 19; reimpresión en M. Rehbinder, «Recht und Leben», en Schriftenreihe des Institut für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlín, *Bd. 7*, Berlín, año 1967, págs. 11 y ss.; «Ein Institut für lebendes Recht», en *Juristische Blätter*, 1911, pág. 32; Reimpresión en «Recht und Leben», págs. 28 y ss.; «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft», Leipzig, 1903, pág. 117. (Conferencia que tuvo lugar en la Sociedad de Juristas de Viena el 4 de marzo de 1903; reimpresión en un solo volumen, Darmstadt, 1973. Nueva impresión en *Recht und Leben*, págs. 170 y ss.; también se recoge un extracto de Bruncken bajo el título de *Judicial Freedom of Decision: It's Principles and Objects in Science of Legal Method (The Modern Legal Philosophy Series, Vol. 9)*, Boston 1917, págs. 47 y ss.; trad. japonesa en 1928 por Tasunosuke Nishimoto en *Hogaku Konkyu. Band 7. Heft. 1* y en 1982 en *Hogaku Ronshu. Band 14. Heft 3 y 4*.

²⁹ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 526.

y dominan comportamientos humanos³⁰. Manifestándose este derecho esencialmente como base o núcleo originario, al surgir directamente del actuar de los hombres. Pues no en vano, tanto el derecho de los juristas como las proposiciones jurídicas contenidas en los textos legales han sido elaboradas sobre la general observancia de las reglas del «lebendes Recht»³¹.

Determina así el jurista austríaco el hecho de que la vida no se juegue ni determine ante las Audiencias y tribunales³², constituyendo, en todo caso, lo realmente importante para nuestro autor, «el respeto a la observación del derecho, que son las normas de comportamiento, y por lo tanto son algo fáctico. Si estas normas se reconocen en las asociaciones sociales como una aparición masiva, entonces los individuos las acogen como normas del «deber ser»³³. De este modo se manifiesta la necesidad de que el «lebendes Recht» demuestre su naturaleza real³⁴, para que sea considerado como tal.

³⁰ E. EHRLICH: «Replik», pág. 610.

³¹ G. ROBLES: «La polémica...», pág. 191. En donde se establece que, «Estas reglas que regulan realmente el comportamiento humano, que es lo que se denomina derecho vivo, es el verdadero derecho, que manifiesta así su autentica raíz al verlo surgir, no de proposiciones abstractas dirigidas a las autoridades, sino del mismo hacer de los hombres. El derecho de los 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 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 del derecho». *Ibid*, cit., pág. 195. «el derecho vivo, puede ser recogido en una ley y en este sentido, no deja de ser derecho vivo por ello, y no se transforma en el derecho estatal puesto que aquella lo único que hace es reconocer un conglomerado de reglas del obrar que se manifiestan habitualmente con normalidad».

³² E. EHRLICH: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913, pág. 409; reimpression en 1929 y nueva reimpression en 1967; tirada previa del primer capítulo bajo el título de *Der praktische Rechtsbegriff*, en FS Ernst Zitelmann, München/Leipzig, págs. 1 y ss.; trad. inglesa por Walter L. Moll, con introducción de Roscoe Pound, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge (Mass.) 1936; reimpression New York, 1962; trad. italiana por Alberto Febbrajo bajo el título de *Il fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1967; trad. japonesa del capítulo 1 al 5, a cargo de Takeyoshi Kawashima, Edit. Yuhikaku, Tokyo 1952; 2ª ed. 1955; capítulo 8 a cargo de Mitsuo Morita en *Sōka Hagaku* 10 (1976) Heft 4; capítulos 6 al 10 a cargo de Tan Okamoto, (en la edit. Hogaku Ronshu, Band 30-34, 1979-1981); traducción completa de la obra a cargo de Rin-Itsu Kawakami/Manfred Hubricht, Edit. Shobo, Tokyo.

³³ *Ibidem*, pág. 410.

³⁴ E. EHRLICH: «Das lebende Recht der Völker der Bukowina», en *Recht und Wirtschaft* 1 (1912), pág. 48. Nueva impresión en *Recht und Leben*, págs. 43 y ss.; H. SINZHEIMER: «Die Soziologische...», pág. 88; F. KOBLER: «Die Erforschung des Rechtsbewusstseins durch Beobachtung und Experiment», en *JBL*, 1912, págs. 301 y ss.

