

Andrés Ollero Tassara, nacido el 15 de mayo de 1944 en Sevilla. Diputado en la III, IV, V, VI y VII Legislaturas (14 de julio de 1986 a 30 de septiembre de 2003). Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada y en la Rey Juan Carlos de Madrid. Es miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y autor de numerosas publicaciones científicas. Actualmente es Magistrado del Tribunal Constitucional.

Este libro recoge las contribuciones de 152 amigos, colegas y discípulos del profesor Andrés Ollero con motivo de la celebración de su setenta aniversario. Los trabajos aquí reunidos son, pues, un homenaje a un filósofo del Derecho, político, parlamentario, magistrado del Tribunal Constitucional y, ante todo, profesor de Universidad, de formación europea y con gran influencia en el ámbito latinoamericano.

En esta obra se abordan desde una vertiente multidisciplinar grandes temas de la Filosofía del Derecho a través de estudios relacionados con Derecho y Moral; positivismo jurídico e iusnaturalismo; teoría del conocimiento jurídico e interpretación; filosofía política y Derecho; Derechos Humanos, ética y democracia; interpretación constitucional y papel del juez; libertad religiosa, laicidad y laicismo; igualdad y no discriminación; Bioderecho y Bioética; Universidad y Magisterio; y libertad y economía.

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ACCIÓN

Homenaje al profesor
Andrés Ollero

UNA FILOSOFÍA DEL
DERECHO EN ACCIÓN
Homenaje al profesor Andrés Ollero

ISBN-13: 978-84-7943-489-2



9 788479 434892

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ACCIÓN

Homenaje al profesor Andrés Ollero

Coordinadores

CRISTINA HERMIDA

JOSÉ ANTONIO SANTOS

Comité organizador

WOLF PAUL

FRANCESCO D'AGOSTINO

PEDRO SERNA

CRISTINA HERMIDA

JOSÉ ANTONIO SANTOS

Congreso de los Diputados
Universidad Rey Juan Carlos
Madrid 2015

UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ACCIÓN

Homenaje al profesor Andrés Ollero

Presentación, por CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

La importancia de los maestros, por JOSÉ ANTONIO SANTOS

FRANCESCO VIOLA	MANUEL RODRÍGUEZ PUERTO
BENITO DE CASTRO CID	ULRICH SCHROTH
JUAN CIANCARDO	GIUSEPPE ZACCARIA
JOSÉ JUAN MORESO	PILAR ZAMBRANO
GREGORIO ROBLES	ENRIQUE ZULETA PUCEIRO
LUIS PRIETO SANCHÍS	WOLF PAUL
NURIA BELLOSO MARTÍN	ÁNGELA APARISI MIRALLES
LETICIA CABRERA	ALESSANDRO ARGIROFFI
ÓSCAR VERGARA	MARICRUZ DÍAZ DE TERÁN
RODOLFO LUIS VIGO	JAVIER PÉREZ DUARTE
FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS	FRANCISCO CARPINTERO
MARTÍN DIEGO FARRELL	LUIS AGUSTÍN GARCÍA MORENO
EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA	JUAN JOSÉ GIL CREMADES
JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS	MARTÍN LACLAU
FERNANDO GALINDO	ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
ALFONSO GARCÍA FIGUEROA	JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ
DANIEL ALEJANDRO HERRERA	DALMACIO NEGRO
HERIBERT FRANZ KOECK	SALVADOR RUS RUBINO
FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO	CAROLINA PEREIRA SÁEZ
CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA	CARLOS PÉREZ DEL VALLE
LORENZO PEÑA	AURELIO DE PRADA GARCÍA
FRANCISCO PUY	PEDRO RIVAS
HERBERT SCHAMBECK	MANUEL SALGUERO
CARIDAD VELARDE	SALVATORE AMATO
JUAN IGARTUA SALAVERRÍA	KAI AMBOS

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que éstas recaen única y exclusivamente en los autores

© Del texto: sus autores
Del contenido de la obra: los coordinadores

© Congreso de los Diputados
Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones
Departamento de Publicaciones
Floridablanca, s/n. 28071 Madrid

ENTRE EL MIEDO Y LA FE EL POSITIVISMO JURÍDICO ANTE LA NOCIÓN DE FUERZA OBLIGATORIA DEL DERECHO

ÓSCAR VERGARA
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de La Coruña, España

Afirma Bulygin que los derechos humanos son una "valiosa conquista del hombre que hay que cuidar con especial esmero"¹. Sin embargo, considera que éstos no son jurídicos hasta que no son positivados. Antes sólo constituyen exigencias que se formulan al orden jurídico desde el punto de vista de un determinado sistema moral².

1. CIENCIA Y MORAL

Es notable el esfuerzo de autocontención que un científico del derecho tiene que realizar en aras de la ciencia. Wittgenstein indica el camino: "no decir nada más de lo que se puede decir, o sea, proposiciones de la ciencia natural"³. Aunque uno valore los derechos humanos como algo bueno o positivo, hay un postulado metodológico fundamental en el positivismo jurídico conforme al cual éstos carecen de toda juridicidad antes de su positivación formal. Una vez producido este hecho, el positivismo ideológico considera que entonces ya se puede decir que estos derechos, y lo mismo puede decirse de cualquier disposición o acto jurídicos, son algo debido. Sin embargo, en puridad científica, esto no es correcto, ya que obviamente se trata de una valoración moral inspirada en algún tipo de instancia que no puede detectar la ciencia natural. Por eso, Bulygin y Mendonca critican a Kelsen por confundir *validez formal*, que tiene un carácter "descriptivo" —sólo significa pertenencia a un sistema jurídico—, con *obligatoriedad*, que es un concepto moral⁴.

Nino lo ha visto claro. El derecho positivo por sí mismo no puede establecer la obligatoriedad de sus normas⁵. Desde un punto de vista interno, la Constitución no es la práctica más básica de una sociedad, sino que hay todavía una más fundamental que determina la observancia continua de la Constitución y que posibilita que una norma

¹ E. Bulygin, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 624.

² Cfr. *ibidem*.

³ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, prop. 6.53. Se ha consultado la ed. bilingüe de J. MUÑOZ e I. Reguera, Madrid, Alianza, 1999, p. 183.

⁴ C. E. Alchourrón y D. Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 84-89.

⁵ C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 78.

que no pertenece al sistema jurídico aparezca como obligatoria⁶. Hay vida más allá del sistema jurídico, pero de carácter moral.

El problema es que las coordenadas epistemológicas del positivismo jurídico dejan más allá de lo verdadero y de lo falso a todo juicio moral. Es preciso que éste sea acogido institucionalmente para poder contar como criterio objetivamente válido. Como un niño huérfano que necesita el amparo de unos padres adoptivos, así la moral tiene que ser acogida por el derecho. El problema es que, a su vez, esos padres también necesitan autoridad moral y ésta se les discute. En efecto, una exigencia moral se transforma en derecho con su positivación. Pero esto sólo significa que la disposición o acto que la acoge es válida dentro de un determinado sistema, no que sea obligatoria. Si algo es o no obligatorio es una cuestión moral, que queda más allá de lo que se puede decir.

