

PRÓLOGO

ISABEL LIFANTE VIDAL

Este trabajo es una reelaboración de la tesis doctoral que, con un título ligeramente diferente («La justificación del castigo en la filosofía del Derecho contemporánea»), Ilse Torres Ortega defendió en la Universidad de Alicante en el año 2017 ante un tribunal conformado por los profesores Manuel Vidaurri Aréchiga, Marisa Iglesias Vila y Juan Antonio Pérez Lledó. Tuve la suerte de codirigir, junto a Manuel Atienza, aquella tesis doctoral y para mí es una gran satisfacción verla hoy convertida en libro; un libro que sin duda va a resultar relevante para cualquiera que se interese por uno de los grandes problemas clásicos de la filosofía del Derecho: la justificación moral del castigo.

Escribir sobre uno de los grandes temas clásicos de la filosofía del Derecho (como es el caso de la justificación del castigo) es una tarea que presenta grandes riesgos. Uno de los más comunes suele ser una desmedida pretensión de originalidad (que en ocasiones lleva a olvidar o a menospreciar todas las aportaciones que se han acumulado a lo largo de la historia). Y otro de estos riesgos, también muy extendido, suele ser la tentación de considerar ya resuelto el problema abordado y presentar el propio análisis como un punto y final a la reflexión. Pero este libro consigue evitar con éxito ambos peligros: la autora ni pretende presentar el problema desde una perspectiva completamente novedosa, ni tampoco considera que haya dado con la solución al mismo. Y precisamente por ello, el libro consigue ofrecernos una reflexión crítica y honesta que enriquece el debate, necesariamente inacabado, sobre la cuestión del castigo.

Lo que permite distinguir conceptualmente el castigo del resto de sanciones es, en opinión de la autora, que los castigos no implican cualquier privación de bienes, sino la vulneración de aquellos que consideramos objetivamente superiores. De este modo, la institución envuelve una pretensión de justificación. Privar a alguien de un bien —sobre todo si es un bien fundamental— es algo *prima facie* indebido que, o se justifica como una excepción a dicho principio, o bien, será simplemente un acto de fuerza. El castigo es entonces una institución éticamente controvertida, dado que utiliza el poder institucional para dañar a las personas. Este es el punto de partida que adopta la autora: no hay manera de abordar adecuadamente el tema del castigo sin tomar en cuenta que esta institución requiere ser justificada. Pero más allá de esa cuestión teórica, lo que dota de interés y sentido práctico a esta investigación y es la preocupación fundamental que subyace en todo momento es la cuestión de cómo justificar las prácticas reales del castigo existentes en nuestras sociedades contemporáneas, sociedades enormemente desiguales y que cada vez más optan por un punitivismo exacerbado.

La metodología adoptada por esta investigación sigue la estructura de lo que Francisco Laporta bautizó hace ya tiempo como la típica «tesis alicantina» de filosofía del Derecho. Se trata de analizar un tema iusfilosófico relevante a partir del estudio crítico y comparativo del tratamiento que el mismo recibe en diversas teorías del Derecho contemporáneas. Este enfoque permite comparar la capacidad de las diversas concepciones del Derecho para abordar una cuestión tan fundamental para la filosofía del Derecho como la de la justificación moral del castigo. En este caso, las teorías seleccionadas son el realismo escandinavo de Alf Ross, el positivismo de corte analítico de Herbert L. A. Hart y el postpositivismo jurídico de Carlos Santiago Nino.

La autora pretende —y consigue— reconstruir el legado de los tres autores analizados, a pesar de sus diferencias, con cierta unidad metodológica y sustantiva. De todos ellos extrae aportaciones de interés para ofrecer un nuevo enfoque que pueda enriquecer el debate tradicional. El recorrido empieza con la aproximación descriptiva que lleva a cabo Alf Ross, cuya concepción emotivista de la ética quizás sea, como bien señala la autora, lo que le impide ir más allá en sus planteamientos a propósito de la justificación del castigo: a pesar de su insistencia por colocar el elemento de la desaprobación en el centro del análisis conceptual del castigo, este autor no incorpora la necesaria dimensión moral

de dicha desaprobación por lo que su análisis resulta insuficiente. Por su parte, la propuesta de Hart proporciona una base sólida para la reflexión crítica sobre la práctica de castigar al ahondar en los dos niveles de reflexión relevantes (también apuntados por los otros autores analizados): justificar una práctica (la institución del castigo) y justificar una acción particular que cae dentro de dicha práctica (la distribución de los castigos). Aunque el positivismo hartiano (con su separación conceptual entre el Derecho y la moral) también impediría a este autor ofrecer una respuesta completamente satisfactoria a la cuestión de la fundamentación del castigo, Ilse Torres Ortega nos muestra cómo sus aportaciones ofrecen un valioso punto de partida para continuar la discusión, poniendo el foco de atención en algunos de los retos actuales a los que se enfrenta esta institución: su eficacia (la necesidad de contar con información fiable al respecto) y las condiciones del funcionamiento real de los distintos tipos de castigos (sobre todo, de aquellos más controvertidos, como la prisión). El último autor analizado es Carlos Santiago Nino y es a su aproximación a la que la autora más atención dedica, por considerarla la más fructífera. Desde la concepción postpositivista del Derecho sostenida por Nino, la justificación de la pena no es una cuestión independiente de la justificación del Derecho. Por lo tanto, la deliberación acerca de lo que hace justa la institución y lo que legitima infligir penas concretas no puede ser ajena a la deliberación sobre qué teoría de la justicia está detrás de nuestras prácticas jurídicas generales. De este modo, la autora pasa revista críticamente a los principios que estarían detrás del liberalismo igualitarista defendido por Nino y que le servirían para justificar la práctica de castigar en el marco de un Derecho penal liberal: el principio de protección prudencial de la sociedad, el principio de intersubjetividad del Derecho penal (antiperfeccionista), el principio de ascensión de la pena y el principio de antijuridicidad.

La honestidad intelectual de que hace gala la autora le lleva a presentar tanto a los autores analizados, como a sus críticos, bajo su mejor luz. No encontramos en el libro, caricaturas de autores o de sus tesis, que permitan luego grandes críticas; Ilse Torres Ortega opta siempre por reconstruir las tesis analizadas de manera que estén dotadas de sentido e impliquen aportaciones valiosas a la discusión. Pero esta honestidad no le priva, en absoluto, de capacidad crítica. Su reconstrucción permite no solo una mejor comprensión de las concepciones analizadas, sino también de los límites o problemas a los que ellas se enfrentan.

