

## NOTA DE LOS TRADUCTORES

Todas las traducciones son difíciles. Cada lengua, decía Borges, es una forma de sentir el universo; una forma, cabría añadir, no intercambiable con otras, aunque muchas de ellas posean raíces comunes. Si a esa intrínseca dificultad se le añade la derivada del hecho de que el autor no escribía en su lengua materna, la dificultad de la tarea puede desanimar a cualquiera.

Pero existe algo incuestionable: la mayor parte de los clásicos de la teoría y filosofía del derecho en lengua alemana de comienzos de este siglo permanecen sin traducir al castellano, y la mayoría de los que han sido vertidos a nuestra lengua lo fueron en el ámbito iberoamericano. Si hay que aceptar que sólo lo que cubre un hueco merece ser publicado, ciertamente una disciplina tan pródiga en «oquedades» como la nuestra reclama un importante número de publicaciones. Lo que dota a cualquier empeño al respecto de un aura de novedad que lo hace ciertamente atractivo.

Por eso mismo, porque traducir es un empeño a la vez seductor y peligroso, la presente traducción ha sido afrontada con tanta pasión como prudencia, y sus autores han sido conscientes desde el principio de la ímproba magnitud de la tarea y de los riesgos que entrañaba. Sólo el estímulo que suponía traducir la *opera prima* de uno de los teóricos que más profundamente han marcado la especulación jurídica de este siglo ha sido capaz de sostenerles hasta el final. Y los tres se responsabilizan plenamente del resultado, pues cada uno de ellos ha revisado minuciosamente la totalidad de los textos traducidos por los otros dos.

En ese empeño, ha sido necesario en muchas ocasiones decidir entre dos o más traducciones posibles, sin la absoluta garantía de que la elegida fuera la más adecuada. Ciertamente, el asesoramiento que hemos obtenido de excelentes especialistas en diversas materias ha minimizado el riesgo; pero no lo ha eliminado. Por eso, los términos más problemáticos,

además de incorporar la palabra alemana entre paréntesis, van acompañados, en ocasiones, de notas de los traductores, que informan al lector, a pie de página, de los motivos de la elección y (lo que es no menos importante) de las opciones desechadas.

En general, se ha preferido pulir, hasta donde ello es posible, la proverbial dureza del idioma germano para un castellanoparlante, haciendo más suave su lectura. Y esta tarea no se ha limitado a lo estrictamente imprescindible (tomar activas las voces pasivas que tanto abundan en alemán; suprimir buena parte de los refuerzos cuya traducción recargaría innecesariamente las frases; cambiar por otras formas verbales buena parte de los pretéritos perfectos; alterar el orden de ciertas subordinadas). También, y en aras de una mayor calidad del castellano utilizado, se ha optado por usar, a veces, circunloquios en lugar de desinencias de imposible traducción; acortar, en otras ocasiones, frases innecesariamente largas y reiterativas, o, a la inversa, unir, mediante el versátil recurso del punto y coma, aquéllas que pertenecían a una unidad de sentido; introducir formas pronominales para evitar la repetición excesiva del mismo nombre; sustituir ciertos guiones (en los cuales, como es sabido, sobreabunda el alemán) por otros elementos que mejor desempeñaban su función enfática... Todas estas licencias, que hemos intentado mantener dentro del estrecho marco de libertad en que puede —y debe— moverse todo traductor, han contribuido, esperamos, a hacer más accesible la versión castellana de un texto en sí difícil, plagado a la vez de formas coloquiales y de cultismos, con una cierta tendencia al enrevesamiento. Digamos al menos, en descargo del autor (llevamos demasiado tiempo hablando en el nuestro), que no se recrea en esa atroz pesadilla de todo traductor del alemán que son los encadenamientos interminables de frases subordinadas. El alemán de Ross no es el de Goethe, pero tampoco el de Puchta, y en ambos casos hay que añadir: «por fortuna».

Mención aparte merecen las citas en francés e inglés, así como algún que otro modismo latino, que aparecen en el texto. Como el lector podrá notar, unas y otras no siempre son correctas. Desechamos la idea de cambiarlas, lo que hubiera supuesto cotejar docenas de originales no siempre accesibles, «enmendando la plana» al autor en materia ajena a nuestra competencia. Tampoco nos ha parecido conveniente caer en el fútil ejercicio de pedantería que supone llenar el texto de notas con el célebre «sic en el original». Sólo nos hemos permitido una pequeña licencia: el nombre de Gény, que aparece en multitud de ocasiones durante los temas iniciales, ha sido escrito correctamente, con acento, y no en la forma en que Ross lo maneja, que es «Geny».

Como es lógico, los resaltes tipográficos se han respetado escrupulosamente, dado que poseen un papel muy importante en la comprensión

del sentido que el autor otorga a muchas expresiones. Sólo cuando el resalte afectaba a un término de imposible traducción directa al castellano se ha sustituido por algún circunloquio equivalente; y esto ha ocurrido en contadísimas ocasiones.

La lista de personas que han aportado su colaboración a este arduo empeño es extensa, pero no podemos sino agradecer especialmente su paciencia y sus desvelos a Feliciano Barrios, Francisco Laporta, Elías Díaz y Ricardo Banzo, y en nombre de todos ellos al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, editor de la obra; a Matthias Raus, que proporcionó una buena cantidad de sugerencias, las cuales, a buen seguro, han mejorado considerablemente el resultado final; a la anterior agregada cultural de la Embajada de Austria en Madrid, Karin Kneissl, por sus utilísimas gestiones; a Javier Arnaldo, que aportó sus conocimientos de la lengua y filosofía alemanas; a Gregorio Robles, Mariano Bacigalupo, Enrique Olivas, Jesús Ayllón, Juan Antonio Gómez y Raúl Sanz, que formularon sugerencias con respecto a la traducción de términos especialmente problemáticos; y, en general, a cuantos compañeros de los departamentos de Filosofía Jurídica de la UNED y de la Complutense, respectivamente, nos han prestado su apoyo (y sus conocimientos informáticos, de los que no andamos sobrados). De entre ellos, deseamos destacar de forma muy particular a María Luisa Marín, que apostó desde el primer momento por este proyecto, que se contagió de nuestro entusiasmo y nos lo devolvió corregido, aumentado y, sobre todo, *encauzado*.

Especial agradecimiento merecen nuestras respectivas parejas, Pilar, Teresa y Elena, que han sufrido pacientemente las múltiples «ausencias» derivadas de esta traducción, así como nuestras hijas, María, Blanca, Ana y Olga, dos de las cuales nacieron durante el interminable proceso de gestación de este trabajo; responsables de muchas de las dilaciones sufridas y, a la vez, de gran parte de los estímulos que nos han ayudado a seguir adelante. Si hay una buena ocasión para pedirles perdón por todo el tiempo que Ross les ha restado, sin duda es ésta.

A todos ellos, nuestro afecto y gratitud. Una parte no pequeña de cuanto de bueno pueda encontrarse en la presente traducción les corresponde; resérvenos el lector en exclusiva los fallos y vacilaciones que sin duda hallará en ella. ¿A quién, si no?