Como ha dicho Bobbio, "los valores últimos no se justifican; se asumen"⁷. Al parecer, nada se puede decir sobre su verdad o falsedad, pero se puede creer en ellos. Son parte del credo individual, colectivo o institucional. Pero que nadie pida cuentas de ellos.

Esta actitud es nueva y entraña un desencanto con respecto a la idea de encontrar un apoyo científico y objetivo para la moral y el derecho. Esta idea iluminó los afanes de muchos teóricos a partir de la modernidad, conscientes probablemente de lo que estaba en juego con esto. Durante la Edad Media, los principios supremos del pensamiento y acerca del gobierno de la sociedad se habían tomado directamente de la religión cristiana y de la teología. El iusnaturalismo moderno supuso la ruptura de este modo de ver las cosas y la sustitución de la teología por la ciencia del derecho natural como ciencia de los principios supremos de la convivencia social⁸. Un pilar es la famosa cláusula "etiamsi daremus" de Grocio, según la cual el derecho natural existiría aunque Dios no existiese⁹.

El modelo científico que asumió este iusnaturalismo fue el de la matemática, al considerar que todo el universo tenía una estructura racional necesaria, por lo que era posible descubrir una serie de leyes racionales de la conducta humana¹⁰. Así, para Grocio, la naturaleza humana manifiesta una tendencia a la sociedad o *appetitus societatis*, que es la fuente del derecho natural, a partir de la cual cabe derivar los principios de abstenerse de los bienes ajenos, restituir los ajenos que estén en nuestro poder y el lucro obtenido mediante ellos, la obligación de cumplir la palabra dada, reparar los daños causados culpablemente y el castigo de los delitos¹¹.

⁶ Cfr. *ibidem.*, pp. 75-78.

⁷ N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 56.

⁸ Cfr. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 251-253.

⁹ "Y ciertamente estas cosas, que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas [...]" H. GROCIO, *Del derecho de la guerra y la paz*, proleg. §11. Se ha consultado la trad. de J. Torrubiano, t. I, Madrid, Reus, 1925, p. 13.

¹⁰ Cfr. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 253-254.

¹¹ Cfr. [...]" H. GROCIO, *Del derecho de la guerra y la paz*, proleg. §11. Se ha consultado la trad. de J. Torrubiano, t. I, Madrid, Reus, 1925, proleg. §§6-8.

Ahora bien, el modelo matemático-deductivo no es el único que ostenta el sello de la ciencia en la modernidad. El empirismo también hace valer sus derechos sobre la base del importante avance que las ciencias de la naturaleza experimentan en los siglos XVII y XVIII. Y al igual de lo que se hizo con el método matemático, el método empírico de las ciencias naturales es trasplantado al campo de las ciencias morales. Bajo esta óptica ha de entenderse la formulación benthamiana del principio de utilidad que permite enjuiciar las acciones en función de la medida en que consigan aumentar o disminuir la felicidad de las partes de cuyo interés se trata¹². El derecho es útil, en consecuencia, porque permite asegurar las condiciones esenciales de la interacción social con la mira de organizar adecuadamente sus expectativas y gestionar su propia utilidad personal¹³. Para Bentham: "Sin derecho no hay seguridad; por consiguiente no hay prosperidad y ni siquiera una cierta subsistencia. Y la única igualdad que puede existir en tal condición es la igualdad en la miseria"¹⁴. Es por lo que no cabe la desobediencia al derecho. Es conocido su "lema del buen ciudadano": "Obedecer puntualmente, censurar libremente"¹⁵.

Desde una óptica más historicista, cuando en 1849 Marx fue procesado por instigación a la insurrección ante la Audiencia de lo penal de Colonia, declaró que el derecho conforme al que estaba siendo juzgado ya no tenía correspondencia con las relaciones sociales existentes a la sazón, siendo tan sólo "una decena de resma de papel"¹⁶. Esta declaración estaba en consonancia con su conocida idea de que el derecho constituye una estructura superpuesta a las relaciones materiales de la vida. Éstas, bajo su aspecto económico de relaciones de producción, constituyen, a su juicio, la estructura que vertebrará la sociedad. Derecho, política, religión y moral son para él dimensiones secundarias, derivadas de la estructura económica de la sociedad y expresión en el fondo de los intereses de clase. Esto explica el hecho, según Marx y Engels, de que mientras que la industria progresa, la situación del obrero, lejos de mejorar, "decae y empeora por debajo del nivel de su propia clase"¹⁷. Pero, señalan también, al par que la burguesía se beneficia de esta situación, "cava su fosa y cría a sus propios enterradores". Por último, consideran que el aislamiento del proletariado propicia su unión revolucionaria y, por ende, la muerte de la burguesía y el triunfo del proletariado "son igualmente inevitables"¹⁸.

Esta afirmación responde a la tesis presuntamente científica de que: "Toda la historia de la sociedad humana, hasta el día es una historia de luchas de clases"¹⁹. Ahora bien,

¹² Cfr. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, H. L. A. HART, J. BURNS & E. ROSEN (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 12.

¹³ Cfr. L. Cruz, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 106.

¹⁴ J. Bentham, *Principles of the Civil Code*, en BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, J. BOWRING (ed.), vol. I, Bristol, Thoemmes Press, 1995, p. 307.

¹⁵ J. Bentham, "A Fragment on Government", en BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, H. L. A. HART & J. BURNS (eds.), Londres, Athlone Press, 1977, 399. (En cursiva en el original.)

¹⁶ Cfr. G. FASSÒ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. III, Madrid, Pirámide, 1988, p. 114.

¹⁷ K. MARX & F. ENGELS, *Manifiesto comunista*, Madrid, Endymion, 1987, p. 38.

¹⁸ Cfr. *ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*, p. 25.

si esto es algo que se produce con necesidad histórica no hay por qué esperar indolentemente a que esto tenga lugar, sino que parece legítimo propugnarlo desde un punto de vista político. Así, la moral como fuente de exigencias no desaparece, sino que una moral, la burguesa, es sustituida por otra, la comunista. Ésta promueve la aniquilación del régimen tradicional de la propiedad, asignando al Estado todos los instrumentos de la producción²⁰. Abatido el poder de la burguesía, éste será ostentado por el proletariado, que se encargará de hacer desaparecer las condiciones que determinan el antagonismo de clases —aunque esto suponga su propio haraquiri político—. En su lugar, tendrá lugar “una asociación en que el libre desarrollo de cada uno condicione el libre desarrollo de todos”²¹.

El historicismo se manifiesta también en el menos liberal, pero igualmente reformista pensamiento jurídico de Auguste Comte. Fundador de la sociología, define a ésta como física social, ya que su propósito consiste en estudiar los fenómenos sociales de la misma forma en que las ciencias naturales estudian los fenómenos naturales²². En su opinión, la humanidad atraviesa tres estadios en su evolución: el teológico, el metafísico y el positivo²³. El desorden social y la anarquía que experimenta el mundo a la sazón tiene lugar, según Comte, como consecuencia de la coexistencia de estos tres tipos de filosofía, totalmente incompatibles. Esto imposibilita por completo el entendimiento sobre cualquier punto esencial. Una vez que alguna de ellas obtenga la preponderancia, el orden social será entonces posible. Debido al desgaste y abatimiento que sufren las dos primeras filosofías, es inevitable el triunfo de la tercera, la única en continuo progreso a lo largo de los siglos. Escribe Comte: “Al completar la vasta operación intelectual comenzada por Bacon, Descartes y Galileo, construimos directamente el sistema de ideas generales que esta filosofía está destinada a hacer prevalecer indefinidamente en la especie humana y la crisis revolucionaria que atormenta a los pueblos civilizados estará terminada”²⁴.

