

1. UN REALISMO A MEDIAS: EL EMPIRISMO ESCANDINAVO

Todo lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca deberá atreverse a preguntar. Exploradores y astronautas. Una máguina que funciona por arte de magia. Las limitaciones del empirismo.

Como «empirismo científico» se ha catalogado un entrecruce de escuelas y grupos de disección nada fácil (1). Lo que les une es, a veces, sólo el tratamiento de determinados temas, una afinidad metodológica que no va más allá de un impreciso «aire de familia», en ocasiones, una vecindad geográfica o un influjo «atmosférico». Dentro de este difuso clima, la llamada «Escuela de Uppsala» ofrece como detalle de interés una atención preferente a los problemas jurídicos, que ahorra esos esfuerzos de «traducción» o de trabajoso «acercamiento» legados por otros grupos a los filósofos del derecho.

Hägerström, al proponerse «pasar de los sonidos a las cosas y ver más allá de la niebla de las palabras», se anticipa veinte años al Círculo de Viena; le separan de él su escasa preocupación por los problemas de la verificabilidad, su menor interés por la lógica, y el recurso a la historia como medio de esclarecimiento de los conceptos con implicaciones ideológicas (2). Lundstedt, Olivecrona y el propio Ross suscribirán también su terapia lingüística antimetafísica y la búsqueda de explicación histórica de temas que Wittgenstein habría preferido «ignorar».

Mientras que Olivecrona —vía Lundstedt— es el punto de llegada

(1) Cfr., por ejemplo, G. Lumia, *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, 1963, págs. 10-29; dentro de sus coordenadas Kelsen y Ross aparecen como «empiristas» (pág. 34). Más recientemente, V. Villa ha polemizado con M. Jori sobre si a Ross cuadraría mejor el rótulo «neopositivista» o «neoempirista», «Implicazioni meta-teoriche nella teoria del diritto di Alf Ross», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1979 (2), pág. 266.

(2) Cfr. S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974, pág. 17.

(y quizá el punto final) del magisterio de Hägerström, Ross ofrece una doble peculiaridad. Por una parte, su contacto con Kelsen (3), al que criticará tanto como sus compañeros, pero desde una actitud de reconocimiento y respeto (4) ausente en ellos; por otra, y como consecuencia de un menor aislacionismo, su afán de enlazar —sin ahorrarse tampoco críticas— con el pensamiento norteamericano (5), tendiendo así un puente del máximo interés.

Ross pretende «desarrollar los principios *empiristas* en el campo del derecho». Parte de «la exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y *verificación* que inspiran a toda la ciencia empírica moderna». A ello une «la exigencia *analítica* de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la *conducta* del hombre en sociedad». Se aleja de Kelsen al rechazar «la idea de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico, expresado en proposiciones de deber ser»; propone, por el contrario, interpretar «el pensamiento jurídico en términos de la misma lógica que da fundamento a las otras ciencias empíricas (proposiciones de ser)» (6), desoyendo la propuesta kelseniana de una ciencia «descriptiva» de «normas».

El esfuerzo de los escandinavos por abordar con realismo los problemas jurídicos va a traducirse en la vigorosa descripción de aspectos

(3) Al respecto, E. Pattaro, «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico», *RIFD*, 1971 (1), págs. 95-101, y S. Stroemholm-H. Vogel, *Le «realisme scandinave» dans la philosophie du droit*, París, 1975, págs. 38-42. Un interesante estudio comparativo: J. Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, 1980.

(4) Aprecia en él «una incommovible voluntad de ser científicamente coherente», A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* —en adelante *HCRD*— (publicado en Copenhague en 1946; citamos por la traducción de J. Barboza, Buenos Aires, 1961), pág. 47. Llega a citarle apoyándose en «información oral», nota 35 de la pág. 54.

(5) En el prefacio de *HCRD* (nota 4) confiesa que «luego de la interrupción de seis años impuesta al intercambio intelectual de las naciones por la segunda guerra mundial, este libro es un intento de restablecer el nexo existente entre el pensamiento jusfilosófico escandinavo y el americano», subrayando su afinidad (pág. 11). Años después, en el prefacio a la edición inglesa de *Sobre el derecho y la justicia* —en adelante *SDJ*— (publicada en Londres, 1958; citamos por la traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963), manifiesta «la esperanza de que contribuirá a fortalecer los lazos que unen a la cultura nórdica con las grandes tradiciones del mundo anglosajón», señalando cómo el pensamiento jurídico anglo-norteamericano y escandinavo coinciden en «una interpretación acorde con los principios de la filosofía empirista» (pág. XIII).

(6) Alude «a dos maestros que han significado para mí más que cualquier otra influencia: Hans Kelsen, que me inició en la filosofía del derecho y me enseñó, sobre todo la importancia del pensamiento coherente; y Axel Hägerström, que me hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del derecho y de la moral» —*SDJ* (nota 5), págs. XII y XIV (los subrayados son nuestros).

habitualmente desvirtuados por las categorías de la teoría jurídica, pero a la vez pondrá de manifiesto la inevitable limitación a que empuja el punto de partida empirista. De existir una realidad que escape del estrecho campo de la consideración empírica, el «*realismo*» resultante de tan angosto punto de vista degenerará en caricatura.

TUDO LO QUE SIEMPRE QUISO SABER SOBRE EL DERECHO Y NUNCA DEBERA ATREVERSE A PREGUNTAR

Olivecrona, con su reiterada propuesta del «derecho como hecho», se presenta como continuador de Bentham, «el primer gran positivista», cuyo empirismo coherente le convierte en una «piedra miliar» (7). Quiere, como él, penetrar el velo de las palabras y captar las realidades del derecho»; lo considera exponente arquetípico de ese «positivismo jurídico naturalista», «que se propone dar una explicación puramente fáctica» «de la esencia del derecho» (8).

El problema radicará en cómo apreciar si un hecho puede o no «llamarse jurídico». Kelsen, al optar por el derecho como *norma*, tuvo que recurrir a la efectividad para mantener en pie su pirámide de naipes; ¿podrán los empiristas considerar un *hecho* como «jurídico» sin recurrir a su vez a un normativismo implícito? Olivecrona no se arredra; «el método consistirá simplemente en tomar aquellos hechos comprendidos en la expresión 'derecho'. Ninguna afirmación inicial se hará sobre su naturaleza y solamente usaremos la palabra 'derecho' como un mojón, por así decirlo, para señalar el objeto de la investigación» (9).

Treinta años después, su primera preocupación continuará siendo autoconvencerse de que ni cae en un círculo vicioso, ni su «investigación» da por supuesto un conocimiento previo de su objeto». Cabe «plantear los problemas sin hacer suposiciones previas respecto de sus respuestas», como «el explorador da por supuesto que la tierra no acaba abruptamente en el horizonte». Lo incierto de la aventura se filtra, sin embargo, a través de las metáforas. Su «hipótesis de trabajo» será como «la brújula del explorador», y servirá «para marcar la dirección

(7) K. Olivecrona, «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of "A Law"», *The American Journal Jurisprudence*, 1975 (20), págs. 95, 97 y 110.

(8) K. Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* —en adelante *EOJ*— (se trata de la segunda edición —tan modificada que es «un libro completamente nuevo»— de la obra del mismo título de 1939; aparece en Londres en 1971 y la citaremos por la traducción de L. López Guerra, Barcelona, 1980), págs. 32 y 41.

(9) K. Olivecrona, *El derecho como hecho* —en adelante *DCH*— (publicado en Copenhague y Londres en 1939; citamos por la traducción de G. Cortés Funes, Buenos Aires, 1959), pág. 14.

de la investigación y para otorgarle un carácter sistemático» (10), pero no hay mayor circularidad que definir el norte remitiendo a la brújula, que por definición sólo puede orientar en la medida en que se halla vinculada a un norte con fundamento real...

Hoy día, planteamientos basados en la hermenéutica existencial rechazan toda posibilidad de enfrentarse a los hechos sin unos puntos previos de referencia; pero la circularidad no viciosa de estos «prejuicios» parecería (no sin razón) metafísica a ojos empiristas. Kelsen, desde su peculiar perspectiva, se niega a su vez a identificar el derecho con los hechos, para hacerlo consistir en el *sentido* que contagian las normas (11). Para la hermenéutica existencial es la riqueza del lenguaje, como revelador del sentido de las cosas, la que arruina la forzada diseción propia de la ciencia, empujando a una circularidad no controlable por su metodología. Olivecrona intenta, paradójicamente, salir del aprieto recurriendo, a su vez, al lenguaje, a «los conceptos vivos, los conceptos del lenguaje de cada día» (12) y aplazando las definiciones. Pero es precisamente ese lenguaje el más «impurificado» por los prejuicios que engendran nuestro contorno social y nuestra historicidad.

Ante similar tesitura se encuentra Ross, que pretende evadirse de ella con más aplomo aún, si cabe. «El problema de la definición del 'derecho' es ajeno a la filosofía del derecho.» Por tautológico que resulte, su empirismo coherente nos anima a conformarnos con la luminosa constatación de que el derecho es el derecho: «el derecho nacional vigente». A la hora de precisar su alcance, la traba empirista obliga a aludir de nuevo al sentido del derecho una «coherencia de significado interna al mismo», que «determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo». El resultado no parece muy convincente, por más que Ross se anime ejemplificar: «en la práctica los juristas, por lo común, no tienen dificultad en determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas» (13).

El jurista encontraría en ellos tan pocos problemas como, por ejemplo, un jugador de ajedrez. Indudablemente, nadie tiene más pro-

(10) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 9 y 10.

(11) H. Kelsen, *Una teoría «realista» y la teoría pura del derecho* (publicado en 1959, e incluido en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1969), págs. 11 y 16.

(12) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 134.

(13) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 30. No menos llamativa es su afirmación de que «en sí mismo no tiene importancia que la designación orden jurídico se aplique o no a ciertos sistemas individuales de normas. Los sistemas no ganan ni pierden con ser llamados «jurídicos»; con cierto regusto austiniiano decide «reservar la expresión "orden jurídico" para sistemas normativos que tengan las mismas características esenciales de un orden jurídico nacional moderno bien desarrollado»; es obvio que lo definido entra en este intento de no definición.

blemas de los que se quiera plantear, y no es mal consejo conformarse con los que nos salgan al paso sin empeñarnos en descubrir otros nuevos. Pero, más allá de las metáforas, el «juego» del derecho ofrece unas enojosas peculiaridades que excusan de tal osadía. Mientras que al ajedrez juegan los sobrados de paciencia, al derecho por no se sabe qué misteriosa razón hemos de jugar todos, y los pocos aficionados a sus reglas serán los primeros en sufrir su influjo. Caramba con el juego...

Ross confía menos en el lenguaje usual, consciente del dualismo propio de las referencias jurídicas. «El derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos, y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores; al mismo tiempo como algo físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición» todo lo cual lleva a que sea «clasificado en las categorías del llamado conocimiento práctico» (14). Esto le anima a buscar su punto de apoyo más en la conducta que en el lenguaje.

Analizando conductas llegará a la conclusión de que la «validez —término clave del esfuerzo kelseniano— es «un sin-sentido en el sentido literal de la expresión»; este término y otros semejantes no son sino «expresiones conceptualmente racionalizadas de ciertas vivencias emocionales» (15). Pero no basta con rechazar los términos sospechosos, ni limitarse a entrecomillarlos como proponía Lundstedt; «estas nociones, a pesar de su absurdidad, simbolizan ciertos hechos, cuya naturaleza no ha sido aún puesta en claro» (16). La *conducta* podrá decirnos al respecto más que el *lenguaje*.

Ya Hägerström había denunciado cómo las expresiones emocionales adoptaban engañosamente la forma gramatical de juicios. Siguiendo su invitación a la investigación histórica, Ross propuso la búsqueda de fósiles, terminológicos, que han perdido «su original contenido viviente», pero conservan su «estructura». Le parece que «la mentalidad moderna está penetrada de elementos arcaicos, depositados por así decirlo, en estratos geológicos» (17). La terapia lingüística de Wittgenstein se convierte ahora en estratigrafía histórica.