Madrid, septiembre de 1999

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA SIMÓN  
AURELIO DE PRADA GARCÍA  
PABLO LÓPEZ PIETSCH



## ALF ROSS Y LOS DIFUSOS LÍMITES DEL EMPIRISMO JURÍDICO

### 1. DEL NEOKANTISMO AL EMPIRISMO

Comencemos por lo mejor conocido: Alf Ross (1899-1979) fue discípulo de Kelsen en Viena antes de serlo de Axel Hägerström en Uppsala, y este dato biográfico dice más de lo que parece. De hecho, permite explicar a la perfección el hecho de que su primera obra, *Theorie der Rechtsquellen* (1929), posea una orientación neokantiana, resultado de su formación con el primero de sus maestros, y la segunda, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933) renuncie al, como él mismo lo define en el título, *sedicente conocimiento práctico* a favor del empirismo, que debe no poco a su formación con el segundo. Entre ambas —cada una de ellas dedicada a quien la inspiró con su doctrina— media algo más que el proceso de maduración personal de un estudiante recién doctorado entre los treinta y los treinta y cuatro años: se trata del paso de la meca del kantismo jurídico germano al principal reducto del empirismo escandinavo<sup>1</sup>. Pero ese cambio inicial, sin duda el más relevante de su larga carrera, dio lugar a muchos otros: no creo exagerar si afirmo que su itinerario intelectual nos dice más sobre los rumbos de la filosofía jurídica europea de entreguerras, y aun posterior, que muchos tratados sistemáticos.

En efecto, Ross, autor en constante maduración, fue pasando por casi todas las posiciones teóricas que ofrecía la teoría de la ciencia jurídica. En la obra cuya traducción ofrecemos al lector, su perspectiva es neokantiana; posteriormente, fue modulando ese sentido empirista para aplicarlo a diferentes problemas, sin renunciar a las claves últimas de su concepción. En

---

<sup>1</sup> Baste un detalle, episódico pero revelador: en *Kritik...*, hay una sola referencia bibliográfica sobre Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, de 1920.

*Kritik...*, obra de factura similar a su predecesora —que aquí presentamos al lector— y, como ella, de exposición convencionalmente académica, Ross va mostrando las doctrinas de los autores que, de un modo u otro, han asumido la existencia de la razón práctica como ámbito epistemológico autónomo. Obviamente, son Kant y los kantianos —entre ellos, su anterior maestro<sup>2</sup>— a quienes cabe una posición preeminente en ese panorama, si bien el iusnaturalismo recibe una buena parte de las críticas. En *Towards a realistic Jurisprudence (a criticism of the dualism in Law)*, de 1946<sup>3</sup>, es el dualismo en la concepción de lo jurídico el que merece su interés, centrado en los mecanismos psicológicos de la interiorización de las normas. Posteriormente, en 1956, *Om ret og retfaerdighed*<sup>4</sup> profundiza en su crítica hacia las categorías dogmáticas tradicionales y esboza un interesante —y, todo hay que decirlo, ya algo *demodé*—<sup>5</sup> intento de aplicación de las tesis verificacionistas del Círculo de Viena a la teoría de la ciencia jurídica. Todavía en 1968, *Directivs and Norms* muestra la influencia de la filosofía oxoniense del lenguaje común y su análisis de la función pragmática del lenguaje.

La oposición al iusnaturalismo, como corriente fundamental representativa del dualismo en el derecho, la conservó Ross toda su vida; pero no desde un empirismo radical<sup>6</sup> como, por ejemplo, el que mantuvo Theodor Geiger en su célebre polémica con la escuela de Uppsala<sup>7</sup>.

Acaso la mayor relevancia de la obra de Ross esté en su preocupación —que, en cierta medida, compartió con Hart—<sup>8</sup> por lograr una reflexión

<sup>2</sup> «Die Konstruktionen: eine wertvollen Wirklichkeit oder ein wirklicher Wert sind beide gleich unmöglich. Die Frage: Ist eine bestimmte Wirklichkeit wertvoll oder wertwidrig ist —unter der Voraussetzung eines grundsätzlichen Dualismus zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert— sinnlos. Indessen ist es für Kelsen unmöglich, dabei stehen zu bleiben, da hiernach jede “Deutung” der Wirklichkeit im Verhältnis zu einem Normensystem ausgeschlossen sein würde, und die Rechtserkenntnis mit aller sozialer Wirklichkeit absolut inkomparabel würde» (p. 52).

<sup>3</sup> *Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law*. Copenhagen, 1946. Existe traducción al castellano de J. Barboza: *Hacia una ciencia realista del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961 (cito por esta edición).

<sup>4</sup> *Om ret og retfaerdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt nordisk forlag, Copenhagen, 1953. Existe traducción al castellano: *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1970 (cito por la 2.ª ed. de 1997).

<sup>5</sup> No deja de resultar irónico que su postura de esa época, el empirismo lógico, no estuviera en absoluto presente en la primera de sus obras, gestada en Viena durante los años de eclosión del movimiento.

<sup>6</sup> Una buena muestra de esa moderación es el discurso sobre la justicia, que, pese a su rechazo como ideal irracional, fue encontrando su lugar en la obra de Ross, mediante el análisis de la base de igualdad que la funda. De hecho, aparece en el título de su obra capital, *Sobre el derecho y la justicia*.

<sup>7</sup> *Über Recht und Moral-Streitgespräch mit Uppsala*. Berlin: Duncker und Humblot, 1979 (1946). Hay trad. esp. De E. Garzón: *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, Barcelona: Alfa, 1982 (1946).

<sup>8</sup> «Validity and the Conflict between legal Positivism and natural Law». Hay trad. esp. de G. R. Carrió, y O. Paschero, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo

de bases científicas sobre el orden jurídico y su vigencia, a partir de una cierta equidistancia del normativismo y el sociologismo. Esta pretensión solo encontró una forma madura y plena en los cincuenta. La figura del juez, como pieza de conexión entre el sistema jurídico, por una parte, y los sentimientos de vinculatoriedad referidos a hechos verificables, por otra, continuó siendo el referente último de su posterior concepción de la validez como vigencia. Esta siempre pretendió estar liberada de las hipóstasis y reificaciones, tanto iusnaturalistas como positivistas; sin embargo, como veremos más adelante, esta pretensión solo puede entenderse cumplida si se comulga con el empirismo.

En efecto, el Ross maduro de *Sobre el derecho...*, que escribe bajo la influencia del empirismo lógico, cree encontrar ese lazo de correspondencia entre el mundo del «sentido» y el de la «realidad» a través de las *proposiciones verificables* (en el sentido de la *testability* de Carnap) como la celeberrima «D es derecho danés vigente», que más adelante veremos. El Ross de 1968, no menos maduro, abandona la pretensión formalizadora propia del Círculo de Viena para aproximarse a la «filosofía del lenguaje común». Mas, en ambos casos, la *textura lingüística de los problemas* es omnipresente y su papel en la definición de los límites de la «ciencia», capital, lo que en ningún modo ocurría en la *Teoría de las fuentes del derecho*. Fue ese cambio radical el que le permitió dar cumplida satisfacción a su propósito, enunciado ya en esta primera obra, de desplazar los problemas generados por la validez desde el ámbito del «ser» o del «deber ser» al del «cómo podemos conocer». Por decirlo brevemente, el itinerario intelectual de Ross a partir de 1933 se asemeja al de su maestro Wittgenstein: tras una fase inicial, centrada en la verificación, desde un lenguaje formalizado, de los enunciados científicos referidos a estados de cosas, se adentra en un periodo posterior donde es el análisis del lenguaje común lo que le importa. O, por decirlo de otro modo, la evolución intelectual del autor danés es la del mismo pensamiento empirista durante el siglo xx.

