

Capítulo decimoprimer	
JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL . . .	179
I. Entre oportunismo y frustración . . . . .	179
II. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión	181
III. El dilema positivista: conocimiento o decisión . . . . .	184
IV. De la cosa juzgada a la cosa querida . . . . .	188
V. Un golpe de Estado cotidiano . . . . .	191
VI. El juez decide qué dice la ley. . . . .	194
VII. ¿Qué norma lleva a los jueces a convertir una decisión en norma? . . . . .	198

## CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

### JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

#### I. ENTRE OPORTUNISMO Y FRUSTRACIÓN

En esta frase magistral (*Recht geben*) hay que admirar el empleo tan astuto de la sinonimia. Se identifican aquí el dar la razón, en el sentido usual de una conversación, y el declarar el derecho, en el sentido jurídico de la palabra. Y aún es más admirable la fe capaz de mover montañas con que la gente “acude a los tribunales” por el gusto de salirse con la suya, fe que explica los tribunales partiendo del empeño en tener razón.<sup>1</sup>

La expresiva denuncia marxista, que rechaza al derecho como *ideología* falseadora de la realidad, no por estar impregnada de un deje amargo —marca de la casa— deja de parecer fundada. Al menos, si no olvidamos las líneas de pensamiento jurídico —nada escasas ni faltas de influjo— que coinciden en negar carácter propiamente racional a la función judicial (y a la actividad jurídica, en general), para considerarla como el mero fruto de una decisión, más o menos condicionable.

Nos encontramos, sin duda, ante algo más que un debate académico. Es la legitimidad misma del derecho —con su capacidad de coartar la libertad humana— lo que está en juego, dado que tradicionalmente se le ha presentado (y en tal medida tiende a acatarlo el ciudadano) como el intento de sustituir en la regulación de las relaciones sociales la fuerza por la razón, la imposición de la voluntad del más poderoso por el respeto de las exigencias que derivarían de una peculiar realidad —la jurídica— racionalmente cognoscible.

Si tal realidad no existe, o su conocimiento racional resulta radicalmente imposible, se haría en efecto éticamente ineludible la denuncia de la función del derecho como mero aparato “ideológico”. Su función no

<sup>1</sup> Marx, K. y Engels, F., *La ideología alemana* (versión en español de Roces, W., Barcelona, Grijalbo, 1970), p. 370.

podría ser otra que falsear el alcance represivo de las reales relaciones sociales de fuerza, camuflándolo bajo ritos o ropajes de apariencia racional. El derecho sería una estructura coactiva falta de toda legitimidad, a menos que valiera como tal su simple carácter de mal menor respecto a la anarquía que derivaría de su desaparición.

En todo caso, entre resignarse ante la “necesidad” de que se siga imponiendo el más fuerte y disfrazar tal hecho travistiéndolo con ropajes, más o menos pomposos, de “obligatoriedad” hay un buen trecho. Salvarlo con el desparpajo de lo que ha llegado a convertirse en habitual no ocultaría un claro paso de la mera descripción de una realidad sociológica a la formulación de una propuesta de obediencia; un claro ejemplo de “falacia naturalista”, en suma.

Cabría, no obstante, aducir que las exigencias de la razón han de llevarnos a reconocer la realidad tal cual es, incluida la del derecho como mero mecanismo de fuerza y no como realidad autónoma portadora de contenidos materiales de deber-ser con perfiles racionalmente reconocibles. Renunciar a engañar y a engañarnos —al referirnos a una realidad inexistente, por deseable que nos parezca— sería exigencia inexcusable de un afán de *ilustración* no falto de impulso ético. Bastaría, sin embargo, contemplar la realidad social para concluir que —de no existir en efecto tal realidad jurídica racionalmente cognoscible— somos víctimas de un calculado oportunismo o estamos condenados a saborear la amargura de una ilustración frustrada.

Se impone el oportunismo cuando se nos afirma que, aunque el derecho no encierre una realidad ética capaz de legitimar la fuerza, no es malo continuar aparentando lo contrario, para aprovechar así los resultados de notable funcionalidad o utilidad,<sup>2</sup> derivados de este consciente malentendido, sin el que la convivencia social acabaría estando en peligro.

La ilustración frustrada se abriría paso al comprobar que la misma línea de pensamiento que logró replantear el modo de entender buena parte de la realidad, desmitificándola en sus raíces, no parece haber sido capaz de erradicar la extendida convicción de que hay conductas “realmente” injustas (y

<sup>2</sup> “La fuerza nunca puede ser abolida de las relaciones humanas. Pero puede ser monopolizada y canalizada, tornándola así no solamente inocua, sino positivamente útil... La fuerza es semejante al fuego: en libertad es un elemento destructivo para el hombre; en sujeción es necesario para la vida” (Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, publicado en 1947 en el *Homenaje a Roscoe Pound*, la versión en español de R. Vernengo, por la que citamos, fue luego incluida en *El hecho del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 231-240).

no sólo rechazables por convención), somos “realmente” titulares de determinados derechos (sin necesidad de esperar pacientemente a que alguna ley positiva nos los conceda), y no habría poder político alguno que pueda gozar de legitimidad “real” si no condiciona su actividad al respeto de esos derechos y a la renuncia a aquellas conductas.

No haber sido capaces de eliminar tal convicción —dando por hecho que no tuviera sustrato real alguno— sería ya para cualquier ilustrado que se precie un fracaso histórico. Añádase a ello que hablar hoy de ilustración, en el ámbito jurídico y político, consiste precisamente en defender los derechos humanos y denunciar lacras tan “realmente” injustas como la tortura o el hambre; el fracaso resulta tan insufrible como para sentirse invitado a reflexionar si hemos atendido debidamente a la realidad en su encomiable afán por ilustrarnos sobre sus auténticos contenidos.

Interrogarnos por las razones que puedan haber llevado a figuras de no dudosa ilustración a dejarse ilustrar en tan escasa medida por la realidad parece tarea obligada.

## II. LA ACTIVIDAD JURÍDICA COMO COBERTURA FORMAL DE UNA DECISIÓN

La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse... pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño... La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político... Alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva.<sup>3</sup>

No es mala muestra de ilustración frustrada. Los juristas siguen hoy en su inmensa mayoría convencidos de que interpretar una norma es conocer adecuadamente su contenido. Se esfuerzan por remitir su actividad a unos patrones “técnicos” que la diferenciarían cumplidamente de la arbitraria charlatanería de los políticos. Lamentan sólo que los intentos, históricamente repetidos, de configurar una metodología capaz de con-

<sup>3</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Wien, 1960; citamos por la versión en español de R. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 353.

vertir su actividad cognoscitiva en una ciencia que se precie no hayan abocado a resultados libres de polémica.

