



Olivecrona: *Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho*

Positivismo jurídico y realismo en Karl Olivecrona

Óscar Vergara
Universidad de La Coruña
oscar.vergara@udc.es

Dice Bobbio (1993: 143) que el positivismo jurídico puede ser examinado bajo tres aspectos: un determinado enfoque para el estudio del derecho, una determinada teoría del derecho y un cierto componente ideológico. Este triple esquema puede servir para tratar de ofrecer un esbozo del pensamiento de Olivecrona en el marco del realismo jurídico escandinavo así como para tratar de situar la presente traducción en las coordenadas apropiadas.

a) En cuanto al primer aspecto, el positivismo jurídico se caracteriza, según el mismo autor, por constituir una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del derecho. Como dice Austin (2005: 172), la ciencia jurídica tiene por objeto las normas jurídicas positivas con independencia de su bondad o su maldad. Estas normas constituyen un elemento dado de antemano, un dato, que se puede determinar de un modo objetivo. Esto puede hacerse a través de una doble vertiente. Por un lado, es posible identificar el derecho con base en el criterio de validez normativa. Es derecho positivo, bajo este punto de vista, el derecho que ha sido establecido por un órgano al que otra instancia fáctica o normativa ha atribuido competencia formal para ello. Por otro lado, cabe también identificar el derecho poniendo la mira no tanto en la formalidad de la cadena de validez normativa, cuanto, sobre todo, en la fenomenología del comportamiento social, en el que, si es posible advertir una cierta regularidad, ello se entiende que es debido, entre otros factores, a la acción constante del derecho. Ésta es la perspectiva adoptada por Olivecrona. El punto de encuentro para ambas vertientes del positivismo se sitúa en el postulado teórico del no cognitivismo ético.

Como señala Ross (1945: 208), la idea de una cognición normativa es contradictoria. Un estado de cosas, a su juicio, no exige nada, sino que es lo que es. La razón de fondo ya había sido establecida por Hägerström (1964: 54-55), para el cual el contexto espacio-temporal es la referencia última que permite determinar todos los juicios acerca de la realidad. A su juicio, existencia y valor pertenecen a dos mundos diferentes, pero sólo el primero es real (*Ibid.*: 87). Cualquier juicio acerca de una realidad que no sea compatible con este último contexto es autocontradictorio, porque está huérfano de la mencionada referencia. Es el caso de los enunciados metafísicos, que los interpreta como absurdas combinaciones de palabras (*Ibid.*: 60). Su lema —en lo que parafrasea a Catón el Viejo— es: “Praeterea censeo metaphysicam esse delendam”.

En efecto, sentadas las bases ontológicas y epistemológicas de la escuela nórdica por su maestro Hägerström, la metafísica pasa a ser el caballo de batalla de todos sus componentes. Cuando Olivecrona (1939: 27) escribe su primera edición

de *Law as fact*, afirma: *Es de la máxima importancia situar los más elementales y bien conocidos hechos sobre el derecho en su contexto propio [el empírico], sin permitir que las concepciones metafísicas aparezcan continuamente*. Las consecuencias de ello son inmediatas. Como señala Lundstedt (1945: 45), con una investigación puramente factual llegamos a que las afirmaciones del tipo “esto debe hacerse”; “alguien tiene culpa” o “aquello es justo” carecen de significado.

Por ello, la cuestión del lenguaje jurídico es capital para estos autores, particularmente para Olivecrona (1962: 190). El lenguaje jurídico, afirma éste, parece que refleja la realidad, pero no es así. Decir algo, señala, no es necesariamente afirmar algo. El lenguaje jurídico pretende no tanto describir la realidad, cuanto más bien conformarla, para lo que recurre a un tipo especial de palabras; palabras con una fuerte carga emotiva. La palabra “derecho”, por ejemplo, es una de ellas. Esta palabra no significa nada y, sin embargo, cumple la función de guiar la conducta humana. Actúa como una señal regulativa, tal y como lo hace un semáforo¹. Ross sostiene que muy bien cabe concebir una sociedad hipotética en que la palabra “derecho” sea sustituida por la palabra “Tû-Tû”, exactamente con los mismos efectos².

b) El lenguaje jurídico tiene, para Olivecrona, carácter instrumental y es completamente solidario con la función estructural del derecho, que consiste en el control social, efecto al que coadyuvan diversos factores, entre los que se encuentran la educación, la moral, el temor a la fuerza y la propaganda³. La virtualidad del lenguaje jurídico está en su poder sugestivo. El derecho presenta, por así decirlo, una doble faz en el análisis de Olivecrona. Por un lado, determinados términos jurídicos (el “derecho”, lo “justo”, la “ley”, etc.) están estrechamente ligados, en lo más hondo de la psique humana, a determinados sentimientos. Éstos pueden ser convenientemente canalizados desde el poder utilizándolos como resortes para encauzar y regular la conducta social. Por otro lado, el derecho es consustancial con el ejercicio de la fuerza. En efecto, Olivecrona define el derecho como fuerza organizada⁴, lo que significa que las normas jurídicas consisten en instrucciones dirigidas a las autoridades sobre el modo y la ocasión de ejercer la fuerza⁵. Es esta aplicación regular de la fuerza la que permite el mantenimiento del orden y de la paz sociales. Su uso efectivo es residual, pero el carácter ejemplarizante del castigo actúa a modo de prevención general del desorden. El resto de factores serían absolutamente inoperativos sin el ejercicio regular de la fuerza (Vergara, 2004: 263-264).

No obstante, la cuestión es algo más compleja, porque el derecho, de antiguo, según los realistas escandinavos, aparece historiográficamente vinculado a

¹ La comparación es del propio Olivecrona (*Ibid.*: 183).

² En el caso de Ross, su función es la de ser una herramienta de presentación que sirve para conectar una serie de supuestos de hecho con una serie de directrices para el juez. Véase Ross (1976[1956-1957]: 29). Olivecrona critica esta interpretación de su compañero de escuela en Olivecrona (1971: 180-181). Para ambos se trata de una palabra vacía, pero para Olivecrona tiene una función directiva y no representativa. La ahora citada segunda edición poco tiene que ver con la primera. Se trata más bien de un libro completamente nuevo, como ha señalado Pattaro. Por esta razón, la traducción italiana, a su cargo, se titula de un modo distinto: *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Véase nota 10.

³ Las referencias son dispersas. Sobre los diversos factores, véase Vergara (2004: 256-263).

⁴ Véase Olivecrona (1939: 123; 1940: 119). Esta segunda obra, a pesar de lo cercano de las fechas de edición, no es una traducción de la primera, ya que, aunque las ideas básicas son las mismas, en *Gesetz und Staat* se contienen desarrollos nuevos e independientes; sobre todo en lo que concierne —nótese que se edita en 1940— a la cuestión del derecho y la fuerza. Sobre este último tema resultan bastante elocuentes sus opúsculos *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, y *Europa und Amerika*, Berlín, 1943. Sobre este particular, véase Vergara (*Ibid.*: 291-301).