## 2. EL PUNTO DE PARTIDA: LA IMPOSIBILIDAD DEL NATURALISMO EN ÉTICA

En «Validity and the Conflict between legal Positivism and natural Law»<sup>9</sup>, el autor plantea con particular claridad el que, a su entender, es el

---

jurídico y el derecho natural», *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara, 2006, pp. 7 a 29 (pp. 27 a 29). Cito por esta edición.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 7 a 29.

auténtico problema: el conflicto entre iusnaturalismo y positivismo, entendido como un aspecto de la cuestión de la posibilidad del naturalismo ético. Aquí se encuentra el núcleo de su posición empirista con respecto a las proposiciones de la ciencia jurídica.

Es preciso aclarar este punto: tal planteamiento no es sino otra manifestación del conflicto que, al menos desde Kant, separa a las éticas formales o procedimentales de las materiales. Conflicto que suele centrarse por antonomasia en la ética de tipo aristotélico<sup>10</sup>, pero que preocupó a Ross también en lo que se refiere a la utilitarista<sup>11</sup>. Esta última, empeñada en debelar el fundamento apriorístico kantiano para los problemas éticos, había establecido la primacía del principio, de base racional y empírica, de la utilidad. Pero, en la medida en que el principio del placer que los utilitaristas tomaban como base de dicha utilidad no podía ser considerado sino como una variante del viejo eudemonismo (la utilidad está vinculada al placer), la filosofía utilitarista debía ser considerada metafísica, al carecer de una auténtica base empirista<sup>12</sup>.

Ciertamente, Ross no erraba al censurar el problema básico del utilitarismo: la reducción de las preferencias humanas, enormemente complejas, a un común patrón cuantitativo<sup>13</sup>. En pocos ámbitos de su pensamiento se percibe con mayor claridad su epistemología nominalista que en este, a través de su consideración del bienestar social como una quimera; pues es un error considerar a una comunidad como una entidad independiente, de la que pueda predicarse fines propios, ya que toda necesidad humana puede ser experimentada solo a nivel individual<sup>14</sup> y el concepto de bienestar de la comunidad se disuelve en el de sus miembros<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> A ella se refiere Ross en el capítulo X de *Sobre el derecho...*, atribuyéndole la escisión del hombre en dos partes que caracteriza a la metafísica (pp. 293 a 296).

<sup>11</sup> Al pensamiento utilitarista, y en particular a Bentham, Mill, Sidwick y Moore, constitutivos de una reacción antikantiana, dedica los capítulos IV y V de *Kritik der sogennanten...*, pp. 116 a 195.

<sup>12</sup> «...el principio utilitarista no puede ser derivado de la experiencia, sino que, a semejanza de otros principios éticos, es un postulado metafísico basado en la intuición» (*Sobre el derecho...*, p. 360).

<sup>13</sup> «...la inconmensurabilidad de las necesidades no permite una maximización cuantitativa» (*ibid.*, p. 361).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 363. Curiosamente, pese a la ideología socialdemócrata de Ross, esta negación de lo social como ámbito fiable de discurso, esta reducción de todo ámbito posible al meramente individual, lo acerca al ultraliberal Friedrich Hayek. El nominalismo hace extraños compañeros.

<sup>15</sup> No causalmente, la crítica de Ross contra los sociólogos franceses del XIX (en particular, Comte), a quienes tilda de iusnaturalistas, proviene en parte de su negativa a considerar la sociedad como un «...caótico conglomerado de individuos» (*Kritik...*, p. 248). De ahí que la célebre expresión comtiana *física social* deba ser considerada una metáfora, destinada a esconder un punto de vista metafísico.

El naturalismo, con sus reificaciones metafísicas, es, pues, incapaz de fundamentar una teoría racional sobre la sociedad y el derecho, y esa imposibilidad se predica tanto de los aristotélicos como de los utilitaristas o intuicionistas. Hasta ahí, los empiristas y los kantianos comparten una cierta base común, al considerar unos y otros que la ética no puede ser fundada sobre una base natural. Pero el problema no desaparece, según Ross, con las éticas formal-procedimentales kantianas, puesto que su a priori constituye una simple evacuación de la carga valorativa —y, por ende, no susceptible de un discurso racional— que supone recurrir a lo bueno, en sus múltiples modos. Los naturalistas buscan un contenido material (patológico, diría Kant) para la ética: *lo bueno fundamenta lo debido*, mientras que los procedimentalistas se basan en lo absolutamente bueno que emana de un imperativo universalizador, categórico: *lo debido es la clave de lo bueno*. Unas y otras se encuentran en el terreno común de la razón práctica, que no es ni puede ser el de un empirista.

El problema, en cualquier caso, está en otro lado: no se trata de conseguir una ética sin juicios de valor, sino de apartar la ética del metadiscurso jurídico, el realmente racional y científico, capaz de dar cuenta de los hechos.

De acuerdo con esto, la primera cuestión, si todo derecho es o no necesariamente positivo y nada más que positivo, se ha planteado tradicionalmente en el ámbito de la filosofía moral, de la ética<sup>16</sup>. Esa cuestión está resuelta desde un punto de vista empirista, pues el derecho natural no es derecho, dada su naturaleza ética, y el empirismo es no cognoscitivista en materia ética. Sin embargo, es la tesis derivada de esta la realmente importante: la tesis de que para explicar la validez de un sistema jurídico determinado basta con referirlo a un conjunto de «... términos empíricos definidos por medio de hechos observables»<sup>17</sup>.

Dicha tesis es la que marca la diferencia y permite desenmascarar las doctrinas falsamente positivistas. El error de estas procede de una asunción incorrecta: la de que rechazar la idea de un fundamento metapositivo de lo jurídico y centrarnos en el puramente positivo lleva consigo la cuestión del *deber de obedecer al derecho*. De sostener la existencia de tal deber a preguntarse si se trata de un deber *moral*, trascendente al sistema y no inmanente a él, hay un paso. Por enunciarlo con mayor propiedad, se trata de algo tan poco positivista (en el sentido de Ross) como un deber moral *hacia el sistema jurídico* y no *conforme al sistema*<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> «El concepto de validez...», p. 9. Hay aquí una distinción conceptual previa. Ross, fiel a su posición epistemológica, identifica la ética con un metadiscurso: la filosofía que trata sobre la moral. En contra, la distinción entre ética y moral planteada por Ricoeur.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 16.