El pasaje kelseniano citado resulta notablemente coherente con las exigencias del no-cognotivismo ético de su autor, que descarta toda posible emisión racional de juicios éticos. El empeño ilustrador sí parece haberse visto, en la práctica, acompañado por el éxito. El jurista medio suele mostrarse convencido de que, al interpretar el derecho positivo, no formula juicios éticos; tal función, política y no científica, habría sido ultimada en sede legislativa. Su labor consistiría, por el contrario, en reconocer racionalmente lo que aquéllos decidieron políticamente, para obtener —con la asepsia valorativa propia de una “técnica”— las consecuencias oportunas para el caso a resolver.

El jurista tiende, pues, a ser no-cognotivista sin saberlo, ya que no se le pasa por la cabeza que la tarea legisladora tenga mucho que ver con actividades cognoscitivas; la tarea judicial sí tendría tal carácter, pero —en la medida en que se limita a extraer de la ley lo que ella ya contiene— su conocimiento no sería más creativo que el de las realidades físicas, cuya patente “científica” añora. Cualquier problema peculiar de la “racionalidad práctica” se evapora.

El “positivismo jurídico” implícito en esta postura descartaría todo tránsito del ser al deber-ser, ya que de la única realidad jurídica imaginable —el derecho positivo— pasaríamos, sin adentrarnos en deber-ser jurídico alguno, a la solución del caso. Kelsen se acerca más a la realidad, al plantear la aparente paradoja de que el “ser” del derecho consiste precisamente en un “deber-ser”, aunque no lo vincule a contenidos éticos materiales sino a una mera relación formal de imputación. Vincular el derecho a la realidad fáctica, equivaldría a confundirlo con un ámbito sociológico paralelo —y por tanto ajeno— a él.<sup>4</sup> Considerarlo portador de un contenido material positivado, del que derivar cognoscitivamente consecuencias determinadas —como pretende la dogmática jurídica “positivista” al uso—, sería aplicar incoherentemente esquemas propios de un sistema moral “estático” extraños al carácter “dinámico” del ordenamiento jurídico,<sup>5</sup> incurriendo en flagrante iusnaturalismo.

<sup>4</sup> “No es el derecho mismo el que constituye el objeto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza” (Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota anterior, p. 117).

<sup>5</sup> “Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo

La herencia de Savigny ha acabado teniendo este paradójico resultado. Su intento de llegar a una ciencia “histórica” del derecho, capaz de servir de cauce por el que fluyeran la entraña “orgánica” de la realidad jurídica, implicaba inicialmente una racionalidad peculiar, diversa de la de las ciencias empíricas. Evaporado el historicismo, su legado acaba ofreciendo un método “científico” sin especiales peculiaridades, que convierte en “peligroso” recurso residual cualquier apelación a criterios prácticos, a los que se regatea toda racionalidad.<sup>6</sup> Sus herederos se preciarán de conocer científicamente, sin ulterior creatividad práctica, una realidad jurídica ya efectivamente existente: la objetivamente “puesta” en el texto legal.

El positivismo historicista logró desbancar al iusnaturalismo racionalista, pero éste se acabó vengando al lograr que su método no dejara en el actuar jurídico mayor rastro de historicidad práctica. Al final, cuando lo “puesto” ocupa el lugar de lo “histórico”, el jurista no disimulará su añoranza por el actuar *more gemometrico* del vencido iusnaturalismo, protagonista paradójico de la codificación positivista.

Nos encontraríamos, pues, ante tres “positivismos jurídicos”. El de los “realismos” (escandinavo o americano), que separan el derecho como realidad fáctica de cualquier propuesta de deber-ser, no susceptible de conocimiento racional. El de la dogmática jurídica poshistoricista, que identifica el ser del derecho con un contenido de deber-ser positivado en el texto legal, susceptible de desarrollo cognoscitivo —aplicativamente— sin adentrarse en una dimensión propiamente “práctica” que recree esa realidad ya puesta. El del voluntarismo no-cognotivista kelseniano, para el que el derecho es positivamente deber-ser, pero discontinuamente creado en la práctica, a través de actos volitivos de contenido fungible, sin otra relación mutua que la meramente formal que les conferiría validez jurídica.

valen... por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal” (*Ibidem*, p. 203).

<sup>6</sup> Refiriéndose a la interpretación teleológica señala que “el valor intrínseco del resultado es entre los medios auxiliares el más peligroso, puesto que con él atraviesa el intérprete con suma facilidad los límites de su misión y se traslada al campo del legislador”, por lo que tal criterio interpretativo “puede sólo ser admitido dentro de los límites más estrechos” (Savigny, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, 35, citamos por la versión en español de W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 156. Hemos estudiado su aportación con detenimiento en “Savigny: el legalismo aplazado” incluido en el libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 77-116).

El jurista tópico había ya vuelto la espalda a toda racionalidad práctica. Kelsen —que descarta la existencia de una realidad jurídica autónoma capaz de proyectarse en la práctica— se limita a invitarle a llevar su afán de ciencia hasta reconocer, racionalmente, que lo que hace tiene poco de conocimiento y mucho de decisión. Se enfrenta doblemente a los defensores de una “técnica” jurídica que se autoconsidera racional y no creativa; resalta, por una parte, la indudable dimensión práctica de tal labor y le niega, por otra, toda racionalidad. El jurista intentará, no obstante, seguir aferrado a su técnica “científica”, tan ajeno a la teoría pura como a la razón práctica.

En lo que niega, al menos, Kelsen vuelve a mostrarse más cercano a la realidad, al no ignorar la dimensión práctica de la actividad judicial. Nuestro jurista acierta, por su parte, al no olvidar que si la actividad jurídica merece al ciudadano respeto y obediencia es en la medida en que pretende sustituir voluntad arbitraria por razón.