Como decía al principio, Ilse Torres Ortega desarrolló su tesis doctoral en el Departamento de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, en el seno de un grupo de investigación consolidado, dirigido por Manuel Atienza, y del que yo formo parte. Creo que para todos los integrantes del grupo fue una suerte tenerla aquel tiempo con nosotros y disfrutar de su buen hacer académico; para mí en particular lo es también el poder haber participado en la dirección de los primeros pasos de una carrera investigadora que auguro exitosa.

INTRODUCCIÓN.

¿POR QUÉ UN LIBRO (MÁS) SOBRE EL CASTIGO?

Este libro trata sobre la compleja cuestión del castigo y el enorme reto que supone intentar esclarecer críticamente su fundamentación (en el sentido de *justificación moral*) en un contexto como el nuestro. Esto es, un contexto en el que el castigo es una institución jurídico-penal que, de hecho, opera a través de la imposición de penas concretas —las cuales suelen ser bastante duras e invasivas— a individuos de carne y hueso.

El tema del castigo es uno de los llamados «problemas clásicos de la filosofía», debido a que, en todas sus manifestaciones y contextos, parece implicar la imposición de sufrimiento deliberado: algo que contraviene directamente el principio fundamental que proscribe dañar a otros individuos. De aquí que resulte razonable cuestionar ¿qué es, entonces, lo que hace que el castigo sea una «excepción» y que, incluso, llegue a ser uno de los instrumentos por antonomasia del Derecho para hacer cumplir sus disposiciones?

No en vano los antecedentes de esta reflexión se remontan hasta los griegos, quienes ya entonces se percataron de que la imposición de sanciones, sobre todo, cuando revestían cierta gravedad, no era precisamente un asunto trivial.

Como muestra de ello, la rebelión de Mitilene contra Atenas en el 428 a. C. nos dejó el legado histórico de la deliberación en la asamblea ateniense acerca de cuál debía ser el fundamento del castigo de los mitilenos tras esa rebelión. Llevados por la indignación, en un primer momento los miembros de la asamblea decidieron matar a todos los mitilenos mayores de edad y vender como esclavos a las mujeres y a los

niños. Sin embargo, cuando llegó el momento de ejecutar la sentencia y aplicar el castigo acordado, comenzaron a dudar si acaso tal castigo era excesivamente cruel. Así, se convocó a una nueva asamblea en la que los protagonistas fueron Cleón —cuyo discurso alentó el sentimiento de indignación, defendiendo la necesidad de demostrar la grandeza del imperio, castigando a los mitilenos «tal y como se merecían»— y Diódoto —cuyo discurso fue una llamada a la reflexión sobre la conveniencia de esa sentencia y sobre la reacción del pueblo ateniense—. Tal y como señala Ulises Schmill «en realidad, la materia del debate sobre Mitilene fue la dilucidación del problema eterno de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción, de la legitimidad del castigo¹».

Los argumentos defendidos, de una parte, por Cleón y, de otra, por Diódoto forman parte de los antecedentes de las dos posturas que, en la segunda mitad del siglo XVIII, se afianzaron como las posiciones retribucionistas (de inspiración deontologista en materia ética) y preventivistas (de inspiración consecuencialista en ética) sobre la justificación moral del castigo. Desde entonces, el debate sobre el tema se ha desarrollado a partir de la confrontación de estos dos grupos de teorías.

No obstante la relevancia de tal dicotomía, en este libro el lector encontrará que la autora sostiene que, en nuestros Estados Constitucionales actuales, tal planteamiento no solo es insuficiente para dar cuenta del castigo, sino que constituye un obstáculo para el adecuado desarrollo de la discusión y el esclarecimiento de esta institución y su distribución en el escenario jurídico-penal contemporáneo. También que, a consecuencia de ello, es inconveniente para la adecuada construcción del sistema de justicia penal. Sin embargo, hecha esta advertencia, esta introducción pretende dejar constancia de la importancia histórica que tuvo la consolidación de tales posiciones —las cuales, hasta la fecha, siguen siendo el punto de partida de cualquier reflexión sobre el castigo—, así como de las motivaciones que mediaron en ese proceso.

Pasando a ello, hay que hacer notar que hasta antes de la Ilustración, la institución del castigo era concebida de una forma que hoy nos resultaría bastante arbitraria. El absolutismo y el despotismo impulsaron la idea de que los castigos eran medidas coactivas sobre las que, en general, no cabían cuestionamientos. La concepción acerca del ejercicio del

¹ SCHMILL, U., *El debate sobre Mitilene. Una interpretación, Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 4, 1987, p. 210.

poder colocaba a las autoridades en la posición de no tener que justificar ni la crueldad de las penas ni el procedimiento que se seguía para imponerlas. Además, los castigos debían ser visibles y atemorizantes: debían hacer sufrir el cuerpo de los reos —ya que consideraban que sobre el alma poco se podía hacer—, pero también debían ser un espectáculo de suplicio a la vista de todos los súbditos.

Los pensadores ilustrados cuestionaron fuertemente esta situación, haciendo notar que las penas dependen de la naturaleza de los gobiernos². Debido a ello, es posible afirmar que la denuncia de la arbitrariedad de los gobiernos despóticos incluyó también la denuncia de su preferencia por las penas más graves y más crueles. Así, la práctica penal fue severamente cuestionada, considerándosele el origen de una gran cantidad de injusticias.

Entre las obras críticas de la época, el ensayo de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, titulado *De los delitos y las penas* fue una de las aportaciones más valiosas que ayudarían a tomar conciencia sobre la necesidad de repensar los límites del poder punitivo, así como a consolidar la que sería conocida como la posición prevencionista sobre la pena. Inspirado en el contractualismo y en la filosofía utilitarista de Claude-Adrien Helvétius, Beccaria contribuyó a difundir la idea de que el acto de autoridad consistente en *penar* solo podía sostenerse racionalmente en la *necesidad* de tal pena³. Sin duda, *De los delitos y las penas* puede ser considerado el libro clave del pensamiento moderno sobre la fundamentación del Derecho penal y, como tal, ha pasado a la historia como un clásico de la materia.