Como ha señalado Ollero, la obra de Comte está marcada por una “indisimulable intención soteriológica; con caracteres de saber de salvación”²⁵. En efecto, para Comte es preciso reformar la sociedad, estancada en la irracionalidad, y conducirla al progreso. He aquí otra idea moral. Ésta ha de ser acogida por la razón pública con el fin de resolver de manera definitiva la honda anarquía intelectual y moral que, a juicio de Comte, caracteriza la gran crisis moderna²⁶. Esto no significa derrocar el poder. La escuela positiva, en su concepto, tiende a consolidar todos los poderes actuales en manos de sus poseedores y, a la vez, a imponerles obligaciones morales conforme a las necesidades de los pueblos²⁷. Para allanar las previsibles resistencias que opondrán los científicos, ocupados cada uno en su minúscula parcela de saber, desde la que no es posible acceder a ninguna idea

²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 47.

²¹ *Ibidem* p. 49.

²² Cfr. A. Comte, *Curso de Filosofía positiva. Primera y segunda lecciones*, ed. de J. M. Revuelta, Buenos Aires, Aguilar, 1973, pp. 47-48.

²³ Cfr. *Ibidem* pp., 34-42.

²⁴ *Ibidem*, pp., 68-69.

²⁵ A. Ollero, “Comte en los orígenes del positivismo jurídico”, en A. OLLERO, *Religión, racionalidad y política*, Granada, Comares, 2013, p. 47.

²⁶ Cfr. A. Comte, *Discurso sobre el espíritu positivo*, ed. de J. Marías, Madrid, Alianza, 1985, p. 74.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 101.

general de conjunto, propone unificar todos los saberes especializados en torno a la filosofía positiva. Y, en cuanto a los ciudadanos, considera que es preciso sustituir la antigua instrucción universal cristiana por la filosofía positiva. Los destinatarios ideales de este catecismo son, en su opinión, los proletarios, la clase más numerosa, que debido a su nula instrucción, está en la *mejor* condición para ser convenientemente adoctrinados en la “sana filosofía”²⁸. Entonces, imbuido del espíritu positivo, piensa, el pueblo pasará del desdén actual hacia lo político a un vivo interés, dispuesto a “desear que la vana y tempestuosa decisión sobre los derechos se encuentre por fin reemplazada por una fecunda y saludable apreciación de los diversos deberes”. La nueva moral universal prescribirá así a cada agente, individual o colectivo, las “reglas de conductas más conformes con la armonía fundamental”²⁹.

Con este somero bosquejo sólo se ha pretendido llamar la atención a través de unos ejemplos sobre una idea triple. En primer lugar, todo orden, como lo es el jurídico, requiere alguna clase de criterio ideal o axiológico en torno al cual configurarlo. Este último elemento permite justificar el derecho vigente, su transformación o su destrucción. En segundo lugar, ha sido usual intentar dar una base científica, con el auxilio del conocimiento lógico y empírico, a esta justificación. Y, en tercer lugar en la actualidad no es común aceptar la posibilidad del conocimiento moral, por lo que toda la cuestión axiológica queda en el aire. Por eso, Kelsen no tiene más remedio que *presuponer* la validez o la obligatoriedad del derecho. Y también se ha visto cómo Bobbio afirma que con respecto a los valores sólo cabe *adherirse* a ellos —probablemente en un sentido bastante parecido a como uno se adhiere a un equipo de fútbol—. Por la misma razón, Hart tiene que acabar recurriendo a una especie *sui generis* de derecho natural con el fin de justificar su tesis de que el derecho demasiado inicuo —siendo derecho— no debe, sin embargo, ser obedecido³⁰.

2. CIENCIA Y FE

Desprovista la moral de una base científica, y no contemplándose otra clase de conocimiento sobre lo práctico, la adhesión a ésta deviene un acto de fe. No se puede decir: “Esto es bueno.” Sino que hay que decir: “Creo que esto es bueno.” Sin embargo, como se ha señalado arriba la obligatoriedad del derecho depende de la moral. En consecuencia, el derecho sólo será obligatorio para aquel que suscriba una moral que dictamine la obediencia al derecho. Hablar de democracia para justificar el derecho es interesante humanamente, pero filosóficamente ocioso, puesto que en estricta lógica esta justificación sólo le vale al demócrata.

El derecho se convierte en pura existencia. Y así debe ser estudiado por el científico del derecho. Su asepsia es garantía de calidad del pensamiento. El científico del derecho se tiene que limitar a habérselas con aquel conjunto de materiales directivos que, con

²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 105 ss.

²⁹ *Ibidem*, pp. 114-115, para las dos últimas citas.

³⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, 2.ª ed., trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 256-261.

arreglo a determinados criterios institucionales, es considerado válido en determinado contexto. Pero sin opinar sobre su idoneidad moral. Es claro que en ese conjunto de materiales existentes y positivos acusará la huella de los ideales que han presidido su elaboración y que, por ende, les confieren sentido, pero aquí su labor de científico sólo puede ser semejante a la del arqueólogo que registra, sin ponerlos en cuestión, los valores que revelan los objetos cuyos restos encuentra en un yacimiento.

La diferencia es que los materiales que estudia el científico del derecho están vigentes y tienen carácter normativo. Borrar la cuestión de la obligatoriedad de éstos es rebajarlos a la condición de meros consejos o amenazas coactivas, con lo que se pierde lo específico del derecho. Si el derecho no es obligatorio no tiene sentido porque queda sin respuesta la cuestión de por qué es válido el derecho: ¿por qué lo válido debe ser?; ¿por qué la norma debe cumplirse? Si los valores que responden a estas preguntas son relativos, sus respuestas son relativas. El derecho queda convertido en mera existencia con vislumbres de obligatoriedad a la incierta luz de determinados valores.

Tratar de salir de este círculo bajo el expediente de afirmar que obligatorio significa sancionable es desnaturalizar el derecho, como se ha encargado de reconocer el propio positivismo a partir de Hart recurriendo a san Agustín: "Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?"³¹ Hace falta una instancia moral y que ésta se pueda conocer. Las reglas hay que obedecerlas hasta en los juegos. Pero para los teóricos el caso del derecho es, por lo visto, más difícil de explicar. Pero ni el ciudadano ni el jurista han de preocuparse de esta realidad trágica, mientras mantienen encendido el fuego sagrado del punto de vista interno. Ambos sectores constituyen el grupo de fieles al derecho, aunque sólo a veces encuentren sentido al credo que dicen profesar. Es la fe del carbonero. "Esto es obligatorio porque lo dice la ley. La ley dice esto porque es obligatorio". A los teóricos del derecho les toca el deslucido papel de herejes(...). El caso es que, sin respaldo moral, el derecho se convierte en un castillo de naipes. Basta que alguien pregunte: "¿por qué hay que obedecer el derecho?" para que todo el castillo se derrumbe.