### III. EL DILEMA POSITIVISTA: CONOCIMIENTO O DECISIÓN

El intento de la dogmática acrítica de convertir la práctica jurídica en actividad “científica”, sólo sería sostenible manteniendo el ingenuo optimismo logicista de la “jurisprudencia de conceptos”. Kelsen no deja de recordar que “la ciencia del derecho sólo puede *describir* el derecho; no puede... *prescribir* algo”, como obligaría el caso concreto; dudando quizá de ciertas entendederas, llega a ejemplificar que “ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da... entre un código penal y un tratado de derecho penal”.<sup>7</sup> Nos encontramos, pues, emplazados ante un curioso dilema. Para la dogmática jurídica positivista, la aplicación del derecho debería ser fruto de un conocimiento sin decisión; para el normativismo kelseniano, aplicar el derecho sería crear una nueva norma, mediante una decisión ajena a todo conocimiento.

No parece, sin embargo, que Kelsen llegue a condenar al jurista a perder el conocimiento. “En la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”.<sup>8</sup> La dife-

<sup>7</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, p. 86.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 354.

rencia, pues, estribaría en renunciar a obtener racionalmente “una” solución correcta para el caso, pero sí dispondríamos de varias alternativas, todas ellas similarmente aceptables desde un punto de vista jurídico.

El jurista versado en jurisprudencia constitucional no tardará en reconocer un planteamiento que le resulta familiar como modelo del plural desarrollo legislativo de la Constitución. Su traslado a la tarea judicial resulta, sin embargo, forzado. La obligada generalidad de los textos constitucionales no tiene por qué equipararse con la posible delimitación estricta por vía legislativa de normas que contemplen supuestos de hecho más definidos. Es fácil recordar que los teóricos de la ley en los albores de la modernidad tendían a considerar la interpretación como un remedio terapéutico destinado sólo a salvar eventuales imperfecciones legales; *in claris non fit interpretatio* sigue afirmando el viejo aforismo: la ley bien hecha no requeriría interpretación alguna. ¿Qué impediría, si la ley está bien hecha, contar con “una” solución correcta para el caso concreto?

La relación entre interpretación cognoscitiva o científica y judicial o auténtica es, sin duda, el punto más débil (y, a la vez, el más significativo) del planteamiento kelseniano. Resulta coherente su rechazo de “una” solución correcta a la hora de aplicar la ley, sea cual sea su grado de generalidad o concreción, si se advierte que el problema es de diverso orden. Es su no-cognotivismo el que vuelve a cobrar protagonismo. Pensar en “una” solución correcta supondría concebir la creación jurídica como una actividad de conocimiento y, a la hora de aplicar la ley, se tratará más bien de crear una nueva norma que dé a conocer la anterior, al negarse toda conexión ético-material entre ambas.

Kelsen había insinuado esta solución, al recordar que los enunciados de la “ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sólo válidas e inválidas”.<sup>9</sup> La cuestión no radicaría, para él, en que los contenidos jurídicos broten de la naturaleza o sean puestos por el legislador sino en que no hay contenido jurídico alguno en condiciones de desplegarse —manteniendo sus exigencias materiales— hacia lo concreto: “desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 86.

cuyo fundamento pueda preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable”.<sup>10</sup>

Resulta congruente su oposición al iusnaturalismo positivado propio de la dogmática jurídica, empeñada en funcionar como un sistema “estático” de corte ético.<sup>11</sup> Sin embargo, al negar no sólo la posibilidad de un mero desarrollo silogístico de la ley desde ella misma sino el despliegue real de lo jurídico —antes, en y después de la ley—, acaba convirtiendo en pura comedia el supuesto juego del principio de legalidad. Si bien es cierto que un mero encadenamiento lógico será incapaz de lograr que la ley nos hable del derecho, no lo es menos que el diálogo con la realidad jurídica —que la ley ya ha intentado captar— continuado por el juez sí será capaz de convertir en palabra su letra.

En efecto, sólo remitiendo a una realidad que trascienda el texto legal cabe emitir un juicio<sup>12</sup> capaz de establecer su correcto sentido. Empeñarse en que sea derivable —de modo meramente cognoscitivo— del texto legal equivale a negar la experiencia más elemental, que sitúa en el caso concreto un polo ineliminable del sentido jurídico de un texto. Ello nos añade un segundo elemento: esa realidad trascendente no puede entenderse como una estáticamente acabada, desplegable geoméricamente hacia lo concreto, sino como una realidad existencial e históricamente actualizada en el caso, que tiene tanto o más que “decir” sobre ella que el texto mismo.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>11</sup> Tal ocurriría cuando se entiende que la autoridad “no sólo implanta normas mediante las que delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordenan determinadas conductas..., a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica”. Por el contrario, “el sistema normativo que aparece como un orden jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico” (*Ibidem*, p. 205).

<sup>12</sup> S. Cotta ha destacado esta inseparabilidad radical de juicio y trascendencia. “La verdad es pues el objeto fundamental de la búsqueda del juez, y no, como frecuentemente se cree, la atribución de derechos y deberes a las partes”; “el juez es el que juzga una controversia estableciendo la verdad común gracias a su cualidad de tercero” (“Quidquid latet apparebit: le problème de la vérité du jugement”, *Archivio di Filosofia*, 1988, LVI/1-3, pp. 398 y 400). En uno de los materiales previos a este Coloquio señala “la incapacidad del inmanentismo para dar razón de la efectiva capacidad humana de trascender lo real (humano y cósmico) a través del juicio”. En su contribución al mismo (*Connaissance et normativité. Un aperçu métaphysique*) resalta, igualmente, cómo no cabe juzgar el “sentido de la historia” sin ir más allá de la praxis histórica misma: “el juicio sólo se hace posible con el abandono de la concepción unidimensional de la estructura humana y por tanto del inmanentismo”.