⁵ Idea similar puede verse en Kelsen (1934: 25). Sobre la originalidad de esta tesis, véase Vergara (2007: 220-231).



la religión y a la magia. Se trata ésta de una tesis muy singular y distintiva de esta escuela. Formulada y estudiada originalmente por Hägerström (1927; 1941; 1965), experimentó interesantes desarrollos en la obra de Olivecrona, vinculada a su teoría sobre el lenguaje jurídico. En efecto, hay una cuestión central en relación a este punto que es, recurriendo al título del famoso libro de J.L. Austin (1962), la siguiente: *cómo hacer cosas con palabras*. Para Austin, con las palabras no sólo decimos algo (la propia expresión de las palabras) o causamos algo (efectos psíquicos y sociales), sino que, además, *hacemos* algo (lo que él denomina efectos “ilocucionarios”); p. ej.: al pronunciar, en el contexto adecuado, las palabras “yo bautizo este barco como Queen Mary”, además de decir algo y provocar la emoción de los presentes, lo que hago es *bautizar* un barco, que, desde ese momento, pasa a ostentar aquella denominación bajo el ámbito de una serie de reglas institucionales⁶. De este mismo modo se pueden explicar los efectos jurídicos. El propio Austin menciona el caso de la donación.

Sin embargo, para Olivecrona, los efectos que Austin denomina “perlocucionarios” (psico-sociales) bastan para explicar la situación —aparentemente de carácter “místico”⁷— que se produce cuando parece que, a través de palabras, se hacen cosas. En efecto, las palabras “te regalo este reloj” supuestamente producen unos efectos (jurídicos) que consisten en que, a partir de su correcta pronunciación, quien las enuncia queda vinculado de un modo *místico* con el donatario. Pero, para Olivecrona, estos efectos como tales no existen en el mundo real. Lo único que existe es que determinadas palabras tienen un efecto sugestivo que contribuye a ahorrar la conducta de los destinatarios del acto lingüístico según un patrón compatible con el efecto final de control social.

Para explicar este fenómeno, Olivecrona efectúa una serie de suposiciones de carácter antropológico que proyecta sobre el derecho antiguo, con la mira de desentrañar el sentido último del lenguaje jurídico⁸. Un caso paradigmático es el de la institución de derecho romano de la *mancipatio*, en que, según Olivecrona (1938: 3), la correcta pronunciación de determinada fórmula ritual tenía el efecto (mágico) de hacer al esclavo propiedad del comprador. Algo similar ocurría con la investidura regia en el derecho antiguo sueco, en que un rito de carácter mágico tenía la virtualidad de convertir a determinada persona en rey (Olivecrona, 1947). Los ejemplos pueden multiplicarse, pero lo que interesa destacar es que, para el profesor de Lund, no hay efectos mágicos en el derecho, sino la *creencia* en tales efectos mágicos. Esto quiere decir que el derecho no tiene el poder de modificar el orden social de un modo directo, sino indirecto, haciendo creer a sus destinatarios que se han producido determinados efectos suprasensibles; p. ej.: que un esclavo ha pasado a ser propiedad de otra persona o que alguien se ha convertido en rey. Lo único que ha sucedido es, sin embargo, que a partir de las formalidades pertinentes, sugestionado por ellas, el entorno social ha empezado a considerar de un modo distinto al esclavo y al rey y a comportarse de un modo nuevo en relación con estas personas. Algo similar, opina, sucede hoy en día cuando se crean derechos y obligaciones (Olivecrona, 1971: 224). Si bien las creencias en la magia han desaparecido, el efecto sugestivo de los términos jurídicos ha permanecido en el tiempo, como una cáscara hueca⁹. Según Ross (1933: 16), la ciencia jurídica ha heredado un sistema conceptual de orden metafísico que actúa como presupuesto inconsciente. La función de la filosofía, en este sentido, es metodológica. Como

⁶ El ejemplo es del propio Austin (1962: 4).

⁷ El calificativo aparece ya en Hägerström (1953: 6).

⁸ Es fundamental, explica Olivecrona (1956-1957: 11-12), evitar aplicar nuestros propios prejuicios a épocas pretéritas. El contexto histórico ofrece para él suficientes muestras de que los antiguos concebían los conceptos jurídicos de un modo peculiar.

⁹ Ross (1961: 18-19) habla de “conceptos fósiles”.

lógica de la ciencia, su objeto es el lenguaje jurídico y su misión consiste en sacar a la luz estos elementos metafísicos y eliminarlos (Ross, 1994: 25-26).

El positivismo jurídico, en opinión de los realistas escandinavos, alberga importantes residuos metafísicos. Olivecrona (1971: 61) caracteriza al positivismo jurídico precisamente a través de una noción metafísica. Su idea central, según él, consiste en la idea de que el Derecho es la *voluntad* de una autoridad suprema. Pues bien, desde el momento en que no cabe cifrar en términos puramente factuales la mencionada voluntad, el positivismo jurídico fracasa en su intento de hacer ciencia. Por eso, Olivecrona (*Ibid.*: 63-64) concibe al realismo escandinavo como alternativa superadora tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico¹⁰.

c) Por último, como ideología, el positivismo jurídico alberga tradicionalmente la tesis de la obediencia. Según Bobbio (1993: 229-235), ésta implica la idea de que el derecho positivo debe ser obedecido; bien sea en virtud de su propia positividad —el derecho como bien en sí mismo—, bien sea en virtud de los valores que justifiquen prescindir de toda referencia al derecho natural —el derecho positivo como medio para realizar determinados bienes, señaladamente (aunque no necesaria ni únicamente) la seguridad.

Olivecrona y el resto de los realistas se sitúan a sí mismos muy lejos de cualquier ideología jurídica. Su pretensión, tras los fallidos intentos tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo, consiste, como se ha visto, en llevar a cabo de una vez un programa verdaderamente científico¹¹. Pero esto no es fácil de conseguir, como nota Olivecrona (1971: 61) comentando el positivismo jurídico, con respecto al cual afirma que hay muchas teorías que se dicen contrarias al derecho natural que, sin embargo, están penetradas de ideas y conceptos iusnaturalistas. Y, así, bien pudiera suceder que habiendo dejado y despedido a la metafísica, Olivecrona y el resto de realistas acabaran volviendo a ella “como se vuelve a una amada con la que se ha tenido una desavenencia”¹².