3. CIENCIA Y MIEDO

El realismo escandinavo tuvo el mérito de dar un puñetazo en la mesa y derribar el castillo de naipes³². En efecto, estos autores, en su empeño por descorrer hasta el último velo del derecho³³, dejaron hasta sus más escondidos bastidores al descubierto. Los realistas

³¹ S. Agustín, *La ciudad de Dios*, IV, 4. Se ha consultado la ed. bilingüe de S. Santamaría, M. Fuertes y V. Capanaga, Madrid, B.A.C., 1988, p. 228.

³² Según Ross, decir "esto es injusto" es semejante a "dar un golpe sobre la mesa". Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 267.

³³ La base de estas investigaciones es la constatación de que el lenguaje no sólo tiene una función constativa, sino también directiva, que es el caso principal del lenguaje jurídico. Esto permite el empleo de palabras sin significado. El origen de la idea de penetrar el velo del lenguaje es de Bentham, pero éste encuentra a la voluntad del soberano detrás de las nociones jurídicas. Los realistas ni siquiera eso. Cfr. K. Olivecrona, "Bentham's Veil of Mystery...", en AA.VV. *Current Legal Problems*, L. Hamstead & R. W. Rideout (eds.), vol. 31, Londres, Stevens & Sons, 1979, pp. 234-235.

hacen el papel de niño en el cuento de Andersen, indicando que el emperador va desnudo. La obligatoriedad del derecho resulta así un mero decorado sin ninguna realidad más allá del propio telón que la representa. Las palabras "obligatoriedad", lo mismo que "deber", "culpa", "justicia" y otras muchas, no son sino palabras vacías que nada significan porque nada afirman sobre la realidad³⁴. Son herramientas al servicio del poder de turno que sirven primariamente, aunque pueden tener otras funciones, para ejercer el control social a través de los resortes psíquicos que las mencionadas palabras, por determinadas causas, son capaces de activar en la población comprendida bajo su ámbito de influencia.

De este modo, esta corriente de pensamiento entronca en alguna medida con el positivismo filosófico³⁵ y su intento de construir una física social que dé cuenta de los fenómenos sociales con el mismo método empírico que la física o la química. Como se ve, se trata de una aproximación puramente *externa* al estudio del derecho. Ésta es totalmente refractaria a cualquier explicación racional del deber jurídico y de los restantes conceptos³⁶. Las nociones jurídicas no son más que palancas que activan los resortes psíquicos que mueven a obrar. El derecho no tiene fuerza obligatoria, lo único que tiene es coacción, que administra inteligentemente, bien por medio del castigo, bien por medio de palabras.

Para Hägerström, el deber es un fenómeno de tipo psíquico³⁷. En su origen, los pueblos primitivos se rigen por la costumbre, que materialmente es un hábito presidido por la *creencia* en su corrección formal. Esta creencia es consecuencia de la coacción que el grupo social ejerce sobre quien incumple la costumbre. Se trata de una presión a la que el individuo se termina adaptando, interiorizando, por razones de utilidad, los patrones de conducta socialmente vigentes. Al mismo tiempo, explica, hay una tendencia a absolutizar la norma conectándola con algún valor, como la voluntad divina, el orden del universo o los dictados de la conciencia. Esto constituye para Hägerström una falacia, porque significa fundamentar el deber sobre una realidad exterior a él. Pero he aquí que existencia y valor significan algo enteramente diferente³⁸. Así, escribe:

"Ninguna obligación o valor supremo puede ser descubierto de tal forma, pues si nos situamos indiferentemente delante de nosotros mismos y de nuestras acciones, sólo observando, únicamente podremos determinar situaciones fácticas. En el hecho de que algo es no está nunca implícito que debería ser."³⁹

³⁴ Cfr. A. V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, vol. I, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956, pp. 43 ss.

³⁵ Cfr. A. Ollero, "Comte en los orígenes del positivismo jurídico", en A. Ollero, *Religión, racionalidad y política*, op. cit., pp. 31-32.

³⁶ Olivecrona sostiene que sí ha tenido en cuenta la perspectiva interna, al dar cuenta del aspecto psicológico del derecho. Pattaro se sitúa en esta posición. Me he ocupado de esto, negándolo, en O. VERGARA, "Sobre la inocencia de la metaética. Dos breves reflexiones a partir del punto de vista de la filosofía del derecho en el realismo escandinavo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 83 (2006), pp. 289-304.

³⁷ Cfr. A. Hägerström, "On the Truth of Moral Propositions", en Hägerström, *Philosophy and Religion*, traducción de R. T. Sandin, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964, p. 88.

³⁸ Cfr. *ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 89.

Hägerström critica las teorías éticas pretendidamente empíricas de Spencer y de Wundt porque se fundamentan en las efectivas valoraciones morales de los individuos. Pero el hecho de que algo sea considerado como bueno no lo convierte en bueno. Una cosa es conocimiento y otra valoración⁴⁰. El individuo sólo se desarrolla intelectual y moralmente en un entorno social. Esto le permite comunicarse y compartir experiencias morales. Pero para que se dé un acuerdo moral es preciso que los agentes morales posean un mismo criterio de valoración y perciban de un modo similar las circunstancias en que operan los valores. No obstante, acuerdo moral no significa conocimiento moral. Para Hägerström, la valoración sólo revela un estado afectivo o volitivo en quien valora, que le lleva a adoptar una determinada posición ante cierto estado de cosas⁴¹.

Así las cosas, una proposición moral no puede ser ni verdadera ni falsa. Por lo tanto, la ciencia no puede aspirar a señalar cómo debemos actuar. Del mismo modo que la ciencia de la religión no puede basarse en la conciencia religiosa, tampoco la ciencia moral, afirma este autor, puede basarse en la conciencia moral⁴².

Ross recoge esta idea de que la razón práctica no es la expresión de un saber, puesto que no puede establecer verdades ni falsedades, por lo que afirma que la ética no puede tener carácter científico. En su opinión, hablar de validez práctica es una pura ilusión del entendimiento sólo concebible en términos metafísicos⁴³. Propone sustituir la ética como ciencia del comportamiento debido por la "etología", que es la ciencia de los fenómenos morales⁴⁴. Ross define éstos como "actitudes fijas de carácter desinteresado, así como su expresión, presentes en una determinada sociedad, imbuidas a través de la educación y consolidadas por el hábito"⁴⁵. La etología interpreta los fenómenos morales no como estados de conciencia, sino como fenómenos psicofísicos en un organismo psicofísico. Por eso, la ciencia moral no ha de ser más que una rama de las ciencias que se ocupan de estos fenómenos que son la sociología y la psicología. Hägerström y Ross están haciendo teoría, pero no se puede negar que su teoría no puede dejar de tener efectos prácticos reales. Si las palabras de la ley, no significando nada, producen los importantes efectos reseñados, ¿cómo no los producirá una auténtica toma de conciencia social acerca del hecho verdadero de que nada significan? Así como las dudas sobre la solvencia de una entidad financiera pueden generar pánico en inversores y ahorradores, que tenderán a reclamar inmediatamente sus créditos, una declaración de bancarrota de la moral, ¿no habrá de generar zozobra e inquietud en los agentes morales? ¿A qué seguir dejándose conducir como ciertos animales en la noria?