Para Hans Kelsen, sin embargo, el «lebendes Recht» de Eugen Ehrlich no se constituye como una auténtica categoría jurídica, sino que simplemente hace referencia a un objeto de estudio interesante desde el punto de vista de una ciencia explicativo-causal de la sociedad³⁵. Por eso se establece que no es lícito que bajo esta categoría se entienda no sólo la realidad de los hechos (*sein-regeln*) sino al mismo tiempo las conductas exigibles jurídicamente (*soll-regeln*)³⁶.

Se determina en este concreto tema que la Sociología del derecho se ocupa de temas completamente diferentes de los que se ocupa la jurisprudencia normativa. Pues la Sociología del derecho se ocupa preferentemente de regularidades humanas y no de normas jurídicas, en el sentido de que para Hans Kelsen la ciencia del derecho ha de ser una ciencia de carácter normativo, sobre la base de que el derecho es un conjunto de normas o proposiciones jurídicas que expresan un «deber ser» formal³⁷. Que se fundamenta en el hecho de que el derecho es simplemente la forma en que se manifiesta la vida social, y por consiguiente, una verdadera ciencia del derecho debe estudiar esas formas³⁸.

Respecto a la concepción ehrlichiana del derecho entendido como reglas de comportamiento en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en la vida real sino que también deben actuar³⁹, se puede afirmar que Hans Kelsen critica duramente el hecho de que si la Sociología del derecho es una ciencia de la observación no puede establecer obligaciones, ni dar ninguna valoración acerca del «deber ser», sino sólo respecto a las regularidades del comportamiento humano. Pues para Hans Kelsen, de lo que se trata realmente es de orientaciones observadoras o reconocedoras de formas

³⁵ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 875.

³⁶ *Ibidem*, pág. 873; G. ROBLES: «La polémica...», pág. 190. «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’ de acuerdo con las cuales tiene lugar el comportamiento humano general».

³⁷ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», págs. 842 y 843; G. ROBLES: «La polémica...», pág. 189. «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».

³⁸ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 872.

³⁹ A. FEBBRAJO: Presentazione, pág. XXXVIII. «La acusación fundamental de Kelsen sigue siendo, por tanto, la de la confusión entre las dos esferas del ‘ser’ y del ‘deber ser’. Esta confusión afloraría, en primer lugar, en la definición del concepto sociológico de regla, al que Ehrlich parece atribuir un doble significado factual y normativo, cuando afirma que una regla del obrar social es, ‘evidentemente una regla conforme a la cual no sólo se actúa sino que se debe también actuar’. Y, además, en otro párrafo poco feliz de la Grundlegung en el que Ehrlich afirma que la Sociología del derecho se distingue de la ciencia jurídica práctica por cuanto no se ocupa de las reglas conforme a las que actúan determinados los hombres».

de pensar. Lo que daría lugar a la constitución de los objetivos de estas situaciones de hecho, que pueden ser pensados en forma de «deber ser», en cuyo caso se entenderán como valor o norma, o, también pueden ser pensados en forma de «ser», en cuyo caso serían entendidos como naturaleza, realidad y hecho. Un dualismo de perspectivas *sein-sollen*, y de objeto, reglas del «ser» y reglas del «deber ser», sobre el que Hans Kelsen basa la distinción entre Sociología del derecho y ciencia jurídica práctica⁴⁰. Y es que como manifiesta A. Febbrajo, «Kelsen da a entender que en el contexto del discurso ehrlichiano, esta diferenciación entre Sociología del derecho y ciencia Jurídica práctica se funda en su objetivo de estudio y no se acompaña también de una diferenciación metodológica por la que las reglas conforme a las cuales actúan los juristas son consideradas por la ciencia jurídica práctica como normas y no como hechos. Así, puede Kelsen extraer la obviada conclusión de que Ehrlich confunde la Dogmática jurídica con una disciplina sociológica, cuyo objeto de estudio es simplemente más restringido que el de la Sociología del derecho»⁴¹.

En este orden de cosas el jurista italiano A. Febbrajo determina, sin embargo, que, con independencia de su mayor o menor alcance, los argumentos críticos de Kelsen están basados en un presupuesto inaceptable; que de una obra que declara contener los fundamentos de una Sociología del derecho se debiera esperar la solución de los principales problemas definitorios de esta disciplina.

