

Nota sobre la entrevista de Alf Ross*

GENARO R. CARRIÓ**

I. INTRODUCCIÓN

Durante la primera quincena de diciembre la Facultad de Derecho se vio honrada con la visita de Alf Ross. El jurista dinamarqués es hoy uno de los primeros filósofos del derecho del mundo. Lo atestiguan libros tan ricos y profundos como *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946) y *On Law and Justice* (1985), así como una impresionante lista de artículos sobre temas de filosofía general, ética, teoría jurídica y teoría política.¹

Ross viajó a nuestro país para dar dos conferencias y participar, además, en una discusión de “mesa redonda” sobre cuestiones sugeridas por aquéllas. Fue invitado por la Comisión Organizadora de las Jornadas de Ética y Filosofía del Derecho; éstas formaron parte de los actos de homenaje al Sesquicentenario de Mayo.

* Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, nro. IV, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1960, p. 205.

** 1922-1997. Profesor Titular de Introducción al Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1956-1966. Miembro y coordinador alterno del Consejo para la consolidación de la democracia, 1985-1989.

¹ A pesar del enorme prestigio y de la profunda influencia de este autor, no sabemos que se haya publicado aún ninguna traducción al español de obras suyas. Este injustificable vacío habrá de ser colmado muy pronto. Está por aparecer una traducción de *Towards a Realistic Jurisprudence* hecha por Julio Barboza (editorial Abeledo-Perrot). Este mismo sello tiene en prensa una traducción mía del sustancioso artículo “Tu-Tu”, aparecido en la *Harvard Law Review*. Este artículo ha inspirado en parte la valiosa monografía de Eugenio Bulygin, “La naturaleza de la obligación cambiaria. Ensayo de análisis lógico de conceptos jurídicos” (Colección de monografías de Abeledo-Perrot). Es posible, además, que se edite en Buenos Aires la traducción española de *On Law and Justice*. El interés que Ross ha despertado entre nosotros tiene como precursor a Cossio, quien en su *Teoría de la verdad jurídica* (Losada, 1954) fue el primero en difundir aquí el pensamiento de nuestro ilustre visitante.

El tema de las conferencias fue “El positivismo jurídico vs. el derecho natural”. Es obvio que el mismo era demasiado amplio para permitir un desarrollo adecuado en un ciclo de conferencias tan breve.

Ello dificulta una presentación de lo que Ross dijo, pues éste tuvo que dejar muchos cabos sueltos. Algunas de sus afirmaciones, faltas de una demostración convincente, quizás resultaron un tanto sorprendidas.

En esta nota propongo resumir la ya sucinta exposición del jurista danés,² e insinuar –con todas las limitaciones impuestas por las dificultades aludidas– ciertas críticas.

II. LO QUE DIJO ROSS

A. CARACTERIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El primer objetivo de Ross fue dar alguna precisión a lo que ha de entenderse por “positivismo jurídico”. Ésta es, sin duda, una expresión altamente ambigua; algo así como un rótulo común que, sin mayor cautela, se aplica a una serie de posiciones teóricas que divergen entre sí considerablemente. Siguiendo de algún modo la técnica de presentación empleada, a los mismos fines, por el jurista inglés H. L. A. Hart,³ Ross resumió las principales tesis o doctrinas sostenidas por pensadores identificados como positivistas. Es decir, las tesis centrales, aquellas que han merecido las mayores adhesiones. Esto no significa, claro está, que todas estas tesis hayan sido sostenidas por todos los positivistas. Algunas de ellas, que parecen ser básicas, han merecido adhesión general; a las restantes han adherido algunos pensadores por no los otros.⁴

² Ross dio sus conferencias en inglés; las mismas fueron acompañadas por una traducción al español casi simultánea, hecha con notable precisión y fidelidad por Pedro David. El jurista dinamarqués envió por anticipado una “ayuda-memoria” de ambas conferencias, que me ha servido de guía para el resumen que va en el texto.

³ “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, nro. 4, vol. 71, febrero de 1958, p. 593. Hay traducción española preparada por el autor de esta nota, bajo el título de *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, para uso exclusivo de los estudiantes de esta Facultad. Dicho artículo –junto con otros del jusfilosófico inglés– aparecerá próximamente en un volumen que publicará la editorial Depalma.

⁴ En el artículo citado en la nota anterior Hart sostiene que puede ser útil identificar cinco significados de “positivismo”, barajados en la teoría jurídica contemporánea: (1) la pretensión de que las normas jurídicas son órdenes de seres humanos; (2) la

Las tesis o doctrinas que Ross mencionó son las siguientes:

- (1) La separación entre el derecho y la moral o, más precisamente, la distinción entre dos modos de hablar acerca del derecho: lo que el derecho es y lo que debe ser. En otros términos, una de las tesis –que parece ser central– puede resumirse en la afirmación simultánea de estas dos proposiciones: (a) es legítimo –y necesario para evitar confusiones– distinguir entre el derecho que es y el que debe ser; (b) no existe conexión necesaria entre ambos; expresar que algo es derecho no significa sostener que eso deba ser derecho, ni postular que algo debe ser derecho importa afirmar que lo es.
- (2) La concepción imperativa de las normas jurídicas: el derecho consiste en órdenes impartidas por seres humanos (los legisladores, en sentido lato), a otros seres humanos (los súbditos).
- (3) La idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por la fuerza o, más claramente, cuyo incumplimiento es repri-

pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser; (3) la pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es (a) algo que vale la pena hacer; y (b) algo que no debe confundirse con las indagaciones históricas sobre causas u orígenes de las normas, con las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, ni con la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, “funciones” u otros; (4) la pretensión de que un sistema jurídico es un sistema “lógicamente cerrado”, en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas pre-determinadas, sin referencias a propósitos sociales, líneas de orientación y *standards* morales; (5) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías “no cognoscitivas” en ética). Lo que antecede es una reproducción casi textual de la nota 25 del trabajo de Hart aludido. Tras esa enumeración dice este autor: “Bentham y Austin sostuvieron los puntos de vista descriptos en (1), (2) y (3), pero no los descriptos en (4) y (5). La opinión indicada en (4) es atribuida, a menudo, a los juristas analíticos (...) pero no como a ningún ‘analista’ que la haya sostenido”. No creo que sea incorrecto decir que otros, positivistas, tal como Kelsen, han adherido a las tesis (2), (3), (4) y (5) y rechazado expresamente (1). La afirmación de que Kelsen adhiere a la tesis (4) tendría que ser objeto de ciertas salvedades de importancia, que no puedo desarrollar aquí. Me permito sostener que la caracterización que hace Hart de las doctrinas positivistas es más rica en sugerencias que la de Ross.