Más bien pasará como en el platónico mito de la caverna. Libres de sus cadenas, una vez acostumbrados al resplandor de la luz, los agentes morales se desengañarán de las nociones jurídicas y morales, simples sombras, y serán capaces de apreciar en toda su

⁴⁰ Cfr. *ibidem* p. 90.

⁴¹ Cfr. *ibidem* p. 92.

⁴² Cfr. *ibidem* p. 95.

⁴³ Cfr. A. Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhague - Leipzig, Levin & Munksgaard - Felix Meiner, 1933, p. 435.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, p. 436.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 442.

realidad el mundo empírico, del que la misérrima caverna, teatro de una absurda representación, forma parte. La cuestión es ésta: ¿por qué volver a sufrir las cadenas? ¿Derecho? ¿moral? ¿a qué?(...). Si la compulsión práctica, en efecto, descuajada la razón del sentimiento, no es más que mera ilusión, un embotamiento del sentido práctico, una alucinación del inconsciente colectivo generada por la presión social, una vez iluminados por el realismo escandinavo, clasificado el derecho entre los mitos antiguos, quedará expedita la vía, si el Estado no lo impide, para hacer la propia voluntad. *Plato amicus, sed magis amica veritas...*

Pero lejos están los realistas de instigar, como Marx, a la sedición. No sea que de Málaga pasemos a Malagón(...) Una extraña sensación de vértigo ante lo desconocido podría explicar el que Ross temple el alcance de estas revelaciones aclarando que el que la ciencia moral no pueda establecer lo moralmente correcto no significa que haya que abandonar toda regla moral común y dejarse llevar por intereses egoístas. Ésta es la actitud que tuvieron los sofistas, añade, pero esto equivale a adoptar una postura moral, una postura moral de signo contrario a la moralidad vigente. Ross pretende, al contrario, nadar y guardar la ropa. ¿Es esto posible?

Nietzsche respondería que no. Si hablar del bien y del mal no tiene sentido, lo que queda es hablar en términos de poder. Esto lo pone en boca de Zaratustra:

"En verdad os digo: ¡Bien y mal imperecederos no existen! Es menester que se superen siempre de nuevo a sí mismos.— Con vuestros valores y vuestras palabras del bien y del mal, vosotros, los apreciadores del valor, ejercéis poderío; y éste es vuestro amor oculto y el esplendor, el temblor y el desbordamiento de vuestra alma.— Pero de vuestros valores surge un poder más fuerte y una nueva Victoria sobre sí, que rompe los huevos y las cáscaras de huevo.— Y el que debe ser creador en el bien y en el mal, debe empezar por ser destructor y romper los valores"⁴⁶.

Ross se había limitado a señalar que los conceptos jurídicos son una cáscara, pero no tuvo valor para romperla. Pero, si esto es verdad, Nietzsche tiene razón. Si ves peligrar tu banco, salva tus ahorros. *Remota iustitia*, el dilema es ser o no ser. Es preciso optar entre el superhombre o el esclavo. Nietzsche expresa estas ideas a través de metáforas. "Que lo más débil sirva a lo más fuerte [...]", proclama Zaratustra⁴⁷. Ross no da el paso y se queda al borde del mar de aguas profundas que "esparce a sus pies conchas de colores". Pero no las toma. Los realistas en general no tienen ánimo ni bastante calor "para arrojar su espíritu en simas de nieve", porque "ignoran los arrobamientos de su frescura"⁴⁸. "Porque vosotros decís: "Somos enteramente reales; no tenemos creencias ni supersticiones"; así ahuecáis el buche sin tener buche siquiera"⁴⁹. Hägerström y los realistas se quedan, según afirman, en la *metateoría*⁵⁰, y no serán ellos quienes acaben con la civilización de los dioses

⁴⁶ F. Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra*, trad. de R. Ballester, Barcelona, AHR, 1964, p. 140.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 139.

⁴⁸ Cf. *ibidem*, p. 125.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁵⁰ A. Hägerström, "On the Truth of Moral Propositions", *op. cit.*, p. 96.

antiguos. En ellos, diría Nietzsche, resuena todavía la "voz del rebaño", porque "hay quienes pierden su valor último al librarse de su sujeción"⁵¹.

Parece que la clave está en el temor. El temor es fuente de paradojas y esto se verá otra vez más adelante. Los realistas ven que no hay moral, pero renuncian a constituirse ellos o a constituir a otros en superhombres. Pero si hay voluntad y no hay valor es la consecuencia irremisible. "Sin embargo, un día te fatigará la soledad —escribe Nietzsche—, se abatirá tu orgullo y rechinarás los dientes. Un día clamarás: «¡Estoy solo!»"⁵². Hägerström, una persona temerosa por naturaleza, tiene el máximo interés en el mantenimiento y conservación de las convenciones sociales de una sociedad pacífica como la sueca⁵³. La moral, el derecho son, para él, elementos primordiales a los efectos del mantenimiento de la paz y absolutamente imprescindibles para la felicidad del género humano.

En concreto, la idea cristiana de amor al prójimo tiene para él un sentido clarísimo para la humanidad, puesto que "la compasión y la consideración hacia los demás son siempre necesarias para la felicidad del género humano"⁵⁴. Esto es opuesto a los planteamientos de Nietzsche. Parece que Hägerström vuelve sobre sus pasos andados. Sin embargo no le vamos a ver justificando la obligatoriedad del derecho. Tampoco se sitúa en la órbita de Marx, a quien considera un utópico y al que acusa de proyectar sobre la realidad sus propios afanes y sentimientos⁵⁵. Para Hägerström, la mencionada consideración a los demás tiene la virtualidad de neutralizar las fuerzas antisociales que destruyen la comunidad y la solidaridad, pero he aquí que el ser humano sólo puede alcanzar la felicidad y aspirar al conocimiento en el seno de la comunidad por medio de la solidaridad. Escribe: "Por lo tanto hay que asumir que los instintos que subyacen bajo las ideas morales son los verdaderos instintos sociales, que, generalmente, sostienen la sociedad y sin los cuales el género humano no podría perdurar como el señor de la naturaleza, haciendo uso de ella a su servicio"⁵⁶. En cuanto al derecho, afirma: "El derecho es innegablemente una condición de la cultura misma. Sin él, como ya mostró el sofista Protágoras, no habríamos sido capaces de alcanzar el señorío sobre las otras especies."⁵⁷

He aquí una axiología. Esto es notable en el contexto de un pensamiento que rechaza el conocimiento moral. He aquí un ideal capaz de dirigir toda una práctica comunitaria. En este caso, en defensa del orden constituido, el derecho y las costumbres morales. Pero si nos tomamos en serio la ontología realista, este orden axiológico y jurídico es en realidad con-

⁵¹ F. Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra*, op. cit., p. 72.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. J. BJARUP, "Epistemology and Law according to Axel Hägerström", en *Scandinavian Studies in Law*, 35 (1991) p. 21.

⁵⁴ A. Hägerström, "The Truth Value of Christian Dogmatics", en A. Hägerström, *Philosophy and Religion*, op. cit., p. 303.