No se trata, pues, de mantener la racionalidad de un proceso cognoscitivo meramente teórico, cambiando simplemente su objeto al reconocer que el derecho no se identifica con el texto legal. Esto podría llevarnos a un proceso alternativo en el que el conocimiento de la ley natural nos marcaría por sí solo el sentido auténtico del derecho positivo. Se trata de adentrarnos en el efectivo alcance de una “racionalidad práctica”, que no tiene por objeto el conocimiento pasivo de una realidad peculiar ya acabadamente existente, sino la actualización de una “verdad por hacer”, ultimando la configuración de una realidad que sólo en la historia cobra existencia. Esta tarea no sería un cometido meramente racional, sino fruto de la confluencia de una razón decidida y de una razonable voluntad.<sup>13</sup>

Los viejos temas metafísicos —esencia y existencia, razón y voluntad— protagonizan la dificultad del pensamiento jurídico para asumir las peculiaridades del razonar práctico. Mientras la dogmática jurídica nos sitúa ante un derecho positivo parmenidiano, basado en una “positividad instantánea”<sup>14</sup> ajena al fluir histórico, la teoría pura nos invita a zambullirnos en un puntillismo jurídico heracliteo, desconectado de todo elemento permanente. La primera acaba reduciendo la dinámica jurídica a una actividad cognoscitiva de corte silogístico, mientras la segunda la concibe a golpes de voluntad arbitraria. De ahí el doble dualismo —conocimiento y decisión, creación política e interpretación científica— al que forzosamente se nos empuja.

La realidad jurídica no “es” algo acabado, del que —de modo falaz— nos empeñemos en derivar lo que algo “debe-ser”; nos inspira, expectante, cómo debemos hacerla existencial e históricamente real, brindándonos fundamentos no menos reales para expresar el oportuno y creativo juicio. Encierra una verdad, racionalmente cognoscible, pero se trata de una *verdad por actuar*, aún inacabada, sólo reconocible en la medida en que

<sup>13</sup> En su contribución a este Coloquio, J. M. Trigeaud capta con acierto en la ley esta dimensión de lo jurídico, al afirmar que “legislar supone así tomar en consideración una dualidad de componentes, cognitivo y voluntario (re-cognitivo, en suma), de la ley” (*Connaissance et normativité: la fonction législative*, p. 17). Ese conocimiento práctico se continuará en sede judicial, cumpliendo esa circularidad ontológica que no olvida que la ley, sin acabarlo, se inserta en “un proceso de elaboración de lo justo que en rigor gnoseológico la precede” (*Ibidem*, p. 2), ni se escandaliza al constatar que a la vez la ley se mantiene siempre a la espera de convertirse finalmente en derecho.

<sup>14</sup> A ello nos hemos referido en “Positividad jurídica e historicidad del derecho”, incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989, p. 183.

expresemos prudencialmente sus exigencias en las circunstancias del caso concreto. No “pasamos” por tanto del ser al deber ser; nos encontramos ante una realidad que se ofrece como deber-ser potencial —teóricamente asequible— que exige verse —real y prácticamente— actualizada.<sup>15</sup> Los recelos metafísicos característicos del pensar contemporáneo se ven, sin duda, reforzados cuando se diseña una imagen de la realidad jurídica plana y estática, ajena a sus manifestaciones más obvias.

La identificación kelseniana entre contenidos ético-materiales y ordenamientos estáticos puede resultar adecuada para dar cuenta de determinados iusnaturalismos de corte racionalista, pero resulta caprichoso proyectarla sobre cualquier reconocimiento de la posibilidad de captación racional y práctica de una realidad jurídica.

#### IV. DE LA COSA JUZGADA A LA COSA QUERIDA

Como hemos visto, Kelsen parece mantener en su dinámica jurídica un residuo de racionalidad, de problemático alcance, que parece emparentarlo con autores como Hart, menos rigurosos a la hora de afrontar el problema de fondo. Si éste distingue en toda norma un núcleo claro, susceptible por tanto de interpretación cognoscitiva, orlado de “casos difíciles”, que harían inevitable el recurso a una arbitraria “discrecionalidad”,<sup>16</sup> para Kelsen la determinación de la particular norma judicial por la previa y general norma legal “nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”.<sup>17</sup>

El problema que también Hart nos deja pendiente es cuál es la naturaleza exacta de ese discernimiento entre claridad nuclear y casos difíciles. ¿Se trata del último juicio cognoscitivo, por el que el juez muestra la im-

<sup>15</sup> J. M. Trigeaud lo refleja expresivamente cuando habla del “movimiento de este ser para cumplirse, para alcanzar su propio fin, para realizar su deber-ser”, y lo completa añadiendo: “la indicatividad no suprime la normatividad: la reenvía a su intrínseca objetividad de presupuesto. Requiere una disposición imperativa, que completa la indicación que no forma más que el contenido intelectual o «instructivo» de la ley” (*Connaissance et normativité: la fonction législative, cit.*, nota 13, pp. 3 y 17).

<sup>16</sup> Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., *cfr.* la edición en español de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 159 y ss.

<sup>17</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, nota 3, p. 350.

potencia de su razón para hallar la solución del caso? ¿Se trata, por el contrario, de la primera decisión discrecional, por la que el juez se resiste a considerar “clara” —quizá por sus previsibles consecuencias— la solución que la norma general le propone? La calificación de un caso como “difícil” —como la no menos problemática posibilidad de dictaminar la existencia de una “laguna”— parece irnos empujando a los vericuetos de una interpretación *contra legem*.

En qué pueda consistir, en el propio Kelsen, el condicionamiento que sobre la interpretación auténtica que realiza el juez pueda ejercer la previa interpretación cognoscitiva, es todo un misterio. Si cabe tal condicionamiento, por qué excluir que llegue a marcar “una” solución correcta; si no cabe, cómo mantener que existe un ámbito marcado de soluciones posibles. Fiel a su tónica de no escamotear las cuestiones más arriesgadas de su teoría, acaba sacándonos de la perplejidad con notable contundencia:

Por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.<sup>18</sup>

La tensión conocimiento-decisión ha acabado saltando en pedazos, dado el radical protagonismo que se concede a la segunda. “La sentencia judicial denominada «juicio» no constituye una proposición enunciativa en el sentido lógico del término... sino una norma”,<sup>19</sup> y por tanto un acto de voluntad. Cualquier imaginable sentencia *contra legem* goza de legitimidad, mientras otro Tribunal Superior no *decida* lo contrario. “Si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resuelta en un sentido positivo, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un Tribunal Superior”. La voluntad ha eliminado todo rastro de razón. El derecho se ha convertido en una cadena de decisiones arbitrarias, cuyo único grado de “racionalidad” —más bien estadístico...— radicaría en el hecho de estar sometida a una, no menos arbitraria, decisión posterior.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 354 y 355.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 33.

En tales circunstancias:

¿Qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el contenido de la norma individual que la sentencia judicial debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general.