Pues bien, Ross sostiene que es posible un cierto acuerdo entre iusnaturalistas y positivistas en lo referente al hecho de que un sistema jurídico es, ante todo, un hecho observable sobre cuya existencia cabe un pronunciamiento objetivo; por tanto, sigue siendo tal aunque sea despreciable desde el punto de vista del contenido de sus normas. Pero niega que esta postura sea la de un positivista absoluto, que reclama obediencia para todo sistema jurídico; para él, la valoración moral de un sistema queda fuera de cuanto debe interesar a un empirista, pues se trata de una cuestión personal, no introducible en el ámbito del discurso científico. Un empirista puede tener sus propias actitudes morales; achacarle una valoración positiva de cualquier sistema equivale a confundir el plano de la moral con el del discurso sobre ella<sup>19</sup>.

Por tanto, un positivista debe rechazar, a la vez que la concepción iusnaturalista y cuantas se basan en la ética, la sutil infiltración del positivismo por aquellas; esto es, la pretensión de que un sistema normativo válido y eficaz puede aspirar a una obediencia absoluta (*Gesetz ist Gesetz*) solo por el hecho de que no hay instancia alguna de legitimación más allá de su sola existencia como tal. A quienes sustentan un tal deber, sean o no iusnaturalistas (Verdross lo es, Bergbohm y Kelsen no), Ross los denomina *cua-si-positivistas*.

Esta desconfianza contra el positivismo ingenuo aparece ya en su obra prima, *Teoría de las fuentes del derecho*, cuya orientación kelseniana y, por tanto, aún no empirista, le lleva a denostar la teoría positivista de Bergbohm. El argumento es el siguiente: tal positivismo no es realmente sino un resto de iusnaturalismo por el modo en que confunde la *teoría* y la *política jurídicas*:

«... el método positivista de interpretación contiene un mandato al juez para que, en defecto de ley, *no* aplique un derecho natural abstracto, sino más bien una analogía técnico-concreta; y se afirma, como lo hace también el iusnaturalismo, que tal mandato *es* derecho. Desde un punto de vista metodológico, la doctrina positivista de la interpretación se sitúa así en el mismo plano que su antagonista. El positivismo supone una negación sustantiva del contenido del derecho natural, pero formalmente no supera el sincretismo metódico propio del iusnaturalismo. Supuesto que se entienda por iusnaturalismo no ya un determinado sistema jurídico cualificado por su contenido, sino cualquier doctrina jurídica que incurra en la mezcla metodológica de teoría y política jurídica típica del iusnaturalismo histórico, hay buenas razones para afirmar con razón

<sup>19</sup> «La posición positivista no se refiere a la moral sino a la lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética» («El concepto...», p. 21).

que el positivismo conserva aún un carácter iusnaturalista. El iusnaturalismo, en sentido histórico, postulaba un determinado ideal abstracto, ético, como derecho; el “ideal” del positivismo es técnico-concreto, pero igualmente se hace pasar por derecho. La consideración de la analogía —o de la ciencia, como lo expresó la escuela histórica— como fuente del derecho supone una reminiscencia formalmente iusnaturalista dentro del sistema del positivismo»<sup>20</sup>.

Esta denuncia del dualismo epistemológico es una herencia kelseniana en Ross y, aunque el autor fue cambiando los términos en que la planteaba, la conservó durante toda su vida. El argumento es el siguiente: si la ciencia del derecho enfrenta lo jurídico, entendido al modo positivista, a otro ámbito, de inmediato dicho ámbito ocupará el papel de instancia suprajurídica y, por tanto, equivalente en su función al derecho natural. En *Teoría de las fuentes del derecho*, obra positivista en el sentido kelseniano, la crítica se dirige contra los formalistas decimonónicos (Bergbohm, Puchta, Jhering...) que reifican la ciencia del derecho como el referente último del derecho positivo (las «tendencias criptopolíticas de la iuspublicística alemana» manifestadas en la distinción labandiana entre ley en sentido formal y ley en sentido material)<sup>21</sup>, pero también contra los antiformalistas que se opusieron a la «construcción» decimonónica: así, Gény (con conceptos tan problemáticos como la *ciencia productiva* o el *derecho extralegal* científicamente hallado a través de la *conscience collective*) y los autores adscritos, como Kantorowicz o Isay, al movimiento del Derecho Libre, *Freirechtsbewegung* (con conceptos como *naturalidad de la cosa*, *equidad*, *libre investigación del derecho*, *relaciones de la vida*, *fase voluntarista de la Jurisprudencia*...). Todos ellos confunden la teoría y la política jurídicas, lo que es una traición al ideal científicista del positivismo.

Una manifestación señera de esta censura al dualismo es la posición de Ross sobre el derecho subjetivo<sup>22</sup>, al que dedica los capítulos VII y VIII de *Hacia una concepción realista del derecho* para describirlo como un instrumento característico de la noción dualista, y por tanto idealista, de la

<sup>20</sup> A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien: F. Deuticke, 1929. Existe traducción al castellano de J. L. Muñoz de Baena, A. de Prada y P. López, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, 3.ª ed., Madrid: CEPC, 2018, VI, 2, p. 238.

<sup>21</sup> *Teoría de las fuentes*..., XVI, 4, pp. 446 y ss.

<sup>22</sup> V. una exposición detallada en A. Montoro, «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico (notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Ollvecrona y Alf Ross)», *Anales de derecho*, n.º 4 (1983), pp. 19 a 98.

validez; esa figuración mística, que reifica el concepto y debilita correlativamente al sistema jurídico, es la que explica el empeño decimonónico por buscar un fundamento —ya de interés, ya de voluntad— al derecho subjetivo (Windscheid, Jhering, Thon...) cuando no se trata sino de un aspecto más de la antinomia entre realidad y validez en el derecho, que sustituye una realidad en sí irracional por una ficción racionalizada<sup>23</sup>. Este aspecto tiene asimismo una gran importancia en *Sobre el derecho...*, que considera al derecho subjetivo como una «herramienta técnica de presentación», cuya ausencia de realidad —pues se disuelve entre hechos condicionantes y consecuencias jurídicas— se oculta. No resta sino «...la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potestad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición»<sup>24</sup>.

Ciertamente, la pureza metodológica es un ideal positivista, y lo es tanto en su versión kelseniana como en la empirista que Ross hizo suya con posteridad. A comienzos del xx, todos los positivistas consideran insuficiente o equivocadamente positivistas a los demás; este ejercicio crítico es casi un deporte. Una buena muestra de ello es la evolución del propio Ross. Durante su breve etapa neokantiana, el autor se sitúa en el discurso de la *validez*; el enemigo dualista es allí la referencia pseudocientífica a las condiciones fáctico-psicológicas de la existencia u obediencia a las normas<sup>25</sup>. A partir de 1933, cuando comienza su etapa empirista, Ross acepta el discurso de la *vigencia*, lo que desplaza el peligro del dualismo hacia la concepción kelseniana, el cuasipositivismo falsamente científico de quienes centran la científicidad en las condiciones meramente normativas de la obediencia, en el deber puro. Kelsen, viene a decirnos su discípulo rebelde, pese a que ha creído suprimir el dualismo criptoiusnaturalista en la doctrina del derecho al criticar las contraposiciones que parecen esconderlo (derecho objetivo-derecho subjetivo, deber jurídico-derecho subjetivo, persona jurídica-persona física, derecho-Estado... y, *last but not least*, la radical dualidad

<sup>23</sup> «Es precisamente mediante los conceptos de derechos y deberes que la idea de derecho como un orden objetivo es más exactamente definida; se dice ahora que este sistema en su esencia no es una visión teórica sino que consiste en reglas prácticamente válidas relativas a derechos y deberes. Y estos conceptos sin duda pertenecen a un dogmatismo práctico, no al conocimiento de la realidad (...) Para el punto de vista común, los derechos y las obligaciones existen *antes e independientemente* de su imposición por el poder» (*Hacia una ciencia realista...*, pp. 186 y 223).