Aparentemente no hay ideología en una teoría en que el deber es considerado un concepto vacío. Por otra parte, también se afirma terminantemente que los valores carecen en absoluto de carácter objetivo, si bien no se niega que existan valoraciones, que, entendidas como fenómeno psico-social, pueden perfectamente constituir objeto de estudio científico¹³. En efecto, según Olivecrona (1940: 52-54), es poco realista afirmar que el jurista no debe realizar juicios de valor. No es posible, opina, ser congruente con este postulado ante las numerosas cuestiones prácticas a las que aquél tiene que dar respuesta. Pensar que ante las inevitables lagunas y las diversas opciones interpretativas que se le presentan al jurista éste pueda cumplir con su tarea sin realizar valoraciones es un autoengaño¹⁴. No hay nada, pues, que impida que el jurista adopte un punto de vista interno en la búsqueda de soluciones para los problemas a que se enfrenta, siempre y cuando, precisa Olivecrona (1971: 264-265), no albergue con ello pretensiones de veracidad

¹⁰ Pattaro (1972: 11) está de acuerdo en que esta falsa dicotomía (iusnaturalismo-iuspositivismo) es ideológica. Para Ross, sin embargo, el verdadero positivismo es el escandinavo. El positivismo jurídico tradicional es más bien lo que denomina “cuasipositivismo”. Véase Ross (1961: 180).

¹¹ La pretensión de hacer verdadera ciencia es antigua. Tucídides (2000: 55-56) lo pretende para su historiografía, frente a las precedentes, en que los hechos, según nota éste, aparecen entremezclados con los mitos. Olivecrona y los realistas pretenden desterrar todo elemento místico del derecho. A juicio de los historiadores, Tucídides consigue su propósito. Hay que ver si también lo hace el realismo escandinavo a juicio de los juristas.

¹² El término de comparación se toma de Inmanuel Kant (1984: 658).

¹³ Si no es posible una ética, sí es posible una “etología”; véase Ross (1933: 436).

¹⁴ Él mismo las realiza en un sentido muy concreto con ocasión de la II Guerra Mundial. Véase nota 4.



y no atribuya objetividad a los valores con los que argumenta, ya que eso sería hacer metafísica.

En este punto resulta interesante el ejercicio mental de ponerse en el caso de un jurista imbuido de las ideas del realismo escandinavo. Si los valores con los que opera, lejos de ser objetivos, son metafísicos —esto es, absurdos—, ¿qué sentido tiene valorar? ¿Por qué buscar la justicia? Se podría pensar en sustituir estos valores por intereses, en el sentido de la jurisprudencia de intereses. Pero el problema permanece, porque el realismo escandinavo es más radical. No sólo los valores, cuanto los propios conceptos jurídicos carecen de contenido. Esto es, ni siquiera un jurista positivista puede encontrar sentido a una actividad en que las nociones fundamentales no son sino hilos o palancas accionados por el poder con el fin de ejercer el predominio sobre la sociedad y controlarla. El dilema que se plantea ante este dato es: o resignación ante el poder y sus intereses o rebelión. Por eso se ha dicho desde un punto de vista crítico que quizás sea más práctico desconocer esta penosa realidad¹⁵.

Eventualmente, la única manera de salir de este dilema consista en hacer un poco de metafísica y preguntarse por el sentido del derecho. La pregunta más radical que cabe hacerse en este sentido es: por qué el derecho y no la ausencia del derecho (De Lucas, 1982: 122-123). Eventualmente descubramos que ni la resignación ni la rebelión sean opciones racionalmente legítimas en el caso de que la existencia del derecho, a través del que el poder canaliza su fuerza, sea consustancial a los intereses de la propia sociedad. Es como lo ve Olivecrona.

En efecto, los conceptos jurídicos y éticos, más allá del sentimiento que suscitan las palabras que los constituyen, tienen una clara funcionalidad. Aquí se presenta una analogía con el planteamiento de Hobbes. Como se ha puesto de manifiesto, el concepto de derecho en Hobbes no es descriptivo, sino normativo, y se establece en función de la tesis de la obediencia, la cual se justifica sobre la necesidad de garantizar ciertos valores sociales como el orden, la seguridad y la protección de la vida humana (Serna, 1997: 300). Estos mismos valores están presentes en la *descripción* que hace Olivecrona del derecho (Vergara, 2006: 289-304). ¿Son también una prescripción? En la medida en que formen parte de la esencia del derecho, parece que sí. Lo que caracteriza al derecho no es que consista en fuerza (esta fuerza no difiere de la fuerza ejercida por una banda criminal), sino su canalización y monopolio. Esto equivale a orden social, del signo que sea. Por eso, Olivecrona (1939: 187) afirma que el derecho es necesario para la autopreservación, “un instrumento sin el cual la gente no podría vivir”¹⁶. Como dice Hart (1994[1961]: 193), para rematar la cuestión, si el derecho no garantiza el fin básico de la supervivencia, no habría razón para obedecer voluntariamente las normas.

d) A despecho de esta conclusión, el trabajo que se ha traducido para estas páginas concluye afirmando la necesidad de evitar toda ideología. Según Olivecrona es la única manera de resolver la cuestión capital de la filosofía del derecho, que permanece sin resolver: cómo fundamentar el deber jurídico sin tener que recurrir en última instancia a elementos ideales. Opina que el positivismo jurídico, como se ha

¹⁵ Como ha señalado Ollero (1986: 121), el derecho resulta que funciona gracias a que los que lo hacen funcionar no adoptan un punto de vista externo. Y Castignone (1995: 262) ha señalado que la máquina del derecho funciona sobre el engaño; de modo que descubrir el truco significa desarmarla. En general, sobre los efectos de la adopción de un punto de vista exclusivamente externo, véase Vergara (2006: 289-304).

¹⁶ Similares consideraciones se hacen extensivas al resto de realistas escandinavos en Vergara (2004: 921-940).

explicado arriba, ha quedado a medio camino en su aspiración de ofrecer una teoría realista del derecho. En efecto, hablar de normas válidas implica que su positivación viene dada a través de una autoridad investida con el derecho a emitir normas, el “derecho a mandar”, el cual no se puede justificar sino en virtud de principios superiores cuya validez no depende de la propia autoridad normativa, y, en última instancia del derecho natural. La solución ofrecida por la teoría pura del derecho, considera, es un intento más coherente pero insuficiente de salir de este dilema, pues esta teoría depende de una presunta “norma fundamental”, muy discutible entendida como práctica, y más como teoría.

Por ello, la salida que Olivecrona ofrece para este dilema puede ser comparada a una especie de ruptura del nudo gordiano de la filosofía del derecho. En efecto, a la pregunta que se acaba de formular, a la pregunta de cómo fundamentar el deber jurídico sin recurrir al derecho natural, Olivecrona responde afirmando que el deber jurídico *no existe*, puesto que se trata de una noción vacía y sin sentido. Esto, a su juicio, es verdadero realismo. Su filosofía jurídica, de la cual el artículo que aquí se presenta es un buen compendio, aspira a ser congruente con este postulado.