(14) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 15 y 26. El rechazo de la razón práctica había sido, significativamente, objeto de una de las obras fundadoras de su «realismo»: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhague y Leipzig, 1933.

(15) A. Ross, *HCRH* (nota 4), pág. 88, y también 44. H. Kelsen detecta en su actitud un sicologismo jurídico y no ahorra críticas —*Una teoría «realista»...* (nota 11), pág. 28.

(16) A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 57.

(17) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 19-20. Al respecto, S. Castignone, *La macchina del diritto* (nota 2), pág. 44.

Ross —que había propuesto «que la ciencia de la moral debe ser contemplada no como ética, sino como etología»— proyectó una «ciencia del derecho» que, como «rama de la doctrina de la conducta humana», había de buscar «el fenómeno jurídico dentro del campo de los fenómenos sico-físicos que constituyen el dominio de la sicología y la sociología» (18). Su contacto con el «behaviorismo» americano le llevará más tarde a plantearse si el objeto de dicho estudio habría de ser —como indicaría una *perspectiva sicológica*— la «conciencia jurídica popular», con peligro de caer en un planteamiento demasiado subjetivo, o bien —desde una *perspectiva conductista*— la tarea aplicadora de los jueces. El problema es si «el derecho es aplicado porque es vigente» en la conciencia popular o «es vigente porque es aplicado» por los jueces. Intenta una síntesis salomónica: el conductismo permite predecir el comportamiento del juez, sólo en la medida en que éste «se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos» (19).

La descripción es sugestiva, pero hemos llegado al umbral de lo empíricamente planteable. Ulteriores cuestiones sólo podrían recibir una respuesta: el infierno de la ciencia está lleno de insolentes que preguntaron demasiado. El empirismo reprime una de las tendencias más arraigadas en el ser humano: el afán de saber y de arriesgarse en la búsqueda de una verdad que se presiente. ¿Por qué todo grupo social cuenta con una *ideología normativa*? ¿Por qué se observa históricamente una continuidad en la apelación a determinados valores? ¿Por qué el hombre no se pliega ante los tópicos del momento histórico que le ha tocado en suerte y aspira a progresos utópicos?

Olivecrona, fiel a esos imperativos de represión del desmedido afán de saber, opta por jubilar a la filosofía del derecho. Sus problemas no son realmente metacientíficos; la filosofía jurídica se empeña en abordar la tarea «insoluble» (20), de resolver seudoproblemas. En la medida en que nos decidamos a «utilizar sólo conceptos científicamente correctos» (21), y desechemos los términos que no remiten a hechos sino a ideas u opiniones imprecisas, «los problemas principales de la filosofía

(18) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 116 y 89. Ya en el prefacio diseña un análisis del derecho «como conjunto de hechos sociales», que encerraría una «ramificación de la sicología social» (pág. 11).

(19) A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 69-72.

(20) K. Olivecrona, *El hecho del derecho* —en adelante *HD*— (traducción de R. J. Vernengo, de su contribución al Homenaje a Roscoe Pound, publicado en Nueva York en 1947; incluida en el volumen de dicho título, editado en Buenos Aires en 1956), pág. 220.

(21) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (publicado en el Homenaje a Roscoe Pound, Indianápolis, 1962; citamos por la traducción de E. Garzón Valdés, Buenos Aires, 1968), pág. 9.

del derecho tradicional desaparecen sin dejar rastros», viéndose «reemplazados por problemas reales que pueden ser estudiados en forma plenamente científica». Comte asoma bajo esta sustitución de una filosofía sospechosa de metafísica por un saber jurídico configurado como «una rama de la ciencia social» (22). Esta actitud iconoclasta resulta paradójicamente conservadora si no olvidamos que su maestro Lundstedt rechazaba incluso la pretendida ciencia jurídica, que por ocuparse de un objeto «ilusorio» estaba condenada a degenerar en mero «escolasticismo» (23), coleccionando etiquetas en vez de realidades.

Ross se muestra más cauto al respecto. Comparte con Olivecrona el rechazo de toda filosofía jurídica con relevancia «ética», en la línea de los iusnaturalismos metafísicos; pero admite la posibilidad de un mayor campo de juego más allá de la ciencia social, que sólo podría asumir la dimensión «histórico-sociológica» de lo jurídico. Cabría, aún una filosofía del derecho, que no sea «una hermosa actividad mental *per se*, sino también un instrumento que puede beneficiar a todo jurista que quiera comprender mejor lo que hace y por qué lo hace». ¿Cuál sería su nueva función?

«La filosofía moderna, basada en una perspectiva empírica, que suscribo, adopta el punto de vista general de que la filosofía no tiene un objeto específico coordinado con el de las diversas ciencias o distinto de él»; «no es teoría, sino método» de análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia y su objeto es el lenguaje científico. La filosofía del derecho se ocupa del «aparato lógico de la ciencia del derecho» e «investiga problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas»; su objeto «no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho»; «está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira 'desde arriba'». Todo ello haría aconsejable no denominar a esta disciplina «filosofía del derecho», como si tuviera un ámbito propio, sino hablar de «problemas jusfilosóficos» (24). Se la ha convertido, pues, en una metateoría de la ciencia jurídica encargada de asumir aquel mismo análisis lingüístico que para Olivecrona justificaba su desaparición (25).

La ciencia jurídica —con una filosofía analítica realquilada en la

(22) K. Olivecrona, *HD* (nota 20), págs. 237 y 238.

(23) Lo recuerda el propio K. Olivecrona —*Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), págs. 26 y 27.

(24) A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 24, XIV, 25 y 26.

(25) G. Kalinowski señala que Ross no se resiste al encanto del término «filosofía» y no se decide a marginarlo —«Théorie, métathéorie ou philosophie du droit», *Archives de Philosophie du Droit*, 1970 (XV), pág. 180. G. Lumia dictamina que se confunden arbitrariamente problemas de fondo y de expresión, y que el análisis del lenguaje abandona su carácter instrumental para erigirse en filosofía —*Empirismo logico e positivismo giuridico* (nota 1), pág. 97.

azotea— se ocuparía de «las normas jurídicas», mientras que la sociología se cuida «del derecho en acción». Nos encontramos ante «aspectos diferentes de una misma realidad»; «dos puntos de vista, cada uno de los cuales presupone al otro». La sociología aporta a la ciencia jurídica la constatación del derecho «vigente», pero los fenómenos que habrá de estudiar «sólo adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas» (26). La circularidad es patente, aunque se vea compensada por la satisfacción «realista» de no haber abandonado el campo de lo fáctico...

O su simple desaparición o su conversión en «ancilla scientiae» son las opciones ofrecidas a la filosofía del derecho por estos rigurosos exponentes del empirismo. Mientras, la realidad jurídica continúa su juego, sin resignarse a que las consecuencias prácticas de su desconocimiento se vean condicionadas por la mayor o menor perspicacia empírica de sus observadores.

EXPLORADORES Y ASTRONAUTAS

El grito de guerra de Hägerström —«*praeterea censeo metaphysicam esse delendam*»— fue interpretado por sus más fieles discípulos como una invitación a jurar odio eterno al enemigo. En Lundstedt se traducirá en una actitud iconoclasta no exenta de simplismo. Si sólo consideramos real lo que tiene una dimensión espacio-temporal, la consecuencia obligada es liberar al mundo jurídico de fantasmas, desmitificarlo apresando entre comillas sus etiquetas vacías («normas», «derechos»), y denunciando así su falta de realidad.

Pero este drástico proceso de desencantamiento puede acabar siendo poco realista. La coherencia de su actitud es muy de alabar, pero respecto a ese conjunto de nociones que invita a tirar por la borda, cabría musitar un realista «*eppur si muove*». Manteniendo el rechazo de la metafísica, parece obligado a actuar con cautela para no eliminar con ella realidades obvias.

Hay, pues, acuerdo en sustituir las «ideas metafísicas» por «hechos psicológicos»; el espíritu del viejo positivismo anima la tarea: «el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización» (27). El problema es cómo llevarlo a cabo.

(26) A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 19 y 20.

(27) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 20; A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 251.

La presencia de resabios metafísicos en la teoría jurídica «se hace particularmente evidente en su discusión del concepto de derecho subjetivo»; éste era, pues, uno de los «ejemplos más importantes» a la hora de someter a análisis un «ente metafísico creado por algunos hechos jurídicos». De ahí la fundada esperanza de que «la disolución de este concepto básico debe conducir a la demolición de todas las concepciones metafísicas del derecho», descubriéndolas como «imágenes puras sin correspondencia en la realidad objetiva» (28).

Si a los «derechos» los redujéramos a hechos, lo que nos quedaría en las manos sería un sentimiento de poder derivado de la «aptitud efectiva para poner en movimiento la maquinaria legal en caso de infracciones»; un poder que «no existe en el mundo real», sino que es tan sólo «una palabra vacía» «expresada en términos de metafísica iusnaturalista» (29). Si nos empeñamos en considerarlos reales se convertirán en «un dolor de cabeza para la teoría jurídica», al hipostasiar meras correlaciones funcionales (30).

Para Lundstedt, constataciones de este tipo invitaban a una respuesta neta. El uso de las comillas vacunaría al jurista contra la seducción de los «derechos» y le animaría a desembarazarse de término tan falaz. Para los sucesores la cosa no es tan fácil. En efecto, la expresión «derechos» no remite a nada, pero hay «nadas» de las que no sería prudente prescindir. Más que acompañar a Lundstedt en su recia lucha contra los molinos de viento, Olivecrona y Ross prefieren observar desde la lontananza cómo y para qué funcionan.

Olivecrona apunta una conclusión sorprendentemente «realista»: es preciso admitir que el que algo no sea nada no impide que pueda reportar «ventajas técnicas», e incluso una «utilidad obvia» (31). Hay que

(28) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 166; *HD* (nota 20), pág. 228; *DCH* (nota 9), pág. 56. Ello produciría una saludable reacción en cadena, capaz de acabar, por ejemplo, con la «orgia especulativa» del concepto de «personas jurídicas» —*ibidem*, pág. 76.

(29) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 91 y 67; A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 186. «Esta ilusión surge de un trasfondo emocional. En ciertas circunstancias, sobre todo en situaciones conflictivas, la idea de poseer un derecho da una sensación de poder» —K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 173.

(30) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 137 y 139. «Si el uso lingüístico nos lleva a creer que “el derecho subjetivo mismo” es distinto de sus “efectos”, tendremos entonces un ejemplo típico de lo que en lógica se llama “hipóstasis”, esto es, una manera de pensar con arreglo a la cual “detrás” de ciertas correlaciones funcionales se inserta una nueva realidad como “soporte” o causa de esas correlaciones. Este poder del lenguaje sobre el pensamiento se origina posiblemente en ideas mágicas primitivas» —A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 172.

(31) Gracias al «derecho subjetivo» se consigue, por ejemplo, simplificar la alusión a normas múltiples que inciden sobre un mismo hecho. «Es fácil imaginar las complicaciones que se seguirían si se eliminase el concepto de propiedad» —K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 85 y 86—; pero ello no impide que los «derechos subjetivos» sean tan

reconocer que sería enormemente difícil prescindir de su uso; Ross no duda en asentir (32).