Sucede, sin embargo, que Beccaria no es cualquier clásico, sino que, tal y como indica Perfecto Andrés Ibáñez, es un *clásico paradójico*:

En efecto, lo es porque la validez de su discurso resiste, serenamente, sin desmedro del vigor polémico, el paso de los siglos y el cambio de contexto. Pero no lo es porque en realidad no habla en la distancia, sino desde la máxima proximidad y desde dentro, al lector de hoy, como al de ayer, afligido por los problemas que trata. Que son

² DE SECONDAT, C. L., *Del espíritu de las leyes*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

³ Los individuos cedieron una porción de libertad a lo público para su defensa, y «la suma de esas mínimas porciones posibles forma el derecho a penar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho». BECCARIA, C., *De los Delitos y las Penas*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 113.

los centrales, siempre dramáticos, del proceso y de la pena, permanentes en muchas de sus constantes. En lo esencial, las mismas que Beccaria supo captar en esa dimensión de viva intemporalidad que es la causa de que sus lucidísimas y comprometidas reflexiones no puedan envejecer⁴.

Beccaria cuestionó la severidad y la crueldad de ciertas penas y el método que se seguía para imponerlas, atacando principalmente la pena de muerte —la cual sentenció como injusta, innecesaria e inútil— y la tortura —defendiendo que la confesión arrancada del dolor no permite llegar a la verdad—. Su obra es una llamada a la reflexión sobre el uso racional del castigo y sobre la necesidad de *justificarlo*. Existe, incluso, la teoría de que Beccaria pudo haber ido más allá, cuestionando no solo los castigos que implican bienes tan valiosos como la vida, sino el propio derecho estatal a castigar⁵.

⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. A., «Introducción», en *De los Delitos y las Penas*, *op. cit.*, p. 11.

⁵ Raffaele Sbardella ha intentado demostrar esta tesis en su libro *Beccaria, Dei delitti e delle pene, con note* (2005). Beccaria, consciente de las dificultades que podían ocasionarle sus ideas reformistas, publicó su ensayo de manera anónima en 1764; de esta manera se difundieron las primeras cuatro ediciones del ensayo. Para la quinta edición de 1766, Beccaria deseaba salir del anonimato e incluir su nombre como autor, pero se retractó en el último minuto; sin embargo, había ya algunos ejemplares impresos con su nombre. Por obra de la casualidad, Raffaele Sbardella dio con un ejemplar de esta rara quinta edición. Cuando revisó el libro encontró en el párrafo dedicado a la pena de muerte tres notas manuscritas y, tras una larga investigación a raíz de dicho descubrimiento, Sbardella llegó a la conclusión de que fueron hechas por el propio Beccaria. Estas tres notas serían las siguientes: (1) A la frase —el individuo no es dueño de matarse— la nota indica —tampoco de privarse de la libertad, ni de reducirse a la condición de bestia de carga—; (2) A la frase —«por consiguiente, la pena de muerte no es un derecho»— la nota indica —«por consiguiente cualquier pena no es un derecho»—; y (3) A la frase que describe al verdugo como —un inocente ejecutor de la voluntad pública, un buen ciudadano que contribuye al bien público, el instrumento necesario para la seguridad pública interior, como los valerosos soldados lo son para el exterior— se anota —un malvado, que movido por la avidez del dinero mata fría y espontáneamente a un semejante sin que algún deber o necesidad le obligue a tamaño exceso de ferocidad y de inhumanidad; al contrario que el soldado, impulsado por el deber de defensa de la patria a exponer la propia vida sin esperar ninguna ganancia—. SBARDELLA R., *Beccaria/Delitti e Delle/Pene/Con/Note*, La Città del sole, Italia, 2005, pp. 29-34.

Asimismo, en la época de la ilustración la influencia del pensamiento de Immanuel Kant sobre la pena fue determinante para la concepción del castigo como retribución. Kant caracterizó el derecho a castigar como el derecho del soberano de imponer al súbdito una pena como consecuencia de un delito, subrayando que nunca podía servir «simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido⁶». Se trata entonces de rechazar la legitimidad de que alguien sea castigado por razones de mera utilidad. La decisión de castigar ha de sostenerse en el merecimiento personal, al igual que la cantidad de castigo a recibir (*ius talionis*); solo así, de acuerdo con este autor, puede respetarse la dignidad humana y la autonomía individual⁷.

Aun tratándose de concepciones morales distintas, las exigencias centrales de ambas posturas contribuyeron a lograr grandes reformas jurídicas que cambiaron por completo la teoría y la práctica del Derecho penal. En realidad, planteamientos como los que se acaban de esbozar forman parte de ese pensamiento ilustrado que, en general, ha moldeado nuestra concepción de muchas instituciones en el Derecho. La tensión entre ambas concepciones morales (deontologismo y consecuencialismo) ha dado lugar a múltiples enfrentamientos en relación con diversas instituciones jurídicas, aunque en pocos casos el enfrentamiento se ha acentuado tanto como en el de la fundamentación del castigo.

Como ya se anotaba, el planteamiento básico que supone la oposición retribucionismo vs. prevencionismo ha sido el punto de partida de innumerables reflexiones que han enriquecido un debate que, sin embargo, debe continuar. No parece arriesgado afirmar que las motivaciones de aquellos grandes representantes del movimiento reformista sobre el castigo no han perdido actualidad⁸. Los castigos actuales ya no son

⁶ KANT, I., *La Metafísica De Las Costumbres*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 166.

⁷ Como bien indica Jerónimo Betegón, el entramado filosófico-penal kantiano se basa en dos ideas: el necesario respeto a la dignidad humana —que en el engranaje de su sistema le conduce a una justificación retribucionista de la pena—; y el principio de igualdad —como regla *a priori* de la cantidad de castigo necesario para satisfacer la exigencia absoluta de una retribución justa—. BETEGÓN, J., *La Justificación del Castigo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, p. 26.

⁸ Michel Foucault en su conocida obra *Vigilar y castigar* da cuenta de la evolución representativa de la práctica punitiva. Desde el siglo XIX el cuerpo y el dolor

técnicas de suplicio, aunque, indudablemente, sus manifestaciones prácticas siguen siendo, en algunos casos, ciertamente cuestionables⁹. Los castigos hoy consisten en pérdidas de bienes, pero esto, por sí mismo, no los hace menos problemáticos: el compromiso de fundamentar la institución y su distribución continúa latente.

En este libro, y de la mano de tres autores centrales de la iusfilosofía contemporánea, se pretende poner de manifiesto que en el contexto de nuestras prácticas jurídicas complejas es necesario continuar la discusión sobre la fundamentación del castigo, pero también reorientarla para permitirnos arrojar más luz sobre el que, en el fondo, es un intrincado problema.