Y éste es, probablemente, su principal mérito. A través de este enfoque se iluminan algunos aspectos importantes del derecho (todos aquellos que cabe analizar bajo esta perspectiva, como los relacionados con la eficacia de las normas). Pero otros quedan en la penumbra (todos aquellos relacionados con la racionalidad de la actividad jurídica), ya que parte de un postulado teórico discutible, como es la negación de la razón práctica.

Bibliografía

- AUSTIN, J.L. (1962), *How to do Things with Words*, Oxford University Press, Londres.
- AUSTIN, J. (2005[1885]), *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, en CAMPBELL, R. (ed.), vol. I, The Lawbook Exchange, Ltd, New Jersey.
- BOBBIO, N. (1993), *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.
- CASTIGNONE, S. (1995), “Il diritto internazionale, pericolo di morte per i popoli? Considerazioni critiche sul realismo giuridico svedese”, en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Turín.
- DE LUCAS, J. (1982), “La pregunta fundamental. (Una precisión metodológica)”, *Persona y Derecho*, Núm. 9, pp. 121-125.
- HÄGERSTRÖM, A. (1927), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Vol. I, Almqvist & Wiksell, Uppsala.
- HÄGERSTRÖM, A. (1941), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Vol. II (*Über die Verbalobligation*), Almqvist & Wiksell, Uppsala.
- HÄGERSTRÖM, A. (1953), *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almqvist & Wiksell, Uppsala.
- HÄGERSTRÖM, A. (1964), “A Summary of my Philosophy”, en HÄGERSTRÖM, A., *Philosophy and Religion*, George Allen & Unwin Ltd., Londres.
- HÄGERSTRÖM, A. (1964), “On the Truth of Moral Propositions”, HÄGERSTRÖM, A., *Philosophy and Religion*, George Allen & Unwin Ltd., Londres.
- HÄGERSTRÖM, A. (1965), *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, en OLIVECRONA, K. (ed.), *Id.*, Almqvist & Wiksell, Estocolmo.
- HART, H. L. A. (1994[1961]), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- KANT, I. (1984), *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid.



- KELSEN, H. (1934), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig – Viena.
- LUNDSTEDT, V. (1956), *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Almqvist & Wiksell, Estocolmo.
- OLIVECRONA, K. (1938), *The Adquisition of Possession in Roman Law*, Gleerup, Lund.
- OLIVECRONA, K. (1939), *Law as fact*, Einar Munksgaard, Copenhagen.
- OLIVECRONA, K. (1939), *Law as fact*, Humphrey Milford, Londres.
- OLIVECRONA, K. (1940), *Gesetz und Staat*, Ejnar Munksgaard, Copenhagen.
- OLIVECRONA, K. (1947), *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, Gleerup, Lund.
- OLIVECRONA, K. (1956-1957), “Zur Frage des magischen Charakters der älteren Rechtsvorstellungen”, en *Kungliga Humanistiska Vetenskapssamfundets I Lund årberättelse*, Lund.
- OLIVECRONA, K. (1962), “Legal Language and Reality”, en NEWMAN, R.A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Co. Inc, Nueva York.
- OLIVECRONA, K. (1971), *Law as fact*, Steven & Sons, Londres.
- OLIVECRONA, K. (1972), *La struttura dell' ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milán.
- OLLERO, A. (1986), “Un realismo a medias: el empirismo escandinavo”, *Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 25, pp. 83-126.
- PATTARO, E. (1972), “Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico. Prefazione all'edizione italiana”, en OLIVECRONA, K. *La struttura dell' ordinamento giuridico*, Etas Kompass, Milán.
- ROSS, A. (1933), *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Levin & Munksgaard, Felix Meiner, Copenhagen/Leipzig.
- ROSS, A. (1961), *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- ROSS, A. (1961), “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Núm. 4.
- ROSS, A. (1976[1956-1957]), *Tû-Tû*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- ROSS, A. (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- ROSS, A. (1945), “On the Logical Nature of Propositions of Value”, *Theoria*, Vol. 11, Núm 3, pp. 172-210.
- SERNA, P. (1997), “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, *Persona y Derecho*, Núm. 37, pp. 279-314.
- TUCÍDIDES (2000), *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Vol. I, Gredos, Madrid.
- VERGARA, O. (2004), “Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo”, *Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, Núm. 8, pp. 921-940.
- VERGARA, O. (2004), *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Comares, Granada.
- VERGARA, O. (2006), “Sobre la inocencia de la metaética. Dos breves reflexiones a partir del punto de vista de la filosofía del derecho en el realismo escandinavo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Núm. 83, pp. 289-304.
- VERGARA, O. (2007), “El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft*, Núm. 106, pp. 220-231.



Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho*

Karl Olivecrona**

[*New York University Law Review* 26 (1951), pp. 120-131]

Se pueden distinguir dos tendencias principales en la filosofía jurídica actual. Podemos denominarlas *realismo* e *idealismo*, sin que estos nombres den a entender algo más que indicaciones generales sobre dos diferentes corrientes de pensamiento.

El *realismo* tiende a considerar todo fenómeno jurídico como parte del orden social existente, esto es, como algo puramente *fáctico*. Por consiguiente, el realismo como tal significa observación, recogida de hechos y análisis, pero no valoración. La ciencia jurídica, en conjunto, pasa a formar parte de las ciencias sociales. Su objeto no difiere en cuanto a su naturaleza del objeto de las ciencias sociales en general. Sólo existe una necesaria distribución del trabajo en que la ciencia jurídica dirige primordialmente su atención a ciertos aspectos del contexto social; mientras que la sociología, las ciencias políticas y otras ramas de las ciencias sociales se encargan de otros aspectos.

El *idealismo*, por el contrario, se basa en el postulado de que el derecho significa algo más que un mero conjunto de hechos sociales. Se afirma que el derecho incluye un *deber ser*. Pero no es posible descubrir ningún deber ser a través de una investigación sobre hechos; éstos permanecen siempre como fríos hechos, sin que comparezca ningún deber ser. El deber ser se basa por fuerza en algún *valor*. Por consiguiente, la filosofía jurídica se hace valorativa si parte del supuesto de un deber ser. Su principal tarea será ofrecer los fundamentos apropiados para el deber jurídico o la fuerza vinculante del derecho. Esto conduce inevitablemente a una búsqueda del derecho verdadero o ideal que se supone en la base del derecho positivo; dado, por supuesto, que no puede darse por hecho que todo orden social, independientemente de lo tiránico que pueda ser, incorpore un auténtico deber ser. Al contrario, el orden efectivo es susceptible de ser confrontado con los principios verdaderos del derecho y la justicia. Así, pues, la filosofía jurídica pretende enjuiciar y orientar la política jurídica. Naturalmente es preciso aducir materiales factuales, puesto que la valoración no opera en el vacío. Pero la principal tarea filosófica será la valoración en sí misma y la formulación de los principios que se deriven de ella. De ello resulta que la índole de la filosofía jurídica es de un tipo distinto al de aquellas ciencias que se ocupan solamente de hechos sociales.