Resultaría, a fuer de ingenuo, demasiado poco «realista» predicar la abolición de la metafísica y la conversión a la empirie, sin descubrir primero las claves de la misteriosa popularidad del género. Ross, quizá más versado en libros de caballerías, no duda en proponer una parábola para ridiculizar las limitaciones del peculiar safari metafísico al que Lundstedt se había consagrado. Lo viste de misionero y lo pasaporta a la imaginaria isla donde campa por sus respetos la incivilizada y ficticia tribu «noit-cif». Sus indígenas se empeñan en afirmar que quien infrinja determinados tabúes se convierte de modo automático en «tû-tû», haciendo recaer tal condición sobre la comunidad, a no ser que se someta a ritos purificatorios. El misionero les amonesta con denuedo, deseoso de liberarlos de sus paganas creencias. Para Ross, sin necesidad de compartir tan lamentables supersticiones, resultaría más «realista» constatar que, por absurdo que el término sea, «tû-tû» cumple —sin significar nada— funciones de descripción y de prescripción. Cuando se dice de alguien que está «tû-tû» los demás se dan por enterados y actúan en consecuencia (33).

«Tû-tû», «derechos» o «deberes» tendrían la misma referencia semántica: ninguna. Sólo una presunción falsa nos lleva a comportarnos como si los «derechos» remitieran a una realidad unitaria, que tendría como titular a un sujeto humano y consistiría en el control de un objeto. Desmontando el mecano, Ross llega a la conclusión de que articulan «una multiplicidad de diferentes funciones», que «se combinan a veces en el mismo sujeto», y que no consiste en ningún caso en un «místico e invisible control de objetos» (34). Su diagnóstico final es que los tales «derechos» no son sino «un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de

metafísicos como los «derechos naturales» (pág. 92). Cfr también *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 42.

(32) «No se puede dar un solo pasó en la teoría jurídica sin emplear estos términos» —K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 30; al que prescindiera de ellos en la vida social «probablemente se le considere demente» —EOJ (nota 8), pág. 182. «El mundo de los conceptos tradicionales, y la dificultad de romper con puntos de vista ideológicos» sería la causa— A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 154.

(33) A. Ross, *Tû-Tû* (publicado en inglés en 1956, citamos por la traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1961). Ya K. Olivecrona había señalado cómo la palabra «derecho» «carece de referente semántico», pero «se utiliza continuamente para transmitir información»; el destinatario recibe «la frase en sí, y cree que se ha informado de un hecho» —EOJ (nota 8), págs. 186 y 188.

(34) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 211, 208 y 221. El propio Lundstedt, confundiendo «el punto de vista jurídico y el sociológico», olvida su carácter de instrumento descriptivo de un contenido complejo y lo presenta (¡metafísicamente!) como unidad simple e indivisa —*SDJ* (nota 5), pág. 181.

normas jurídicas», «que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas» (35). Mientras las normas jurídicas sí tienen referencia semántica —hechos y conclusiones—, el «derecho subjetivo» —aún no teniéndola— facilita su manejo, simplificando y sistematizando su múltiple incidencia.

La crítica de Ross parece realista. Si no nos precavemos respecto a los propios prejuicios nos convertimos en exploradores altaneros, con coordenadas mentales tan rocosas como para aprestarse a colonizar a unos interlocutores convertidos en analfabetos por el mero hecho de discrepar. Claro que el que no se haya calzado el salakof que tire la primera piedra. Sólo un empirismo dogmático puede descartar *a priori* una posibilidad distinta: que «tû-tû» y «derechos» tengan en efecto la misma referencia semántica; la realidad del derecho como fenómeno humano, y por ello no meramente físico.

Denunciar empíricamente lo supersticioso de la metafísica tiene asegurado el éxito. Pero hay que disponerse a admitir, sin pestañear, que podemos «informarnos» mutuamente de lo que no es real, utilizando palabras sin significado; situación que puede que no sea metafísica, pero que no deja de resultar sicodélica. Queda la duda de por qué nos empeñamos los humanos en comportarnos de forma tan peregrina. Pero, para un empirista que se precie, los porqués deben indagarse con medida, sopena de incurrir en falta de educación. Mejor refrenar la curiosidad y limitarse —con ascetismo de *gentleman*— a indagar el cómo y el para qué.

Resulta, sin embargo, difícil evitar algún ocasional desliz. Así cuando Olivecrona intenta descifrar por vía histórica los misterios de ese indígena que todos llevamos dentro, llega a una intranquilizadora conclusión: «debe haber sido natural, desde el primer momento, relacionar las leyes promulgadas con las ideas ya existentes acerca de derechos y deberes»; tal «técnica» apareció, naturalmente, sin premeditación. Las normas no se concibieron como normas de acción, para ser luego convenientemente transformadas en normas sobre derechos; fueron normas sobre derechos desde el primer momento (36). Cosas que

(35) «El concepto de derecho subjetivo es una herramienta de la técnica de presentación» —A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 168 y 169. Sobre este aspecto de su doctrina, A. Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde supuestos del positivismo lógico*, Murcia, 1983, págs. 83 y 22. K. Olivecrona, por su parte, insiste en que «no existe un contenido imaginativo que corresponda a la palabra “deber”» —*El imperativo de la ley* (publicado en alemán en Copenhague en 1942; citamos por la traducción de J. J. Santa Pinter, incluida como apéndice en *DCH*), nota 9, pág. 176.

(36) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 190 y 191. La alusión a lo «natural» no deja de resultar significativa. No han faltado análisis destinados a detectar otras claves ideológicas implícitas en referencias aisladas; por ejemplo, A. Montoro Ballesteros, *Notas*

pasan... Cuando se constata la similitud entre las ceremonias mágicas primitivas y determinados aspectos del lenguaje jurídico actual, cabe concluir resignadamente —con mentalidad de explorador— que queda mucho por hacer; pero cabe también arriesgarse a plantear que no sean sino diversos correlatos culturales de una misma realidad «natural».

La curiosa inmortalidad de la metafísica, cuyos especímenes han sido capaces de resistir sin inmutarse siglos de safari, acaba por intrigar al propio Ross. Sin temor a ponerse trascendente, postula este diagnóstico: la clave radica en «el temor a las vicisitudes de la vida, a la transitoriedad de todas las cosas, a la inexorabilidad de la muerte, o, a la inversa, el deseo de lo absoluto, de lo eternamente inmutable que desafía la ley de la corrupción». La metafísica sobrevive gracias «al temor de tener que elegir y decidir en circunstancias cambiantes y bajo nuestra propia responsabilidad» (37). «Lo absoluto», la «libertad» o los «derechos» seguirán siendo supersticiones metafísicas. No hay duda de que el hombre tiene una enrevesada sicología que le obliga a inventarse falsas soluciones con las que poder eliminar falsos problemas, y así durante siglos. Esperemos que la etología acabe descubriéndonos algún día la existencia de especulaciones metafísicas en los animales —fácilmente predecibles dada su pre-científica condición— y desaparecerá al fin todo motivo de zozobra.

La fundamentación empírica del empirismo lleva a la aporía; o a la metáfora... «Si un astronauta de un distante planeta descendiese algún día en la tierra, no podría percibir derechos y deberes, calidades y potestades jurídicas» (38). No es fácil establecer con más nitidez los méritos, y las limitaciones, de este planteamiento «realista». Pocas frases pueden resumir mejor el alcance de su reciclaje de la ciencia jurídica, y disimular menos la traición a ese «empirismo» que debería servirle de base.

Un empirista confesional debería coherentemente, callar hasta que se consumase esta «experiencia» sobre las primeras reacciones del aludido *ET*; sólo después estaría en condiciones de plantear sugestivas consecuencias teórico-jurídicas. En la medida en que esto no ocurre, se está postulando gratuita y «acientíficamente» una teoría. ¿Qué ocurriría si lo primero que preguntase nuestro astronauta al aterrizar fuese dónde estaba «obligado» a aparcar su nave, y durante cuánto tiempo tendría «derecho» a mantenerla estacionada? Quizá sólo cabría dictaminar que su planeta, a fuer de distante, era metafísico.

No parece muy serio magnificar la importancia de una metáfora,

sobre el realismo jurídico escandinavo: *derecho, efectividad e imperativismo en Karl Olivecrona*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1972 (12-1), pág. 106.

(37) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 255.

(38) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 8.

pero hay dos razones que me empujan a continuar el juego: por una parte, su indudable sintonía con afirmaciones decisivas de los «realistas»; por otra, la laudable tendencia de éstos a aderezar con fábulas los arduos problemas de la filosofía jurídica. No me resisto, pues, a acompañar en sus primeros pasos al astronauta, viendo en su conducta reflejada la de Olivecrona si se encontrase en tan estimulante situación; una vez que Ross disfrazó a Lundstedt de misionero, ponerle a Olivecrona la escafandra debe considerarse una licencia más cordial que irrespetuosa...

Nuestro alienígena ha aterrizado en una amplia explanada, delante de un cine que proyecta una exitosa película de humor. Atraído por la aglomeración de los que entran, no tarda en acompañarlos. El portero, atónito, acaba por franquearle la entrada sin más ceremonial que la realización de una fotografía, que deje constancia publicitaria del éxito interplanetario del film. Esta sabia actitud nos ahorró una complejísima discusión sobre el «derecho» de la empresa a cobrarle una entrada, o el «deber» del astronauta de abonarla.

Sentado en su butaca nuestro astronauta —profundamente interesado en anotar «descriptivamente» la conducta de los habitantes del recién descubierto territorio— observa una notable propensión de los espectadores a la carcajada. En ciertos casos le parecen justificadas, ya que subrayan simpáticos «gags» visuales, famosos ya en el cine de su país: lanzamiento de tartas, perseguidores engullidos por registros de servicios urbanos faltos de tapadera, etc. Pero en otros casos su asombro no conoce límites: las figuras de la pantalla emiten curiosos sonidos que no tienen nada en común con *el* lenguaje (el de su planeta, por supuesto) y producen la hilaridad general. No hay relación alguna de causa a efecto, ni estímulo que justifique «racionalmente» tal reacción. Es cierto que algunos desfasados teóricos de su planeta habían aventurado la existencia de otras lenguas distintas a la «científica» —oficial y vigente en su país de origen— e incluso habían bautizado a una de ellas como «metafísica». Si estuvieran acompañándole, atribuirán probablemente las reacciones del público a juegos de palabras o frases de doble «sentido» emitidas en tal idioma. Pero tal especulación seguiría sin tener justificación «racional» alguna. La literatura de moda está llena de fábulas en las que los hombres hablan con panteras y osos, pero ni sus autores ni los «metafísicos» habían superado las pruebas selectivas exigidas para protagonizar la primera expedición «científica» al planeta tierra.

Puesto a aventurar una hipótesis explicativa de tan injustificables carcajadas, llega obligadamente a la conclusión de que los terrestres se hallan aún sumidos en la magia, superada hace miles de años en su desarrollado planeta; los sonidos tienen el valor de signos rituales, y el

público ríe con forzado entusiasmo deseando evitar la cólera de los dioses. Tal hipótesis le habría parecido, sin duda, menos arriesgada si hubiera sabido que uno de los sabios terrestres (el para él desconocido Hägerström) había llegado a idéntica conclusión, al analizar el extraño comportamiento de un ciudadano que intercambiaba pescado con una señora que le entregaba unos trozos de mugriento papel.

El astronauta se encuentra en mejor situación que el observador terrestre habitual, ya que a él no le «es necesario un esfuerzo especial para colocar, por decirlo así, fuera del contexto social y para percibir el aspecto 'externo' del derecho». A la vez, entiende que «no debe limitarse a mirar el movimiento de millones de personas sobre la tierra y oír los sonidos que hacen al hablar unos con otros. Para comprender lo que está ocurriendo, el observador debe interpretar lo que los individuos dicen, y penetrar en su mente» (39). Pero, para conseguirlo, ha de considerarse obligado ascéticamente a no dar a los términos «comprender» e «interpretar» un alcance que desborde el ámbito sicológico-causal, aunque así acabe resultándole ininteligible la mitad de la película. Lo «científico» le impone inexorablemente la eliminación de todas las secuencias que desencadenan reacciones mágicas, conservando sólo los «gags» de alcance descriptivo.

Ni qué decir tiene que, cuando el astronauta planteó su avanzada teoría al terrestre vecino, éste no tardó en sugerirle que su audaz concepción del progreso científico amenazaba con reimplantar el cine mudo. Pero nuestro hombre no se inmutó; no se civiliza un planeta en dos horas...