Así, en los capítulos que componen esta obra se presenta la propuesta de análisis sobre el castigo y su fundamentación de tres iusfilósofos paradigmáticos de la teoría del Derecho contemporánea. En primer lugar, se aborda la cuestión del castigo desde la perspectiva de Alf Ross, representante del realismo jurídico escandinavo. Para ello, se exponen

dejaron de ser considerados los objetivos últimos de la acción punitiva, desapareciendo el gran espectáculo de la pena física, para centrarse más bien en la pérdida de un bien o un derecho. Pese a ello, las penas actuales —tales como la prisión, los trabajos forzados, la deportación, etc.— siguen siendo profundamente controversiales, y siguen siendo de alguna forma penas que tienen como referencia lo físico; es decir, continúa la imposición de dolor al cuerpo. FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, Siglo veintiuno, Madrid, 2005, pp. 22 y 23.

⁹ Hay muchos autores que cuestionan que realmente haya sucedido algún tipo de evolución en estas prácticas. Desde la perspectiva sociológica, por ejemplo, Durkheim señala que: «Entre la pena de hoy y la de antes no existe un abismo, toda la diferencia procede de que produce sus efectos con una mayor consciencia de lo que hace, pero, aunque la consciencia individual o social no deja de tener influencia sobre la realidad que ilumina, no tiene el poder de cambiar la naturaleza. La estructura interna de los fenómenos sigue siendo la misma, podemos contar con que los elementos esenciales de la pena son los mismos que antes, y la pena, en efecto, ha seguido siendo una obra de venganza. Se dice que no hacemos sufrir al culpable por hacerlo sufrir; no es menos verdad que encontramos justo que sufra». DURKHEIM, E., *La división del trabajo social*, Editorial Akal, Madrid, 1982, p. 104. Y añade: «La naturaleza de la pena no ha cambiado esencialmente. Todo cuanto puede decirse es que la necesidad de la venganza está mejor dirigida hoy que antes..., más instruida, se derrama menos al azar, pero sigue formando el alma de la pena. Podemos decir que la pena consiste en una reacción pasional de intensidad graduada, que la sociedad ejerce por intermedio de un cuerpo constituido sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta». *Ibidem*, p. 113.

algunas cuestiones generales sobre su pensamiento y su concepción jurídica que influyen en su posicionamiento sobre el castigo; su acercamiento al ámbito penal que incluye el análisis de los conceptos de culpa y responsabilidad como conceptos *tú-tú*; y su propuesta acerca de cómo debería reorganizarse la discusión sobre la pena a partir de la pregunta general de ¿por qué castigamos?, así como su defensa de esta institución, basándose en el argumento de que sí somos responsables de nuestros actos. Se termina esta parte del libro con una revisión crítica de esta propuesta.

En segundo lugar, se plantea el tema desde el pensamiento de H. L. A. Hart, el autor más significativo del positivismo normativista analítico, enunciando los principales elementos de su concepción del Derecho y del método adecuado para abordar conceptos como el de «castigo»; sus reflexiones acerca de la relación entre el Derecho y la moral, y sus implicaciones en el Derecho penal; su propuesta de sistematización del problema de la justificación del castigo en cuestiones de definición, de la finalidad general de la institución y de la distribución de castigos, así como de distintos elementos determinantes para la legitimidad de la práctica; también se incluyen algunas de las críticas más significativas que esta propuesta ha recibido.

En tercer lugar, se presenta el desarrollo de este tema en el pensamiento post-positivista de Carlos S. Nino, desarrollando las principales tesis de sustentan su concepción liberal del Derecho penal; su teoría normativa de adjudicación de responsabilidad penal conformada por el principio de protección prudencial de la sociedad, el de asunción de la pena, el de intersubjetividad del Derecho penal y el de antijuridicidad; las consecuencias de esta teoría en algunos casos problemáticos del área penal; y, finalmente, algunas de las críticas más importantes al proyecto de Nino.

Hacia el final se realiza un balance sobre los proyectos de estos tres autores desde estas tres distintas concepciones del Derecho, para concretar algunas cuestiones centrales sobre la fundamentación del castigo en el contexto jurídico-penal.

PRIMERA PARTE

LA FUNDAMENTACIÓN DEL CASTIGO
DESDE UNA CONCEPCIÓN IUSREALISTA:
LA PROPUESTA DE ALF ROSS

I

LA CONCEPCIÓN IUSFILOSÓFICA DE ALF ROSS Y SU RELEVANCIA EN EL ANÁLISIS DEL CASTIGO: ALGUNOS PRESUPUESTOS

1. PRESENTACIÓN

En esta primera parte se desarrolla el análisis del concepto y la fundamentación del castigo en el pensamiento de Alf Niels Christian Ross¹, uno de los autores más importantes de la teoría del Derecho contemporánea. Sin embargo, sus reflexiones sobre el castigo no se presentan aquí aisladamente, sino que se articulan como elementos que ocupan un lugar dentro de una concepción jurídica concreta: el realismo jurídico escandinavo. Se pretende que de esta manera sus ideas sobre el castigo puedan verse desde su mejor luz, aunque también es esto lo que permitirá iluminar algunas de sus deficiencias.

En función de lo anterior se exponen algunos de los aspectos más relevantes de su teoría jurídica. Concretamente, se presenta una caracterización general sobre las notas distintivas del realismo jurídico sustentado por el autor, así como de elementos centrales de su concepción jurídica que funcionan como presupuestos en su abordaje del problema del castigo. Se discute, a continuación, el pensamiento penal del autor. Se comienza con su concepción de las nociones de culpa y responsabilidad a la luz de los conceptos *tú-tú* para que, con el esclarecimiento de

¹ Copenhague, Dinamarca, 1899-Virum, Dinamarca, 1979.

estas nociones, haya una mejor comprensión del proceso de determinación de la sanción tal y como es entendido por Ross. Finalmente se expone y se discute su propuesta de reestructuración de la problemática del castigo frente a la perspectiva tradicional centrada en la búsqueda de la finalidad del castigo. Para ello, se aborda cómo el autor trató de distinguir las diferentes perspectivas que deben tenerse en cuenta al abordar este tema, destacando la importancia de centrar el debate en las cuestiones y restricciones éticas y jurídicas implicadas en el poder del Estado para imponer castigos, y con ello prácticas que implican sufrimiento y desaprobación para sus destinatarios. Se incluye también la defensa de Ross a esta institución ante las teorías que proponen eliminar el castigo y el esquema de responsabilidad tradicional de su determinación, para sustituirlo por medidas de tratamiento que se posicionan negando el libre albedrío y la posibilidad de responsabilizar a los individuos por sus acciones. Tras todo lo anterior, se realiza una crítica hacia los presupuestos que subyacen a la propuesta del autor que niegan la posibilidad de plantear racionalmente problemas de ética práctica, sosteniendo que esos presupuestos imposibilitan considerar su propuesta como un genuino proyecto de fundamentación o, incluso, de meta-fundamentación sobre el castigo.

2. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO DE ALF ROSS

La afirmación de que Alf Ross perteneció a la corriente del realismo jurídico escandinavo y de que ello determina la manera en la que aborda la cuestión del castigo requiere de ciertas precisiones.

La noción de realismo en el ámbito filosófico ha sido usada en distintos sentidos y bajo distintas acepciones: «Es en primer lugar, una respuesta al problema de los universales. En segundo lugar, una construcción metafísica. Y, en tercer lugar, una teoría del conocimiento»². Estos distintos sentidos que tiene la expresión «realismo» en el campo de la filosofía general ponen de manifiesto una tradición muy amplia que ha contado con múltiples movimientos que podrían denominarse «realistas». Sin embargo, conviene tener presente al tercer sentido men-

² HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981, p. 17.

cionado, el realismo como epistemología, debido al gran impulso y desarrollo que tuvo a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, como una reacción ante la posición dominante del idealismo alemán en múltiples áreas del conocimiento³.

El realismo en este marco reunió a una gran cantidad de teóricos que defendieron distintas versiones realistas; asimismo, el fenómeno no se limitó al territorio europeo, sino que se dio también en América, particularmente, en los Estados Unidos, donde el debate realista ocupó un lugar muy importante dentro de las discusiones filosóficas de la época⁴.

³ El idealismo alemán había sido enormemente influyente a través del pensamiento de autores de la talla de Kant, Hegel o Fichte hasta el siglo XIX. Franz Brentano (1878-1917) dio inicio a la reacción contra el idealismo alemán, afirmando la independencia del objeto respecto del acto de conocerlo (monismo epistemológico) y más tarde su discípulo Alexius Meinong (1853-1921) complementó sus aportaciones introduciendo la importancia del contenido en el esquema de Brentano. Bertrand Russell señala el inicio del realismo a partir de 1900 y lo describe como un movimiento amplio llamado «la rebelión contra el idealismo alemán». Sobre esto señala lo siguiente: «En el año 1900 comenzó una rebelión contra el idealismo alemán, no desde el punto de vista pragmático, sino con un criterio severamente técnico. En Alemania, aparte de las admirables obras de Frege (que empiezan en 1879, pero que no fueron leídas hasta hace poco), una obra monumental, *Logische Untersuchungen*, de Husserl, publicada en 1900, empieza a causar un gran efecto. *Ueber Annahmen* (1902) y *Gegenstandstheorie und Psychologie* (1904), de Meinong, ejercieron influencia en el mismo sentido. En Inglaterra, G. E. Moore y yo empezamos a defender opiniones parecidas. Su artículo sobre *The Nature of Judgment* se publicó en 1899; su *Principia Ethica*, en 1930. Mi *Philosophy of Leibniz* apareció en 1900, *Principles of Mathematics*, en 1903. En Francia, Couturat predicaba vigorosamente la misma clase de filosofía. En los Estados Unidos, el empirismo radical de William James (sin su pragmatismo) se embebía en la nueva lógica para producir una filosofía radicalmente nueva, la de los nuevos realistas (*new realists*), algo posterior en fecha, pero más revolucionaria que las obras europeas ya mencionadas, aunque ya el libro de Mach, *Analyse der Empfindungen*, había anticipado algo de sus teorías». RUSSELL, B., *Ciencia, Filosofía y Política: Ensayos sin optimismo*, Aguilar, Madrid, 1954, pp. 44 y 45.

⁴ En Estados Unidos de América el debate realista fue central para el desarrollo de la filosofía; básicamente, en este debate se discutió la adopción de una alternativa entre los dos elementos propuestos por el filósofo Franz Brentano (el acto de conocer y el objeto que se conoce), o los tres propuestos por su discípulo Meinong (el acto de conocer, contenido y el objeto conocido). En función de esta disputa, las escuelas realistas terminaron por sustentar las versiones de *realismo directo* y de *realismo indirecto*.

Obviamente, este clima intelectual repercutió también en el ámbito del Derecho. La cultura jurídica del siglo XIX estuvo fuertemente marcada por el auge del positivismo y por el interés en consolidar una ciencia del Derecho equiparable a las ciencias formales. Dicha pretensión se materializó en una serie de corrientes formalistas en Europa y América⁵ que tuvieron en común el proyecto de un Derecho modelado por ideas como la coherencia y la completitud del sistema jurídico, la estricta separación de poderes, la supremacía del valor de la seguridad jurídica o la importancia de la generalidad y la abstracción de las normas. El formalismo jurídico, sin embargo, fue severamente cuestionado por el exacerbado predominio de la *forma* sobre el contenido. Deseando abatir las debilidades e inconvenientes que acompañaban al formalismo jurídico, los juristas plantearon la concepción realista (distinta del iusnaturalismo y del positivismo formalista) como la alternativa de renovación del Derecho.

Sin embargo, el realismo jurídico no fue un movimiento homogéneo, sino que comprendió principalmente dos movimientos complejos, distintos entre sí⁶: el realismo jurídico americano y el escandina-

⁵ Aquí se hace referencia a las tres grandes corrientes iuspositivistas características del inicio de la Ciencia jurídica moderna que se agrupan en el formalismo jurídico: el formalismo legal de la Escuela de la Exégesis, el formalismo conceptual de la Jurisprudencia de conceptos alemana y el formalismo jurisprudencial de la Jurisprudencia analítica.

⁶ Pese a lo anterior, sí es posible indicar algunos rasgos comunes que son los que nos permiten colocar bajo la rúbrica de «realismo jurídico» la concepción de diversos autores. Sobre esto, Manuel Atienza indica lo siguiente: «El realismo jurídico viene a ser la contrafigura del formalismo. Tanto en su versión norteamericana como escandinava, el Derecho tiende a verse como una realidad *in fieri*, como una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad de transformación; el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo». ATIENZA, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 25. También Liborio Hierro identifica algunas de las aportaciones generales del realismo jurídico: (1) La crítica de la alternativa iusnaturalismo-positivismo, y la crítica de la ciencia jurídica del formalismo positivista. (2) La elaboración de la ciencia del Derecho como ciencia descriptiva (separación entre ser y deber ser). (3) La elaboración de un concepto empírico del Derecho para el que la fuerza se convierte en el contenido propio de las normas jurídicas. (4) La reelaboración de las relaciones entre validez y vigencia real de las normas (negación de la validez como carácter abstracto de las normas, y de la llamada «fuerza obligatoria»). (5) La reelaboración, con instrumentos analíticos, de los conceptos jurídicos fundamentales.

vo⁷. Este último se caracterizó, en términos genéricos, por cuestiones como las siguientes: una concepción del Derecho en términos empíricos; una concepción antimetafísica de los conceptos jurídicos tradicionales; el proyecto de consolidación de una ciencia jurídica empírica; la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral; la afirmación de la actividad creativa de los jueces en la interpretación y aplicación de las normas; la importancia de la eficacia; la relevancia de los aspectos psicológicos en el cumplimiento de las normas; entre otras. Es dentro de esta escuela donde se ubica al jurista Alf Ross.