No menos obligado es admitir que “una sentencia legal, conforme a derecho, puede ser revocada por una sentencia con fuerza de cosa juzgada”.<sup>20</sup>

La cosa juzgada deja de ser la resignada fórmula de una razón que se sabe incapaz de agotar el conocimiento de un deber-ser real, en continuo dinamismo, para convertirse en el eufemismo destinado a ocultar una situación bien distinta. Toda racionalidad ha quedado descartada; al final de una cadena de decisiones, sin “juicio” alguno, lo que realmente acaba estableciéndose de modo definitivo es la cosa en última instancia querida.

La pérdida de la dimensión histórica de las realidades prácticas lleva a malentender el juego mutuo de normas y hechos en el ámbito de la conducta libre. La actividad jurídica aparece como el mero cumplimiento de lo necesariamente anunciado o como un acontecer aleatorio sólo sometible a pronóstico. Se esfuma la acción como desvelamiento práctico de una verdad por hacer, obediente a la norma y creadora a la vez de la proyección histórica de sus incoados contenidos. Algo que no podrá ultimar la ciencia porque es cometido de la prudencia.

La racionalidad práctica deja así de ser el remedio de emergencia para la imperfección de la razón teórica, lo que relativiza cualquier concepto

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 275 y 277. El propio K. Olivecrona, no menos coherente a la hora de asumir las consecuencias de su no cognotivismo, anima a desterrar la “verdad” del mundo jurídico, ya que “al afirmar la «verdad» de un enunciado damos siempre por supuesto que ese enunciado se refiere a algo que es lo que es, independientemente del lenguaje que sobre ello empleen los individuos”; como consecuencia, “los tribunales no son espectadores que se limitan a considerar con curiosidad las relaciones jurídicas entre las partes”, sino que “moldean las relaciones entre las partes en cuanto que legisladores complementarios y en cuanto que directores de la fuerza ejecutiva del Estado”; de ahí que “cuando los tribunales se pronuncian sobre los derechos de las partes, actúan como legisladores” (*El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, se trata de la segunda edición, notablemente corregida de su obra publicada con el título inicial —*cfr. infra*, nota 23—; citamos por la versión española de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, pp. 202 y 251).

de “claridad” jurídica. Es lástima que Kelsen —tan ejemplarmente atento siempre a los fenómenos jurídicos— no llegara a asumir el efectivo alcance de una de sus más acertadas observaciones: se da siempre “una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación”.<sup>21</sup> Nada hay “claro” en el dinamismo del derecho sin previa interpretación, que será la que establezca la auténtica frontera: no entre claridad aceptada *a priori* y dificultad a investigar ulteriormente, sino entre cumplidas interpretaciones con un resultado más o menos discutible.

La interpretación deja, por otra parte, de ser un proceso meramente cognoscitivo, destinado a desbrozar la —única o plural— decisión posterior, para llevar en sí misma el componente práctico de una decisión presagiada. Se rompe así todo forzado dilema entre fidelidad a los principios y responsabilidad respecto a las consecuencias, porque las consecuencias serán ponderadas por la prudencia, como un modo más de “verificar” la plasmación histórica de las exigencias de los principios.

La sentencia ha de ser expresión de una razón decidida y, como consecuencia, ha de plasmarse en una decisión motivada. Sin la exhibición del hilo argumental que impone una consecuencia se atentaría al núcleo mismo de la legitimidad del derecho, al abocar al ciudadano a una situación de indefensión, privado de toda tutela jurídica efectiva.

## V. UN GOLPE DE ESTADO COTIDIANO

El reconocimiento kelseniano de que no es menos jurídica una decisión judicial que opta por una de las posibilidades descritas por la interpretación cognoscitiva que otra que asume alguna expresamente excluida resalta su aparente diseño de la actividad jurídica como arbitrariedad controlada. Las sentencias nunca serían verdaderas y falsas, al no tener de hecho nada que ver con conocimiento alguno; son siempre válidas, mientras no se demuestre lo contrario. Ello dependerá de que alguien actúe los mecanismos de control, formulando un recurso, y de que la nueva instancia, llamada a conocer del asunto, opte por decidir en sentido contrario.

Kelsen no podría, sin embargo, entender el derecho siquiera como arbitrariedad controlada, ya que ello privaría paradójicamente de carácter jurídico a la decisión jurídica por excelencia: la cosa querida por la últi-

<sup>21</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, p. 349.

ma instancia judicial activada. ¿Dónde reposa realmente su juridicidad? La respuesta sobre el carácter jurídico de esta última norma resultará coherentemente paralela a la que ya había formulado al ocuparse de la juridicidad de la primera, analizando las peripecias de una Constitución —expresiva de un deber-ser formalmente indiscutible— sometida a las vías de hecho que acompañan a un proceso revolucionario.

“El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico” —calificado por Kelsen como “principio de legitimidad”— “no tiene aplicación en caso de revolución”. Paradójicamente la validez, expresiva del deber-ser de la norma, se verá condicionada por una realidad puramente fáctica: su eficacia. “Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales”. Como consecuencia, ante un golpe de Estado, que pone en cuestión la validez de la primera norma positiva, no cabe pronunciarse sobre la validez de las *normas* que en ella se apoyan sin esperar al desarrollo de los *hechos*. “Si la revolución no triunfara”, o sea, “si no lograra eficacia”, “no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición”. La conclusión resulta elocuente: “el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad”.<sup>22</sup>

Nadie podrá negar la lucidez de este análisis sobre lo que de hecho acontece al consumarse un golpe de Estado. Más de uno podría sentirse inclinado a convertir el pasaje en la prueba suprema del “realismo” con que se ha elaborado esta teoría pura del derecho. El giro producido al calificar tal hecho es, sin embargo, copernicano. Una revolución o un golpe de Estado se habían siempre entendido como el acto antijurídico por antonomasia; el momento en que el derecho muestra el mayor fracaso, en su intento de sustituir fuerza por razón. Kelsen, por el contrario, convierte a tales fenómenos en una modalidad más de la “dinámica” jurídica cotidiana. El golpe de Estado no parece sino un modo como otro cualquiera de crear una norma jurídica positiva; la primera, por más señas.<sup>23</sup> Con ello lo que acaba entronizándose es realmente una teoría pura de la fuerza.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 217-219.