⁵⁵ Cfr. J. Bjarup, "Epistemology and Law according to Axel Hägerström", en *Scandinavian Studies in Law* 35 (1991) p. 21.

⁵⁶ A. Hägerström, "The Truth Value of Christian Dogmatics", en A. Hägerström, *Philosophy and Religion*, op. cit., p. 303.

⁵⁷ A. Hägerström, "Kelsen's Theory of Law and the State", en A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, traducción de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, p. 262.

tingente, no sólo en cuanto a su configuración concreta, sino también en cuanto al hecho mismo de constituir un orden. La sociedad no *es* orden, sino que *está* en orden. Esto nos coloca en una situación de incómoda perplejidad. Los realistas señalan el orden como valor⁵⁸, pero según su propia epistemología esto no significa otra cosa sino que se han puesto sentimentales. En lo práctico son abiertos y comprensivos, pero en lo teórico son implacables.

Al parecer, las lecciones de Hägerström ocasionaron un verdadero *shock* entre sus alumnos, en particular en lo que se refiere a la inexistencia de derechos y deberes. Esto tuvo consecuencias. Como ha señalado Bjarup, "la consecuencia última del mensaje lanzado por Hägerström fue el nacimiento de una generación de burócratas completamente escépticos acerca de las nociones de bien y de mal, pero naturalmente inclinados hacia todo tipo de poder"⁵⁹. La teoría hägerströmiana no ha dado lugar a la filosofía existencialista o a la desgana vital, sino que ha puesto en juego la voluntad de poder, como bien intuía Nietzsche.

Tampoco Olivecrona, a pesar de la audacia de sus lecciones, destacó por su temeridad. Acertadamente se ha señalado que los filósofos relativistas llevan una "doble vida"⁶⁰. Son relativistas en la cátedra pero en sus vidas se comportan como si existiera la verdad práctica. Es más coherente Nietzsche, que califica al Estado como una mentira y el más frío de los monstruos; algo detestable y una transgresión de las costumbres y de las leyes: "Todo es falso en él —escribe—; muere, el muy arisco, con dientes robados. Hasta sus entrañas son falsas."⁶¹ A Olivecrona también le parece falso, tanto desde el punto de vista empírico —su personalidad jurídica es una ficción—, como desde el punto de vista de su necesidad. Pero no da el salto a lo práctico. Es un hecho que el Estado monopoliza y organiza la fuerza coactiva, pero su existencia, considera Olivecrona, es puramente histórica. Esto no lo dice muy alto, porque también afirma que el orden que entrafía es absolutamente necesario para la vida civilizada⁶². Parece que la civilización es un valor...

No es, en todo caso, la clase de vida a que aspira Nietzsche. El Estado, afirma, se inventó para los superfluos: "¡Ved cómo atrae a los superfluos! ¡Cómo se los engulle, cómo los masca y remasca!"⁶³ A esa vida, Nietzsche se refiere despectivamente de la siguiente manera: "El Estado es donde todos beben veneno, los buenos y los malos; donde todos se pierden a sí mismos, los buenos y los malos; donde el lento suicidio de todos se llama 'la vida'"⁶⁴. Se podrá no estar de acuerdo con Nietzsche, pero es inquietantemente coherente con el planteamiento empirista...

⁵⁸ Como se puede ver en O. BERGARA, "Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de La Coruña* 8 (2004), pp. 921-940.

⁵⁹ J. W. F. Sundberg, "El realismo escandinavo", en AA.VV. *Materiale per una storia della cultura giuridica*, XIV, núm. 1, junio de 1984, p. 179.

⁶⁰ Cfr. F. Carpintero, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, pp. 26-27.

⁶¹ F. Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra*, op. cit., p. 54.

⁶² Cfr. K. Olivecrona, *Gesetz und Staat*, Copenhague, Ejnar Munksgaard, 1940, p. 175.

⁶³ F. Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra*, op. cit., p. 54.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

En efecto, desde un punto de vista teórico, tanto Ross como Olivecrona convienen en afirmar asépticamente que no es posible distinguir entre un orden jurídico y un régimen de violencia⁶⁵. Por eso, la cuestión del cambio revolucionario sólo se puede apreciar bajo esta óptica en términos de mera eficacia. Su triunfo significa que sus normas son acatadas; su fracaso, que son desobedecidas. Acudir a la fuerza y emplear intensamente los medios de propaganda es vital en un primer momento. Es preciso acondicionar las mentes para colocarlas en situación de hacer suyos los imperativos que resulten del nuevo orden. Olivecrona realza el papel del factor ideológico a estos efectos y señala el siguiente ejemplo. Los partidos comunistas no se han proclamado como los sostenedores de la voluntad del pueblo, sino que han justificado su revolución por una necesidad histórica⁶⁶. Vemos confirmarse lo que quedó dicho al comienzo: el valor o el ideal justificando el orden o su destrucción. Pero la ciencia les dice a los realistas que no puede probar nada que tenga que ver con valores.

La teoría marxista acierta para Olivecrona al hacer hincapié en el papel de la fuerza, pero yerra al relacionar el derecho exclusivamente con la sociedad capitalista. No es verdad, afirma, que hay fuerza organizada allí donde existe un conflicto de intereses entre clases sociales. El derecho es siempre necesario. Sirve a la sociedad entera. Sólo así es posible satisfacer las necesidades económicas de la población. El derecho como fuerza organizada hace posible el intercambio de bienes, el comercio, los efectos jurídicos de los contratos. El derecho y su aplicación regular son, a su juicio, una condición para la existencia de todos, así como para nuestra seguridad y prosperidad⁶⁷. Parece que a la ideología Olivecrona opone la teoría, pero una teoría peculiar que presupone el valor de la vida acomodada(...)

Esto no deja de ser una ideología de signo contrario a la marxista: burguesa. Pues bien, así como a Marx su ideología le sirve para galvanizar efectivamente la necesidad histórica, animando la acción de los proletarios, a Olivecrona bien podría servirle para lo contrario. Y así es en efecto. Al comienzo de la II Guerra mundial, panorama de abismos, él hace su apuesta por una Europa unida en torno a Alemania, pues de ello piensa que depende la prosperidad europea⁶⁸. No es precisamente la revolución lo que propugna, sino una evolución con el signo de los tiempos. Sobre el comunismo acertó en su pronóstico: la revolución de Lenin y sus secuaces durará el mismo tiempo que dure la dictadura del proletariado⁶⁹.

Hay un problema de circularidad importante que ha señalado Andrés Ollero en su lúcido trabajo sobre el empirismo escandinavo. La primera parte del problema ya la hemos expuesto. El derecho es una máquina —esta metáfora es muy estimada por los realistas— que funciona gracias a una serie de palancas que actúan sobre la psique de los individuos, condicionándola y activándola. El derecho no es sino fuerza organizada y el

⁶⁵ Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit. p. 55; OLIVECRONA, *Law as fact*, 1.ª ed., Copenhague - Londres, Ejnar Munksgaard - Humphrey Milford, 1939, p. 72.

⁶⁶ Cfr. K. Olivecrona, *Law as fact*, 2.ª ed., Londres Stevens & Sons, pp. 104-105.