Aunque en general podemos afirmar que este autor es un representante de tal escuela del pensamiento jurídico, hay que tener presente que sus aportaciones iusfilosóficas responden a distintas etapas en las que sus influencias e intereses de estudio experimentaron diversos cambios⁸. Así, los inicios de su actividad académica tuvieron lugar en la Universidad de Copenhague, donde Ross se ciñó a la tradición iusfilosófica de su país⁹. Sin embargo, como parte de su formación académica estuvo en contacto con las tesis kelsenianas (que en ese momento gozaban de una amplia aceptación en Europa) y, acercándose a ellas, Kelsen se convirtió

(6) La reelaboración de toda la teoría de la interpretación-aplicación, a partir de la negación del deductivismo. HIERRO, L., *op. cit.*, nota 2, p. 68.

⁷ Centralmente, en esta escuela de pensamiento se agrupan las aportaciones teóricas de Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) y Alf Ross. También es posible incluir a Per Olof Ekelöf (1906-1990), Tore Strömberg(-1993), Ingemar Hedenius (1908-1982) y Anders Wedberg (1913-1978). Todos ellos tienen en común haberse acogido a la filosofía neoempirista y a las enseñanzas de Axel Hägerström (1778-1860) en la escuela de Uppsala.

⁸ Ross señala que, a diferencia de otros autores, él considera que a lo largo de su proyecto intelectual nunca vivió un momento de «conversión», aunque sí experimentó distintas fases o, más bien, pasos de una continua evolución. ROSS, A., «Autobiografía Intelectual», *Anuario de filosofía del derecho*, 4, 1987, p. 277.

⁹ Antes del siglo xx en los países escandinavos no existía un estudio particular de la teoría del Derecho. Sin embargo, la situación danesa fue distinta, ya que la obra de Anders Sandoe Orsted y sus confrontaciones públicas con otros juristas, dieron a la filosofía del Derecho y a la teoría del Derecho un desarrollo que no estaba presente en los otros países escandinavos. HIERRO, L., *op. cit.*, nota 2, p. 127. Había una especie de tradición nacional, marcadamente pragmática, que fue defendida por autores como Frederik Vindink Krause y Severin Christensen. PALMER, H., «20th-Century Legal Philosophy in Denmark», *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, 12, Nueva York, 2016.

en su principal influencia¹⁰. El ambiente académico de Dinamarca y distintos cuestionamientos que ya entonces el autor tenía respecto a las concepciones tradicionales de la teoría del Derecho, llevaron a Ross a romper con el pensamiento kelseniano y con la Universidad de Copenhague. Ross inició así una nueva etapa de investigaciones en Suecia, dentro de la Escuela de Uppsala, y bajo la guía de su principal exponente: Axel Hägerström¹¹; durante este período se publicaría una de sus obras más significativas *Om reto g retfaerdighed* de 1953¹². Después de este período, marcado por la influencia del empirismo lógico y las aportaciones del círculo de Viena¹³, es posible identificar una nueva etapa en la que Ross se distanció de la escuela de Uppsala para acercarse más a la

¹⁰ WAABEN, «Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch», *European Journal of International Law o Journal Europeen de Droit International*, 14.4, 2003, p. 661.

¹¹ Con Axel Hägerström se identifica un momento único en la filosofía nórdica y en la Universidad de Uppsala. Este autor sostuvo una filosofía realista con una orientación positivista clásica (que en el siglo XX llevó hacia la corriente del neo-empirismo) nacida de la rebelión contra el idealismo de Christian Jacob Boström que dominaba en Suecia durante el siglo XIX. Las tesis más conocidas del autor sueco tratan sobre la negación del subjetivismo y la crítica a la metafísica. Sostuvo que la realidad y el conocimiento sensible debían tener un carácter completamente lógico, de tal forma que el conocimiento solo era posible al diferenciar el objeto del acto de conocerlo. PATTARO, E., FARALLI, C. y HERNÁNDEZ, R., *Contributi Al Realismo Giuridico*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 15-19.

¹² En 1958 fue traducida al inglés como *On Law and Justice* por Margaret Dutton. La traducción al castellano que lleva por título *Sobre el derecho y la justicia* se llevó a cabo en 1963 por Genaro Carrió. También son representativas de este período sus obras *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* publicada en 1933, y *Virkelighed og gyldighed i retsloeren* de 1934, así como *Virkelighed og gyldighed i retsloeren; en kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber* también publicado en 1934 (esta obra se tradujo al inglés en 1946 como *Towards a realistic Jurisprudence: a Criticism of the Dualism in Law*).

¹³ El círculo de Viena puede considerarse uno de los fenómenos filosóficos más importantes de la época contemporánea. También conocido como *positivismo lógico*, *neopositivismo* o *empirismo lógico*, el círculo de Viena surgió en la primera mitad del siglo XX como un grupo variado de filósofos, matemáticos y científicos que discernían acerca de los fundamentos del pensamiento científico. Algunas de las características principales del círculo fueron: la orientación fundamental por la cientificidad, el rechazo a la metafísica, el empirismo, el empleo de la lógica simbólica, el fisicalismo, la idea de unificación de la ciencia y la inducción probabilística. AYER, A. J., *El Positivismo Lógico*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981, p. 9. y KRAFT, V., *El círculo de Viena*, Taurus, Madrid, 1977, pp. 23 y 24.

filosofía analítica y a la lógica deóntica, dando lugar a algunas de las que se consideran sus obras de madurez intelectual (por ejemplo, *Directives and norms* de 1968). Durante este último período académico de su vida, Ross escribió una serie de ensayos sobre cuestiones del ámbito penal que pasarían a integrar el libro *Skyld, Ansvar og Straf* publicado en 1970¹⁴. Unos años más tarde, en 1974, publicó también nuevamente un libro que compiló distintos trabajos sobre Derecho penal, titulado *Forbrydelse og straf: analytiske reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del*¹⁵. En ambas obras se incluyeron capítulos referentes a la cuestión del castigo. Finalmente, el autor terminó su labor investigadora publicando escritos relacionados con la democracia y los valores humanos, trabajos que han sido cuestionados en cuanto a su compatibilidad con su posición emotivista en materia ética.