mido mediante actos de fuerza. Se trata de la concepción que Ross, siguiendo a Kelsen,⁵ refuta en *On Law and Justice* (pp. 52-53).

- (4) La concepción mecanicista de la función judicial. Esto es, la idea de que sólo las normas generales –leyes y costumbres– son fuentes de derecho. No sólo es la actividad judicial; los jueces no crean derecho, sólo aplican el preexistente, contenido en leyes y costumbres. Dicha tarea de aplicación es mecánica: una simple deducción a partir de premisas claramente dadas al juez.
- (5) La idea de que todo orden jurídico vigente está dotado de validez, la que no proviene de la concordancia entre el contenido del mismo y ciertos principios supremos de justicia, sino de la efectividad del orden. Decir que tiene validez significa que posee “fuerza obligatoria”, que debe ser obedecido.
- (6) Por último, la negación de que haya un derecho natural. Ross se resistió a considerar a esta tesis como parte del positivismo jurídico, porque nada dice sobre el derecho positivo.

Éstas son las principales tesis. Acerca de ellas Ross expresó o sugirió: (a) que Austin y en general los positivistas de la *Analytical Jurisprudence* han adherido a las tesis (1), (2) y (3), pero no a la (4); (b) que Kelsen y en general los positivistas que siguen las líneas de la Teoría Pura del Derecho sostienen las tesis (1), (5) y (6), pero rechazan (2), (3) y (4); (c) que su propia posición –la de Ross– consiste en adherir a las tesis (1) y (6) y rechazar las restantes.

B. EL PASO SIGUIENTE

Siempre con miras a mostrar en qué consiste la médula de la disputa entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo, Ross ensayó seguidamente un rápido análisis crítico de las cinco primeras tesis. Es decir, de aquellas que a su juicio se ocupan de cuestiones específicas jurídicas.

- (a) La tesis (1) –señaló– se limita a recoger la distinción, aceptada generalmente, entre el lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo. Si se la entendiera correctamente, tendría que ser aceptada por los jusnaturalistas; aquí la disputa no versa sobre hechos sino que es puramente terminológica. Es sabido que en los desacuerdos

⁵ Ross cita expresamente la *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 17.

de este tipo, la discrepancia versa exclusivamente sobre el nombre que ha de darse a cierto fenómeno, respecto de cuya descripción y –en su caso– evaluación hay completo acuerdo entre los disputantes. Ross cree que todo el desacuerdo radica aquí en esto: los jusnaturalistas simplemente se rehúsan a dar el nombre “derecho” a ciertos órdenes coactivos que reputan demasiado injustos; los positivistas, por su parte, entienden que no ocurren razones atendibles para adoptar esa actitud y que, por el contrario, resulta conveniente, a los fines científicos, no hacer depender la aplicación de la palabra de consideraciones de justicia. De esto último se sigue que al usar la palabra “derecho” para designar cierto orden coactivo los positivistas no significan ni sugieren que el mismo es justo o merecedor de las gentes.

- (b) En cuanto a las doctrinas (2), (3) y (4), Ross las declaró insostenibles. En eso coincide con Kelsen. Con relación, en particular, a la doctrina (4), dijo que la concepción mecanicista del proceso judicial es falsa en tanto que versión de lo que efectivamente acaece, y poco sensata en tanto que principio de interpretación de las normas jurídicas.
- (c) Queda por ver la tesis (5), que se refiere al concepto de validez en el derecho. A juicio de Ross, la disputa entre positivismo y jusnaturalismo, en la medida en que no se reduce a la mera cuestión terminológica que mencioné al hablar de la doctrina (1), se centra en el concepto de validez, ya que una versión depurada de la concepción positivista tiene que eliminar de su seno las doctrinas (2), (3) y (4). Si apartamos por trivial la disputa terminológica, sólo queda en pie la que versa sobre el concepto de validez.

Ésta puede ser resumida así: mientras que un jusnaturalista sólo afirma que un orden jurídico es válido o que tiene fuerza obligatoria si su contenido concuerda con el de ciertos principios de justicia, a los que atribuye carácter supremo, para un positivista no es tal concordancia la que confiere al orden jurídico esa validez o fuerza obligatoria, sino simplemente el hecho de su vigencia, la circunstancia de que el mismo es generalmente obedecido o atacado. En otras palabras: para un jusnaturalista un orden positivo es válido porque concuerda con el derecho natural; para un positivista lo es porque es positivo, es decir, vigente. En

una y otra posición “válido” significa lo mismo: “revestido de fuerza obligatoria”. La palabra “validez” tendría para positivistas y jusnaturalistas el mismo significado, aunque distintos criterios de aplicación, y en esto último estribaría el desacuerdo.⁶

Ross –ya lo dije– rechazó esta tesis (5). Adherir a la misma es, para él, profesar el término “cuasipositivismo” para aludir a aquellas concepciones que operan con un concepto de validez como el indicado. En contraposición al “cuasipositivismo” Ross habló de un “positivismo genuino” –el del propio jurista dinamarqués y de quienes piensan como él– que no admite tal significado de “validez”.