Liberemos a Olivecrona de su incómoda escafandra y analicemos sus conclusiones. Una vez combinada la perspectiva «externa» con la «interna», el derecho acaba apareciendo como una máquina productora de pulsiones sicológicas con la ayuda de un lenguaje científicamente homologado. Es consciente de que la reacción inmediata será tan desolada como la del interlocutor del astronauta: «aparentemente, entonces, el edificio magnífico del Estado moderno está construido sobre arenas movedizas y no sobre roca»; la objeción es justa, pero «la labor del observador científico no consiste en construir el edificio, sino en poner al descubierto cómo está realmente construido»: «una teoría realista del derecho» tendrá que «recalcar el hecho de que no existe un orden social por sí mismo, sino que necesita una acción constante y eficaz por parte de aquéllos que son responsables de su conservación» (40).

Este ascetismo científico es inobjetable, pero empuja a situarse en

(39) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 205.

(40) K. Olivecrona, *HD* (nota 20), pág. 226.

una perspectiva tan «externa» que nos distancie incluso de la ciencia empírica para preguntar: ¿qué criterios nos dictaminarán si existe «orden» o «desorden» social?, o ¿por qué construir un «orden» social y no respetar el caos? Olivecrona no debería haber caído en la trampa de intentar responder a cuestiones extracientíficas o metafísicas, pero su capacidad de autocontrol no logra vencer tentaciones tan recias; se apresta con audacia a descifrarlas: «los hombres necesitan ser domesticados para convivir pacíficamente», nos dice, sicología en ristre. Por el tono hay que deducir que, además, los hombres necesitan convivir pacíficamente, rechazando así un caos, de grandes posibilidades lúdicas y bélicas a un tiempo.

Todo parece indicar que hay un postulado previo fundamentador de la teoría, y falta de constatación empírica; pero Olivecrona intenta aportarla: «parece necesario suponer que el 'homo sapiens' está dotado de una cierta propensión a establecer normas, así como a obedecerlas y a hacer que otros las obedezcan. Sin duda, progresaremos en el futuro en el estudio de esas características de la naturaleza humana» (41). Aquí es donde se plantea la opción crucial: admitir que pueda haber un lenguaje que, aún no siendo «científico», sea más capaz de transmitir un «sentido» real que los mugidos bovinos o los trinos de los pájaros, o lamentar que nuestra penosa situación pre-científica nos impida, por el momento, hallar la explicación de propensiones tan tercas de la naturaleza humana. En el primer caso, habría que buscar —meta-científica e intersubjetivamente— el por qué de tan curiosos fenómenos, preguntándose qué hace «necesaria» la existencia de normas y por qué obligan; la comparación con el juego del ajedrez, tan cara a Ross, quedaría fuera de lugar (42), porque ningún behaviorista ha registrado, por el momento, que los hombres sientan una invencible necesidad de jugar al ajedrez, y muchos de ellos protestarían con toda razón si se les «obligara» a participar en tan sesudo menester.

El «realismo» parece postular una antropología peculiar, que escapa a todo control empírico. Su resultado tiene una consecuencia relevante: la reducción del «homo sapiens» a «homo scientificus», identificando por decreto «sabiduría» y ciencia empírica. Es toda una concepción de la naturaleza humana la que así se impone antes de que empecemos a hablar de la realidad jurídica. Sólo la vigencia acrítica de esta antropología permite decidir que «volver a la posición metafísica es algo que está fuera de discusión. Esto significaría la declaración de

(41) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 105-106; *EOJ* (nota 8), pág. 257.

(42) Cfr. al respecto la crítica de F. P. Videtta —*Il concetto di «norma valida» secondo Alf Ross in «On Law and Justice» «RIFD», 1968 (2), pág. 338; también G. Kalinowski, *Théorie, metathéorie ou philosophie du droit* «Archives de Philosophie du Droit», 1970 (XV), págs. 195 y 183.*

quiebra de la ciencia jurídica» (43). La «experiencia» multiseccular de la búsqueda de una sabiduría metafísica se ve paradójicamente marginada por el «empirismo». La misteriosa insistencia del hombre en llegar a conocer «racionalmente» unos criterios normativos de su conducta es absurda; «la idea de un conocimiento práctico en sentido ético es una imposibilidad» ya que «todo motivo para la acción, e igualmente toda invitación a la acción, surgen por necesidad de factores irracionales» (44). Al final, sigue flotando la duda de si el «realismo» nos ayuda a acercarnos a la realidad o nos la impone desde un postulado metodológico no discutible.

UNA MAQUINA QUE FUNCIONA POR ARTE DE MAGIA

El derecho ayuda en realidad a aflorar una dimensión del «sentido» de la existencia humana, capaz de posibilitar la convivencia, a la vez que incide prácticamente sobre las conductas. Comunicación y coacción se aunan paradójicamente en este lenguaje vinculante. Los «realistas», al acercarse a esta realidad en una clave reacia a toda metafísica, actúan terapéuticamente sobre los términos jurídicos más usuales y se quedan con las manos llenas de «palabras» peculiares.

La experiencia jurídica más primaria es la de la existencia de unos imperativos que actúan sobre nuestra mente; lo propio de toda orden es «influir» gracias a su «carácter sugestivo» (45). El derecho lo logra gracias a un lenguaje «directivo» cuyas «cuatro claves importantes son su «función emotiva» y «volitiva», el recurso a «palabras huecas» o a un tipo de expresiones que la filosofía analítica ha catalogado como «performative» (46).

El análisis del término «derecho subjetivo» nos ha ilustrado ya sobre la existencia de esas «fórmulas huecas», que no tienen «trasfondo

(43) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 29. Sobre las acepciones no empiristas del realismo, L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, 1981, págs. 17-69.

(44) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 292, resumiendo lo expuesto más ampliamente en su *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntnis* (nota 14).

(45) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 21. Las amenazas son secundarias, apunta a pie de página criticando a Austin.

(46) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 43. A. Ross, por su parte, habla de una «lógica directiva» o «deóntica», que desbordaría el ámbito de lo jurídico e incluso el más general del «deber» — *Lógica de las normas* (publicado en Londres en 1968; citamos por la traducción de J. Hierro, Madrid, 1971), nota 1 de la pág. 130 y pág. 17. Cfr. la crítica de G. Kalinowski que considera que tal «lógica» encierra elementos más propios del metalenguaje o «semiótica» — *Note critique sur la logique déontique d'Alf Ross* «Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie», 1969 (1), pág. 44.

conceptual» y no remiten a realidad alguna —ni siquiera imaginaria— (47), sino que son el residuo de antiguos elementos místicos. Sin embargo, ello no impide que tengan una incidencia práctica en la vida social, en la que cumplen la función de «postes indicadores» (48). Gracias a ello acaban estimulando conexiones psicológicas, haciendo confluir a modo de «enlace ferroviario» modelos de conducta y posibilidades de sanción, hasta provocar efectos «reales». El impacto psicológico logrado es tan relevante que decidirá si un golpe de Estado pondrá en marcha todo un proceso jurídico o «*las palabras se perderán en el tumulto*» (49).

Estas repercusiones explican que el manejo de tales términos pueda llegar a cumplir —a pesar de su vaciedad— una función «informativa» de gran utilidad social (50). Su eficacia radica en la similitud de su juego con el de una argumentación racional, aunque esta capacidad para persuadir emotivamente no tenga con ella mucho en común (51).

Olivecrona considera afortunado el paralelismo con el sistema monetario. La comparación no es nueva —ni antes ni después de él— dentro de doctrinas con pretensiones empíricas. No duda en reconocer su deuda con el precursor Bentham, que —al hablar del «tupido velo de misterio» que oculta el «estado real de la situación»— apunta: «estas fantásticas denominaciones son como el papel moneda: si sabemos canjearlo, y obtener oro en su lugar, no hay problemas; si no, nos engañamos, y en lugar de ser dueños de un conocimiento real gracias a esos conceptos, no poseemos más que error». Bentham se empeñaba en canjear sus billetes. Hoy los tiempos han cambiado; a nadie se le ocurriría imitarlo, y no por ello se niega valor al dinero. Luhmann —que hablará de la «legitimación procedimental» propia del derecho— comparará

(47) La palabra «centauro» tendría una referencia semántica aunque sólo imaginaria; las fórmulas jurídicas son aún más vacías —K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), págs. 25 y 34; también *DCH* (nota 9), pág. 21.

(48) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 240. Así, no existe el derecho de propiedad, sino «sólo la palabra», que funciona como «signo permisivo» o «prohibitivo», como «luz verde» o «luz roja» —*Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 50.

(49) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), págs. 58 y 48. Para S. Castignone esta creatividad signo-directiva del lenguaje ayudaría al «realismo» a superar un reduccionismo «naturista» o sociologista —*La macchina del diritto* (nota 2), pág. 206—, aunque nos parece que incurre en un exceso de optimismo.

(50) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 56. No obstante, dado lo peculiar de su «información», no cabrá considerarlos como «verdaderos», sino, en todo caso, como «correctos» en referencia al sistema jurídico en su conjunto —cfr. K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 251 y 253. Sólo las «proposiciones», y no las «directivas», pueden ser «verdaderas», aunque lo decisivo para A. Ross acabe siendo en ambos casos su aceptación posible o efectiva —*Lógica de las normas* (nota 46), págs. 99 y 165.

(51) Como es sabido, A. Ross contrapone «persuasión» a «argumentación» —*SDJ* (nota 5), págs. 303 y 305.

también las expectativas generadas por el sistema con la confianza social en la capacidad de compra de la moneda (52).

Los términos jurídicos serán vacíos, pero su eficacia no es despreciable. La expresión «derechos» es tan «hueca» como las monetarias «dólar» o «libra», pero produce como ellas «efectos sociales». «Se trata de una palabra vacía, sin sentido. Pero cuando se usa en ciertos contextos, y según ciertas normas, se extraen de ella importantes consecuencias», «el sistema funciona, y eso es lo que importa» (53). Tal funcionalidad inmanente ayuda a entender el juego de esas «performative utterances», de las que hablara J. L. Austin reconociendo «realistamente» la posibilidad de hacer cosas con palabras. Se trata de expresiones que «no describen nada. Su propósito es establecer una nueva relación jurídica» o «crear» derechos y deberes (54).

El «realismo» parece invitar, como hizo su precursor, a constatar la pervivencia de lo mágico. Olivecrona no deja de resaltar el parentesco entre la «magia» de Hägerström y los «performative» de J. L. Austin. El análisis científico parece haberse quedado a medio camino: en vez de sustituir efectivamente a la magia, acaba resignándose a levantar acta de su existencia. Ross se resiste a esta consecuencia y somete a una acerada crítica a esas «expresiones realizativas», considerando tal doctrina implícitamente destruida por su propio autor. Realmente el sujeto no «hace cosas con palabras», aunque pueda cobrarse esa impresión, si no se distinguen los efectos de su acto: los que dependen de convenciones lingüísticas y normas de comunicación y los psicológicos o de conducta provocados en el auditorio. Reincidiendo en su inmanentismo circular, insistirá en que «los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico», «que funciona a través de una maquinaria jurídica». «El orden jurídico autoriza a la persona competente» «a liberar con sus palabras las fuerzas que mueven la maquinaria jurídica»; de ahí que «la realización de un acto jurídico puede parecer algo mágico» (55).

A pesar de este riguroso esfuerzo, nos parece que, antes de conce-

(52) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 161. N. Luhmann, *Funktion und Folgen formaler Organisation*, Berlín, 1964, pág. 323.

(53) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), págs. 34 y 35; *La unidad monetaria*, publicada en inglés, Nueva York, 1957; incluida en extracto como apéndice a la «segunda edición» de *Law as Fact*, por cuya traducción española citamos: *EOJ* (nota 8), págs. 284-286, también 235.