<sup>23</sup> K. Olivecrona, convencido de que Kelsen con su idea del derecho como “deber” se queda a medio camino, vacila aún menos a la hora de asumir esta consecuencia del no cognotivismo. “Cuando se descarta la noción supersticiosa de la «fuerza obligatoria» del dere-

Si de la primera norma positiva nos trasladamos a la última sentencia, que cierra la cadena de actos creadores de normas, la familiaridad del golpe de Estado como fenómeno jurídico llega al extremo. No habrá siquiera que esperar desarrollo alguno de los hechos, ya que la sentencia *contra legem* se convierte de hecho inmediatamente en norma inatacable. La decisión eficaz acaba sustituyendo al dictamen sobre las exigencias de validez formuladas por la norma previa.

Puede producirse, de nuevo, un cierto espejismo al admirar el “realismo” de la descripción. La pérdida de toda dimensión patológica le confiere, sin embargo, muy diverso alcance. No es lo mismo la razón práctica frustrada que la voluntad arbitraria. Que una sentencia de última instancia poco acertada se consumará jurídicamente como cosa juzgada, queda fuera de discusión; pero llevaba en sí, al menos, el intento fallido de encontrar la solución razonable en la práctica. La negación de una realidad jurídica cognoscible lleva aparejada una inmediata y decisiva consecuencia: cualquier actitud de búsqueda pierde sentido, con lo que estamos condenados a la arbitrariedad. La búsqueda frustrada no afecta radicalmente a una legitimidad que depende más del reconocimiento de un punto de referencia que del logro efectivo de su captación. Cuando no hay nada que buscar sólo queda, sin embargo, recurrir a la farsa “ideológica” capaz de aparentar una legitimidad imposible.

No tiene, por ello, nada de extraño que —de hecho— la tarea judicial no acabe siendo un golpe de Estado cotidiano y que los intentos de legitimar cualquier “uso alternativo del derecho” hayan acabado marchitándose, precisamente por su incapacidad de ocultar tan burda condición. Casualmente, el juez acaba llevando a cabo una conducta susceptible de pronóstico, más allá de toda razón estadística. Se esfuerza por entender la realidad a la que caso y texto legal le remiten y, como consecuencia, no rara vez se aleja poco de la expectativa de justicia que el ciudadano —buen conocedor del caso e ignorante quizá del texto— había hecho propia.

Kelsen es consciente de que con su lúcida descripción se arriesga paradójicamente a convertir en propio ese paso del ser al deber-ser, cuyo rechazo daba sentido a todo su esfuerzo teórico. De ahí su afán por evitar

cho..., el establecimiento de la Constitución por medio de actos revolucionarios no es más misterioso que el proceso ordinario de legislación” (*El derecho como hecho*, citamos por la versión española de la primera edición, realizada por G. Cortés Funes, Buenos Aires, Desalma, 1959, p. 48).

reconocer puramente que la validez acaba teniendo su fundamento en la eficacia. Admitir tal aserto en relación al derecho supondría enlazar con la sofística; reconocerlo como el mejor modo de explicar un golpe de Estado está al alcance del menos ilustrado de los mortales.

Intentará evitar el escollo distinguiendo entre “fundamento” y “condición”. “La eficacia es condición” de la validez y, por ello, “una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz”, pero ello no significaría que la eficacia sea “fundamento de la validez”. “Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica... es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz”.<sup>24</sup> La distinción conceptual parece irreprochable; cualquier intento de darle alcance real parece condenarnos al mero nominalismo.<sup>25</sup>

## VI. EL JUEZ DECIDE QUÉ DICE LA LEY

A estas alturas, es más fácil apreciar el efectivo alcance del presunto “condicionamiento” de la sentencia judicial por el abanico de posibilidades abierto por la interpretación cognoscitiva. Bastará con repetir lo expuesto por Kelsen al analizar la valencia retroactiva del supuesto control que, desde la primera norma positiva, cabría ejercer sobre las leyes que la desarrollan.

Dado que “todo aquello que el órgano legislativo emita como ley tiene que valer como ley en el sentido de la Constitución”, qué ocurre cuando “el contenido de las leyes no corresponda a las normas constitucionales”. Para Kelsen, dando por buena nuestra analogía, “el órgano legislativo se encontraría entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada”. En la medida en que tal ley no llegue a ser anulada por inconstitucional, habría que enten-

<sup>24</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, pp. 223 y 224.

<sup>25</sup> A. Ross, *a fuer* de “realista”, se muestra implacable al respecto: “si se rechaza en forma radical toda censura ética, como hace Kelsen, y se acepta simplemente como derecho el orden que tiene efectividad, la validez específica como categoría formal se transforma en algo superfluo”; “resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo, y que la hipótesis inicial, una vez que conocemos qué es derecho positivo, sólo cumple la función de otorgarle la «validez» que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica, aunque nadie sepa en qué consiste tal «validez»” (*Sobre el derecho y la justicia*, citamos por la versión en español de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 68 y 69).

der que “la Constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas... dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales”.<sup>26</sup> O sea, que la ley situada fuera del marco constitucional acaba —en la medida en que no llegue a ser anulada— ampliando de hecho dicho marco, produciendo a la vez una paradójica “falsación” retroactiva de la interpretación cognoscitiva que la había situado fuera de él.

El juez, pues, acaba asumiendo una dimensión “legislativa” similar a la que Kelsen atribuye al Tribunal Constitucional, aunque con un matiz nada despreciable. El control de constitucionalidad debería respetar los límites de una legislación “negativa”, reducida a la posible extracción de determinadas normas del ordenamiento, mientras se le veta expresamente la introducción de cualquier otra; la del juez, por el contrario, será inevitablemente una legislación “positiva”, por más que quede en principio referida al ámbito particular del caso. No obstante, tanto para dicho caso como —vía precedente o doctrina jurisprudencial— para los que le sucedan, el juez acabará decidiendo qué es lo que la ley realmente dice, ampliando a su arbitrio el ámbito de posibilidades que derivaba de la interpretación cognoscitiva de su texto.

En tales circunstancias se convierte en un profundo misterio en qué puede consistir esa “ciencia jurídica” respecto a la que Kelsen teoriza. Si “la ciencia es función cognoscitiva y descripción”,<sup>27</sup> no se adivina de qué podría informarnos una ciencia “del derecho” si lo que de hecho dicen sus normas dependerá de lo que el juez acabe decidiendo al respecto. La supuesta ciencia abandona toda descripción de ese deber-ser en que el ser del derecho consiste, para convertirse en aventurado pronóstico de lo que el derecho podrá acabar siendo.