Pero, precisamente aquí comete Kelsen, en mi opinión, uno de los cambios de perspectiva que repetidamente critica a Ehrlich. La *Grundlegung* quiere representar simplemente un fundamento en sentido histórico, no lógico; quiere abrir un cauce e indicar una posible, incluso necesaria dirección de investigación, pero no quiere, desde luego, suministrar un aparato conceptual seguro, ni establecer claras distinciones o precisos límites como muestra pretender de la misma Kelsen. Por lo demás, que estas distinciones y estos límites fueran de difícil determinación en la época en que Ehrlich escribía resulta sufragado por el hecho de que hoy, a más de medio siglo de distancia y con instrumentos metodológicos mucho más refinados, los mismos fundamentales problemas definitorios, y, sobre todo, el problema de que sea la Sociología, la Sociología del derecho esperen todavía una respuesta satisfactoria»⁴².

Los hechos del derecho

El objeto de la Sociología del derecho, el «lebendes Recht», se manifiesta en lo que el jurista austríaco Eugen Ehrlich denominó los hechos del derecho. En este sentido y tomando como base el concepto de derecho conceptualizado como conjunto de

⁴⁰ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», págs. 843 y 844.

⁴¹ A. FEBBRAJO: «Presentazione», pág. XXXVIII.

⁴² Ibidem, pág. XXXIX.

reglas de la acción humana, es decir, como orden interno u organización interna del grupo social que señala a cada uno de sus miembros su posición y funciones dentro del grupo⁴³. Eugen Ehrlich busca el origen productor del desarrollo de las diversas instituciones jurídicas en hechos cuya existencia, previa a la de las proposiciones jurídicas que los regulan, pueden ser observados y examinados en la realidad social⁴⁴. Es decir, hechos, «a los que el espíritu humano asocia reglas de este tipo»⁴⁵, y, por tanto, hechos a los que las personas vinculan el conjunto de reglas que agrupadas constituyen la organización interna del grupo social, y, en los que se manifiesta la idea de que es la realidad social y económica la que origina el derecho que se constituye, de esta forma, por reglas del obrar humano⁴⁶.

Con esta teoría de los hechos del derecho ataca Eugen Ehrlich a la tradicional doctrina que considera al fenómeno jurídico como la expresión de la voluntad de una autoridad desconociendo la verdadera esencia de aquél, que queda situada en los hechos del derecho, que Eugen Ehrlich circunscribe fundamentalmente a cuatro, que serían respectivamente, el uso o costumbre, el dominio, la posesión y la declaración de voluntad en su doble vertiente contractual y testamentaria.

Respecto al uso o costumbre *Übung*, determina el jurista austríaco su concepto estableciendo que, «lo que se ha hecho en el pasado debe servir como norma para el futuro»⁴⁷, y determina que, «no se trata de la aplicación consuetudinaria de la proposición jurídica»⁴⁸. En este sentido se refleja en el uso, como hecho del derecho el equilibrio final de las fuerzas sociales, a las que Eugen Ehrlich vincula la fuerza normativa, organizativa y regulativa de los hechos que la constituyen⁴⁹.

Desde esta perspectiva, el uso o costumbre cumple para Eugen Ehrlich una doble función, por una parte, la de producir o generar normas o reglas que regulen la vida social, constituyéndose así en una auténtica fuerza de desarrollo de las instituciones jurídicas, y, por tanto, en una fuerza generadora de reglamentación jurídica dotada de tutela específica, fuente de derecho positivo, y, por otra parte, la de señalar a cada uno de los miembros que componen el grupo, su posición y funciones dentro del mismo⁵⁰.

⁴³ E. EHRLICH: «Grundlegung...», pág. 67.

⁴⁴ *Ibidem*, págs. 68 y 69.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 69.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 69.

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 70. «En general una costumbre que produce normas para el futuro, nace cuando quien tiene una determinada posición reclama un determinado derecho sin encontrar oposición, cuando aquél a quien ha sido asignada un función, la desarrolla sin suscitar oposiciones o cuando eventuales oposiciones deben sucumbir».

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 70.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 69 y 70.

⁵⁰ *Ibidem*, págs. 20 y 70.

Por lo que se refiere al dominio como hecho del derecho, se define por Eugen Ehrlich como el constituido por las relaciones de subordinación y supraordenación dentro del grupo, a las que las personas vinculan el conjunto de reglas que conforman su propio ordenamiento interno⁵¹.

En cuanto a la posesión como hecho del derecho, se define como el «uso y la utilización de la cosa conforme a su destino económico»⁵².