<sup>24</sup> *Sobre el derecho...*, pp. 211 y ss., esp. 231.

<sup>25</sup> Con todo, incluso en su etapa neokantiana Ross entiende que la distinción categorial entre «ser» y «deber ser» no es planteada por Kelsen en los términos adecuados. Pues la fijación conceptual de los respectivos campos metodológicos no obsta a que sea posible «... concebir el sistema de validez normativa en analogía con el sistema del ser, como constituido por medio de una síntesis entre “sensaciones” específicamente normativas y formas a priori del pensamiento». *Teoría de las fuentes...*, X, 5, p. 327.

de validez y eficacia, de *Sollen* y *Sein*)<sup>26</sup>, lo ha reproducido en el seno de su teoría apriorística de la validez, del puro *Sollen* o deber ser *sui generis*<sup>27</sup>.

### 3. LA FORMULACIÓN EMPIRISTA DE LA NOCIÓN DE VALIDEZ

Retomemos, pues, la crítica del Ross empirista contra el falso positivismo —el cuasipositivismo— de su primer maestro Kelsen, quien eleva la validez (*Geltung*) a categoría suprema de su visión de lo jurídico. Con su situación del concepto de validez en el centro del panorama, reduciéndola a su mero sentido normativo, el jurista austriaco se abre de manera implícita a la aceptación de que el deber jurídico, su categoría central, quede adherido a deberes morales de obediencia; y, ciertamente, este concepto es fundamental es en el autor, frente al de derecho subjetivo (ya en su versión de derechos del hombre y el ciudadano, propia de los iusnaturalistas, ya en la de derechos públicos subjetivos, característica de los positivistas decimonónicos).

«La noción normativa de validez es el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado»<sup>28</sup>, sostiene Ross. Con ingenio y fina penetración analítica, el danés afirma que, si la validez de una norma significa que los individuos deben comportarse como ella indica (sea cual sea su contenido), y si el contenido de tal norma quiere decir, a su vez, que los ciudadanos deben hacer lo que ella ordena, estamos —valga la expresión— ante una doble referencia que se muestra, a la postre, como una autorreferencia, una tautología. «¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer?»<sup>29</sup>. Ross no tiene dudas al respecto: el deber objetivo hacia la norma, fundado en la célebre distinción kelseniana entre sentido objetivo y subjetivo de un acto, «...es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que

<sup>26</sup> «Die Konstruktionen: eine wertvollen Wirklichkeit oder ein wirklicher Wert sind beide gleich unmöglich. Die Frage: Ist eine bestimmte Wirklichkeit wertvoll oder wertwidrig ist —unter der Voraussetzung eines grundsätzlichen Dualismus zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert— sinnlos. Indessen ist es für Kelsen unmöglich, dabei stehen zu bleiben, da hiernach jede “Deutung” der Wirklichkeit im Verhältnis zu einem Normensystem ausgeschlossen sein würde, und die Rechtserkenntnis mit aller sozialer Wirklichkeit absolut inkomparabel würde» (*Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, p. 52).

<sup>27</sup> *Hacia una ciencia realista...*, p. 46. Incluso una distinción tan capital en la obra kelseniana como la que el vienés establece entre imperativo (no robarás) y juicio hipotético de deber ser (si robas, serás castigado) oculta el hecho de que «El imperativo hipotético es un imperativo y nada más» (p. 55).

<sup>28</sup> «El concepto de validez...», p. 24.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 25.

sólo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes»<sup>30</sup>. Y, de hecho, el austriaco recurre a un ejemplo como el de la diferencia entre el Estado y una banda de ladrones, que, no casualmente, es idéntico en su factura formal al utilizado por Agustín de Hipona en la *Civitas Dei*<sup>31</sup>. Su posición sobre la justicia, en su célebre texto *What is Justice?*, no mejora las cosas: Ross le achaca que en su pregunta hay un fuerte esencialismo<sup>32</sup>, puesto que carece de sentido preguntarse por la justicia del mismo modo en que se interroga acerca de una cosa.

De este modo, Ross y el fundador de la escuela de Viena muestran una divergencia fundamental en el tipo de positivismo que ambos profesan, pese a la inicial coincidencia en su no cognitivismo moral y en que ninguno de ellos niega la condición de derecho a un sistema jurídico moralmente censurable. Ross lo cree achable a una fijación de Kelsen en ciertas «... impresiones tempranas de la filosofía kantiana, obsoleta a los ojos de la moderna filosofía empirista»<sup>33</sup>. Ciertamente, es este el problema. La posición kelseniana —pese a su pretensión de no sostener posturas sustantivas, éticas, dada su separación del lenguaje del sujeto moral y el metalenguaje del científico del derecho— conduce finalmente a una cierta consagración del carácter último del deber de obediencia al Estado que no va más allá de Hobbes, precisamente como consecuencia del carácter vacuo de dicho deber; de su carácter, si vale decirlo así, de cheque en blanco al poder, sea cual sea<sup>34</sup>. Por el contrario, Ross niega categóricamente esta cuestión, rechazando la adherencia de deber moral que posee el deber kelseniano de obedecer al derecho<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> V. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Hay trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> ed. por R. J. Vernengo: *La teoría pura del derecho*, México: UNAM, 1982 (1934), p. 57.

<sup>32</sup> «La pregunta es inadecuada cuando el problema principal consiste en determinar el significado con el que la palabra efectivamente se usa, o el significado que lógicamente podría atribuírsele, pero que solo se presenta en forma difusa en el uso común» («El concepto de validez...», pp. 33 y 34).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>34</sup> En su texto «El concepto de norma fundamental en Kant», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*, n.º 33 (1995), pp. 299-310, G. Robles sostiene que ese problema ya existe en el concepto de norma fundamental del maestro de Kelsen, Kant: «La norma fundamental es así la expresión secularizada de la norma religiosa (cristiana) de que toda autoridad viene de Dios. No se trata, sin embargo, de una mera diferencia de formulación (...) mientras en el pensamiento teológico la obediencia está condicionada a que el poder soberano terrenal no atente gravemente contra el soberano celestial (y por tanto contra sus representantes y sus creencias), en la fórmula secularizada la obediencia es incondicionada, si bien Kant se apresura a decir que es incondicionada desde el punto de vista *jurídico*». *Ibid.*, pp. 305 y 306.