C. EL NUDO DE LA DISCREPANCIA

El punto fundamental de las conferencias fue en definitiva esta doble afirmación: (a) no existe oposición real entre el jusnaturalismo y el “positivismo jurídico genuino”, pues el único desacuerdo entre ambas corrientes es meramente terminológico (respecto del uso de derecho y palabras derivadas); (b) la discrepancia se da entre el jusnaturalismo y el “cuasipositivismo”, o sea, entre dos formas de jusnaturalismo, uno desembozado y el otro encubierto.

Como entre los “cuasipositivistas” o jusnaturalistas encubiertos Ross situó a Kelsen, aquella doble afirmación tiene que haber causado estupor entre los cultivadores argentinos de la Teoría Pura. Aquí se ha visto siempre en Kelsen al más encarnizado exorcista de ideologías encubiertas. Acusar a Kelsen de haber andado ocupándose toda la vida de descubrir

⁶ Ross no usó esta terminología, que distingue entre el “significado” y el “criterio de aplicación” de ciertos términos. Pienso que con ella no se distorsiona el pensamiento del jurista dinamarqués. He tomado esa terminología de HARE, “The Language of Moral”, en *Oxford at the Clarendon Press*, cap. IV, 1957; “Meaning and Criteria”, y VII, “Description and Evaluation” (véase en particular pp. 102, 105, 108, 109, 116, 118, 119 y 129). En el capítulo VII, Hare trabaja con la distinción paralela entre “significado valorativo” y “significado descriptivo”. Sobre esto véase también STEVENSON, “Second Pattern of Analysis: Persuasive Definitions”, en *Ethics and Language*, Universidad Press, Yale, 1944. La utilización del lenguaje de Hare y de Stevenson, y, en particular, de la distinción entre “significado” y “criterio de aplicación” respecto de los términos éticos, se hace aquí plausible para exponer el pensamiento de Ross toda vez que éste considera que “validez” es, para los jusnaturalistas y para ciertos titulados positivistas, un término ético. Véase, además, las razones expuestas en la nota 9, *in fine*.

la paja en el ojo ajeno sin haber advertido la viga en el propio, y sugerir además que su oposición con el jusnaturalismo radica “precisamente” en el hecho de que la teoría pura es jusnaturalista, es decir algo en cierto modo sensacional.

¿Qué razones dio aquí Ross para justificar tan tremenda acusación? Para contestar esta pregunta tenemos que volver a la distinción entre el significado de “validez” y el criterio de aplicación de dicho término, más arriba aludida. Vimos que según resulta de lo que –con otra terminología– dijo Ross, aunque jusnaturalistas y “cuasipositivistas” difieren respecto del último, coinciden en cuanto al primero. Dicho significado en común es el siguiente: la palabra validez no se refiere a ninguna entidad observable, sino a un nexo o ligamen “moral”, al “deber moral” de obedecer el derecho, esto es, de cumplir con los deberes jurídicos. Para Ross esto significa buscar apoyo en una idea “trascendente” de tipo metafísico, no verificable en términos empíricos. Cuando un jurista atribuye validez al orden jurídico –con este significado de “validez”–, incurre en una forma oculta de jusnaturalismo, de la que no se libera por el hecho de que la aplicación del término no se haga depender de las concordancias entre el sistema y principios últimos de justicia, sino de la vigencia o efectividad del orden. Con la introducción de este concepto de validez el derecho positivo queda revestido de una calidad adicional –su título al acatamiento o respeto moral– que no es verificable y que resulta innecesaria para la descripción del sistema como cuerpo de preceptos vigentes.

La idea de validez tal como aparece en el “cuasipositivismo” se origina, a juicio de Ross, en Hegel. Conduce a una especie de absolutización reverencial del derecho vigente *qua* vigente, en cuanto le atribuye la calidad de ser moralmente bueno por ser vigente. El modo más típico de expresar este punto de vista es el *slogan* “*Gesetz ist Gebetz*” (La ley es la ley). Como otros enunciados análogos que en la forma son trivialmente tautológicos –añadiría yo–, éste encierra un juicio de valor, oculto bajo el hecho de que la primera palabra repetida no conserva las mismas connotaciones. En su primera aparición la palabra tiene un significado puramente descriptivo; en la segunda, se le asigna un significado predominantemente emotivo, dirigido a influir sobre el comportamiento o la actitud del prójimo (análogamente, v. gr.: “Los negocios son los negocios”, “La guerra es la guerra”, etc.).

III. DISCUSIÓN

Ross destacó correctamente –me parece– que hay una línea de pensamiento jurídico que exhibe una clara tendencia a justificar el Estado, el derecho puesto, por el mero hecho de serlo. Parece acertado, también, llamar a esta corriente “cuasipositivismo”, por lo que esta palabra sugiere, y ver en ella una forma encubierta, y menos digna, de jusnaturalismo, y sería faena de considerable utilidad mostrar en qué medida tal actitud influye sobre juristas que parecerían muy alejados de la misma. Quizá buena parte del pensamiento jurídico dogmático –nuestro pensamiento jurídico– está gravemente atacada por ese virus.⁷

También puede ser correcto que la pasividad general con que los juristas alemanes enfrentaron el pavoroso régimen nazi se debió parcialmente a que su capacidad de resistencia estaba minada por el virus ideológico del “cuasipositivismo”.⁸ Pero lo que no parece correcto –ni justo– es colocar a Kelsen en esa línea de pensamiento que, según Ross, incluye los nombres de Hegel y de Hitler; y si se lo coloca se hace menester formular una serie tan considerable de reservas o salvedades que puede parecer muy cuestionable la conveniencia de incluirlo en la lista. Quiero decir aquí algunas cosas acerca de esto porque pienso que