Y, finalmente, la declaración de voluntad en su doble vertiente de contrato y testamento, como hechos del derecho a los que Eugen Ehrlich atribuye la capacidad para llegar a producir reglas jurídicas que regulan la vida social⁵³.

La teoría de los hechos del derecho de Eugen Ehrlich fue duramente criticada por Hans Kelsen, fundamentalmente sobre la base de la confusión entre validez y eficacia, consecuencia directa de la equiparación entre regla del «ser» y regla del «deber ser». Pues para Hans Kelsen, se determina la imposibilidad de distinción del hecho del derecho, capaz de engendrar el ordenamiento jurídico, de otros hechos sociales, en tanto no se parta de un criterio delimitador de lo jurídico respecto a lo extrajurídico. Un criterio de lo jurídico que sólo podrá ser aportado por una jurisprudencia normativa, y que queda excluido de las posibilidades de una Sociología del derecho como ciencia de los hechos sociales y no de las normas jurídicas⁵⁴.

En este sentido Hans Kelsen cuestiona conjuntamente la doctrina de los hechos del derecho sobre la base de los siguientes argumentos:

4.1.- Determina Hans Kelsen que Eugen Ehrlich efectivamente habla de los «hechos del derecho» pero no hace referencia a los hechos jurídicos, lo que supone para él poder afirmar que el contenido regular de las diversas relaciones jurídicas, como los contratos, el matrimonio, etc., no es una categoría sino que es un objeto de descripción económica o de la aplicación social⁵⁵.

4.2.- Por otra parte, se cuestiona Hans Kelsen la posibilidad de que los hechos del derecho originen y creen directamente derecho, sobre la base de que Eugen Ehrlich utiliza para determinar la Sociología empírica del derecho el concepto de «lebendes Recht» o derecho real, expresión para cuya investigación se utiliza una mezcla de principios metodológicos. En este concreto aspecto se cuestiona Hans Kelsen como se puede real-

⁵¹ *Ibidem*, pág. 68; M. REHBINDER: «Sociología del Derecho», trad. española por G. Robles Morchón, Madrid, 1981, pág. 60.

⁵² E. EHRLICH: «Grundlegung...», págs. 74 y 75.

⁵³ *Ibidem*, págs. 87 y 89.

⁵⁴ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», págs. 857 y 858. Th. GEIGER: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied/Berlín, 1964, pág. 92; Th. RAISER: *Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlín, 1973, pág. 60; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», págs. 535 y 536.

⁵⁵ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 859.

mente distinguir cuándo se trata de «lebendes Recht» y cuándo se trata de meras regularidades comunes u ordinarias al investigar las relaciones jurídicas⁵⁶.

4.3.- En otro orden de cosas, Hans Kelsen no aprecia la puntual diferencia referida por Eugen Ehrlich entre el uso y el derecho consuetudinario⁵⁷. Pues para Hans Kelsen, la costumbre no constituye por sí misma un hecho del derecho, sino que «es, en realidad, la vía a través de la cual determinados hechos (posesión, contratos, relaciones de dominio) se convierten en jurídicamente relevantes, esto es, se convierten en hechos del derecho»⁵⁸. En este sentido A. Febbrajo cree necesario mitigar el alcance de la acusación de Hans Kelsen por cuanto afirma que el propio Ehrlich ha proporcionado a la costumbre un puesto particular entre los diversos hechos del derecho. «En los grupos primordiales desaparecidos desde hace tiempo, la costumbre constituye muy probablemente el único elemento regulador, pero también en los grupos originarios de la sociedad actual, en la comunidad doméstica de la familia, la posesión y el contrato nos encontramos con que estos hechos no valen todavía como hechos del derecho. También aquí resulta que la totalidad del ordenamiento se basa en la costumbre y ello en una medida tanto mayor cuanto más íntima y mejor es la vida familiar. Así pues, de todos los hechos del derecho la costumbre es el único originario»⁵⁹.

4.4.- Y por último cuestiona Hans Kelsen el valor del resto de los denominados hechos del derecho, destacando respecto a la posesión, el dominio y la declaración de voluntad el hecho de que estos únicamente se transforman en auténticas relaciones jurídicas sólo cuando las normas jurídicas los recogen y les dan forma⁶⁰.