(54) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 38. A. Ross parece anticiparlas cuando constata que se llega a «crear algo nuevo, en cuanto se produce una actitud que no existía como tal» —*HCRD* (nota 4), pág. 107.

(55) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 40. A. Ross, «Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas» (publicado en 1967, incluido en traducción de E. Bulygin y E. Garzón Valdés en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969), págs. 131 y 132. Un concienzudo análisis del alcance

der que basta pronunciar determinadas palabras para que se produzcan —como por arte de magia— efectos reales, será más «realista» preguntarse por el trasfondo real meta-empírico que hace posible tan divertido juego. Esto permitiría replantear si lo único que a los jugadores les importa es que el sistema funcione. Puede que esto sea real en el caso de la economía, si se da por supuesto un acuerdo sobre los rendimientos que tal sistema ha de producir. ¿Qué presuponen realmente los que ayudan a mantener vivo el «sistema» jurídico? Si son determinadas expectativas sobre el logro de valores, no parece muy realista negarse a plantear en qué medida el sistema se mantiene fiel a ellas o las recicla en favor de valores no convenidos. Describir las conexiones funcionales en que se refleja lo jurídico deja de ser realista si se olvida que tales conexiones sólo llegan a darse por la presencia de factores que escapan a la descripción empírica.

El empirismo nos condena a un realismo a medias; a limitarse a mejorar la descripción física sin adentrarnos en sus resortes últimos. Es interesante, por ejemplo, para una crítica al legalismo predominante en el positivismo tradicional, su análisis del alcance efectivo de la promulgación de una ley. ¿Qué es lo que ocurre «realmente» para que lo que era un mero proyecto se transforme en auténtica ley? Su tenor textual puede mantenerse idéntico, pero entre ambos se ha introducido «algo» que modifica radicalmente su efectividad social. Cabe pensar que la promulgación es un «acto creativo» de derecho, gracias al cual el texto cobra «fuerza obligatoria», como si se tratase de una nueva cualidad propia; pero esto sería «tomar en serio la metafísica y afirmar que se verifica un proceso mágico» (56), y a los «realistas» no les va la prestigiosidad. Parece obligado abandonar derroteros tan poco serios y entender la promulgación como una homologación convencional equivalente al estampillado de «una marca o un emblema»; el proyecto «se convierte en ley» cuando «se le atribuye esta señal imperativa», que conecta «el imperativo singular de la ley» (57).

Lo que se produce no es, pues, ningún acto de magia, sino el nacimiento de unas formas simbólicas capaces de estimular una respuesta psicológica. Para ello es preciso que se cuente con un auditorio predisposto; se continúa la senda de Bentham, para quien el deseable código sería ineficaz si no se viera apoyado por una paralela tarea de cateque-

de dicha crítica en G. P. Savoini, «Performatività e validità in Alf Ross», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982 (2), págs. 343-407.

(56) K. Olivecrona, *El imperativo de la ley* (nota 35), págs. 189 y 190. Pretender que la promulgación es un acto de «comprobación de que la ley ha comenzado a existir», a la vez que es «el momento final en el proceso» de su formación, equivale a convertirlo en la «comprobación de sí mismo» (pág. 191).

(57) K. Olivecrona, *HD* (nota 20), pág. 223; *El imperativo de la ley* (nota 35), págs. 188 y 192.

sis legal. La promulgación resultará efectiva «gracias a los hábitos de pensamiento y expresión generados por el respeto universal a la Constitución». La respuesta automática se produce como fruto de un proceso secular de aprendizaje (58).

La descripción superficial de lo que ocurre resulta plausible, pero mantiene vivas las preguntas clásicas de la filosofía del derecho. ¿Se da un arbitrario proceso de domesticación y aprendizaje, o éste resulta exigido y —a la vez— reforzado por dimensiones meta-sicológicas del ser humano? Si nos conformamos con la primera opción, habría que plantearse por qué el ciudadano discrepante debe dejarse domesticar: ¿qué le «obliga» a ello, una vez desterrada la noción de obligación? ¿En nombre de qué cabe sancionar al que se resiste a ser domesticado?

Los «realistas» remiten a la existencia de una predisposición del auditorio; pero quedarse ahí supone no abandonar el terreno de la magia. Los milagros del prestidigitador son precisamente posibles gracias a su capacidad para acaparar la atención de su auditorio, provocando ángulos muertos por los que deslizar sus trucos. Ya que parece vedado adentrarse en los peligrosos vericuetos del por qué, sería inevitable al menos ser más explícito en el cómo. La sesión continúa y un gigantesco armatoste entra en escena...

Uno de los momentos más logrados de la sesión de magia se produce cuando el prestidigitador, con aire provocativamente excepcional, se dispone a descubrir su más sofisticado truco a un auditorio que parece haberle ganado con su simpatía. De este tipo viene a ser la situación en la que ahora nos encontramos. Los «realistas» van a ir desmantelando confidencialmente el manido repertorio de la jurisprudencia tradicional.

Sobre el truco de la «voluntad del Estado» mejor no insistir, de puro visto. Los de la «voluntad del pueblo» o el «contrato social» son de la misma familia: elementos místicos sin mayor consistencia. Fundar el derecho en el «pueblo», como imponen los ideales democráticos más románticos, olvida que «el derecho es tan esencial para la existencia misma del pueblo como el esqueleto lo es para el ser humano» (59). No mayor solidez demuestran viejos trucos de prestigiosos magos positivistas: Ihering consumirá buena parte de la sesión. Su planteamiento del derecho como expresión de «intereses» resultaba bastante convincente para auditorios hastiados de especulaciones metafísicas; sin embargo, no hace sino perpetuar el voluntarismo al que ellas recurrían, y

(58) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 96. De ahí que toda revolución deba neutralizar dicho aprendizaje con un recurso acentuado a la fuerza y a la propaganda —*HD* (nota 20), pág. 224. También A. Ross registra la existencia de una «predisposición» a aceptar las normas —*HCRD* (nota 4), pág. 107.

(59) K. Olivecrona, *HD* (nota 20). págs. 217 y 219; *DCH* (nota 9), pág. 13; *EOJ* (nota 8), pág. 74.

no llega a distinguir adecuadamente entre lo que es un auténtico «derecho» subjetivo y lo que es el mero «reflejo» del contenido de la norma sobre un individuo (60). El secreto de sus juegos queda al descubierto; detrás del telón actuaba el artefacto que acaba de entrar en escena: la máquina del derecho... Cuando ésta se pone en funcionamiento ante los atónitos espectadores resulta meridianamente claro que «'interés' no es un interés en sentido psicológico», sino una expresión vacía que sólo cobra vigor por la entrada en juego de la máquina jurídica (61).

El autor del diseño de este fascinante aparato es Lundstedt. Su función es la de reforzar el sentimiento común de justicia con su impacto sobre el auditorio, manteniendo la impresión de que tal sentimiento es el auténtico motor de la representación, cuando consiste en la mera vertiente emocional de su funcionamiento. En apariencia el «pueblo» se autogobierna, pero «para que el proceso de legislar sea efectivo, se requiere otra condición, además de la actitud mental de la generalidad del pueblo: la organización». Olivecrona populariza una parábola bucólica y descriptiva: «la maquinaria legislativa puede ser comparada a una *central* eléctrica instalada sobre un río. En la central la energía del curso de agua se transforma en electricidad, que se distribuye en la región circundante para proveer luz y calor y mover martillos y bielas; los cables conductores de energía son las leyes promulgadas con arreglo a la Constitución y el significado del acto de legislar es que un nuevo conducto de energía ha sido aplicado a la central» (62). Los asombrosos logros mágicos han resultado ser alambicados efectos especiales fruto de la técnica. Para Ross, más sobrio en la descripción, la maquinaria jurídica es el «conjunto de las instituciones a través de las cuales se realizan todos los actos jurídicos y demás acciones que adscribimos al Estado» (63).

El funcionamiento de la máquina jurídica hace innecesario el recurso a la magia primitiva y asegura mayores rendimientos con menor esfuerzo. Así la «sugestión» necesaria para domesticar al ciudadano se automatiza, hasta el punto de que su receptor no llega siquiera a ser consciente de la entrada en juego de una «señal imperativa» (64). El influjo de la máquina llega a ser prácticamente subliminal, aprovechando que «la mente humana tiene una adaptabilidad maravillosa» y

(60) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 147; A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 198.

(61) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 12. Ya Lundstedt se dedicó con afán a criticar a Ihering, preguntando cuál sería el criterio que permitiría ponderar los intereses —al respecto S. Castignone, *La macchina del diritto* (nota 2), pág. 111.

(62) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 39 y 40. Nos hemos permitido introducir el término «central» en vez de utilizar, como el traductor, «usina».

(63) A. Ross, *Lógica de las normas* (nota 46), pág. 89.

(64) K. Olivecrona, *El imperativo de la ley* (nota 35), pág. 195.

evitándole la situación «intolerable» de «vivir agobiados por el temor constante» (65). La amenaza se estiliza hasta hacerse innecesaria, por el juego de reflejos condicionados.

Todo esto pone en marcha «un mecanismo psicológico» a través del cual se puede «influir en la vida del país». Las metáforas industriales resultan particularmente afortunadas, porque lo que está en juego es una manufactura de conductas: «uso deliberadamente el término 'mecanismo' por ser en mi opinión el apropiado, ya que las reacciones populares en este aspecto siguen por lo general líneas definidas que pueden ser pronosticadas con gran precisión» (66). Pero se trata de una industria muy peculiar, en la que se dan unas relaciones poco usuales entre materiales y maquinarias: mientras «la corriente del río posee una fuerza que existe con independencia de la central», «la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada» (67). Si la máquina no funcionara, se paralizaría este curioso sistema autoalimentado.

Pero, si abandonamos la metáfora industrial por la dramática, nos acercaremos más al planteamiento «realista» de la cuestión. La máquina del derecho tiene más de tramoya movida entre bambalinas que de progreso tecnificador. No hemos de perder de vista uno de sus elementos básicos: «el uso de un lenguaje regularizado», que «es parte integrante» de todo «sistema jurídico en vigor»; «el lenguaje constituye una útil herramienta para elaborar las indicaciones necesarias para guiar la conducta humana en una sociedad compleja» (68). Bentham soñaba con purificar el lenguaje hasta convertir las palabras en auténticos resortes. Las referencias de Olivecrona a «centrales eléctricas» y «herramientas» cumplen quizá una función de apologética del «realismo» frente a las teorías pre-industriales; su industrialismo jurídico parece apuntar a un mañana cibernético del derecho.

Ross, más modesto, insiste en presentar los mecanismos jurídicos con apariencia de artilugio teatral. No considera viable la identificación de lenguaje y máquina: ni un lenguaje mecanizado ni una máquina parlante le parecen el futuro «realista» del derecho. «Es imposible mirar el derecho unilateralmente como función de una maquinaria de compulsión», porque la máquina «está ella misma en muchos aspectos enraizada en ideas jurídicas». «Lamentablemente debe decirse con én-

(65) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 114.

(66) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 38.

(67) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 41. También para A. Ross la desinteresada «validez» producida por la máquina en la vida social retroalimenta el funcionamiento de su compulsión —*HCRD* (nota 4), pág. 263; sin ella se vería obligada a forzar su juego saltando en pedazos.

(68) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 257 y 185.

fasis que ésta no es una *maquinaria*», «un sistema fijo de funciones. Eso es el gran error. El funcionamiento del ejercicio de la compulsión misma depende en muchas formas de nociones y realidades jurídicas» (69).

De nuevo, en la medida en que la descripción gana en realismo nos vemos abocados a la circularidad. Las claves del funcionamiento real del derecho no parecen susceptibles de descripción. Las realidades jurídicas a las que Ross nos remite con acierto, exigen un concepto más fuerte de realidad que el que profesan los «realistas». Proponerse tratar las realidades jurídicas como si no implicasen «título de honor» (70) alguno puede resultar un ambicioso ejercicio teórico, pero el derecho seguirá realmente funcionando gracias a que los ciudadanos se empeñan en no participar en ese juego teórico, y le atribuyen honores prácticos.