⁷ Ross habló de seis corrientes principales dentro de lo que tradicionalmente se llama “positivismo jurídico”. A saber: (1) La escuela inglesa de jurisprudencia analítica (Bentham, Austin, etc.); (2) La escuela de la exégesis, de origen francés; (3) La jurisprudencia conceptual (Begriffsjurisprudenz) alemana (Windscheid, Merkel; Laband, Binding, etc.); (4) La Teoría Pura del Derecho (Kelsen y sus epígonos); (5) El realismo jurídico norteamericano (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.); (6) El realismo jurídico escandinavo Lunstedt (Olivecrona, Hagerstrom, el propio Ross, etc.). Pues bien, nuestra ciencia del derecho acusa el decidido impacto de las corrientes (2) y (3). En ambas, aunque por motivos distintos, se advierte, en forma paralela, con la firme adherencia a la concepción mecanicista del proceso, una especie de actitud reverencial frente a las normas generales de factura legislativa. Es de hacer notar, en relación con esto, que la concepción mecanicista del proceso, tal como fue caracterizada por Ross, no ha sido sostenida por las corrientes (1), (4), (5) y (6). La corriente (5) consiste casi exclusivamente en un devastador ataque a dicha concepción. Sólo las corrientes (1), (4) y (6) pueden ser consideradas “filosóficas”, habida cuenta de sus fundamentos y pretensiones.

⁸ Ésta es la tesis sostenida en la 4ª edición de la *Rechtsphilosophie* de Radbruch, aparecida en 1950, donde se reproducen las consideraciones que el jurista alemán había vertido en un artículo publicado en 1946. Véase la respuesta de Hart en el apartado IV del artículo mencionado en la nota 3 del presente trabajo.

por este lado será menos difícil el acceso a ciertos flancos que Ross ha dejado desguarnecidos frente a la crítica.

A. POSIBLE CONTESTACIÓN DE UN KELSENIANO

Un hipotético kelseniano –de cuya ortodoxia no me animaría a dar fe– podría quizá defender a Kelsen de la siguiente manera:

La palabra “validez” tiene diversos usos dentro de la Teoría Pura del Derecho. No viene al caso precisarlos aquí. En ninguno de ellos, sin embargo, significa que aquello a que se atribuye validez posee jerarquía moral o es digno de respeto o acatamiento por razones morales. Tal cosa no está significada ni sugerida por el término. Cualquier referencia de tipo emotivo que “validez” pueda tener en contextos no jurídicos, o en contextos jurídicos cuando la palabra es empleada por otros autores, queda claramente cancelada en Kelsen por lo que resulta de las expresas advertencias de éste y del sentido todo de la Teoría Pura del Derecho.

Kelsen ha subrayado con insistencia que cuando los juristas, a sabiendas o inadvertidamente, usan ciertos términos jurídicos con el significado que las mismas palabras reciben en contextos morales, traicionan los postulados positivistas que dicen profesar e incurrir en un jusnaturalismo encubierto. Uno de los principales objetivos de la Teoría Pura del Derecho ha sido precisamente redefinir los principales términos jurídicos de modo de neutralizar sus referencias o connotaciones de tipo moral. Esto vale también para la palabra validez.

Cuando Kelsen sostiene que decir que una norma es válida significa decir que la misma debe ser obedecida y aplicada, o que es obligatoria, no está predicando de esa norma –cuya validez quedaría caracterizada por un cierto criterio descriptivo, a saber, su pertenencia a un orden eficaz– la cualidad adicional independiente de estar revestida de fuerza obligatoria moral, sino que se limita a afirmar que la expresión “norma válida” es equivalente, por definición, a “norma con fuerza obligatoria” o a “norma que debe ser obedecida”, sin que esto importe sostener que el ligamen obligatorio es de tipo moral o que la norma es acreedora a la adhesión espiritual de los hombres. Cuando Kelsen se esfuerza en distinguir el derecho de la moral, esa distinción implica la idea de que algo puede estar revestido de fuerza obligatoria jurídica sin estarlo de

fuerza obligatoria moral, y a la inversa. Y por lo tanto, cuando Kelsen define validez como fuerza obligatoria, se está refiriendo a la fuerza obligatoria jurídica, como simple sinónimo de validez.⁹

⁹ Para una formulación del estricto punto de vista kelseniano, véase el artículo de KELSEN, *Natural Law doctrine and Legal Positivism*, publicado como apéndice de la *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945. El apéndice no forma parte de la traducción española de esta obra. Véase en particular el apartado C, "The Ought: absolute and relative validity", pp. 393 y ss. de la *General Theory...* Allí desarrolla Kelsen la idea del "deber ser", "normatividad" o "validez" en el derecho -términos que emplea como sinónimos- en tanto que mera categoría formal, de carácter hipotético y relativo, que no debe confundirse con el "deber ser" en sentido material del jusnaturalismo: "The norms of positive law are 'valid', that is they ought to be obeyed, not because they are, like the laws of natural law derived from nature, God or reason, from a principle of the absolutely good, right or just, from an absolutely supreme value or fundamental norm which itself is clothed with the claim of absolute validity, but merely because they have been created in a certain way or made by a certain person. This they have been created in a certain way or made by a certain person. This implies no categorical statement as to the value of the method of law-making or of the person functioning as the positive legal authority; this value is a hypothetical assumption" (p. 394). Para Kelsen todo intento de ir más allá de esa fundamentación hipotético-relativa, en busca de una validez de tipo absoluto, constituye una traición a la "característica esencial del positivismo" y una "intrusión de la metafísica en el ámbito de la ciencia" (p. 396). El jurista *qua* jurista no reconoce más validez que la del sistema jurídico; la del sistema moral queda excluida. Así lo exige el principio de unidad del conocimiento (p. 410). Kelsen batalla contra todas las formas del dualismo metafísico; una de ellas, la optimista, consiste precisamente en considerar al orden político del derecho positivo como un sistema de "deber ser" perfecto (pp. 427/28). En oposición al dualismo metafísico, levanta la bandera de lo que él llama "filosofía científico-crítica" (p. 433). Desde este punto de vista, que para Kelsen es el positivismo jurídico, el derecho carece de todo valor absoluto. Se le atribuye, simplemente, una validez hipotético-relativa que, sin embargo, no impide que se conciba al derecho como un sistema de normas válidas (pp. 435/36). La hipótesis básica es, por supuesto, la de la norma fundamental. Anticipando críticas del tipo de las que Ross le dirigió en Buenos Aires, dice Kelsen: "La norma fundamental ha sido descripta aquí como el presupuesto esencial de todo conocimiento jurídico positivo. Si uno desea considerarla como elemento propio de una doctrina jusnaturalista a pesar de su renuncia a cualquier ingrediente de justicia material, muy pocas son las objeciones que ello puede merecer, tan pocas como la que podrían alegarse contra quien llama metafísicas a las categorías de la filosofía trascendental kantiana porque no son datos de la experiencia sino condiciones de la misma (...) Del mismo modo la teoría de la norma fundamental podría ser considerada una doctrina de derecho natural en consonancia con la lógica trascendental de Kant. Queda en pie, empero, la enorme diferencia que separa, y habrá de separar siempre, las condiciones trascendentales de todo conocimiento empírico y, por consiguiente,