⁶⁷ Cfr. K. Olivecrona, *Law as fact*, 1.ª ed., Copenhague - Londres, Ejnar Munksgaard - Humphrey Milford, 1939, pp. 181 ss.; *Gesetz und Staat*, pp. 190 ss.

⁶⁸ Cfr. K. Olivecrona, *England oder Deutschland*, Lübeck, Wilhelm Limpert, 1941, p. 4.

⁶⁹ Cfr. K. Olivecrona, *Law as fact*, 1.ª ed., Copenhague - Londres, Ejnar Munksgaard - Humphrey Milford, 1939, pp. 189-190; *Gesetz und Staat*, p. 200.

lenguaje en que se expresa, la palanca que activa los mecanismos psíquicos que impulsan a los individuos a actuar según el modo a que son requeridos. El necesario acondicionamiento para que este efecto se produzca se realiza a través de la huella que imprime en la psique humana la percepción de una aplicación regular de la fuerza. Por un principio biológico de adaptación, el individuo termina incorporando el molde que mejor se ajusta al modelo demandado por el derecho.

Ollero, aprovechando la imagen benthamiana, recurre a la magia para llamar la atención sobre una paradoja interesante⁷⁰. En efecto, una vez descornado el velo de las palabras descubrimos que los conceptos jurídicos, que tan eficaces se muestran como instrumentos de control social, están en realidad vacíos por dentro, vacíos de significado. Esto último, sin embargo, no es óbice para que desempeñen su función ordenadora de la mejor manera. Curiosamente, el origen de este fenómeno está, a su vez, según los escandinavos, en la histórica vinculación entre derecho, religión y magia característica de los primeros tiempos. El pasmo del público, en cualquier caso, está servido y seguramente equivalga a la conmoción experimentada por los alumnos de Hägerström a que arriba se hacía referencia. Al margen del mencionado origen histórico-antropológico, el factor principal del fenómeno está en la mencionada maquinaria jurídica que, como sistema de fuerzas, actúa detrás del telón.

Ahora bien, Olivecrona, en un aparente arrebato de sinceridad, revela al truco a los espectadores...: detrás de esos conceptos mágicos hay una complicada máquina que es la que, con su hábil manejo de la coacción, produce el efecto. Pero lo que no saben los espectadores es que esa máquina, a su vez —ningún verdadero mago descubre sus trucos, como recuerda Ollero—, funciona también por arte de magia. En efecto, la máquina tiene que estar en permanente movimiento, porque, en otro caso, el sistema jurídico-político se paralizaría. Como señala este último autor, tanto Hobbes como Bentham estaban convencidos de haber clausurado la era de la magia, la ficción y el fraude, al señalar que todos los fenómenos jurídicos, revestidos de elementos éticos, no eran sino el resultado de una manipulación legislativa técnicamente diseñada por el soberano. Sin embargo, Olivecrona da un golpe de efecto final: descubre que el prestidigitador no maneja la máquina, sino que es realmente movido por ella(...) Parecía, señala Ollero, que los legisladores eran los que movían la máquina, como a los mandos de un tablero desde el cual se dirigen los diferentes rodajes. Pero resulta que los propios legisladores son una pieza más de la máquina, aunque en su caso ocupen una posición clave.

El sedicente "realismo" se queda a medias, concluye Ollero. El empirismo puede servir como explicación penúltima de la realidad, pero no es suficiente con saber cómo funciona la máquina del sistema jurídico. La cuestión es por qué funciona. Lo que Olivecrona describe es un panorama de individuos, en distintas posiciones, revestidos o no de poder, que cumplen religiosamente con los deberes anejos al papel que desempeñan, pero que no saben que esos deberes, y los correspondientes derechos, nada significan. Pero he aquí que si todos estos individuos adoptaran una posición realista y tomaran

⁷⁰ Cfr. A. Ollero, "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 25 (1984), p. 107.

conciencia de lo absurdo de su comportamiento, lo más probable es que el sistema colapsara. Como señala Ollero, la máquina funciona gracias a que los ciudadanos que la hacen funcionar no se comportan de manera realista...⁷¹

Los propios realistas no se comportan de modo realista. Ni siquiera su teoría es completamente *realista* en el sentido de su método. Hemos escuchado a Hägerström abogar por el bienestar general, el progreso y la cultura. Lundstedt no se queda atrás con su "ciencia jurídica constructiva", que, a diferencia de la idea subjetiva de la justicia, tiene el propósito, extraído de las ciencias naturales, de perpetuar la existencia de la sociedad⁷². Olivecrona se sitúa en la misma línea, considerando que el derecho es un instrumento indispensable para el orden, el bienestar y la misma supervivencia humana⁷³. Por último, Ross, considera que el derecho tiene como función la de preservar la paz⁷⁴.

Los realistas, en suma, no renuncian al Estado ni aspiran a eliminar el derecho vigente. No creen en la utopía de una comunidad de super-hombres ni en una sociedad sin clases. Los realistas enseñan, diría Nietzsche, "la vuelta a las prisiones". Son, pues, semejantes a "aquéllos cuyo elogio de la castidad invita secretamente a voluptuosidades"⁷⁵. Ellos dicen: "No hay valores." Pero aspiran a la paz, el orden y el bienestar. ¿Miedo a perderlos?

Frente al valor —en el sentido de audacia— que propugna el super-hombre, Nietzsche pone en la boca del hombre de ciencia estas palabras: "Porque el sentimiento innato y primordial es el temor; por el temor se explica todo: el pecado original y la virtud original. *Mi* misma virtud ha nacido del temor; se llama ciencia."⁷⁶

Hobbes, hombre de ciencia, podría ser la referencia de los realistas. Escribe: "Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso."⁷⁷ Curiosamente, Hobbes llama a estas normas "leyes de naturaleza". ¿Es esto lo que lleva a Olivecrona a abogar, en plena II Guerra mundial por una unión en torno a una Alemania fuerte frente a la menguante Inglaterra?⁷⁸

Pero el miedo es inseparable del valor —en su sentido general de valioso—. Porque, en efecto, el miedo, como lo define Aristóteles, es "un cierto pesar o turbación nacidos

⁷¹ Cfr. *Ibidem* p. 109.

⁷² Cfr. A. V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, op. cit., pp. 132 ss.

⁷³ Cfr., entre otras referencias, K. Olivecrona, *Gesetz und Staat*, op. cit., p. 187. Un panorama completo de las referencias axiológicas presentes en su obra puede verse en Vergara, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004, pp. 307-315.

⁷⁴ Cfr. A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeldedo-Perrot, 1961, p. 130. En general, sobre las referencias axiológicas en los cuatro autores citados, vid. Vergara, "Ciencia jurídica, valoración y metafísica...", op. cit., pp. 929-940.

⁷⁵ F. Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra*, op. cit., p. 361.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 362-363.

⁷⁷ T. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, I, 13 in fine. Se ha consultado la ed. de M. Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 105.

⁷⁸ Cfr. K. Olivecrona, *England oder Deutschland*, Lübeck, op. cit., pp. 4 ss. Sobre este sensible punto, vid. VERGARA, op. cit., pp. 292-301.

de la imagen de que es inminente un mal destructivo o penoso⁷⁹. Los realistas tienen la imagen de lo que sería el mundo sin derecho, que ven amenazado por toda clase de males, en particular por la pérdida de aquellos valores señalados: la vida, el orden, la paz y el bienestar. El drama es que, al no existir para ellos el conocimiento moral, sólo pueden *creer* en ellos, lo cual deviene absurdo en el caso de que no existan, como es el caso, ya que no sólo su epistemología es empirista, sino también su ontología.