Si volvemos a nuestra sesión de magia, llegaremos a tiempo de presenciar su colofón final. Ningún mago que se precie descubre de verdad sus trucos. La pretendida «explicación» de sus secretos no es sino su juego más alambicado; al final la clave «explicativa» acaba teniendo un desenlace inesperado que despierta de nuevo la admiración del confiado público.

Olivecrona —bien a su pesar— actuará como un mago consumado, en los momentos finales de su aparente crítica de la magia. La máquina nos va «explicando» sucesivamente los más rancios juegos; todo hace pensar que es el prestidigitador el que la maneja. Así ocurría con el complicado mecanismo ideado por Bentham —aunque aún no mereciera el nombre de «máquina»— (71) y antes con el monstruo mecánico de Hobbes. La consecuencia acaba resultando homóloga: una concepción estatista del derecho, en la que el soberano patrullaba con su máquina persuasiva, condicionando mecánicamente la conducta de los ciudadanos. Tanto Hobbes como Bentham estaban convencidos de haber clausurado la era de la magia, la ficción y el fraude, y todo parecía indicar que el suyo sería también ahora el previsible final de la representación: todos los fenómenos jurídicos, aureolados de claves éticas, no eran sino el resultado de una manipulación legislativa técnicamente diseñada. Pero Olivecrona aborda un golpe de efecto final: descubre que el prestidigitador no maneja la máquina sino que es realmente movido también por ella...

«El error del positivismo naturalista reside en su equivocada inter-

(69) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 262-263 y 188.

(70) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 55.

(71) Las leyes eran las piezas del cuerpo jurídico, pero la realidad social quedaba fuera y, por tanto, la «máquina» sin montar en su integridad —cfr K. Olivecrona, *The Will of the Sovereigns* (nota 7), págs. 89 y 110.

pretación de la relación entre el poder legislativo y el ordenamiento jurídico existente. El orden jurídico se representa como dado y mantenido por los poseedores fácticos de un poder independiente, cuando en realidad su poder depende del ordenamiento jurídico existente, en tanto que sistema en funcionamiento» (72).

Todo parecía indicar que, también para él, los legisladores quedaban fuera de la máquina; nos presentaba el derecho como «una maquinaria, en cuyo centro se hallan los legisladores como tras un tablero de mando desde el cual dirigen los diferentes rodajes». Pero a última hora resulta que no son sino una pieza más de ella, aunque regulen el funcionamiento de un engranaje decisivo: «la única diferencia entre su relación con el derecho y la del público en general, es que tienen acceso a la maquinaria legislativa» (73). Nos vemos de nuevo sumidos en la circularidad. El juego de magia más conseguido es el que acaba insinuando que la máquina explicadora de los juegos de mano funciona a su vez por arte de magia.

El empirismo como explicación penúltima de la realidad puede aportar valiosos frutos; pero cuando el empirismo se autocalifica de «realismo» se ha convertido en explicación última, y volvemos a la magia. Autolimitarse a un análisis descriptivo puede ser saludable para quien posea el autodomínio heroico necesario para renunciar a saber más; *decidir* que ese análisis marca la frontera de lo real, es abandonar el realismo.

Olivecrona renuncia a llegar al final. Dado que la máquina funciona, basta con preguntarse «cómo se introducen alteraciones en un sistema de normas conocido como 'derecho'. Pretender remontarse a la fabricación del mecanismo —como parece intentar Kelsen con su pirámide de interrogantes— resulta ocioso. Se trataría de imitar al experto en anatomía, para quien «describir el cuerpo humano no supone necesariamente describir el origen del hombre» (74). La argumentación es contundente, pero deja pendiente el problema clave del «realismo». La anatomía es incapaz de decirnos qué *es* el hombre; si, pese a ello, *decidimos* que el único estudio «científico» del hombre es el anatómico, estaremos a un paso de concluir —nada científicamente— que el hombre es anatomía, y que gracias a ésta podemos llegar a una solución «realista» de los problemas humanos, capaz de enviar al desván los superfluos embrollos de la antropología.

La peripecia invita a una moraleja realista. Si nos mantenemos en un nivel meramente descriptivo, seremos capaces de reproducir los circuitos fácticos a través de los que el derecho actúa. Quizá obtengamos

(72) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 72.

(73) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 39 y 13.

(74) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 97.

como resultado una gigantesca máquina domesticadora de los ciudadanos, que —al gobernarse a sí misma— les impone una anónima dictadura. Pero una descripción perspicaz descubre que el derecho funciona como una máquina sólo a condición de que los ciudadanos no lo consideren como mero artefacto. Ante esta realidad, la pregunta sobre quién, cómo y para qué *debe* utilizar la máquina del derecho, se hace insoslayable. Cabrá abandonarse a la fatalidad, o dejar campar por sus respetos a ese oculto tecnócrata disfrazado de rueda dentada, del que Lundstedt —movido por su peculiar ética— no se recató en hacer una brillante apología. Lo que no parece realista es considerar superflua la pregunta. Ningún técnico se conforma al constatar que una máquina se mueve; lo que justifica y prestigia su labor es su capacidad para diagnosticar si su funcionamiento es correcto y su habilidad para recomponerla. Plegarse a los movimientos dislocados de la máquina equivaldría a adorarla, regresando a la magia.

LAS LIMITACIONES REALES DEL EMPIRISMO

El esfuerzo de los empiristas escandinavos merece —aunque sea a medias— el calificativo de realista. Ello queda especialmente de manifiesto en su crítica del *positivismo jurídico*. Esta enigmática etiqueta comparte con su hermana (más que gemela, siamesa) el iusnaturalismo algunos caracteres: son rótulos de uso socorrido y contenido confuso; resultan difícilmente inteligibles si no es en mutua relación; encuentran hoy (aunque por razones diversas) escasos partidarios de lucirlas en la solapa.

El amplio análisis que Olivecrona dedica al «positivismo» no consigue descifrar su contenido, pero al menos deja muy claro lo confuso de la situación. También Ross muestra serias dudas sobre la utilidad del rótulo, y ambos prefieren, con buen acuerdo, verse libres de él a la espera de acontecimientos. Olivecrona levanta acta de que se trata de un término «utilizado con significados muy diversos», lo que lleva a una situación «embarazosa» que «no se ve mejorada por el hecho de que muchos autores» lo empleen «como un insulto» (75).

Insistirá en la distinción usual entre *positivismo filosófico* y *jurídico*. Al apóstol del primero mejor no tenerlo demasiado en cuenta, ya que —aunque propusiera que «la ciencia debía apoyarse en la observación»— Comte acabó produciendo «un tipo de doctrina de derecho natural», cuyo influjo histórico sobre el positivismo jurídico hay que

(75) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 50, 55 y 56.

considerar nulo (76), a Dios gracias. El positivismo filosófico actual enlaza con las «teorías jurídicas que se abstienen de hacer valoraciones», lo que convierte a Hägerström en «un caso claro de positivismo»: su tendencia a entender los deberes como meras «expresiones emotivas» nos empuja, por otra parte, a «una teoría del derecho basada en el nocognoscitivismo ético» (77).

Ross, tras señalar que positivismo «puede significar tanto 'lo apoyado en la experiencia' como 'lo que está formalmente establecido'» (78), opta por secundar la vía empirista. Desde ella criticará al *positivismo legalista*, que —al querer identificar el derecho positivo acudiendo a «ciertas características externas y observables»— reduce lo jurídico a «legislación»; tal intento «tiene que ser rechazado, porque le falta comprensión respecto de la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho» (79).

También Olivecrona nos puso en guardia ante la tentación de entender el juego jurídico como una máquina movida a golpe de leyes. La legislación es un engranaje más, «un método para introducir normas nuevas de forma pacífica y psicológicamente efectiva», «una forma, entre otras muchas, de efectuar cambios en el sistema jurídico», aunque constituya «la parte más visible» (80) y llamativa de dicho proceso.

El «realismo» da así consistencia teórica a la crítica —más apasionada que simétrica o rigurosa— que contra el legalismo dirigieron los movimientos iusliberistas. Al espejismo de que en el mundo jurídico en el principio era la ley, parece proponerse la alternativa de que en el principio era la fuerza. Si nos empeñamos en investigar *históricamente* la generación de una ley —lo mismo que hizo Kelsen *lógicamente*, pirámide a través— nos encontraremos en la misma situación que él: «no podemos retroceder eternamente en el tiempo», como él no podía retrotraer la validez de la norma indefinidamente. Pero, en vez de fabricarnos hipótesis o ficciones «ad-hoc», hemos de enfrentarnos valientemente a la «realidad» de los hechos y reconocer la existencia de «un momento en que la Constitución se estableció en una forma ilegal, o mejor dicho, extralegal» (81), apoyándose en un acto de fuerza.

Desmitificado el punto alfa de la dinámica jurídica, todo el interés

(76) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 56 y 57.

(77) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 53, 54 y 57 (respetamos la terminología del traductor).

(78) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 98.

(79) A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 62; cfr. también pág. 25. *SDJ* (nota 5), pág. 98. Ya había criticado radicalmente al legalismo en *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Wien-Leipzig, 1929.

(80) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 109 y 110.

(81) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 97.

se centrará en el omega; el derecho acaba «realizándose» como tal cuando la conducta obediente del ciudadano le atribuye «validez» —dando silenciosa vigencia a la norma—, o cuando los órganos de *compulsión* —con el juez como centro— garantizan su vigencia (provocando así una recarga de «validez»). Los «realistas» conceden menos atención a la primera posibilidad, minusvalorando una de las dimensiones más reales de la dinámica jurídica: el acatamiento (82) social. Ronda el peligro de una sustitución simplista del ‘en el principio era la ley’ por un ‘en el final será el juez’.

Si la super-ley arrancaba de un acto de fuerza, no será muy distinto el carácter de la *legislación*. «Las Constituciones de los países civilizados han sido establecidas por medio de una revolución o de una guerra, esto es, por la fuerza», «por actos ilegales, que parecen, en consecuencia, ser la fuente real y originaria del orden existente». Esto puede escandalizar, pero «no es más misterioso que el proceso ordinario de legislación. Lo que ocurre realmente en ambos casos es que algunos individuos establecen un conjunto de imperativos independientes reclamando para ellos su obediencia en todo un país». Una nueva ley es un nuevo golpe de fuerza que modifica el ordenamiento jurídico, aunque su impacto resulte acolchado al tener los legisladores «a su disposición una maquinaria ya preparada», mientras los revolucionarios han de abrirse paso a golpe de fuerza ostensible y de propaganda (83).

Cuando se concede más importancia a la compulsión que a la «validez» sociológica (que sería su resultado, y eventualmente la ventajosa y callada prolongación de sus efectos), el «destinatario» de las normas no va a ser el ciudadano (árbitro de la desinteresada «validez» jurídica) sino el juez (director de los mecanismos compulsivos). «Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica»; sin el juez, pues, la «ley» no se convierte en «derecho». Forzando la argumentación llegamos a leer: «si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento», ya que el ciudadano, al tener noticia de ella, «conoce qué reacciones puede esperar» «de parte de los tribunales» (84).

Este ambiente judicialista preside también el replanteamiento del *derecho consuetudinario*, que se había convertido para el legalismo en

(82) El propio H. Kelsen no deja de anotarlo en su debe: *Una teoría «realista»...* (nota 11), pág. 34.

(83) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 47-49.

(84) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 33. Las normas «secundarias» implican el contenido de las «primarias» y no viceversa —cfr *Lógica de las normas* (nota 46), pág. 90. También K. Olivecrona, *HD* (nota 20), pág. 223.

un «espinoso problema», al implicar la formación de «nuevas normas sin intención deliberada por parte de nadie» (85). El intento es interesante, porque aborda el fenómeno que nos parece más expresivo del carácter primordialmente humano (y no estatal) de la realidad jurídica, planteando a la vez la frontera —tan difícil para el empirismo— entre la conducta «jurídica» y la meramente «social».