B. POSIBLE RÉPLICA DE ROSS

Pienso que Ross replicaría algo así como esto:

Aunque todo lo que acabo de oír me parece bastante confuso, puedo conceder que, a diferencia de los juristas que militan en la línea Hegel-Hitler, Kelsen no emplea “validez” para significar “moralmente obliga-

las leyes que rigen en la Naturaleza, por un lado, de la metafísica trascendente, que está más allá de toda experiencia, por el otro” (p. 437). El positivismo jurídico, así caracterizado, quiere evitar, entre otros, el abuso de conocimiento consistente en la legitimación del derecho positivo como justo (p. 441). Sin embargo, Kelsen no deja de advertir la gran semejanza que, desde cierto punto de vista, existe entre la teoría jusnaturalista del dualismo metafísico optimista –es decir aquella que legitima como válido al derecho vigente por el hecho de ser vigente–, por un lado, y una doctrina positivista del Estado y del derecho, por el otro. Ross dijo entre nosotros que la semejanza llegaba a la identidad y que, por ello, lo que Kelsen llama “doctrina positivista” no era más que un jusnaturalismo encubierto (“cuasipositivismo”). Kelsen, en el artículo que vengo glosando, admite la semejanza pero rechaza la identidad. Ambas doctrinas “están preocupadas” fundamentalmente con la validez del orden jurídico positivo y la autoridad del gobierno. En verdad esta doctrina jusnaturalista no admite la validez de ningún otro orden fuera del orden jurídico positivo. Se distingue del positivismo simplemente por el modo de establecer su validez que es absoluta en un caso y sólo relativa en el otro. En último término el positivismo se prueba a sí mismo solamente al descartar la particular ideología que la teoría del derecho natural emplea en su justificación del derecho positivo. Eliminar una ideología de legitimación es, sin embargo, extremadamente difícil no sólo por razones epistemológicas sino –y principalmente– por razones políticas; el deseo de una fundamentación absoluta del orden jurídico dado es tan fuerte que aun la llamada teoría positivista jurídica y política jamás ha renunciado por completo al mismo, y, por lo tanto, se encuentra a veces –aunque en forma inadvertida– totalmente mechada con elementos jusnaturalistas (p. 445).

Me ha parecido conveniente hacer esta selección de pasajes del artículo de Kelsen citado al comienzo, en razón de que el mismo toca exactamente el punto en cuyo torno gira la objeción de Kelsen. Ésta sería quizá la defensa de Kelsen en el lenguaje del autor de la Teoría Pura. En el texto he tratado de traducir, de algún modo, la hipotética réplica kelseniana a otro lenguaje, del que quedaron eliminadas las resonancias neokantianas. Algo semejante *mutatis mutandis*, quise hacer con la objeción de Ross (ver nota 6). Esta búsqueda de un lenguaje común ha tenido por mira posibilitar el cotejo entre los puntos de vista de Ross y Kelsen, como cosa independiente de la disputa mucho más radical entre las filosofías generales que uno y otro pensador adoptan. Pienso, como dije más arriba, que en la traducción a un lenguaje común intentada se conserva el sentido original de la objeción y de la respuesta. Respecto de Kelsen, me parece que lo expresado en el texto halla suficiente apoyo en lo que aquél dice, con relación a las expresiones jurídicas “*validity*”, “*biding force*” y “*ought*”, en las pp. 30, 37, 60, 61, 121 y 374 de la *General Theory of Law and State*.

torio". O, dicho de otra manera, que esa palabra no tiene en Kelsen el significado emotivo que tiene para los jusnaturalistas, porque las prevenciones y salvedades de aquél han conseguido, como diría Stevenson, "neutralizar" o "cancelar" la carga afectiva que la palabra validez lleva consigo en el lenguaje ordinario, y en el lenguaje de los moralistas, cuando se la usa para calificar una directiva. Concedo, por lo tanto, que no media esa razón para llamarlo "cuasipositivista", y que es injusto considerarlo adherente a una filosofía que hace fincar la justicia (*right*) en la fuerza (*might*).

Queda en pie, sin embargo, esta otra objeción, que basta para sostener que Kelsen no es un positivista genuino: la palabra validez que según Ud. me dice no se refiere a cierta cualidad de las normas que las haga dignas de respeto moral, ¿a qué se refiere? ¿Qué cosa o propiedad distinta de la mera vigencia –si hablamos de un orden jurídico–, o de la pertenencia a un sistema vigente –si hablamos de una norma aislada– menciona? ¿No importa el uso de esta palabra aludir a una entidad puramente mítica? ¿Qué papel puede desempeñar tal concepto de validez dentro de una concepción verdaderamente positivista del derecho, animada de un propósito puramente descriptivo? ¿Qué hay como validez, fuera de las experiencias de validez, que no son otra cosa que hechos psicológicos? En la medida en que las proposiciones en que aparece la palabra no son reducibles a otras sobre experiencias de validez, las primeras son de tipo metafísico y, por ende, extrañas a un enfoque positivista.