El idealismo es sin duda la tendencia dominante. De hecho, la filosofía jurídica se identifica tradicionalmente con el idealismo. Lo que llamamos filosofía del

* Este ensayo fue originariamente presentado por el autor en el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparativo, que tuvo lugar en Londres, Inglaterra, en el verano de 1950.

** KARL OLIVECRONA es profesor de Derecho en la Universidad de Lund (Suecia). [N. del T.: Karl Olivecrona desempeñó este puesto hasta 1964, año en que se jubiló. Falleció en 1980.]

derecho ha ostentado esta denominación sólo por poco más de cien años. Anteriormente, su nombre era *derecho natural*. Esta doctrina sufrió un declive temporal con el impacto del positivismo jurídico del siglo XIX. En la última parte del siglo, un renombrado jurista (Merkel) había anunciado, en efecto, que la filosofía jurídica había muerto y que sería superada por la “jurisprudencia general”. Esto es, la búsqueda de los principios verdaderos del derecho y la justicia llegaría a su fin; en su lugar, la ciencia jurídica se autolimitaría a exponer los principios incorporados de manera efectiva en los varios sistemas de derecho positivo. Pero la esquila de defunción era prematura. La filosofía jurídica en su sentido idealista experimentó un destacado renacimiento con el cambio de siglo; posteriormente, las revueltas sociales y las grandes guerras de nuestra época han favorecido enormemente la búsqueda de principios verdaderos y ciertos sobre los que fundamentar el orden social e internacional. Sin embargo, al mismo tiempo, el realismo ha progresado. Los mismos factores han intervenido aquí también; puesto que nada mejor que la crisis, la revolución y la guerra para subrayar la apremiante necesidad de conocimiento acerca de la naturaleza real del derecho y del funcionamiento de la maquinaria jurídica.

La situación actual hay que verla frente al antecedente del positivismo jurídico del siglo XIX. En cuanto a su intención, los positivistas eran realistas. Descartada la doctrina del derecho natural como sólo la expresión de ideas acerca de qué derecho *debería* existir, su pretensión fue la de explicar el derecho que efectivamente *existe*. Sus principales afirmaciones son las siguientes.

Sólo el derecho positivo es auténtico derecho. Pero derecho positivo significa derecho dado por una autoridad que ejerce el poder supremo en la comunidad. Mientras que la doctrina clásica de derecho natural deducía todo el derecho de principios inmutables inscritos en la naturaleza humana, el positivismo exige un origen histórico para cada norma jurídica. La norma, para ser efectiva, derecho válido, debe haber sido establecida en tiempo y lugar por una autoridad competente. La autoridad en cuestión es caracterizada como el Estado, la voluntad del pueblo o los poseedores efectivos del poder. Las normas jurídicas son entendidas generalmente como *mandatos* establecidos por la autoridad soberana.

No es suficiente que la autoridad que establece las normas jurídicas haya mandado algo en el pasado, eventualmente cientos de años antes; la autoridad suprema debe mandar ahora. Un autor moderno expone adecuadamente esta cuestión en relación a la teoría austiniana en estos términos:

Así como el sistema de alumbrado se mantiene en funcionamiento gracias a la central eléctrica que está detrás, así el sistema jurídico se mantiene operativo en virtud del carácter siempre imperativo del soberano que está detrás. La Ley contra el fraude ocupa un lugar en el sistema porque fue promulgada por el Parlamento en 1677, pero es vinculante en tanto que es mandada por una serie de soberanos aquí y ahora¹.

La autoridad competente, siempre representada de una forma u otra por hombres de carne y hueso, constituye un hecho histórico. Al emanar de esta autoridad, las normas jurídicas se conectan con la realidad social. La explicación positivista, por consiguiente, parece realista y científica. Hace no mucho tiempo, un destacado filósofo del derecho escribió:

¹ MANNING, *Austin Today: Or “The Province of Jurisprudence Re-examined”*, in MODERN THEORIES OF LAW 198 (1933).

En casi todo el debate jurídico y político que se autodenomina científico, el derecho es definido como la voluntad del soberano².

Sin embargo, esta forma de realismo es criticable desde muchos puntos de vista. Si se afirma que la autoridad que manda es *el Estado*, la explicación es circular; porque la existencia del Estado presupone el derecho. Un Estado es una organización que compone un grupo de personas dentro de unos límites territoriales. Pero toda la organización se basa precisamente en aquellas normas que sintetizamos como derecho: las normas que definen la forma de gobierno, las funciones de los diversos órganos del Estado, los límites del Estado, los requisitos de ciudadanía, etc. Es más, la organización estatal no puede existir en medio del caos. Requiere un orden social, lo que incluye una división de la propiedad, una razonable medida de confianza en los contratos, una cierta cantidad de seguridad personal, etc.; estas cosas presuponen innumerables normas de derecho privado y penal, así como tribunales que las hagan cumplir. Si hacemos el experimento mental de eliminar todo el conjunto de normas jurídicas, sólo queda una desorganizada masa de gente. Ningún Estado es concebible. Lo que llamamos Estado resulta, en efecto, de la aplicación regular de un extenso sistema de reglas a un grupo de personas territorialmente definidas. La organización estatal, ciertamente, incluye una maquinaria para realizar cambios parciales en el derecho; pero el Estado no es un poder que exista antes y al margen del derecho, del cual podría pensarse que éste emana.

Una crítica similar puede aplicarse a la teoría según la cual la autoridad jurídica suprema es la *voluntad del pueblo*. Incluso en sentido figurado carecería de significado hablar de “la voluntad” de una mera multitud. En el mejor de los casos, “la voluntad del pueblo” es una expresión metafórica para expresar el hecho de que ciertas disposiciones establecidas a través de los denominados representantes del pueblo se supone que están basadas en el interés común y que son vinculantes para todos. Ahora bien, la representación se instituye por medio de normas jurídicas y es la forma también de establecer disposiciones. Por consiguiente, esta figura retórica presupone que el pueblo está organizado por medio de normas jurídicas.