<sup>35</sup> La posición de Ross, a mi entender, puede ser mejor entendida si aceptamos que el concepto mismo de deber incondicionado posee la misma factura que el de obediencia a Dios, del cual constituye una secularización. Como ha mostrado certeramente A. de Muralt

Desde luego, para los formalistas como Kelsen siempre existe un adverbio providencial: *jurídicamente*. Su misión es salvar de modo nominal los ámbitos y evitar así la complicidad del teórico del derecho en arbitrariedades, gulags y holocaustos. Esto afecta, por cierto, igual a Ross que a Kelsen, puesto que, si bien en el primero no existe deber moral alguno de obedecer al Estado y en el segundo sí, *en ambos resulta imposible afirmar la existencia de un deber moral, intersubjetivamente razonable, de desobedecerlo*. Esto es un problema, y no sé si lo salva el hecho de afirmar que se trata de un problema *exclusivamente relativo al metalenguaje jurídico*. Pero si pensamos en la inexistencia en Kant, en Kelsen, en todos los positivistas (incluido Ross), de instancia alguna desde la cual sea posible combatir argumentativamente a un poder inicuo (instancia que sí existe en Tomás de Aquino, en Suárez o Sieyès)<sup>36</sup>, puede que nos hagamos cargo de la dificultad de armar moralmente al sujeto de credo empirista. Un sujeto que, como científico, no puede sino sostener que la denostación moral del genocidio es, desde el punto de vista estrictamente racional, científico, *como dar un golpe sobre la mesa*<sup>37</sup>.

La noción de validez, pues, debe ser separada de cualquier remisión a lo moral, ya sea bajo la forma iusnaturalista, ya bajo la cuasipositivista. Ross es terminante al respecto: sean cuales sean las dificultades efectivas del procedimiento de verificación de las proposiciones de la ciencia del derecho, ese metalenguaje no toma a la validez como referente: «...en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia»<sup>38</sup>.

---

en *La estructura de la filosofía política moderna: sus orígenes medievales en Escoto, Occam y Suárez*, ed. y trad. de V. Fernández, est. intr. de F. León y V. Fernández, Madrid: Istmo, 2002, solo la presencia continua del voluntarismo teísta permite entender en su totalidad las doctrinas jurídico-políticas de la Modernidad, su empeño de evitar la autorreferencia. Hobbes, desde una perspectiva autoritaria, y Kant desde su posición liberal, constituyen el trasunto de un dios, el protestante, que no se muestra ni revela su voluntad, que no admite mediaciones: tan (vicariamente) divino es el *dios mortal* de Hobbes como el *sujeto moral autónomo* de Kant. Schmitt, el gran adversario de Kelsen, no erró al sostener que los conceptos jurídico-políticos contemporáneos son conceptos teológicos secularizados.

<sup>36</sup> «De esta manera queda excluido el derecho de resistencia frente al poder establecido, puesto que admitirlo sería aceptar al mismo tiempo que se forma parte del cuerpo político y que no se forma parte de él. Es, en el fondo, el mismo argumento de Hobbes». G. Robles, *op. cit.*, p. 307.

<sup>37</sup> «Invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un valor absoluto. Ésta no es la manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la “justicia”, porque nada dice que pueda ser argüido a favor o en contra». *Sobre el derecho...*, p. 340.

<sup>38</sup> «El concepto de validez...», p. 24. En un sentido similar, Th. Geiger, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

#### 4. LA VERIFICACIÓN DE LA VIGENCIA DE UNA NORMA Y SU FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO

Ese es el sentido del concepto de vigencia de Ross: la negación de que existencia de una norma se dé en el mundo ideal, a priori, propio de los neokantianos. En *Sobre el derecho...*, por tanto, niega la posibilidad de que la referencia al sistema jurídico deba ser entendida como a un sistema de normas<sup>39</sup>. Pero tampoco lo refiere a simples hechos sociales,<sup>40</sup> puesto que los hechos que realmente le importan son las acciones humanas reguladas por normas jurídicas y estas (y aquí se aprecia su coincidencia con Kelsen) son las que regulan el ejercicio de la fuerza por los órganos estatales<sup>41</sup>. Luego el punto central de una teoría empirista del derecho es la conducta de los jueces, entendidos como operadores jurídicos en general, y el test de la vigencia es la certeza de que una norma determinada opera como socialmente obligatoria «...en el espíritu del juez»<sup>42</sup>.

La referencia al espíritu no suena, ciertamente, muy empirista. Precisó es, pues, aclarar el sentido en que Ross lo entiende: lejos de una pura interpretación conductista de las decisiones de los jueces, al estilo de la que hizo suya el realismo jurídico estadounidense, dichas decisiones solo pueden ser entendidas desde «...la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> «Al hacer de la validez una relación internormativa (la validez de una norma deriva de la validez de otra), Kelsen ha clausurado, desde el comienzo, toda posibilidad de que su teoría se ocupe de la médula del problema de la vigencia del derecho, que no es otro que el de la relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social» (*Sobre el derecho...*, p. 99).

<sup>40</sup> Pero la eficacia como criterio último de existencia de una norma parece abocar al sociologismo, y Ross no es sociologista; al menos en sentido estricto, esto es, como lo son Ehrlich y Geiger. Una interpretación sociologista pura (descripcionista) nos llevaría a excluir al juez como elemento de conexión entre el ámbito de la validez normativa y de los hechos sociales, optando en exclusiva por estos. Sobre el sentido de tales hechos desde una perspectiva comtiana, de un positivismo ingenuo que no cree aún en la posibilidad de la unidad del método científico, v. J. L. Muñoz de Baena, «El lugar de Ehrlich en el debate sobre la ciencia jurídica», est. prelim. a E. Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 27 a 50 (p. 35).

<sup>41</sup> *Sobre el derecho...*, pp. 61 y 79. El punto de partida no se diferencia del de Kelsen, en el sentido de que uno y otro reconducen las normas desde los imperativos dirigidos a los ciudadanos, para que se comporten de uno u otro modo (el punto de vista del imperativismo de Austin), a las directivas que regulan el ejercicio de la fuerza por parte de los jueces y tribunales. Ambos niegan la vieja posición del positivismo decimonónico, que creía en la posibilidad de una mera aplicación mecánica por parte del operador jurídico. Para Kelsen, eso no es posible por la naturaleza nomodinámica del orden jurídico, que comporta necesariamente un margen para el intérprete; para Ross, debido a la referencia de la resolución judicial a lo que denomina *la vida espiritual del juez*.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 64.

De este modo, vemos que la postura del autor se halla lejana tanto del normativismo (centrado en la validez) como del sociologismo (centrado en la eficacia), pero también del realismo psicologista y conductista (basado en la posibilidad de prever la conducta de los jueces)<sup>44</sup>. Es, en cierto sentido, todo ello: acepta del normativismo su reducción de lo jurídico a normas dirigidas a regular el ejercicio de la fuerza por los operadores jurídicos; del sociologismo, su referencia a los hechos; del realismo, la importancia de la predicción de la conducta del juez.