Kelsen no deja de advertir la íntima relación que existe entre lo que él llama la validez de las normas y el hecho de su pertenencia a un orden vigente, o entre la "validez" del orden y su efectividad. Pero pretende que esta relación no afecta la autonomía del concepto de validez, por cuanto la validez de un orden no se reduce a su eficacia sino que está simplemente condicionada por ésta. La validez no es la eficacia, si bien esta última es una condición necesaria de la primera. Pero resulta que un somero análisis del pensamiento kelseniano revela que la eficacia no es sólo condición necesaria de lo que Kelsen llama validez del orden, sino también condición suficiente de la misma, en el sentido de que basta que un orden sea eficaz para que sea válido, sin que tenga que detenerme a apreciar el contenido del mismo para atribuirle validez. La adopción del criterio formal de validez –y el paralelo rechazo del criterio

material- hace que todo orden vigente sea, por eso mismo, válido. No hay orden válido que no sea eficaz, y no hay orden eficaz que no sea válido. Si el único criterio para llamarlo válido es la eficacia, ¿a qué viene lo de la distinción entre validez y eficacia?

La eficacia es lo único empíricamente verificable; no lo es la validez, que como una cualidad adicional -que según me dice Ud. no es un valor- se le añade. La única manera de verificar si un orden es válido es verificar si es eficaz. Decir, entonces, que es válido es decir lo mismo que afirmar que es eficaz. Si se pretende que sostener que es válido significa algo más que afirmar que es eficaz, ese algo más no es verificable. Y, por lo tanto, la afirmación, en esa parte, carece de sentido. Esta inútil duplicación sería inocua en tanto que puro artificio verbal si no tuviera por resultado -como tiene- desviar el interés de los juristas de los problemas que realmente importan.

Para que no se me confunda: la defensa de Kelsen que acabo de oír no lo libera del cargo de que no es un positivista genuino. Sólo lo exime del cargo de que es un jusnaturalista encubierto. Kelsen no es un positivista genuino porque para referirse al derecho se vale de palabras -tales como "validez"- que carecen de todo significado, que no mencionan ninguna entidad verificable, y que, por lo tanto, son superfluas y ajenas a un genuino enfoque científico. Si el concepto de validez, aplicado a un orden jurídico, añade algo al de eficacia del mismo, el *plus* no es otra cosa que la carga emotiva que "validez" lleva, y con arreglo a la cual llamar a un orden válido es sugerir, por lo menos, que además de ser eficaz posee algunas virtudes inherentes que lo distinguen de un orden "meramente" eficaz. Y si, como dicen los defensores de Kelsen, éste ha conseguido neutralizar esta carga emotiva, entonces el concepto de validez nada añade al de eficacia. Esto es así por las dos razones siguientes: (1) la proposición "éste es un orden válido" y la proposición "este orden es eficaz" son absolutamente equivalentes; (2) la primera no es verificable sino a través de la segunda. Siendo así, el significado real de una y otra es el mismo; es el que depende del método de verificación empleado para establecer la proposición "este orden es eficaz".

La mejor prueba de carácter rigurosamente prescindible del concepto de validez -aun en la versión depurada del mismo que Ud. quiere sostener- es la siguiente. Al especificar los deberes jurídicos en particular

que cada norma impone, quedan especificados todos los actos concretos que los hombres deben hacer; la suma de esos deberes determina el ámbito de la conducta debida. ¿Qué cosa adicional puede significar la afirmación de que además de esos deberes concretos está el deber genérico de obediencia al derecho? ¿Qué sentido puede tener decir que uno debe hacer lo que debe hacer? A menos, naturalmente, que el primer “debe” apunte a una obligación moral y el segundo al deber jurídico. Pero eso es precisamente lo que Ud. rechaza. Y si rechaza eso y no obstante ello afirma –para que el juicio no sea una trivial tautología– que el significado de los “debe” es distinto, ¿qué significa el primer “debe”?

La palabra validez en Kelsen, en suma: a) o designa una supuesta calidad de tipo emotivo, a saber, cierto prestigio o dignidad propio del sistema normativo cuya virtud el mismo es acreedor del respeto moral (en cuyo caso Kelsen merece el rótulo de “cuasipositivista”, en el sentido de “jusnaturalista encubierto”), o b) no designa absolutamente nada, como no sea una entidad mítica, no verificable, que es inútil para describir el derecho vigente en una comunidad dada (en cuyo caso Kelsen merece también el rótulo de “cuasipositivista”, esta vez en el sentido de que no se trata de un positivista genuino).¹⁰

C. INTERVIENE UN TERCERO

Podemos suponer que a esta altura del debate interviene un tercero que empieza diciendo lo siguiente:

Quiero decirles que advierto aquí algo muy peculiar, que es, a la vez, profundamente revelador. Ross imputa concretamente a Kelsen profesar una encubierta o mal disimulada forma de jusnaturalismo, consistente en atribuir al orden jurídico una supuesta validez que sería algo distinto de su eficacia. Ross que rechaza esa distinción se titula, por ello, genuino positivista. Pero es el caso que Kelsen ha formulado los mismos cargos a quienes se alinean en la corriente de pensamiento en que está Ross: les ha imputado profesar una forma encubierta o mal disimulada

¹⁰ Véase la nota crítica de Ross al libro de KELSEN, *What is Justice. Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. “Collected Essays”, publicada en *California Law Review*, vol. 45, nro. 4, pp. 564-70, en especial, pp. 567-68. Véase también *On Law and Justice*, pp. 52-56, 64-70 y 313.

de jusnaturalismo, consistente en no distinguir entre la validez y la eficacia del orden jurídico. Kelsen, que afirma esta distinción, reclama para sí, por ello, el galardón de verdadero positivista.