Las normas jurídicas y los preceptos jurídicos

La polémica Hans Kelsen-Eugen Ehrlich se sitúa aquí en un plano estrictamente terminológico. En este sentido podemos afirmar con carácter preliminar que Eugen Ehrlich distingue y define a la norma jurídica respecto al precepto jurídico, afirmando en relación al primero de ellos que se trata de «la actuación práctica del mandato jurídico que puede regular la vida de un determinado grupo, eventualmente de dimensiones bastante limitadas aún sin poseer ningún tipo de formulación verbal»⁶¹. Y respecto a la proposición jurídica que se trata de una

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 875.

⁵⁷ *Ibidem*, pág. 856.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 856.

⁵⁹ A. FEBBRAJO: «Presentazione», pág. XXXVI.

⁶⁰ G. ROBLES: «La polémica...», pág. 194.

⁶¹ E. EHRLICH: «Grundlegung...», pág. 30.

prescripción jurídica contenida en una ley o en un texto de derecho, de formación contingente, generalmente obligatorio⁶².

Distinción de carácter fundamental para Eugen Ehrlich por cuanto permite, por una parte, evitar el error de creer que el derecho es «una suma de proposiciones jurídicas», y, por otra parte, determinar el hecho de que, en todas las fases del desarrollo, el derecho se compone también de normas que no están formuladas verbalmente.

En este sentido Hans Kelsen no sólo se limita a criticar lo que a su juicio se constituye en una auténtica desviación de la utilización normal del lenguaje⁶³, sino que además cuestiona las propias expresiones de Eugen Ehrlich por considerarlas dudosas y poco claras, afirmando que «Nadie en su sano juicio ha sostenido nunca que las normas jurídicas deban preceder necesariamente, desde un punto de vista temporal, a los supuestos de hecho que son calificados como normas jurídicas. Sólo desde un punto de vista lógico debe necesariamente presuponerse una norma jurídica para que un supuesto de hecho concreto tenga significado jurídico»⁶⁴. Criticando de esta manera la teoría ehrlichiana sobre la base de una supuesta confusión de la relación temporal con la relación jurídica cometida por Eugen Ehrlich, y la afirmación de la necesidad de existencia de una norma jurídica para poder lograr acuerdos jurídicos.

En este sentido A. Febbrajo, no está de acuerdo con la crítica de Hans Kelsen, estableciendo que «este cambio de perspectiva no me parece detectable en el párrafo incriminado, en el que Ehrlich se limita a afirmar, en definitiva, que la lógica deductiva, ‘que pone lo abstracto por delante de lo concreto’» puede tener sus justificaciones formales, pero no es, desde luego, la única posible, por cuanto, «se puede demostrar que en el pasado la idea prevalente fue que el derecho derivaba de un contrato o de una concesión, resultando absolutamente ignorada la idea de que pudiese derivar de una proposición jurídica. Así, no es que Ehrlich cambie una perspectiva lógica por una perspectiva histórica, sino que adopta la superior perspectiva de una historia de la lógica jurídica mirando a relativizar la lógica de tipo deductivista»⁶⁵.

En este mismo sentido se manifiesta el jurista H. Rottleuthner, al considerar que la crítica de Hans Kelsen tiene su raíz originaria en una confusión del propio Kelsen⁶⁶, ya que en el fondo este cree que Eugen Ehrlich ve una contradicción de exclusión

⁶² *Ibíd.*, pág. 30. «Formulaciones abstractas que constituyen el derecho de las relaciones típicas».

⁶³ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 850.

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 849.

⁶⁵ A. FEBBRAJO: «Presentazione», *cit.*, pág. XXXVI.

⁶⁶ En este mismo sentido se manifiesta M. REHBINDER: «Die Begründung...», pág. 121. Afirmando que, «la diferenciación que hace Ehrlich entre precepto jurídico y norma jurídica es entendida erróneamente por Kelsen»; H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 539.

entre norma jurídica y precepto jurídico, cuando en realidad esto no ocurre, puesto que Eugen Ehrlich concibe los preceptos jurídicos como un elemento de las normas jurídicas, es decir, en el sentido de conceptuar a los preceptos jurídicos como normas jurídicas en palabras⁶⁷. Pues, para Eugen Ehrlich las normas jurídicas no surgen de los preceptos jurídicos sino que estas surgen directamente del ordenamiento interno de los grupos sociales, constituyendo su base esencial el comportamiento efectivo y la tradición de los grupos sociales⁶⁸. Sobre esta base se afirma que la proposición jurídica es de creación posterior fundamentada en unas normas jurídicas ya establecidas, lo que la llevan a constituir formulaciones abstractas que formarán el derecho de las relaciones típicas⁶⁹. Teniendo, en todo caso en cuenta que, no todas las normas jurídicas están determinadas en forma de proposición jurídica.