Aquí puede encontrarse el sesgo específicamente empirista de Ross, que adopta las posiciones del empirismo lógico en *On law and justice*, en la cual hace suyo el punto de partida que los empiristas lógicos habían compartido con Wittgenstein: la verificación de enunciados formales relativos a hechos. Lo cual se deduce de la concepción de la ciencia del derecho como ciencia social empírica. Pero este procedimiento, ciertamente de carácter empirista, aparece en un contexto ciertamente problemático, el de la fiabilidad de las proposiciones relativas a la vigencia (*Gültigkeit*) cuando estas son traducidas en términos lógico-empíricos. Como veremos más adelante, ese pie forzado acarrea no pocas dificultades.

La fórmula para aplicar el criterio de verificación del empirismo lógico es quizá lo más conocido de la obra de Ross. Es en ella donde se calibra perfectamente su diferencia con un sociologismo como el de Ehrlich, de tipo comtiano, o con el sociologismo radical de Geiger. Del primero lo separa la importancia que en este modelo adoptan las proposiciones de la ciencia (jurídica) y su verificación; del segundo, la referencia a la figura del juez. La aserción tipo que permite someter las proposiciones de la ciencia del derecho a verificación es la siguiente: *D es derecho danés vigente*, y será verdadera «...si tenemos buenas razones para suponer que esta predicción será cumplida»<sup>45</sup>; por supuesto, en muchos casos el intérprete no hará otra cosa que revestir argumentativamente una decisión adoptada de antemano, camuflándola con una falsa objetividad<sup>46</sup>.

A Ross, pese al optimismo que trasluce esta problemática verificación, no se le escapa la gran dificultad que comporta hacer predicciones desde un escepticismo epistemológico tan grande como el que profesaban los empiristas lógicos. Pues, al no primar el ámbito de la validez formal de las normas sobre el de los hechos orientados por preferencias psicológicas

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 99 y ss.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>46</sup> Ross cita en este punto a los realistas estadounidenses (Frank, Cardozo, Cohen, Llewellyn), cuyo escepticismo —ya ante las reglas, ya ante los hechos— los hace tan behavioristas en su descripción de los móviles auténticos de las decisiones jurídicas que, a su lado, casi parece un normativista (*ibid.*, p. 71).

más o menos arbitrarias, no es posible distinguir con claridad entre la teoría y la actividad política, esto es, «...entre los enunciados relativos al derecho vigente y la actividad político-jurídica»<sup>47</sup>. La probabilidad de realizar predicciones será grande si las apoya una doctrina firmemente establecida y menor si no es el caso; habrá, ciertamente, constataciones de casos de auténtica *desuetudo*<sup>48</sup>. En cualquier caso, «...las afirmaciones de esta naturaleza no pueden pretender nunca certeza absoluta, sino que sólo pueden ser sostenidas con un mayor o menor grado de probabilidad, que depende de la fuerza de los puntos sobre los cuales descansa el cálculo acerca del futuro»<sup>49</sup>.

He aquí el problema. La verificación consistirá en constatar que la tal regla es efectivamente aplicada por los operadores jurídicos. Pero esto, en sí, no es decir mucho puesto que, si continuamos usando la jerga del empirismo lógico, la aserción relativa a lo que ocurrirá, en sentido jurídico, equivale a decir que el texto de tal o cual ley permite predecir una determinada respuesta por parte de los operadores jurídicos, que ajustarán su conducta a la directiva que contiene. Pero en la verificación de hechos (espirituales, aunque referidos a conductas) hay un altísimo grado de indeterminación, pues una proposición lógica relativa a la futura conducta humana es algo extremadamente difícil de comprobar en términos fácticos. Por decirlo en términos sencillos: reducir la ciencia jurídica al fisicalismo<sup>50</sup> es muy complicado cuando una tal ciencia no es fisico-natural y queda, en tanto que tal, fuera del ámbito de la causalidad. Pero, incluso si fuese reducible plenamente a aquel, tropezaríamos con un nuevo problema: si algo caracteriza a los empiristas lógicos, es el dogal que les impone su común ascendencia humeana, que no solo comporta su negación radical del principio metafísico de causalidad eficiente (en términos kantianos: de la posibilidad mis-

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>48</sup> Por lo que se refiere a nuestro sistema jurídico, y al TC como intérprete de la constitución, no cabe duda de que los artículos 128 a 131 del Título VII constituirían un ejemplo de inaplicación, de modo que un observador que pretendiese comprobar si son derecho vigente se vería forzado a constatar que no, dado el grado de inaplicación a que han llegado como consecuencia de la imposición de patrones neoliberales en la concepción de la economía política. Esta mutación constitucional, por utilizar la expresión de Jellinek, permitiría constatar que, con los criterios de Ross, la aserción «Los arts. 128 a 131 de la Constitución de 1978 son derecho español vigente» no puede recibir verificación. Por cierto que la paradoja a que el autor alude, la de que cuanto más obediencia recibe una norma, menos posibilidades hay de constatar su vigencia, porque los tribunales no tienen la oportunidad de manifestar su reacción (*Sobre el derecho...*, p. 62), se aplica aquí, en sentido perfectamente opuesto.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>50</sup> «The so-called thesis of Physicalism asserts that every term of the language of science—including beside the physical language those sub-languages which are used in biology, in psychology, and in social science—is reducible to terms of the physical language». R. Carnap, «Testability and Meaning» *Philosophie of Science*, vol. 3, n.º 4 (1936), pp. 419 a 471 (p. 467).

ma de lo sintético a priori), sino también del optimismo inductivo del método científico, es decir, de la posibilidad de inferir de un número constatado de proposiciones verificadas que una nueva proposición relativa al futuro será verificada también<sup>51</sup>. Si esto ya comporta un problema en una filosofía empirista de la ciencia, en sentido propio, es fácil imaginar hasta qué punto se multiplica en una filosofía empirista del derecho. A continuación, veremos la naturaleza teórica de dichas dificultades desde las tesis que el propio empirismo lógico hizo suyas.

## 5. UNA EPISTEMOLOGÍA NOMINALISTA... Y SUS LÍMITES

En suma, la concepción de Ross sobre la posibilidad de reducir la ciencia jurídica a un lenguaje fiscalista presenta importantes problemas. La remisión a un metalenguaje es característica de los empiristas; lo hemos visto en el plano del discurso moral sobre el derecho y acabamos de verlo nuevamente en el discurso sobre la vigencia. Tras este punto de vista, trasunto de un empirismo que el retorno de la razón práctica parece haber derrotado, resulta fácil atisbar esa mezcla de empirismo y racionalismo cuyo precedente más cercano es para Ross el *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein, que instauró con fuerza la concepción nominalista del mundo a partir de la organización de los hechos en un espacio lógico<sup>52</sup>, con una fuerte reducción formalista<sup>53</sup>, capaz de eliminar del lenguaje las pseudoproposiciones de la Metafísica o de la Psicología no científica<sup>54</sup>. Supues-

---

<sup>51</sup> Esto aparece con claridad en Carnap, *op. cit.*: «Definition 18. A predicate 'P' is called confirmable (or completely confirmable, or incompletely confirmable) if 'P' is reducible (or completely reducible, or incompletely reducible, respectively) to a class of observable predicates. Hence, if 'P' is confirmable (or completely confirmable) the full sentences of 'P' are bilaterally confirmable (or bilaterally completely confirmable, respectively). When we call a sentence S confirmable, we do not mean that it is possible to arrive at a confirmation of S under the circumstances as they actually exist. We rather intend this possibility under some *possible circumstances*, whether they be real or not. Thus e.g. because my pencil is black and I am able to make out by visual observation that it is black and not red, I cannot come to a positive confirmation of the sentence "My pencil is red"» (p. 457).