Quiero documentar lo que digo. En la nota puesta al pie de la página 414 de la *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1945) dice Kelsen:

La tendencia a identificar la “validez” del derecho positivo con su eficacia y a negar al derecho positivo toda validez específica como algo aparte de esta eficacia –tendencia que reaparece constantemente, aun en una teoría con pretensiones positivistas– se origina en último término en la especulación jusnaturalista. Guarda cierta afinidad con la orientación sociológica en la ciencia jurídica, cuyo carácter jusnaturalista está sólo mal disimulado por la terminología de la causalidad.

En otras palabras: (1) Para Ross es ser jusnaturalista encubierto afirmar la distinción entre validez y eficacia y es ser positivista genuino negarla. (2) Para Kelsen es ser jusnaturalista encubierto negar la distinción y es ser positivista auténtico afirmarla. Esta situación revela en qué gran medida toda la disputa está clamando a gritos por una terapéutica lingüística previa, sin la cual no puede haber un intercambio inteligente de ideas. Porque del análisis podría resultar que tanto Ross como Kelsen se apoyan en definiciones persuasivas de “positivismo” y “jusnaturalismo”, en las que el carácter –para ellos– encomiástico del primer vocablo y peyorativo del segundo es lo primordial, al punto de que eclipsa, por decir así, el significado descriptivo de esos términos. Pero no es de esto de lo que quiero hablar aquí. Aquí quiero referirme a la réplica de Ross y a su crítica al concepto “depurado” de validez. No estoy dispuesto a hacer una defensa del concepto depurado de validez que usa Kelsen. Me parece que ese concepto, ligado como está “postulado” de la norma fundamental, es tan inadecuado como ésta para hacerse cargo de ciertos hechos sociales. Pero tampoco me propongo atacar aquí la concepción kelseniana. Me propongo, repito, ocuparme de la réplica de Ross.

Pienso que los argumentos que éste dio para atacar a Kelsen sugieren mucho más de lo que es necesario para refutar el concepto de validez del último. Esos argumentos pueden ser perfectamente interpretados como una rotunda afirmación de que todo el lenguaje normativo es prescin-

dible, pues las proposiciones que usan a diario los jusnaturalistas no tienen otro significado que el que poseen proposiciones descriptivas equivalentes. Esto es, que las proposiciones que atribuyen derechos y deberes son totalmente reducibles a otras que expresan las condiciones necesarias y suficientes para que alguien tenga tales derechos o tales deberes (o –aunque a eso no se hace referencia en la réplica– a proposiciones sobre ciertos hechos futuros). Me parece que la réplica de Ross lleva las cosas demasiado lejos, y que derrumba, sin necesidad, los pilares del lenguaje normativo, el que hablan, entendiéndose, los jueces, los abogados y los teóricos del derecho.

Porque no es cierto que este lenguaje sea enteramente reducible a proposiciones descriptivas. Esto se puede sostener –deseo añadir– sin necesidad de avalar todo cuanto Kelsen ha dicho acerca del significado de términos jurídicos tales como “validez”, “derecho subjetivo”, “deber jurídico”, “persona jurídica”, “responsabilidad”, etc. Quizás la posición que aboga por el carácter no reducible del lenguaje normativo jurídico sólo pueda defenderse adecuadamente reformulando buena parte de los análisis kelsenianos, ligados como están a cierto modo de filosofar que se traduce, a veces, en un dogmatismo un poco cerrado, que no respeta las sutilezas y complejidades del lenguaje normativo.

Volviendo a Ross, pienso que su réplica, inspirada por un significado demasiado estrecho de “significado”, reduce el de las proposiciones normativas al de aquellas en que se expresan condiciones necesarias y suficientes. Y esto no me parece aceptable. Veamos un ejemplo simple:

(1) Supongamos que en cierta comunidad jurídica X la mayoría de edad se adquiere a los 22 años. Supongamos, para simplificar las cosas, que todos los habitantes de 22 años cumplidos son mayores de edad, y que sólo ellos lo son. Es decir, el tener por lo menos 22 años es condición necesaria y suficiente para ser mayor de edad. Según Ross, el significado de la expresión “Fulano es mayor de edad”, en esa comunidad, no es otro que “Fulano tiene por lo menos 22 años”. Supongamos, finalmente, que en dicha comunidad jurídica X los mayores de edad tienen, por el hecho de serlo, un conjunto de derechos y obligaciones $a_1 \dots a_n$.

(2) Comparemos ahora esa situación con la que prevalece en la comunidad Y, donde la mayoría de edad se adquiere a los 20 años –también

como condición necesaria y suficiente- y donde el ser mayor de edad confiere e impone los mismos derechos y obligaciones que en la comunidad X, es decir $a_1 \dots a_n$.

(3) Finalmente comparemos ambas situaciones con la que se da en la comunidad Z, donde si bien la mayoría de edad se adquiere, como en X, a los 22 años (como condición necesaria y suficiente), a diferencia de lo que ocurre en X y en Y, los deberes y derechos que tiene el mayor de edad no son $a_1 \dots a_n$, sino $b_1 \dots b_n$. Para agudizar la diferencia podemos suponer que en materia de derechos y deberes la situación entre (1) y (2), por un lado, y (3), por el otro, está completamente invertida: todo lo que en los dos primeros sistemas un mayor de edad tiene derecho a hacer, en el otro sistema le está prohibido, y todo lo que en (1) y (2) le está prohibido, tiene derecho a hacer en (3).