4. CIENCIA Y REALIDAD

No cabe duda de la utilidad de una sociología del derecho para iluminar importantes aspectos del derecho, como, por ejemplo, la influencia del derecho sobre la realidad social, la constatación del derecho realmente vivido en una sociedad o la interrelación entre valores jurídicos y realidad social. Lo que no cabe esperar es que este saber, con la mera invocación de su carácter científico, se arrogue la misión de responder a todas las preguntas que plantea la filosofía del derecho. Como ha escrito Ollero:

"En cualquier caso, se pretenda diseñar una propia sociología del derecho o llevar a cabo estudios sociológicos de posible utilidad para las diversas variantes de la actividad jurídica, convendría mantener alejadas las mezcolanzas sociologistas. Al fin y al cabo, la filosofía del derecho se ve obligada a justificar día a día cada una de sus propuestas. Dar paso a una variante que, disfrazada de ciencia, lograra hurtarse de toda crítica no parece que pueda constituir progreso positivo alguno"⁸⁰.

En general, como ha señalado Pedro Serna, hay elementos en la tradición positivista que permiten afirmar que hay una tendencia a permanecer fieles al positivismo jurídico por razones ideológicas. Esto es, se recurre a una concepción "científica" del derecho por razones morales. En el fondo lo que hay es una "sustitución de una ideología que abiertamente se presenta como tal, por otra que comparece revestida con ropajes científicos"⁸¹.

En efecto, el positivismo pretende que es posible abandonar la idea de la obligatoriedad de obedecer el derecho positivo como tal, tesis muy poco presentable en sociedad después de 1945, y afirmar que la ciencia nada dice sobre este particular, toda vez que se trata de una cuestión moral. Pero, como señala el mencionado autor, esta operación de soltar lastre no es tan sencilla. En primer lugar, porque históricamente es tradicional la adhesión de pensadores positivistas a la tesis de la obediencia. Y, en segundo lugar, porque hay una conexión teórica entre esta tesis y la tesis de las fuentes sociales, que es la tesis nuclear del positivismo jurídico⁸².

⁷⁹ Aristóteles, *Retórica*, II 5, 1382a23-25. Se ha consultado la trad. de Q. Racionero, Madrid, Gredos, 2000, p. 200.

⁸⁰ A. Ollero, "Comte en los orígenes del positivismo jurídico", en A. Ollero, *Religión, racionalidad y política*, op. cit., p. 73.

⁸¹ P. SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 23.

⁸² Cfr. *ibidem*, pp. 25-26.

Los positivistas parecen estar más interesados en mantener una determinada concepción de la ciencia que en la misma realidad. Esto es lo que explica, por ejemplo, que Kelsen defina *a priori* el derecho como un sistema de normas positivas, marginando otros elementos igualmente reales como son el dato de la obediencia por razones morales, o la pretensión de justicia que todo orden jurídico presenta. Con ello, más que separar el derecho que es del derecho que debe ser, lo que se está haciendo es "separar el Derecho tal y como éste aparece fenomenológicamente, de una supuesta esencia del Derecho que coincide sólo parcialmente con la experiencia jurídica"⁸³. El derecho se define, pues, de acuerdo sólo con algunos de los datos que proporciona la experiencia, marginando otros por considerarlos no científicos. La consecuencia es que la imagen de la realidad jurídica que ofrece el positivismo jurídico no coincide con la realidad existencial del derecho. Pero esto significa que se hace prevalecer el principio de cientificidad sobre el principio de realidad⁸⁴. Pues bien, esto es ideología.

En conclusión, la negación del conocimiento moral, típica del positivismo jurídico, pone a su teoría en una posición muy difícil a la hora de explicar la obligatoriedad del derecho. Si recurre a la mera coacción, desnaturaliza el derecho; pero si acude a los valores cae en contradicción consigo mismo. No basta con creer en los valores; hay que justificarlos. Si se afirma que esto es imposible, la consecuencia irremisible es que el derecho es obligatorio sólo para quien cree que es obligatorio, lo cual es destruir el concepto de obligatoriedad. Hay bastantes que, de modo teóricamente más coherente, afirman que el derecho no es obligatorio en absoluto. Sin embargo, hay muy pocos con el valor -aquí en sentido de virtud- necesario para llevar esta amarga conclusión hasta sus últimas consecuencias. "Muerden con dientes robados", como dice Nietzsche. Al fin y al cabo, como señala Hobbes, el derecho se obedece por miedo a la coacción, pero también por miedo a perder lo que se tiene.

⁸³ *Ibidem*, pp. 27.

⁸⁴ Cf. *Ibidem*, pp. 27-28.

DERECHO Y MORAL (RAZÓN PRÁCTICA) EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (PROYECCIONES TEÓRICAS: IUSPOSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y REALISMO JURÍDICO CLÁSICO)

RODOLFO L. VIGO
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Austral, Argentina

1. PROPÓSITO

En el presente trabajo nos proponemos hacer un relevamiento de las conexiones entre derecho y moral, valiéndonos a tales efectos de la realidad del Estado de Derecho Constitucional (EDC), acudiendo también a las teorías neoconstitucionalistas, es decir, a aquellos autores que se han dedicado a explicar y respaldar ése actual paradigma del EDC. Igualmente iremos destacando la perspectiva absolutamente contraria respecto a esas conexiones entre derecho y moral que encontramos en el Estado de Derecho Legal (EDL), como en las propuestas teóricas iuspositivistas que lo avalaban y les eran funcionales. Por otro lado, atento a nuestras propias convicciones iusfilosóficas, nos parece forzoso abordar la cuestión mencionada desde la perspectiva del realismo jurídico clásico; pero, además, ello también es procedente en razón de las coincidencias que algunos destacan entre la realidad del derecho en el EDC y la realidad del derecho en el Estado pre-moderno o medieval, pues a éste respecto resulta interesante traer a colación la denuncia que le hiciera Atria¹ a Ferrajoli de estar proponiendo con su constitucionalismo una vuelta al Estado de Derecho pre-moderno y su típico iusnaturalismo clásico. Terminaremos la intervención señalando diferencias entre los neoconstitucionalistas y los iusnaturalistas clásicos, a pesar de sus coincidencias y respaldo al EDC.

2. DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL (EDL) AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (EDC)

Sabido es que el EDL surgió con la Revolución Francesa y fue un paradigma muy exitoso que se extendió por toda Europa continental, y desde ahí se trajo a nuestras tierras latinoamericanas. Las características principales de dicho modelo fueron: a) el derecho era lo contenido en la ley, por ende, no había derecho pre-legal, supra-legal, ni post-legal; b) a la ley la hacía la voluntad general que se canalizaba por el Poder Legislativo; c) la voluntad general era infalible (Rousseau); y d) el jurista se constituía como tal en tanto sabía y repetía de manera dogmática el derecho, o sea la ley.

¹ F. Atria, "La ironía del positivismo jurídico", en *Doxa* 27 (2004).