Derecho y Estado

De la identificación del derecho con el «lebendes Recht» y del análisis de los hechos del derecho de los que surge, extrae Eugen Ehrlich la teoría de la separación entre Derecho y Estado. Entendiendo, en todo caso por derecho estatal, aquél que se impone por el Estado sobre la sociedad, integrada fundamentalmente por normas de decisión dirigidas específicamente a jueces y demás autoridades estatales y revestido de coacción⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 540.

⁶⁸ E. EHRLICH: «Grundlegung...», pág. 29. «El derecho sustantivo era ciertamente existente pero no había sido todavía formulado en proposiciones jurídicas»; *Ibid*, cit., pág. 30. «El ordenamiento interno de los grupos sociales no sólo es la forma originaria sino también la forma principal del derecho y ha quedado así hasta nuestros días».

⁶⁹ *Ibidem*, cit., pág. 30. «Este tipo de formulaciones abstractas, que constituyen el derecho de las formulaciones típicas poseen menos eficacia práctica que las normas jurídicas, al no derivar directamente de los ordenamientos internos de los grupos».

⁷⁰ E. EHRLICH: «Grundlegung...», cit., págs. 193, 195 y 198; «las leyes estatales son incapaces de regular todos y cada uno de los aspectos y variados campos de la vida social». Por ello, para Eugen Ehrlich la concepción estatal del derecho, «es científicamente insostenible, pues ella reposa sobre el hecho de que con el auxilio de artificios absolutamente inadmisibles toda norma jurídica viene referida al Estado. Cerrando los ojos al hecho de la gran masa de derecho que es creado y que subsiste independientemente del Estado»; H. ROTTLEITHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 542. En donde se determina que el concepto de derecho estatal es criticado por Hans Kelsen que lo califica de dudoso, pues a veces Ehrlich lo identifica con la ley, otras veces es identificado con la suma de reglas para el comportamiento de las autoridades estatales, y otras veces, se identifica con las normas estatales de coacción.

Esta argumentación de carácter histórico-sociológico es criticada por Hans Kelsen, sobre la base de su propia definición normativa de Estado, que desemboca en una clara identidad entre Estado y Derecho.

En este sentido argumenta Hans Kelsen que «En el concepto de Estado, no sólo deben encontrar ubicación algunas o la mayor parte de las figuras históricamente conocidas que han sido indicadas como Estado, sino todo posible e imaginable Estado. Resulta, por consiguiente, equivocado empezar, como hacen Ehrlich y otros, con la intención de describir materialmente al Estado según su contenido y los objetivos que se persiguen en la forma de Estado. El Estado es una forma de unidad social, no su contenido»⁷¹. Estas afirmaciones suponen, por lo demás, una crítica a la teoría ehrlichiana de la separación Derecho-Estado, sobre la base de establecer que Ehrlich renuncia a determinar el concepto de derecho en relación al Estado como comunidad jurídica específica. Pues para Hans Kelsen, el Estado no es sólo un contenido, sino que se constituye también en una forma particular de la sociedad, la cual se caracteriza por obtener un orden jurídico⁷².

La teoría de la coacción del Derecho

Contrario a la teoría que vincula la estabilidad del derecho a la coactividad organizada, determina Eugen Ehrlich que las razones que impulsan a los hombres a comportarse de acuerdo a las reglas de derecho son de muy diverso tipo, y no pueden circunscribirse exclusivamente al temor psicológico a la sanción y a la ejecución forzosa⁷³, pues el ordenamiento de una sociedad reposa sobre la general observancia de los deberes jurídicos y no sobre su accionabilidad⁷⁴.

⁷¹ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 869.

⁷² G. ROBLES: «La polémica...», pág. 196. «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 pensable. Y esto es así porque para Kelsen el Estado es «una forma de unidad social y no un contenido. El Estado no es sino el orden jurídico de la más alta comunidad que, englobando a los grupos intermedios en su seno, los jurídica adecuadamente y los inserta dentro de su marco general».

⁷³ E. EHRLICH: «Grundlegung...», págs. 16 y 17. «El jurista, en cuanto tal, debería darse cuenta, al menos, de que lo que los hombres hacen y de dejan de hacer como deber jurídico, a menudo es algo completamente diferente, y, en algún caso, es mucho más de lo que las autoridades podrían nunca constreñir, deshacer u omitir».