Se han señalado a menudo otras muchas debilidades en esta teoría³. La teoría no puede ser sostenida ni siquiera en su forma atenuada, según la cual la voluntad de los miembros de la comunidad en general se dirige hacia el mantenimiento de las normas jurídicas. Tal orientación de la voluntad no está efectivamente presente. Ello presupondría que el miembro individual de la comunidad que se supone que es necesario para el mantenimiento de las normas jurídicas tendría que tener la pretensión de que éstas fueran generalmente aplicadas. Pero tal necesidad no es advertida; puesto que cada uno de nosotros sabe perfectamente que las normas jurídicas son constantemente aplicadas por las autoridades encargadas de ello al margen de lo que cada individuo esté pensando o haciendo. La observancia general de las normas jurídicas no es lo mismo que una pretensión general en favor de su mantenimiento. Para cada individuo concreto, la aplicación del derecho a través de los tribunales y autoridades administrativas forma parte de la realidad circundante, tanto como la luz del sol o la lluvia. Puede que esté airado frente a los errores de la justicia o eventualmente porfíe en obtener el apoyo de los tribunales para sus propios intereses; pero siquiera sueña nunca con tener que *querer* la aplicación general del derecho con la mira de que ésta tenga lugar.

² COHEN, LAW AND THE SOCIAL ORDER 219 (1933).

³ Una incisiva crítica en LUNDSTEDT, V., DIE UNWISSENSCHAFTLICHKEIT DER RECHTSWISSENSCHAFT (1932-1936).



La teoría que considera a los *poseedores efectivos del poder* como la autoridad detrás del derecho podría parecer más cercana a los hechos. Pero esta teoría presupone que el poder en cuestión es independiente del derecho, como si existiera con carácter previo. Ahora bien, es claro que los miembros del gobierno y de la representación popular parlamentaria ocupan sus posiciones de acuerdo con ciertas reglas de la constitución; se considera que sus disposiciones tienen fuerza jurídica porque la constitución así lo establece; su gobierno sería imposible sin el constante mantenimiento del derecho privado y el derecho penal a través de los tribunales. Así, pues, es evidente que su poder está condicionado, primero, por la constitución y el respeto general de que ésta goza y, segundo, por la organización jurídica de la vida en común a través de los derechos privado y penal. El sistema jurídico, en consecuencia, no está basado en su voluntad y su poder. La verdadera situación consiste en que ellos ocupan temporalmente ciertas posiciones clave en la organización estatal, incluyendo el poder de dictar normas, de acuerdo con las normas jurídicas del país, e introducir limitadas modificaciones en el sistema jurídico.

Así, pues, la fundamentación positivista del derecho se derrumba; la autoridad que manda, al margen de lo que se considere que es, presupone la existencia de un sistema jurídico que es efectivamente aplicado y generalmente observado. Pero el positivismo es también susceptible de otra crítica. Cabe preguntarse si los positivistas son consistentes en su empeño en favor del realismo.

El propósito de los positivistas es fundamentar el derecho sobre la base de hechos históricos y no sobre la base de principios apriorísticos. Sin embargo, asumen un *derecho* a dictar normas por parte de la autoridad normativa. De otro modo, las normas jurídicas no serían sino meras órdenes respaldadas por amenazas de uso de la fuerza, la mera voluntad jurídica de un dictador o de una camarilla dirigente. Esto conduce a una búsqueda de los principios verdaderos de la justicia o el derecho natural.

El *realismo* moderno, por el contrario, aspira a ofrecer una explicación factual consistente del derecho sin recurrir a un deber ser. De acuerdo con las teorías *psicológicas*, todos los fenómenos jurídicos se reducen a ciertas regularidades psicológicas elementales; se afirma que el derecho sólo consiste en una suma de representaciones subjetivas. Otro grupo de teorías podrían ser denominadas *sociológicas*. Sus diversas aportaciones no pueden ser, sin embargo, resumidas en una fórmula concisa; la característica distintiva es que el derecho se identifica con un conjunto de hechos sociales.

Entre realismo e idealismo está la denominada *teoría pura del derecho*. Es ultrapositivista en cuanto que remite todas las normas jurídicas a una autoridad normativa suprema y trata de llevar hasta sus últimas consecuencias, de la manera más lógica, esta afirmación. Sin embargo, no es realista porque sigue albergando la idea de que las normas jurídicas constituyen un deber ser, rechazando toda explicación factual del derecho. A pesar de ello, el deber jurídico no se hace derivar de principios de derecho natural. Se afirma que el derecho tiene la índole de deber ser; pero éste es un deber ser específico, que se basta a sí mismo, formando por su cuenta, por así decirlo, un mundo separado. La teoría pura diverge tanto del idealismo en su versión usual iusnaturalista, como del realismo. La teoría pura pretende ser estrictamente científica. Se dirige exclusivamente al *conocimiento* del derecho positivo o real en contraposición al derecho ideal.

La teoría es particularmente interesante como un intento de escapar al dilema que arrostra la filosofía jurídica. Por un lado parece evidente que las normas

jurídicas incluyen un deber ser. Éstas no nos dicen qué es lo que efectivamente hace la gente, sino que ordenan lo que la gente debe hacer. Por consiguiente, una mera explicación factual del derecho no parece satisfactoria. Toda teoría de este tipo parece que será siempre irrelevante; no captará el distintivo esencial del derecho, que ha de ser hallado en su carácter de deber ser. Por otro lado, parece imposible encontrar un fundamento para el deber jurídico sin tener que recurrir al derecho natural; pero esto parece traspasar los límites de la ciencia. La teoría pura del derecho, sin embargo, alberga la pretensión de presentar las normas de un modo distinto a como lo hace la teoría positivista. Por el contrario se afirma que son *vinculantes* en el verdadero sentido de la palabra, u obligatorias. Se afirma que dan origen a derechos y deberes para los miembros de la comunidad. Pero sería un absurdo mantener que los mandatos pudieran ser obligatorios y pudieran crear derechos y deberes efectivos simplemente por estar respaldados por una fuerza superior. Un mandato no puede ser concebido como obligatorio a no ser que haya sido establecido por una autoridad que posea el *derecho* a mandar. Esta autoridad no puede, sin embargo, crear tal derecho a través de sus propios mandatos. El derecho sólo puede ser basado en un principio superior cuya validez es independiente de la autoridad en cuestión. Esto nos conduce directamente a la esfera del derecho natural. El derecho del Estado a mandar tiene que ser derivado de principios de derecho natural, se use o no este nombre. En la medida en que el positivismo incluye la idea de derechos y deberes que son creados por el derecho, entonces está entreverado de conceptos iusnaturalistas⁴.

El positivismo clásico es, en efecto, ambiguo. Aspira al realismo; sin embargo, incorpora un elemento importante de idealismo en el sentido aquí atribuido a la palabra. La crítica moderna ha puesto de manifiesto esta contradicción en el positivismo. Consecuencia de ello han sido intentos de elaborar una teoría consistente del derecho, ya sobre la base del idealismo, ya sobre la base del realismo.