Resulta inevitable el paralelismo con el realismo escandinavo,<sup>28</sup> a cuya propuesta de ciencia negaba Kelsen —como hemos visto— condición jurí-

<sup>26</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, p. 279. K. Olivecrona enlaza oportunamente la situación con el planteamiento del golpe de Estado como acto jurídico. “No es posible trazar una línea neta entre la legislación revolucionaria y la normal”; “es un hecho bien conocido que una Constitución puede ser «interpretada» en un sentido totalmente diferente del original” (*El derecho como hecho*, cit., nota 23, p. 52).

<sup>27</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, p. 86 nota 61.

<sup>28</sup> A. Ross, por ejemplo, acepta sin remilgos dicha situación: “una decisión es equivocada, esto es, no está de acuerdo con el derecho vigente, si después de haber tomado todo en cuenta, inclusive la decisión misma y las críticas que ella puede provocar, resulta que lo más

dica alguna. Desvinculado el texto legal de una realidad jurídica que le exceda, sus términos —faltos de punto de referencia— no pueden decirnos nada, a la espera de que el juez decida su efectivo contenido. La presunta ciencia jurídica se convertiría así en el análisis de unos textos situados en paralelo al actuar judicial, que acabará decidiendo su contenido.

Sólo cuando cabe confiar en que termine existiendo alguna relación entre los contenidos legales y la decisión judicial, el análisis de sus textos conservaría algún sentido. Tal relación puede existir de hecho si, tanto la actividad legislativa como la judicial, intentan expresar —en diversos ámbitos de generalidad o particularidad— una misma realidad, que provoca la solución legislativa y va dando sentido a su expresión interpretativa. Cuando se niega a tal punto de encuentro toda realidad jurídica, para presentarlo —situándolo displicentemente en lo metajurídico— como “normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: «bien común», «interés del Estado», «progreso», etcétera”, respecto de los cuales “desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir”,<sup>29</sup> la ciencia del derecho acaba reducida a un entretenimiento no más relevante que jugar con naipes a hacer “solitarios”.

No deja de ser significativa la quiebra del principio de legalidad a que la ausencia de racionalidad práctica conduce. El intento de identificar legalidad y derecho, entendiendo que éste se halla acabadamente contenido en el texto legal, se estrella contra la historicidad propia del proceso de positivación de lo jurídico. En tales circunstancias la invocación al principio de legalidad puede fácilmente convertirse en camuflaje que oculte la tarea inevitablemente creativa del juez. Kelsen, por su parte, sensible al papel de la actividad judicial, acabará diluyendo todo condicionamiento efectivo de la sentencia por el previo texto legal.

El respeto al principio de legalidad cobra su auténtico sentido en la medida en que se le inserta en el proceso de actualización de la realidad jurídica. Éste no va a llevarse a cabo abruptamente, con la fuerte dependencia de la subjetividad judicial que ello llevaría consigo, y la consiguiente incapacidad del ciudadano para formular con la mínima seguridad sus expectativas de conducta. El marco legal acerca ya exigencias jurídicas y hechos sociales, incoando su creativo diálogo. La prudencia,

probable es que en el futuro los tribunales se aparten de esa decisión” (*Sobre el derecho y la justicia, cit.*, nota 25, p. 49).

<sup>29</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho, cit.*, nota 3, p. 354.

que lleva consigo la capacidad de dejarse ayudar en la búsqueda configuradora de esa verdad por hacer, incluirá como elemento decisivo la atención a los límites que del texto legal quepa razonablemente derivar. No nos encontramos así ante una mera exigencia de “técnica jurídica” sino ante un auténtico imperativo ético, al ahondarse en la dimensión protectora de derechos básicos que justifica tal respeto.

Pocos planteamientos han resaltado con mayor expresividad el proceso de positivación que los vinculados a la hermenéutica existencial. El papel de la precomprensión como punto de arranque de la aplicación de la norma;<sup>30</sup> la crítica al rechazo racionalista de los prejuicios, así como la necesidad de convertirlos en juicios contrastándolos con los esquemas propios de la dogmática jurídica; el juego de la autoridad y la tradición en el desenvolvimiento de un saber práctico; el ahondamiento en la actividad jurídica como lenguaje, lleno de capacidad comunicativa y de creatividad, sin perjuicio de su peculiar dimensión vinculante...

Indudablemente todo ello puede quedar reducido a una crítica corrosiva de los esquemas propios del legalismo, si no va acompañado de un afán de profundización ontológica.<sup>31</sup> La captación de la realidad jurídica a través del proceso prudencial de la razón práctica confiere una particular profundidad a estos análisis fenomenológicos. El llamado “círculo hermenéutico” refleja la circularidad ontológica propia de una realidad capaz de darse a conocer, pero a la vez todavía necesitada —como verdad por hacer— de una actualización creativa.

<sup>30</sup> S. Cotta, que alude en su contribución a este Coloquio a la “experiencia empírica existencial” como una muestra de “cognotivismo limitado”, detecta cómo “una inicial constatación empírica de orden alético es la condición que produce una consecuencia axiológica; ésta, a su vez, determina por medio del sentimiento perceptivo, la decisión operativa, de orden deóntico” (*Connaissance et normativité. Un aperçu métaphysique, cit.*, nota 12, p. 9).

<sup>31</sup> A. Kaufmann ha insistido en ello reiteradamente en trabajos recogidos luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln, Carl Heymanns, 1984; entre otros, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, en el que rechaza la exigencia racionalista de un lenguaje legal unidimensional y unívoco, recordando que el derecho más que deducido es hablado (*Rechtsprechung*) (*Ibidem*, pp. 36 y 45); *Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz*, en el que recuerda que el derecho surge de un acto creador del hombre, que pone en correspondencia Sein y Sollen en una situación histórica (*Ibidem*, p. 170); o *Die “ipsa res iusta”*. *Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, en el que insiste en que el derecho es acto en primera línea, un ocurrir real entre los hombres, y la ley no es realidad jurídica acabada sino posibilidad de derecho (*Ibidem*, pp. 59 y 61).