El resultado produce un cierto desencanto. Para Olivecrona, «con un concepto realista del derecho, el problema de la formación del derecho consuetudinario no es más insoluble que el de la formación de la legislación»; en ambos casos se produce «la introducción de nuevos imperativos en un sistema» y «no hay nada más que una cadena de causa y efecto en un nivel psicológico». Una vez más se nos describe un cómo, corriendo un tupido velo sobre qués y porqués. Misteriosamente unas conexiones psicológicas se convierten en jurídicas y otras no; la debatida distinción entre usos sociales y costumbres jurídicas se evapora por vía de apremio: «es una cuestión de terminología determinar si se puede aplicar el término 'derecho' a tales costumbres antes de que aparezca una organización social» (86). Pero no parece muy realista tal displicencia ante las palabras, después de haberse planteado hasta la posibilidad de «hacer cosas» con ellas.

Ross insinúa que no tiene mucho sentido dar vueltas a lo obvio: «respecto al derecho primitivo», no «cabe preguntarse si la costumbre es una fuente del derecho, ni por qué lo es», ya que aparece indiscutiblemente como «punto de partida natural de la evolución jurídica». Pero, cuando se considera que la función de la filosofía es cuestionar lo obvio —y, por tanto, preguntar por la «naturaleza» del derecho— su sobrio ascetismo, al renunciar al análisis de un fenómeno tan natural, cobra visos de oportunidad perdida. La presunta inocuidad del tema parece haberse consolidado como cosa juzgada por un curioso mecanismo de prescripción extintiva: «la costumbre como fuente del derecho suscita un problema que ha ocupado y continúa ocupando un lugar en la historia de la filosofía jurídica que no guarda proporción con el lugar que ocupa la costumbre en las comunidades modernas» (87). De todos modos no vendría nada mal aclarar un poco algo tan aparentemente desfasado como la costumbre, si —como premio a nuestro altruismo— acabamos aclarando algo sobre qué sean las fuentes del derecho.

Aun liberando a la costumbre del sucursalismo respecto al texto legal, no le llega a reconocer autonomía jurídica propia. Para el lega-

(85) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 44.

(86) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), pág. 44; *EOJ* (nota 8), pág. 105.

(87) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 90.

lismo existía «una única fuente del derecho, y la costumbre sólo puede ser tomada en cuenta en el grado en que su validez como factor creador del derecho ha sido instituido por la legislación misma» (88). Pero, por otra parte, el intento clásico de dotarla de carácter autosuficiente se apoya en la existencia de «la convicción de que la conducta exigida por ella es un deber jurídico», traducida en la llamada «*opinio necessitatis*» «ligada a la expectativa de una reacción social de desaprobación». Ross, por el contrario, sólo aprecia en el fenómeno consuetudinario consistencia «real» en la medida en que se lo vincula a la labor judicial; aquella «convicción» «necesariamente equivale a la expectativa de que la costumbre habrá de ser aceptada por los tribunales como pauta para fundar decisiones», y la «*opinio iuris*» significa que «se prevén sanciones jurídicas si la cuestión es llevada a los tribunales» (89).

El mismo Olivecrona, aunque admita que a «los conceptos de derecho consuetudinario y jurisprudencial» «es aconsejable separarlos», no llega a explicarnos por qué califica a ambos como «derecho». Persiste, sin duda, su desprecio por los devaneos terminológicos, pero las consecuencias prácticas seguirán siendo reales. Lo que ocurre es que tanto la legislación como la tarea judicial encuentran fácil acomodo en la «máquina» jurídica, mientras que la costumbre resulta de más compleja «industrialización». Ley y sentencia aparecen «íntimamente ligados a la organización del Estado»; mientras la costumbre —como «las ideas sobre derechos, deberes y conducta apropiada»— cumple un «verdadero papel en la formación de normas jurídicas» sólo «en la medida en que son consideradas por los tribunales entre las razones para sus decisiones» (90).

Descartadas la legislación y la costumbre como puntos claves, la racionalidad científica parece proponer el protagonismo de la tarea judicial. Así lo hace, fiel a su empirismo, el «realismo» americano. Pero, pese a la afinidad filosófica, no llegará a producirse entre ambos una identificación teórico-jurídica. Para los escandinavos, no se trata de sustituir un punto por otro, a la hora de determinar con realismo lo jurídico; no hay punto clave sino una inserción conjunta en la circularidad de la «máquina» jurídica.

Se comparte la crítica del legalismo. Para Roscoe Pound, por ejemplo, «las leyes no son como trajes de los que podemos desprendernos para reemplazarlos a voluntad, sino que, como el *lenguaje*, forman algo tan íntimamente unido a lo que hacemos que el desarrollo de los materiales tradicionales siempre será el principal factor de su progre-

(88) A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 148.

(89) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 91.

(90) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 104 y 106.

so» (91). Se rechaza la idea de un derecho que, desde fuera, conforma a la sociedad como si fuera plastilina pasiva. Esta marginación del voluntarismo legalista se acentúa en sus sucesores. Se llega a exagerar la minusvaloración de las reglas legales, hasta no concederles más relevancia en la decisión del juez de la que puedan tener sus prejuicios, simpatías o caprichos personales.

No se nos remite, sin embargo, a «máquina» alguna. Pound sólo utilizará tal metáfora con intención crítica, ironizando sobre la imposibilidad de una labor judicial mecánica. El legalismo «convirtió al tribunal en una especie de máquina tragaperras»; «los hechos no siempre se ajustaban al mecanismo y por ello era menester recurrir a sacudir y agitar un poco la máquina para que lográramos que nos diera algo. Pero incluso cuando esta manera de proceder tan poco automática era llevada a un extremo, no se atribuía la decisión al hecho de haber agitado y sacudido el mecanismo, sino a éste solamente» (92). «Realismo» y judicialismo se hacen sinónimos cuando cunde el escepticismo sobre la relevancia de las normas.

Olivecrona rechaza esta conclusión. Tomar como punto de referencia la conducta de los jueces —entresacándolos de los demás ciudadanos— implica ya una diferencia ciudadano-juez que no surge por generación espontánea. «El juez no es un Atlas que sostiene al mundo del derecho sobre sus hombros»; «no lleva una marca divina en su frente que lo inviste como tal. La calidad misma de juez está jurídicamente condicionada» (93). El derecho hace al juez antes que el juez pueda hacer el derecho.

Como consecuencia, no cabe reducir la ciencia jurídica a la predicción de la futura actividad judicial. Habría que aclarar antes qué es lo que el juez predice al comportarse jurídicamente. Parece claro que «el juez no puede resolver el caso sobre la base de una predicción de cómo va a resolverlo él mismo»; deberá, por el contrario, admitir que «si bien es cierto que las reglas que aplico son derecho, no son derecho porque yo las aplico, sino que las aplico porque son derecho» (94). La positividad del derecho se nos escapa entre los dedos cuando intentamos situarla en la tarea judicial. El derecho positivo, ¿es una norma que propone al juez la solución a aplicar a un caso, o es la solución que el juez

(91) R. Pound, *El espíritu del «common law»* (citamos por la traducción de J. Puig Brutau, Barcelona, 1954), pág. 116 (subrayado nuestro).

(92) R. Pound, *ibidem*, pág. 171.

(93) K. Olivecrona, *Lenguaje jurídico y realidad* (nota 21), pág. 19; A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 70.

(94) K. Olivecrona, *HD* (nota 20), pág. 221; A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 75. Cfr. al respecto: A. Montoro Ballesteros, «Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross», *Anuario Filosofía del Derecho*, 1975 (XVIII), págs. 153-202.

tiene por norma aplicar de hecho? Los escandinavos rechazan la segunda posibilidad; su empirismo nos lleva a ignorar que a veces las apariencias engañan. No cabe considerar las normas jurídicas como si fueren predicciones meteorológicas, porque «el pronóstico del tiempo no es en sí la causa del tiempo», sino que deriva «de un conocimiento de las causas que determinan el clima»; igualmente, «la predicción de la conducta futura del juez no es por sí el factor decisivo, sino que se deriva de un conocimiento de los factores que determinan la conducta judicial» (95). Es obligado admitir que los preceptos legales son, por lo menos, uno de esos factores.

La positividad jurídica, si se examina con racionalidad científica, parece perder la consistencia que le atribuyen el *positivismo* legalista o su alternativa *judicialista*. Nos vemos de nuevo remitidos a la circularidad de la máquina jurídica, ya que el rechazo de una jurisprudencia «mecánica» descarta recaídas legalistas. La ley no es el único factor determinante de la conducta judicial. «El sistema de 'normas jurídicas' no es un sistema cerrado identificable mediante criterios formales, sino un sistema 'abierto' sin límites fijos»; junto a las normas juega «un conjunto indefinible de principios, usos y técnicas», y sobre todo «el uso regularizado del lenguaje» (96).

No deja de ser curioso que —como hemos tenido doble ocasión de subrayar— ambos «realismos» acaben aludiendo al «lenguaje» al intentar describir esa huidiza positividad jurídica. En lo que a los escandinavos respecta, parece observarse un cambio sutil. En el diseño, forzosamente estático, de la máquina del derecho, el lenguaje jugaba como artilugio provocador de estímulos psicológicos; al analizarse ahora su dimensión dinámica reviste una apariencia menos rígida y más expresiva, con lo que se refleja con más fidelidad la realidad jurídica. A la vez, un examen detenido de estas referencias plantea serias dudas sobre la coherencia de dichas explicaciones con los puntos de partida empiristas.

«El derecho está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado, y el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado de mil maneras por presuposiciones tácitas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, standars y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez» (97).

(95) A. Ross, *HCRD* (nota 4), págs. 81 y 82.

(96) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 258 (subrayado nuestro). «Los jueces no son autómatas cuya conducta se decide mecánicamente, sino seres humanos cuya acción está determinada *inter alia* por nociones precisamente de lo que es el derecho» —A. Ross, *HCRD* (nota 4), pág. 72.

(97) Las normas jurídicas «no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado»; «en el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la

Pero, si el *lenguaje* se limita a «transmitir» un *significado*, ¿quién lo engendra? No es fácil dar razón de las implicaciones que encierra el lenguaje, como fenómeno existencial de comunicación humana, sin acercarse a planteamientos poco empiristas; de tal acercamiento se derivan inevitablemente consecuencias sobre el derecho como ámbito de comunicación humana vinculante.

La imposible mecanización del lenguaje jurídico obliga a descartar el legalismo. «Considerar que la ley es derecho por sí misma significa que, generalmente y con un grado de probabilidad muy cercano a la certeza, podemos predecir que será aceptada por el juez»; pero «a sus ojos la ley no es una fórmula mágica sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural» (98). Las metáforas «industriales», que parecen insinuar una dinámica jurídica exhaustivamente tecnificable, van quedando desfasadas; la central eléctrica de la que hablara Olivecrona, pierde apariencia de «máquina» para cobrar visos de organismo animado. La frontera —condición de toda manipulación técnica— entre «conocimiento» de las normas en vigor y «propuesta» político-jurídica de normas deseadas, se desdibuja (99).

Para Ross, esto no responde a ninguna peculiaridad del derecho, que haga imposible su encaje científico-social, sino que es una característica ilustrativa de la limitación de toda ciencia social. «Aun después de haber recogido con la mayor prolijidad todos los hechos y sus correlaciones, siempre habrá que dar un salto» hasta llegar a una «resolución», o sea, a un «acto irracional» (100). El rechazo inicial de la posibilidad de una razón práctica le lleva, con ejemplar coherencia, a dictaminar la irracionalidad de la práctica.

Reaparece la paradoja, el derecho funciona realmente gracias a que los que lo hacen funcionar no se comportan con arreglo a una concepción «realista». La máquina del derecho funcionará de maravilla siempre que los que estiman que es algo más que una máquina la sigan ayudando a funcionar. El «realismo» bordea el cinismo. El derecho adquiere «validez» gracias a la sintonía de sus normas con la «tradición

influencia de la tradición de cultura, porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómeta, o mejor dicho, porque el juez no es un fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural» —A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 96. «El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad» (pág. 133).