<sup>52</sup> «1.13. Los hechos en el espacio lógico son el mundo» (*Tractatus logico-philosophicus*. Hay trad. esp. y est. preliminar de J. Muñoz e I. Reguera, Madrid: Alianza, 2010 (1918), p. 49).

<sup>53</sup> «2.0231. La sustancia del mundo sólo puede determinar una forma y no propiedades materiales. Porque éstas sólo vienen a ser representadas por las proposiciones, sólo vienen a ser formadas por la configuración de los objetos» (*ibid.*, p. 52).

<sup>54</sup> «5.542. Pero está claro que "A cree que p", "A piensa p", "A dice p" son de la forma "p dice p"; y aquí no se trata de una coordinación de un hecho y un objeto, sino de la coordinación de hechos mediante la coordinación de sus objetos. 5.5421. Esto muestra también que el alma —el sujeto, etc.—, tal como es concebida en la actual psicología superficial, es una quimera» (*ibid.*, p. 108).

tamente, ello supone —lo que ya intentó Kant— ser empirista al modo humeano sin dejar de ser racionalista al modo cartesiano. Esa estructura lógica del mundo (una figura que nos hacemos de los hechos)<sup>55</sup> permite, supuestamente, dotar a nuestro lenguaje de un cierto significado<sup>56</sup>, sin abandonar el suelo observacional, aunque no sea capaz de eludir la némesis del empirismo radical humeano: la discreción de los hechos, de la cual deriva necesariamente la negación de todo tipo de causalidad y, por tanto, la imposibilidad de hacer inferencias<sup>57</sup>, esto es, de saltar del estado presente de nuestros conocimientos al futuro, prediciendo lo que ocurrirá<sup>58</sup>.

La quiebra del modelo empirista se produjo, de hecho, en el campo mismo de las ciencias naturales. H. I. Brown, en un excelente texto sobre el fracaso del programa empirista<sup>59</sup>, ha puesto de manifiesto la dificultad de cohesionar los términos del lenguaje formalizado con los datos sensoriales (los hechos, en terminología wittgensteiniana). Pues la misma física abunda en entidades no observables como *electrón* o *función de estado* y eso hace necesario sustituirlos por otros términos que sí sean observables<sup>60</sup>. Por si fuera poco, el engarce de los enunciados formalizados y los hechos referidos ha de llevarse a cabo mediante una serie de reglas de correspondencia «...que conectan funciones construidas por medio de los términos teóricos con términos observacionales (...) el significado empírico es otorgado a estos términos cuando son conectados con la experiencia por medio de las reglas de correspondencia (...) Estos términos obtendrán su significado empírico, por decirlo así, de segunda mano...»<sup>61</sup>.

Dicho con mayor sencillez, entre el suelo observacional de carácter netamente empírico y los postulados existe una red de reglas que se van

<sup>55</sup> «2.1. Nos hacemos figuras de los hechos. 2.11. La figura representa el estado de cosas en el espacio lógico, el darse y no darse efectivos de estados de cosas. 2.12. La figura es un modelo de la realidad» (*ibid.*, p. 53).

<sup>56</sup> «6.124. Las proposiciones lógicas describen el armazón del mundo o, más bien, lo representan. No «tratan» de nada. Presuponen que los nombres tienen significado, y las proposiciones elementales, sentido; y ésta es su conexión con el mundo» (*ibid.*, p. 119).

<sup>57</sup> «5.133. Todo inferir sucede a priori. 5.134. De una proposición elemental no puede inferirse ninguna otra» (*ibid.*, p. 90).

<sup>58</sup> «5.135. Del darse efectivo de un estado de cosas cualquiera no se puede, en modo alguno, deducir el darse efectivo de otro enteramente distinto. 5.136. No hay un nexo causal que justifique tal deducción. 5.1361. No *podemos* inferir los acontecimientos futuros a partir de los actuales. La creencia en el nexo causal es la superstición» (id.).

<sup>59</sup> H. I. Brown, *Perception, Theory and Commitment. The New Philosophy of Science*. Hay trad. esp. de G. Solana y H. Marraud: *La nueva filosofía de la ciencia*, Madrid: Tecnos, 1988 (1977).

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 58 y 59.

apartando de aquel y cuyos significados son ya formales y no empíricos<sup>62</sup>. Por si fuese poco, *la propia equivalencia entre explicación y predicción resulta cuestionable en términos estrictamente empiristas*<sup>63</sup>. El riesgo es evidente: la traslación imprudente del significado, el salto de un campo semántico a otro bien diferente, la pretensión de identificar el valor de verdad con el de validez o vigencia, esto es, la sustitución de los postulados empiristas por metáforas que en nada les son fieles. Esa limitación de entrada es la que condenó al empirismo lógico vienés y berlinés, dejando vía libre al *falsacionismo* de Popper<sup>64</sup>.

Ciertamente, Ross se hace cargo de las enormes dificultades que comporta una asunción coherente del credo empirista. En *Sobre el derecho...*, podemos leer:

«Conclusión: las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Éstos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. Fundamentalmente, en consecuencia, la ciencia del derecho no puede ser separada de la política jurídica»<sup>65</sup>.

No es un bagaje muy prometedor para una teoría que se define como empirista y científica. Podríamos decir, utilizando la terminología precedente, que el *suelo observacional* sobre el que Ross levanta sus aserciones verificables es movedizo, ya que está formado por una serie muy heterogénea de hechos sociales cuyo referente es normativo. Si entidades tan respetables por los científicos sociales como *electrón* o *función de estado* no son

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 70. «...un análisis adecuado de la explicación exige que dirijamos nuestra atención a todas las formas de discurso que son consideradas como explicaciones en el habla cotidiana; y, en segundo lugar, que la función de las explicaciones es producir comprensión» (p. 71). La primera exigencia derivaría en el tránsito del empirismo lógico a la filosofía analítica del lenguaje común, algo que Ross no abordaría hasta quince años después, en *Directives and Norms*; la segunda recuperaría la contraposición propia del XIX alemán que, en los sesenta, dio lugar a la Hermenéutica filosófica. V. *Directives and norms*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1968. Hay versión castellana: *Lógica de las normas* (trad. de J. Hierro), Tecnos, Madrid, 1968.

<sup>64</sup> V. al respecto, y por lo que se refiere a las teorías dogmáticas, Cl.-W. Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*. Hay trad. esp. de D. Brückner y J. L. de Castro, pról. de C. Paz-Ares, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas: Madrid, 1995 (1993). Igualmente, G. Lariguet, «La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica», *Isonomía*, n.º 17, 2002, pp. 183 a 202.

<sup>65</sup> *Sobre el derecho...*, p. 76.