## VII. ¿QUÉ NORMA LLEVA A LOS JUECES A CONVERTIR UNA DECISIÓN EN NORMA?

Al final, dos de los “positivismos jurídicos” en juego han acabado aproximándose llamativamente. Ambos coinciden en tomarse a beneficio de inventario la crédula fe del jurista en su dogmática jurídica, mientras mantienen su discrepancia esencial sobre qué sea “positivamente” el derecho: hecho o deber.

Ross, buen conocedor de Kelsen, no deja de abordar por su parte la relación entre eficacia fáctica y validez. Fiel a su opción “realista” por lo fáctico, valora más la manifestación fenoménica de la realidad jurídica, por más que su voto de abstemia metafísica le impida reconocer su dimensión esencial. Para él, la validez no es sino una actitud de obediencia “desinteresada”<sup>32</sup> a la norma; entendiendo por tal la que no es fruto de la amenaza coactiva, sino de la sintonía con los valores reflejados por una norma concreta o del respeto que orla al ordenamiento en su conjunto.

No será otro el punto de referencia del juez a la hora de orientar su actividad. Por más que se entienda por norma jurídica aquello que el juez tiene por norma considerar como derecho, resulta inevitable preguntarse qué lleva al juez a tomar por norma dicho dictamen. Una vez más, o contamos con una realidad de posible conocimiento —por problemático que acabara resultando— o no quedaría otra opción que abandonarnos a la arbitrariedad de quienes deciden el derecho.

Reaparece, pues, una llamativa contradicción. Si el ciudadano, convenientemente “ilustrado”, llegara a la conclusión de que esa realidad jurídica que le lleva a formular expectativas de justicia es meramente ilusoria, quedaría incapacitado para mostrar una actitud de obediencia “desinteresada” hacia el derecho, con lo que le privaría —en términos “realistas”— de toda validez. Si el ciudadano dejara de ver en el juez al ex-

<sup>32</sup> Ya en *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, A. Ross señalaba la interacción entre “una actitud de conducta interesada, más precisamente determinada como un impulso de temor o de compulsión” y “una actitud de conducta desinteresada que tiene el sello de la validez” (citamos por la versión en español de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 90). Más tarde (en *Sobre el derecho y la justicia, cit.*, nota 25, p. 53) volverá a referirse al “respeto desinteresado al derecho”. Del realismo escandinavo nos hemos ocupado con detenimiento en “Un realismo a medias: el empirismo escandinavo”, incluido en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 27-62.

perto conocedor de esa realidad jurídica que fundamenta sus propias expectativas, dejaría de prestarle confianza alguna y no se avendría a someter a su dictamen la propia opinión. Es, pues, evidente la función “ideológica” que el derecho se vería condenado a cumplir, de no contar con un fundamento tan real como racionalmente cognoscible.<sup>33</sup> Reducido a aparato coactivo, pasaría a funcionar de hecho de modo tan radicalmente diverso que parece razonable poner en duda que pudiera indefinidamente subsistir.<sup>34</sup>

El realismo escandinavo constata la existencia práctica de una realidad jurídica a la que destierra del ámbito teórico. Empeñado en considerar como acontecer casual lo que el ciudadano vive como conocimiento real, se condena a ignorar lo que describe. El mismo Kelsen incurre en idéntica actitud. No sólo el ordenamiento jurídico en su conjunto puede verse puesto en cuestión por un golpe de Estado revolucionario; también la norma aislada, “que nunca es acatada o aplicada”, puede “perder su validez mediante la llamada *desuetudo*, o desuso”, “una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente”.<sup>35</sup> El ordenamiento jurídico en su conjunto estaría condenado a ser su víctima, si el ciudadano no tuviera el convencimiento de que en él se plasman, siquiera tentativamente, las exigencias de conducta que considera verdaderamente justas.

El no-cognotivismo teórico contrasta con la evidencia de una práctica exigencia social de legitimidad. Si el derecho perdura es porque el ciudadano lo reconoce y acepta como un proceso de razón práctica, que se esfuerza por expresar unos contenidos reales. Si tal realidad existe, habrá que esforzarse incesantemente por conocerla y exponer sus exigencias.

<sup>33</sup> “Ningún Hitler puede aterrorizar a una población sin que, por lo menos dentro del grupo que maneja el aparato de fuerza, la obediencia sea en alguna medida voluntaria. En último análisis, todo poder tiene un fundamento ideológico” (Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., nota 25, p. 56).

<sup>34</sup> “Es una conquista notable de la civilización occidental el haber sujetado realmente a la fuerza estatal de modo que no puede ser utilizada, hablando prácticamente, de otro modo que conforme a normas jurídicas bajo la dirección, o bajo el control, de jueces independientes del gobierno. Nos hemos acostumbrado a tener por segura esta situación. Quizá podría ser considerada, con mayor fundamento, como casi un milagro. Es el resultado de una labor secular; un aparato de relojería del tipo más fino e intrincado. Reconstruirlo, una vez destruido, no sería tarea fácil” (Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, cit., nota 2, p. 240; véase también la primera edición de su obra del mismo título, cit., nota 23, pp. 133, 134 y 148).

<sup>35</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 3, p. 224.

Si es mera ilusión, y el derecho funciona mejor en la medida que la mayoría malentende su real alcance, parece más humano acabar con el engaño. Por más que, unos y otros, rivalicen en el carácter antideológico de sus teorías,<sup>36</sup> colaborar a preservar una estabilidad social mantenida a costa de la ignorancia mayoritaria merecería el calificativo de “ideológico” antes que el de “ilustrado”.

<sup>36</sup> H. Kelsen pretende que si por “ideología” se entiende “una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora” del objeto de conocimiento, “la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica” (*Teoría pura del derecho, cit.*, nota 3, p. 121). K. Olivecrona, por su parte, considera que la función desmitificadora de la ciencia en el ámbito jurídico permanece inconclusa: “no podemos decir: aquí se detiene la magia y comienza el pensamiento plenamente racional. El pensamiento moderno en materia jurídica dista de ser totalmente racional”; Kelsen incluido, ha “conservado la estructura mágica anterior en materia jurídica” (*El derecho como hecho, cit.*, nota 23, pp. 88 y 89). A. Ross no duda en tachar de “ideológica” la doctrina del precedente judicial: “es en realidad sólo una ilusión. Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora del derecho que tienen los jueces, y para transmitir la impresión engañosa de que éstos sólo aplican el derecho ya existente” (*Sobre el derecho y la justicia, cit.*, nota 25, p. 86).