La primera tendencia ha conducido al *renacimiento del derecho natural*, que en la actualidad es una nota muy importante de la filosofía del derecho. Es fácil de entender esta corriente de pensamiento. En efecto, parece muy difícil abandonar la idea de que el derecho incluye un deber ser. ¿No forma parte de la esencia del derecho el que sus normas sean vinculantes y capaces de crear derechos y deberes en sentido propio? Pero si esto es así, todo intento de reducir el derecho a meros hechos es en vano. El problema consistirá en elaborar una teoría idealista no contradictoria que haga patente que el derecho es algo más que meros mandatos factuales o declaraciones de voluntad del Estado. Esta corriente se ha suscitado especialmente a raíz del surgimiento de los Estados totalitarios. A la vista de sus prácticas, el dogma positivista de que los mandatos de la autoridad suprema son vinculantes como tales aparece como particularmente nefasto, de modo que parece necesario fundamentar el derecho en algo superior a la mera salida del dilema manteniendo el deber ser pero sin aterrizar en el derecho natural.

Pero ¿es realmente posible esta hazaña? El autor de la teoría pura ha criticado con la mayor agudeza el positivismo clásico. Ha refutado el mito de la "voluntad del Estado"; ha mostrado que lo que es conocido como el poder del Estado no es un poder que exista antes del derecho; y, finalmente, ha mostrado que las nociones iusnaturalistas permean el positivismo clásico. Asimismo, ha mantenido consistentemente que todo intento de derivar un deber ser de los meros hechos

⁴ Esto ha sido mostrado por Kelsen en numerosos trabajos. Véase también el próximo volumen *STUDIES IN THE NATURE OF LAW AND MORALS* por el difunto profesor Axel Haegerstroem de la Universidad de Upsala (Suecia) y el trabajo de Lundstedt, V. citado arriba.



implica una confusión de ideas. La validez de una norma, afirma, nunca puede ser derivada de un hecho, sino sólo de una norma. Un mandato como tal no es vinculante sobre la persona a que se dirige, aun en el caso de que la persona que manda tenga un poder superior; si un bandido me ordena que le entregue el dinero, esta orden no me vincula ni aun en el caso de que se encuentre efectivamente en una posición tal que pueda imponer su voluntad. Este mandato es vinculante, o válido, para aquellos a quienes se dirige sólo si se dispone por alguien *autorizado* para mandar. Como nadie puede autorizarse a sí mismo, la validez de los mandatos sólo puede ser derivada de una norma válida que establezca que los mandatos de esa persona *deben* ser obedecidos.

Esta idea constituye la piedra angular de la teoría pura del derecho. Cuando dos partes realizan un contrato de compraventa, establecen ciertas normas sobre su comportamiento. Estas normas derivan su validez no de la voluntad de las partes, sino de la norma de derecho privado que les autoriza a ellas mismas a vincularse por medio de contratos. Si surge la desavenencia entre las partes y el conflicto se lleva ante los tribunales, la decisión del tribunal posee el carácter de una nueva norma; y esta norma deriva su validez de las normas que instituyen los tribunales y les atribuyen el poder de dirimir conflictos a través de sus sentencias. Estas normas, a su vez, derivan su validez de la constitución, que autoriza a una persona o grupo de personas a legislar. Así, la constitución es el eje de todo el sistema.

Todo esto parece bastante claro. Pero una cuestión crucial queda pendiente: ¿de qué norma deriva la validez de la constitución? De acuerdo con el principio de que la validez de una norma sólo puede ser derivada de otra norma, tiene que haber una norma detrás de la constitución, otra norma detrás de esa norma, y así sucesivamente hasta el infinito.

Hay que poner fin a este regreso a través del bien conocido concepto de *norma fundamental*. Se dice que hay una norma cuya validez no puede ser derivada de otra norma. En todo sistema jurídico, la norma fundamental está contenida en la constitución. Si la constitución actual ha sido promulgada de acuerdo con las normas de una constitución anterior, la norma fundamental se encontrará en ésta última. El regreso, por consiguiente, continúa hasta que se llega a una constitución que ha sido establecida de un modo inconstitucional. La validez de la primera constitución de la serie no puede ser derivada de ninguna otra norma superior; generalmente ha sido creada a través de una revolución o una guerra. La norma fundamental nunca se establece legalmente.

Cuando tiene lugar una revolución, se mantienen grandes áreas del sistema jurídico. Sin embargo, de acuerdo con la teoría pura, la validez de las normas antiguas se deriva ahora de la constitución actual. Cada vez que una revolución acaece, todo el sistema jurídico es creado de nuevo. Aun en el caso de que el derecho privado y el derecho penal no se modifiquen de un modo perceptible al ojo humano, el fundamento de su validez ha cambiado, ya que la norma básica que confiere validez a toda la estructura de normas jurídicas se encuentra ahora en la nueva constitución. En consecuencia, existe un nuevo sistema jurídico.

Ninguna razón puede aducirse en favor de la validez de la norma fundamental, puesto que su validez no puede derivarse de una norma superior del derecho positivo. Tenemos simplemente que dejar de buscar razones. Si se demuestra que esto es imposible, obtenemos la siguiente respuesta:

La norma fundamental no se crea por un órgano normativo a través de un procedimiento jurídico. No es válida —como sí lo es una norma jurídica positiva—

por haber sido creada de un cierto modo por un acto jurídico, sino que es válida porque se presupone que es válida⁵. (Cursiva añadida.)

Pero esto parece que equivale a una declaración de bancarrota por parte de la teoría pura del derecho. La validez de toda la estructura de normas jurídicas descansa sobre la validez de una norma fundamental contenida en la constitución. Ahí se encierra el último secreto de la teoría. Pero cuando se abre la caja no hay nada en ella. La piedra angular de la teoría es la hueca afirmación de que la norma fundamental es válida porque se supone que es válida.

Posteriormente se defiende esta posición afirmando que se trata sólo de explicar la *suposición* hecha necesariamente por todos los juristas que no desean basar el derecho positivo en el derecho natural. Se afirma que sólo bajo esta suposición pueden ser vistas las disposiciones establecidas por los legisladores actuales como normas válidas o normas jurídicas en sentido propio, y no como meros mandatos fácticos o declaraciones de voluntad.

Simplemente hacemos explícito lo que todos los juristas, especialmente de modo inconsciente, asumen cuando consideran el derecho positivo como un sistema de normas válidas y no sólo como un complejo de hechos, rechazando al mismo tiempo todo derecho natural del que el derecho positivo recibiría su validez⁶.

Esto significa, sin embargo, que se abandona el propósito principal de la teoría. La teoría pura se presenta como una explicación de la verdadera naturaleza del derecho positivo en oposición al positivismo clásico, así como a la doctrina del derecho natural. Ahora descubrimos que la teoría sólo pretende hacer explícita una suposición que presuntamente hacen los juristas. Esto es otra cosa: nos dice nada en absoluto acerca de la naturaleza del derecho en sí mismo.