Ahora bien, de acuerdo con Ross, el significado de la expresión "mayor de edad" sería el mismo en el caso (1) y en el caso (3), y radicalmente distinto entre el caso (1) y el caso (2). Esto contraría totalmente el sentido corriente de aquella expresión. Lo que cualquier abogado, juez o jurista diría en tales casos, sería que tanto en (1) como en (2) la expresión "mayor de edad" tiene el "mismo significado", pero que son distintos los requisitos para su aplicación. Y, paralelamente, lo que el jurista diría en el otro caso, es que tanto en (1) como en (3) la procedencia de llamar a alguien "mayor de edad" está supeditada a los mismos requisitos, pero que el significado de la expresión es totalmente distinto en las dos distintas comunidades. Esas expresiones de los juristas son perfectamente correctas y usuales, y sería llevar las cosas demasiado lejos tildarlas de carentes de sentido. Y en esas expresiones, como es obvio, va implícito que el significado del concepto "normativo" "mayor de edad" no se reduce a las condiciones necesarias y suficientes para aplicarlo.

Tampoco se reduce -tendría que agregar- a un conjunto de predicciones sobre el curso futuro de los eventos. La afirmación "Fulano es mayor de edad", que no significa lo mismo que "Fulano tiene por lo menos x años", tampoco significa "posiblemente los jueces se comportarán de tal manera frente a tales actos de Fulano". Es obvio que cuando un juez declara que alguien es mayor de edad no está formulando una predicción de su propio comportamiento ni del de sus colegas. La afirmación "Fulano es mayor de edad" no es en suma una afirmación de

hecho, ya se trate de hechos presentes, pasados o futuros, sino una “conclusión de derecho”. No “describe” una cierta propiedad de Fulano, sino que le atribuye un cierto *status* jurídico.

En el problema que estamos tocando, hay de por medio todo un “uso del lenguaje” –el prescriptivo– que está lleno de sentido, no obstante que sus proposiciones o términos no son enteramente reducibles a proposiciones o términos descriptivos. Todo intento de reducción deja algo en el camino. Y –vale la pena subrayarlo– esto no significa afirmar la existencia de un reino metafísico del deber ser dotado de objetividad propia, sino reconocer con humildad que el lenguaje tiene diversos usos, y que resulta poco compatible con el ideal científico erigir uno de esos usos en paradigmático o esencial, y aplicar sus cánones a los restantes para descalificarlos si no se ajustan a ellos.

Aquí tengo que poner fin a este hipotético debate. Sólo quiero señalar, para concluir, que la crítica a Ross sugerida por “el tercer personaje” no es, por supuesto, mía. Es un aspecto –quizás el central– de las críticas que en época reciente se han formulado a los realistas jurídicos escandinavos y, en particular a Ross, el expositor más lúcido y brillante de esa línea de pensamiento radicalmente empirista. Aludo en especial a las objeciones de los juristas ingleses H. L. Hart¹¹ y Dennis Lloyd.¹² Éstos dirigen a Ross un reproche fundamental que, en sus alcances, se asemeja al que el propio Ross ha dirigido a Kelsen.¹³ A saber, haber detenido su

¹¹ Cf. el artículo de HART, “Scandinavian Realism”, aparecido en el *Cambridge Law Journal*, 1959, p. 233. La discrepancia con el concepto de validez de Kelsen aparece esbozada –sin un desarrollo que la haga comprensible del todo– en HART, “Legal and Moral Obligation”, artículo publicado en los *Essays in Moral Philosophy*, editados por A. I. Melden, Universidad de Washington, 1958, pp. 91, 92. Para una crítica de la aplicación del lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes al derecho, ver HART, “The ascription of responsibility and rights”, en *Logic and Language* (primera serie), colección de ensayos editada por A. Flew, Basil Blackwell, Oxford, pp. 145 y ss. Cf. también el discurso inaugural *Definitions and Theory in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1954, donde Hart dirige también algunas críticas a los realistas escandinavos en relación con el *status* lingüístico de aserciones del tipo “X es mayor de edad” o “Y es una persona jurídica”. Véase, por último, el artículo de HUGHES, Graham, “The existence of a legal system”, en *New Cork University Law Review*, vol. 35, nro. 5, mayo de 1960, p. 1001.

¹² *Introduction to Jurisprudence*, Stevens and Sons, London, 1959. Ver en particular el capítulo “The Scandinavian Realists”, pp. 237 y ss.

¹³ “It is impossible to avoid the impressions that Kelsen’s philosophical education has stagnated in esarly impressions of Kantian Philosophy, obsolete in the eyes the modern

evolución en el campo de la filosofía general en un estadio superado. Kelsen –según Ross– se quedó en un kantismo con infiltraciones esenciales, insensible a los avances de la moderna filosofía empirista. Ross –según Hart y Lloyd–¹⁴ no ha sabido ir más allá de una versión un tanto tosca del empirismo, apoyada en una formulación vetusta del principio de verificabilidad, que desdeña las conquistas de la filosofía del lenguaje, tan importantes hoy en día.

empirist philosophy” ... “Even the way in which Kelsen presents the problem of justice seems inadequate in the light of modern method of logical analysis. When Kelsen on the first page ask ‘What is justice’, and on the second page declares that justice ‘really means’ social happiness, the reader is left without any justification for this postulate (...) Questions of the type ‘what is’ should be avoided in logical analysis because they smell of essentialism...” Comentario bibliográfico mencionado *supra*, en la nota 10, p. 565.

¹⁴ Véase Graham Hughes, en el artículo citado al final de la nota 11: “Lloyd (...) and Hart (...) both take Ross for applying to the notion of validity and philosophically outmoded version of the principle of verifiability. The argument is that in seeking to reduce statements about the existence, etc. of duties to empirical statements, verifiable in same way as the propositions of natural science, Ross has failed to recognize the existence of a category of meaningful speech which differs in nature from the propositions of natural science; thus he has fallen in the same error the American realists...”, nro. 55, p. 1020.