(98) A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 99 y 133. De ahí que sentencie: «Las teorías del movimiento del derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas» (pág. 150).

(99) K. Olivecrona, *HD* (nota 20), pág. 225.

(100) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 313; también 314: «La idea platónica de que los científicos son llamados a regir el Estado, se basa en la falsa idea intelectualista de que para realizar la acción correcta basta con poseer el conocimiento correcto.»

cultural» o «conciencia jurídica material» de una sociedad. Esta sintonía alimenta a la «conciencia jurídica formal» (101), con su secuela de obediencia desinteresada al derecho en cuanto tal. Pero, si el sociólogo puede limitarse a constatar con aire relativista la «conciencia jurídica material», los que realmente la van engendrando actúan sin ningún relativismo. Si para ellos nada fuera verdad ni mentira, se generaría la inconsciencia colectiva. Los ciudadanos ocupan a su modo una situación similar a la del juez. Tampoco ellos pueden reducir su pensar a la predicción de lo que van a pensar; sus concepciones responden a su peculiar visión de una realidad que mueve a la acción. Si fueran en la práctica coherentes con la negación de dicha realidad se replegarían en la pasividad rompiendo ese juego circular. La «conciencia jurídica material» que Ross agudamente describe es un continuo ejercicio —quizá inconsciente o ingenuo— de razón práctica.

No han faltado intentos de evitar esta complicidad «realista», que parece insinuar que el derecho seguirá funcionando siempre que nadie se dé por enterado de cómo realmente funciona. Buscando una peculiar racionalidad práctica se ha propuesto el enlace con la *retórica* clásica, que no sería ni razón práctica con implicaciones metafísicas ni mera sugestión psicológica (102). Ross insinúa una coincidencia con estas posturas, imposible en la medida en que es fiel a su empirismo: «la discusión política no se da en el plano de la lógica: no se trata de probar verdades; se da en el plano psicológico-técnico-causal; procura producir acuerdos prácticos influyendo en el punto de vista de un oponente a través de la argumentación y de la persuasión» (103). Pero ni la retórica clásica, ni la de Perelman —a quien no duda en citar— equivalen a una investigación psicológica científico-natural. La cuestión decisiva es si —con ayuda de la retórica— vamos a describir el juego fáctico del derecho, o si el derecho mismo *es* —en sentido fuerte— una actividad «retórica», en la medida en que nos desvela un «sentido» de lo real a través de su esfuerzo intersubjetivo.

Trabada por el empirismo, la retórica de Ross parece condenada a convertirse en sofística, ya que más que auténtica «argumentación» racional, no sería sino «persuasión» (104) manipuladora. La retórica clásica era incompatible con el *dogmatismo*, pero también con el *escepticismo*; entiende que no hay verdades *a priori* —y por eso hay que

(101) Cfr. A. Ross, *SDJ* (nota 5), págs. 133 y 54.

(102) Representante paradigmático Ch. Perelman (por ejemplo, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de L. Díez Picazo, Madrid, 1979). Al alcance de su propuesta nos hemos referido en *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, incluido en este volumen *infra*.

(103) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 315.

(104) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 303.

buscarlas con apoyos argumentales— pero no duda de que hay una verdad alcanzable, siquiera de forma limitada. Gracias a ello puede aspirar a una comunicación argumental sin refugiarse en la manipulación persuasiva.

La crítica «realista» al positivismo jurídico ha sido contundente, al rechazar las variantes voluntaristas y legalistas de sus formulaciones clásicas. Lo que no está tan claro es que haya dado paso a una auténtica alternativa (105). El *positivismo jurídico*, en su afán de garantizar una consideración racional del derecho, se esforzó por delimitar con precisión los perfiles del «derecho positivo». Racionalidad y positividad parecen definitivamente identificadas. El «realismo», en nombre de idéntica *racionalidad* científica, descarta sus criterios delimitadores de la positividad jurídica, pero se muestra incapaz de responder a las cuestiones que aquél abordaba.

Ross se esfuerza todavía por reconducir el término derecho «positivo» al de derecho «vigente». Pero, a la hora de llevar a cabo «el test de la vigencia», «no hay punto de Arquímedes para la verificación, no hay sector alguno del derecho que reciba verificación antes que los restantes» (106). Hoy, dentro de la filosofía de la ciencia, no falta quien certifique el fin de la «racionalidad instantánea» (107), renunciando a establecer una frontera rígida de lo racional y científico. Ross parece invitar a su manera a abandonar la idea de una «positividad instantánea», pero con ello certifica el agotamiento del intento positivista sin que sus explicaciones circulares lleguen a abrir una auténtica alternativa. No sólo nos quedamos sin poder precisar cuándo el derecho se positiva, sino que nos conjuramos para no preguntar siquiera qué es el derecho. El positivismo aspiraba aún a abordar las preguntas jurídicas radicales; Ross no nos ofrece respuestas alternativas, sino que nos anima «realistamente» a renunciar a formularlas.

Olivecrona será aún más tajante. Más que reciclar el término, entona sin rebozo un «adiós al derecho positivo». Puesto que no cabe iden-

(105) Como pretende E. Pattaro, *Il realismo giuridico como alternativa al positivismo giuridico* (nota 3), pág. 61. Por el contrario, G. Kalinowski lo califica como «positivismo abrupto» —*Théorie, métathéorie ou philosophie du droit* (nota 25)—, pág. 90.

(106) A. Ross, *SDJ* (nota 5), pág. 36. E. Bulygin ha enfatizado con acierto cómo la «validez» ha de entenderse en su doctrina como «vigencia» —«*Alf Ross y el realismo escandinavo*», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1981 (1), págs. 82 y 86—. Mientras, para el argentino, el normativismo de Ross convertiría en inadecuado el calificativo de «realista», para G. P. Savoini su concepto de validez supone una reelaboración empirista del concepto normativista, y su concepto de norma es una explicación a la vez exhaustiva y realista del fenómeno normativo —*Performativité e validité in Alf Ross* (nota 55), págs. 392 y 400.

(107) I. Lakatos, «La falsación y la metodología de los programas de investigación científica», en *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, 1975, pág. 266.

tificar las normas jurídicas con «la expresión de una voluntad existente anterior al mismo derecho», «el adjetivo *positivo* es completamente superfluo, y podría ser desorientador»; «será mejor emplear la expresión ‘derecho’ sin el adjetivo ‘positivo’» (108). No olvida que para algunos «el ‘positivismo’ se convierte en evidente muestra de distinción», pero termina por confesar: «aunque yo creo que debería aspirar a ser miembro del club, me siento obligado a no utilizar tal clasificación» (109); una renuncia que no puede disimular un dejo de nostalgia.

El «realismo» hereda la pretensión del positivismo jurídico de mantener la frontera empirismo-metafísica como clave de la racionalidad y de la ciencia. Lo que le permitiría presentarse como *alternativa* sería una delimitación más rigurosa de tal frontera, que acabaría arrojando al positivismo jurídico a los abismos metafísicos. Queda, por supuesto, sin respuesta una cuestión previa: en qué medida el «realismo» es realista, dado que tanto la metafísica como el empirismo pretenden dar cuenta de la auténtica realidad. Ross llega a admitir que determinadas doctrinas metafísicas merecen, en parte, el rótulo de «realistas» (110), mientras que, como hemos visto, no escasea entre los escandinavos el anatema «metafísico» contra otras familias empiristas.

Olivecrona sitúa la nueva frontera de la racionalidad en la distinción entre un «positivismo jurídico idealista», que entiende el derecho como integrado en el mundo del «deber», y el «positivismo jurídico naturalista», que lo entiende como hecho social. El intento de Kelsen de llegar a formular en términos ametafísicos la «fuerza obligatoria» del derecho, le parece «el esfuerzo más persistente y lógico» por llevar «adelante sin temor a sus paradojas» el positivismo idealista; no obstante, esa relación no causal a la que califica de «imputación» es, «según Kelsen declaró paladinamente», «el gran misterio»; eso es hablar con claridad: es un misterio y siempre lo será» (111), remacha con aire

(108) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), págs. 60 y 78.

(109) K. Olivecrona, *EOJ* (nota 8), pág. 56 y nota 109 de la pág. 65.

(110) A propósito de Tomás de Aquino reconoce que «está lejos de un racionalismo abstracto», que da entrada a «una forma sociológico-realista de la política jurídica», y que «hay posibilidades favorables para un entendimiento entre esta tendencia y un estudio realista del derecho» —*SDJ* (nota 5), pág. 238. G. Lumia, por su parte, tras señalar que no considera al neopositivismo más fundado que a la metafísica, apunta que una opción metafísica que llegue a una concepción de la realidad, es siempre irrenunciable —*Empirismo logico e positivismo giuridico* (nota 1), págs. 101 y 110.

(111) K. Olivecrona, *DCH* (nota 9), págs. 7-10; a la vez recuerda cómo Hägerström inició ya esta persistente crítica a Kelsen —nota 1 de la pág. 9. A. Ross extrema menos la discrepancia; considera a la teoría pura como «una conquista única dentro de la moderna filosofía del derecho. Se distingue por su sobresaliente agudeza, su brillante dialéctica y su lógica inexorable» —*SDJ* (nota 5), pág. 66. Esto no le impidió resaltar años antes cómo Kelsen asume «el “deber ser” que, desde la época de Kant ha expresado una esfera

conclusivo. El «líder contemporáneo del positivismo jurídico» (112) resulta, pues, condenado por intentar ensanchar la angostura de un empirismo sociologista, al que considera incapaz de describir racionalmente la realidad jurídica.

No han dejado de señalarse las consecuencias que para el planteamiento kelseniano acabó teniendo su forzosa vecindad con los «realistas» americanos. Su admisión de la necesidad de un *mínimo de eficacia* como condición de la validez jurídica señala sintomáticamente los límites de su empeño. Pero quizá no resulte menos sintomática la pasajera alusión de Ross a un cierto *mínimo de legitimidad* (113) preciso para que el derecho perdure. Ni el «ser» ni el «deber», drásticamente separados por el empirismo, consiguen una satisfactoria explicación del fenómeno jurídico. Nos vemos así situados en el borde de las posibilidades del empirismo para dar cuenta de una realidad que le excede. La realidad jurídica se resiste a verse encerrada en la estrechez del «realismo», aunque en su tozudez acabe resultando sospechosa de recurrir a artes mágicas. En vano se la intentará sustituir por una sofisticada manipulación que sólo logra ser «racional» en la medida que la desfigura. Al final, parecemos condenados a constatar una novedosa magia apoyada en palabras que no nos informan sobre las cosas, sino que aparentan «hacerlas» por su propia virtud.

En cualquier caso, el «realismo» escandinavo, aunque encalle a medias en su intento por dar cuenta de la realidad del derecho, rompe con decisión la identificación entre racionalidad científica y positivismo jurídico, que venía dominando la teoría jurídica. Su cuestionamiento racional de las respuestas positivistas no ofrece alternativas tan sólidas como para dirimir la polémica entre estas dos variantes empiristas, pero sí nos invita —a su pesar— a reflexionar sobre las limitaciones reales del empirismo.

de validez práctica absolutamente diferente del mundo de la realidad», intentando enlazarlo con una realidad empírica no *a priori*, HCRD (nota 4), pág. 48.

(112) K. Olivecrona, EOJ (nota 8), pág. 55.

(113) «Hay un límite para la escisión posible entre las dos actitudes de la conciencia jurídica»; cuando el divorcio entre conciencia material y formal lo supera, «el derecho queda sustituido por una conciencia revolucionaria» —A. Ross, SDJ (nota 5), pág. 54.

ANDRES OLLERO TASSARA

**Derechos humanos
y metodología jurídica**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1989