Teniendo en cuenta esta diversidad de momentos y escenarios intelectuales, cobra mayor sentido sostener que Ross, pese a pertenecer al movimiento realista escandinavo, propuso un realismo con importantes particularidades. Principalmente, la de proponer un criterio de vigencia que permitiera sintetizar algunos elementos del realismo psicológico y del realismo conductista¹⁶.

¹⁴ Esta obra fue traducida al inglés como *On guilt, responsibility and punishment* en 1975 por Alastair Hannay.

¹⁵ Todo parece indicar que esta obra aún no está traducida a otro idioma. En castellano el título sería algo similar a *Crimen y Castigo: contribuciones reformatorias analíticas a la parte general del Derecho penal*.

¹⁶ Con esta afirmación, Ross trató de distanciarse de algunas tesis de sus compañeros realistas que se centraron en el aspecto psicológico de la aceptación de las reglas. De igual manera, al hablar de *realismo conductista* Ross hace referencia al realismo americano, respecto del cual su teoría presentó grandes coincidencias; por ejemplo, ambas versiones confían la conformación de los fenómenos jurídicos a la aplicación de los tribunales y consideran esto como factor decisivo en la efectividad social de las reglas. Sin embargo, la versión norteamericana posee una perspectiva escéptica ante las reglas (la versión moderada) y enfatiza la conducta del juez, mientras que Ross consideró que bajo ciertas circunstancias era posible —aunque sin total certeza— la predicción de la norma a aplicar por el juez. Ross sostuvo que la ciencia jurídica, al afirmar que una norma es vigente, realiza la predicción de que tal norma será aplicada por los jueces, pero, como bien apuntan autores como Eugenio Bulygin, su tesis es distinta a la teoría predictiva del Derecho de los realistas americanos: «el concepto mismo de norma es interpretado por los realistas americanos en términos de predicciones de conducta, mientras que para Ross la predicción

Ambos tipos de realismo tienen como criterio de vigencia la correspondencia del contenido normativo ideal con su efectividad social. La diferencia entre uno y otro radica en que el realismo psicológico evalúa la efectividad de acuerdo al hecho psicológico de la interiorización efectiva de la regla —es decir, la vigencia está ligada a la concienciación y no necesariamente a la aplicación de la regla por los tribunales—, mientras que el realismo conductista se centra en la actividad de los tribunales, vinculando la vigencia del Derecho con su aceptación por parte de los jueces¹⁷. Así, Ross afirma que:

Mi punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por la ideología normativa cuyo contenido conocemos¹⁸.

3. ALGUNOS ELEMENTOS CENTRALES DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO ROSSIANA

De entre todos los elementos del instrumental teórico de Alf Ross, se señalarán únicamente tres de ellos, dada su relevancia en el análisis sobre el castigo: su noción de Derecho vigente, su proyecto de ciencia jurídica y su no-cognoscitivismo en materia ética.

solo está involucrada en el concepto de vigencia». ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 344.

¹⁷ Así, en su peor versión, para el realismo psicológico la aplicación del Derecho es solo un reflejo de la vigencia anterior que está interiorizada en los individuos; lo que limita al Derecho a la psicología de cada individuo. Y, para el realismo conductista, la vigencia del Derecho se da en la medida de su aplicación por los tribunales, lo cual toma en cuenta solo el momento de la decisión.

¹⁸ Ross, A., *Sobre El Derecho y La Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, p. 72.

A) EL DERECHO VIGENTE

La noción de Derecho vigente es uno de los elementos esenciales de la teoría de Alf Ross. Esta desafió la noción tradicional de validez y permitió desarrollar otra vía de estudio de los fenómenos jurídicos.

Ross ubicó en el dualismo realidad-validez del Derecho el punto de partida de muchos malentendidos teóricos, ya que este enfrentó el Derecho como fenómeno fáctico al Derecho como norma obligatoria en el mundo del deber ser. Ross intentó reinterpretar en clave empirista la concepción y los conceptos fundamentales de validez y norma jurídica desarrollados, principalmente, a raíz de la postura de Kelsen¹⁹. Ross consideró que Kelsen no había logrado explicar qué significa afirmar que una norma es válida, limitándose a señalar que la validez de una norma se fundamenta en otra, presuponiendo una norma fundamental —arbitraria desde la perspectiva jurídica— de la que deriva la validez de las normas de inferior jerarquía. Ross lleva su crítica hasta el punto de calificar la posición de Kelsen como «cuasipositivista», señalando al realismo jurídico como el positivismo auténtico, ya que el cuasipositivismo (o iusnaturalismo encubierto) y el iusnaturalismo tendrían como factor común una teoría de validez que atribuye al Derecho positivo el elemento metafísico del deber moral de obediencia, no verificable empíricamente²⁰. Es en el contexto de esta reinterpretación que Ross utiliza el término de *vigencia*, para distanciarse de todo lo supone teóricamente la *validez*.

Para la comprensión del Derecho vigente, Ross propuso una analogía respecto del juego de ajedrez. En este juego, una norma se considera vigente cuando recibe adhesión por parte de una comunidad determina-

¹⁹ JORI, M., *Il Método Giuridico Tra Scienza e Politica*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 119.

²⁰ Esta crítica fue presentada en el mundo hispano cuando Ross viajó a Argentina para impartir una conferencia sobre el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural. Esta visita quedó documentada por Genaro Carrió, quien recogió los argumentos esgrimidos por Ross a manera de una discusión ficticia que incluye la posible contestación de un kelseniano, así como las posibles réplicas de Ross y la intervención de un tercero que representaría las críticas más comunes hechas a los realistas escandinavos. CARRIÓ, G. R., «Nota sobre la entrevista de Alf Ross», *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 7, 13, 2009, pp. 187-205.

da; esto sucede porque los miembros de dicha comunidad reconocen la norma como obligatoria y, por tanto, se sienten constreñidos por ella. Así, el desarrollo de la partida no obedece a cuestiones puramente causales, puesto que es central el carácter intersubjetivo con que se lleva a cabo, debido a que manifiesta la manera en la que, al relacionarse con ciertas normas comunes, el cúmulo de acciones individuales se constituye en un todo significativo. Además, la interacción entre las acciones de los miembros con las normas que han sido interiorizadas dota de sentido comunitario a tal interacción. La vigencia en esta metáfora del juego se traduce en que una norma es observada desde un punto de vista psíquico y social, y que, además, es real empírica y fácticamente²¹.