⁷⁴ *Ibidem*, págs. 50 y 51.

Así se puede afirmar que para Eugen Ehrlich no es una característica esencial al concepto de derecho que éste constituya el fundamento de la sucesiva coerción jurídica⁷⁵. Estableciendo, en este sentido, que «el hombre adecúa su comportamiento al derecho constreñido fundamentalmente por sus relaciones sociales»⁷⁶.

Afirmación que da lugar a sostener que las normas jurídicas se constituyen en normas con el mayor grado de importancia, dando lugar su transgresión a una indignación generalizada por parte del grupo. Concepción que lleva a Eugen Ehrlich a rechazar categóricamente la doctrina de la coerción jurídica en favor de su teoría del reconocimiento⁷⁷.

Esta teoría es criticada por Hans Kelsen sobre la base de la ingenuidad que supone el sostenimiento de concepciones que nieguen la coerción normativa en favor de la coerción social.

En este sentido establece el jurista alemán que el Derecho es una técnica social específica, basada algunas veces en la coacción, realizando de esta forma suposiciones, que pueden ser objeto de investigación jurídico-sociológica, respecto a la función social del orden y control del derecho, y, declarando, por otra parte, que la amenaza de la coacción es constitutiva para el propio orden jurídico y que supone la existencia de un aparato especial del cuerpo jurídico que realmente funcione⁷⁸.

En este sentido G. Robles determina que la «idea ehrlichiana de la coactividad representa para Hans 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 a 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 conveniencia humana»⁷⁹.

⁷⁵ Ibidem, págs. 18 y 50.

⁷⁶ Ibidem, págs. 51 y 68. «La gran masa del pueblo no tiene necesidad de ser sometido voluntariamente al ordenamiento jurídico ya que se da cuenta de que éste es su ordenamiento, el ordenamiento de los grupos sociales y económicos en los que cada particular está inscrito».

⁷⁷ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pá. 861.; R. POUND: «Jurisprudence», St. Paul, Minnesota, 1959, II, pág. 189. «Ehrlich utiliza el derecho para expresar el control social»; L. RECASENS SICHES: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Méjico, 1978, pág. 226; Y. DROR: «Prolegomena to a Social Study of Law», en *Journal of Legal Education*, 13, 1960, pág. 131; W. WUNDT: «Völkerpsychologie», Bd. 9, en *Das Recht*, 1918, pág. 179; C. K. ALLAN: *Law in the Making*, Mass., 1958, pág. 34.

⁷⁸ H. ROTTLEUTHNER: «Rechtstheoretische...», pág. 548.

⁷⁹ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 869; «el intento fallido de Ehrlich cuando trata de deslindar conceptualmente las normas jurídicas de las morales, de las del decoro o de las de la

En este mismo sentido se manifiesta A. Febbrajo al reconocer el hecho que Kelsen en un intento de redimensionar el alcance de la crítica que Ehrlich realiza a la concepción coercitiva y estatalista del derecho, afirma al respecto que «observando que los representantes de esta concepción no habrían afirmado nunca, como sostiene Ehrlich que los hombres se comportan conforme al derecho ‘sólo’ por temor a una sanción del Estado. En efecto, considerar al ordenamiento jurídico como ordenamiento coercitivo no significa excluir que pueda tener algún efecto preventivo»⁸⁰.

conveniencia, recurriendo al sentimiento diverso que inspira su respectiva violación»; «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence», 1941, en *What is Justice?*, Berkeley, Los Ángeles, 1957, pág. 266; G. ROBLES: «La polémica...», 196; V. AUBERT: «Alcune funzioni sociali della Legislazione», en *Quaderni di Sociologia*, n° 14 (3), año 1965, págs. 284 y 287; H. ROTTLEUTHNER: *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, 1981, pág. 32; V. GESSNER/G. WINTER: *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen, 1982, pág. 124; R. D. SCHWARTZ/J.C. MILLER: «Legal Evolution and Societal Complexity», en 70 *AJS*, 1964/1965, pág. 159; R. ABEL: «A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society», en *Law and Society Review*, 1974, pág. 217; G. MacCORMACK: «Law and Legal System» en, 42 *The Modern Law Review*, 1979, pág. 285.

⁸⁰ H. KELSEN: «Eine Grundlegung...», pág. 869.