Por otra parte, es sumamente dudoso que los juristas hagan efectivamente la suposición que se les atribuye. Dudo, por ejemplo, que los juristas franceses de la actualidad fundamenten la validez de todo el sistema jurídico de Francia, incluyendo las leyes napoleónicas, en la constitución de la tercera o cuarta repúblicas. En cuanto a la constitución actual, es difícil de creer que los juristas franceses rehúsen efectivamente a buscar detrás de ella las razones de su validez. ¿No es más bien el caso de que la constitución deriva su validez en última instancia de un principio de derecho natural, a saber, del principio de la soberanía del pueblo o el derecho inherente del pueblo a legislar por sí mismo a través de sus representantes? Por lo que se refiere a Inglaterra, no tengo la impresión de que los juristas ingleses deriven la validez del *common law* de la Revolución Gloriosa.

En efecto, la teoría pura del derecho no ofrece una imagen verdadera del pensamiento real de los juristas. En último término, la teoría sólo pone de manifiesto una asunción que deben hacer los juristas si sostienen que el derecho incluye un deber ser pero, a pesar de ello, rechazan la idea de cualquier fundamentación iusnaturalista. La necesaria asunción resulta bastante arbitraria. A menos que se efectúe esta asunción, es evidente que el regreso sólo terminará fundamentando el derecho positivo sobre principios de derecho natural válidos *per se*. El valor de la teoría pura reside principalmente en poner esto de manifiesto: el dilema se expresa certeramente, pero el intento de resolverlo por medio de la asunción de una norma fundamental resulta obviamente ilusorio.

⁵ KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 116 (1946).

⁶ *Ibid.*



Así afrontamos una clara opción. O bien se mantiene el carácter de debido del derecho, lo que inevitablemente nos conduce a la asunción de un derecho natural que proporciona el fundamento del derecho positivo; o bien se desecha su carácter de debido, de modo que sea posible un realismo consistente. La elección no me parece que sea difícil. Es obvio que no cabe establecer científicamente ningún principio de derecho natural, por la simple razón de que no cabe derivar ningún deber ser de los hechos. Asimismo, toda forma de idealismo aparece como carente de consistencia. Si llevamos tales teorías a sus últimas consecuencias, antes o después llegamos al punto en que hecho y deber ser se confunden. Por tomar un ejemplo clásico: la efectiva tendencia de los hombres a constituir sociedades se equipara con la *obligación* de respetar las normas básicas necesarias para la vida en común. Hasta donde alcanzo, este más o menos inconsciente deslizamiento del hecho hacia el deber ser o viceversa es parte de toda forma de idealismo que intente dar una explicación científica del deber jurídico.

El idealismo, en consecuencia, no ofrece solución a los problemas de la filosofía del derecho. Consecuentemente, sólo la aproximación realista resulta viable. Aquí, sin embargo, nos encontramos con una dificultad: cómo concebir el derecho sin un deber ser. ¿Es esto efectivamente posible? Un derecho sin un deber ser ¿no es una contradicción en sus términos? Esta dificultad ha bloqueado una y otra vez el camino hacia el realismo y hace al idealismo aparentemente ineludible; y los acercamientos al realismo han terminado a menudo desviándose hacia el idealismo. Pero la dificultad es sólo aparente. La solución viene simplemente dada si distinguimos con cuidado entre *cognición*, por una parte, y *valoración*, por otra, restringiéndolas a sus respectivas esferas. Esta distinción, sin embargo, ha sido constantemente oscurecida por la peculiar naturaleza de los así denominados *juicios de valor*. Estos enunciados tienen la forma lingüística de juicios; esto es, son proposiciones lingüísticas acerca de la realidad. Cuando, por ejemplo, calificamos ciertas acciones como buenas o malas, les atribuimos aparentemente la propiedad de bondad o maldad. Sin embargo, es obvio que tales propiedades no pueden ser halladas entre las propiedades naturales de las acciones. La calificación representa nuestra propia actitud emocional; sería absurdo describir una acción como buena o mala si ésta no fuera a inmutarnos en absoluto. Los enunciados sobre la bondad o maldad adquieren significado a través de los correspondientes sentimientos. Pero nuestros sentimientos son enteramente subjetivos; carece de sentido preguntarse si son verdaderos o no. Existen o no existen: eso es todo⁷.

Como sabemos, la idea de que algo *debe* acontecer está necesariamente basada en una valoración. Es obvio que la mera observación neutral de los hechos no puede suscitar esta idea; siempre tiene que existir una fuente emocional del deber. Pero la expresión de la idea del deber tomará a menudo la forma de un juicio; así, somos inducidos a creer que el deber existe objetivamente. Éste es el caso especialmente cuando las ideas de deber ser están firmemente asentadas y son relativamente uniformes dentro de una comunidad. Como seres sociales, todos tenemos un conjunto de ideas sobre lo que nosotros y los demás debemos o no hacer. Sin tales ideas, simplemente no podríamos vivir en una comunidad. Son consustanciales con nuestra índole de seres humanos; y las reconocemos como parte de nuestra más íntima personalidad. Esto hace extremadamente difícil considerarlas, por así decirlo, desde fuera, de modo puramente imparcial. El deber parece estar objetivamente ahí, y aparece como objeto de conocimiento.

⁷ Ver especialmente el análisis de Haegerstroem, *op. cit. supra* note 4. Similar ideas in AYER, LANGUAGE, TRUTH AND LOGIC (1936).

Pero si se está a la distinción entre cognición y valoración, la insoluble cuestión del deber objetivo deja de preocuparnos. Es verdad, por supuesto, que las normas jurídicas no nos hablan de lo que *es*, sino de lo que *debe ser*. Pero esto no es ninguna razón para mantener que pertenezcan al mundo místico del deber ser y no a la realidad natural. Los enunciados que expresan las normas jurídicas son obviamente fácticos, del mismo modo que las ideas que expresan. La creencia en un deber ser objetivo incorpora la idea de que los enunciados engendran las relaciones que enuncian; se entiende, por ejemplo, que entre crimen y castigo se establece una relación completamente distinta a aquella de causalidad. Esto es el gran error. Nuestros propios sentimientos de estar vinculados por el derecho nos inducen a creer en estas relaciones metafísicas. Lo que el legislador puede hacer es simplemente *causar* que los funcionarios actúen de cierto modo e imbuir, con mayor o menor éxito, determinados patrones de conducta en la población. Para este fin no es necesario nada más.

El deber ser objetivo es un mito. Lo que realmente existe son nuestras ideas de deber, los enunciados que los expresan y las emociones asociadas con ellos. Todas estas formas de lo que puede ser denominado ideología jurídica constituyen un importante objeto de investigación para la filosofía jurídica.