En el caso del Derecho, la vigencia se constituye por dos elementos: (1) el cumplimiento reiterado y observable de una pauta de conducta y (2) la vivencia de dicha pauta como una norma vinculante (aunque esta última queda reservada para los aplicadores del Derecho)²².

La propuesta rossiana apunta a que, a partir de la determinación de lo que es Derecho vigente, es posible interpretar una sucesión de acciones como fenómenos jurídicos que conforman un «todo coherente de significado y motivación». Al respecto, Enrico Pattaro señala que:

... Se puede afirmar que en su obra, norma, validez y eficacia confluyen en el Derecho como realidad social evidente. En efecto: a) la norma es un esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de hechos; b) su validez radica en la posibilidad de poder ser efectivamente utilizada como esquema interpretativo; c) la norma funciona como esquema interpretativo cuando es efectivamente obser-

²¹ Eduardo García Máynez expresa su desacuerdo con la metáfora utilizada por el autor: «El primer reparo que ocurre formular es que las reglas de los juegos no pueden servir como punto de partida de una doctrina sobre lo que el Derecho es, por la sencilla razón de que no pertenecen, al menos normalmente, al ámbito de lo jurídico, sino al de los convencionalismos sociales... No parece, en consecuencia, plausible buscar en ellas o, concretamente, en las de ajedrez, el modelo explicativo del Derecho». GARCÍA MÁYNEZ, E., «En torno a la teoría de Alf Ross», *Crítica Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 1, 127, 1967, p. 6.

²² Asumiendo lo anterior, Ross afirma: «Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias». ROSS, A., *op. cit.*, nota 18, p. 18.

vada, y esto sucede solo cuando es sentida (vivida) como socialmente vinculante (eficacia)²³.

La traducción al inglés de la obra *Om reto g retfaerdighed (On law and Justice)* permitió que estas ideas comenzaran a ser ampliamente debatidas en el ambiente académico²⁴. Tras muchas discusiones y luego de su contacto con la filosofía analítica del lenguaje, Ross llegó a modificar algunas de sus posiciones, recurriendo al análisis del discurso para explicar el ámbito jurídico. Distingue el discurso directivo y el

²³ E. Pattaro, entre otros, también critica la concepción de vigencia que tiene Ross y sugiere que los juristas no pueden adoptar esta noción, «puesto que (en la medida en que) siendo como es una satisfactoria descripción-explicación de la realidad del Derecho (o de ciertos aspectos de ella) pretende ser un sustitutivo de las nociones-idea que de hecho emplean los juristas en su trabajo de “ingeniería social”». PATTARO, E. e ITURMENDI, J., *Filosofía del derecho: derecho y ciencia jurídica*, Reus, Madrid, 1980, pp. 216 y 242.

²⁴ En la década de los cincuenta, Ross comenzó a recibir críticas por parte de importantes iusfilósofos. Entre las más destacadas, se encuentra el trabajo de H. L. A. Hart, «*Scandinavian Realism*», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001. A raíz de este trabajo, Ross se dio cuenta de un uso de la palabra *validez* que no era corriente en el idioma inglés. En danés la palabra que alude al Derecho efectivamente existente es *goeldende* y para hablar del Derecho válido o inválido se utiliza la palabra *gyldig*. Al no encontrar un término equivalente en inglés para el primero decidió utilizar la palabra *valid*, lo que dio lugar a confusiones y a parte de la crítica de Hart. ROSS, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 6, 12, 2008, pp. 217-220. En 1959 Kelsen publica un trabajo en el que intentó defenderse de los ataques de Ross y reafirmar su teoría pura, asegurando el carácter empírico de esta última. KELSEN, H., «Una teoría realista y la teoría pura del Derecho. Observaciones a Alf Ross», en *El Ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 2000. También, Eugenio Bulygin publica una crítica muy importante respecto al problema que plantea la vigencia en relación a la aplicación de las normas. BULYGIN, E., «El concepto de vigencia en Alf Ross», *Revista de Colegios de Abogados de La Plata*, 1963. Hierro propone esquematizar cronológicamente el debate sobre validez de la siguiente forma: (1) Crítica a la noción de «fuerza obligatoria» o «validez». (2) Propuesta de considerar como objeto de la ciencia del Derecho al «Derecho vigente» en lugar de «Derecho válido». (3) Respuesta crítica de Hart y de Kelsen. (4) Aclaraciones idiomáticas de Ross. Rectificación parcial y reconstrucción analítica del concepto de validez. HIERRO, L., *op. cit.*, nota 2, p. 264.

discurso indicativo²⁵, considerando un hecho empírico que las expresiones directivas pueden tener influencia en la conducta de los individuos, por lo que una directiva será válida si es aceptada como tal. Así, la validez, antes caracterizada como un fenómeno psicológico, paso a ser explicada de la siguiente forma:

«Validez» no es un concepto psicológico, sino un concepto metodológico de la lógica deóntica, y expresa el modo como un directivo es «puesto» («set», «gesetzt»); lo que esto último significa se explica por analogía con el modo como las proposiciones, que son tema de la lógica de los indicativos, son «puestas» en el discurso indicativo²⁶.

Lo anterior resulta relevante para comprender su concepto de norma y el papel central que juega la sanción dentro de esta caracterización del Derecho vigente. Una norma «es una directiva que se encuentra en una relación de correspondencia con los hechos sociales²⁷»; esto, por un lado, expresa su sentido directivo y, por otro, enuncia que una norma tiene vigencia, pero también subraya una concepción de las mismas como expresiones lingüísticas del discurso directivo que tienden a influir en el actuar de los otros²⁸. Esto quiere decir que la norma debe venir acompañada de un proceso de interiorización que logre dirigir la conducta:

²⁵ A través del discurso indicativo se pretende describir a partir de algo que se considera real, mientras que el discurso directivo tiene propósitos distintos de la descripción, ya que formula directivas destinadas a guiar la conducta de los individuos. Ambos tipos de discurso difieren de nivel semántico, y la consecuencia más trascendente de su distinción consiste en que las normas pertenecen al discurso directivo, en tanto que del discurso indicativo solo se obtienen proposiciones. Las proposiciones enunciadas por la ciencia jurídica no serían directivas, sino aserciones del discurso indicativo con la estructura «D es Derecho vigente».

²⁶ Ross, A., *Lógica de las normas*, Comares, Madrid, 2000, p. 227.

²⁷ *Ibidem*, p. 107.

²⁸ Según su contenido inmediato y su función en el ordenamiento, las normas pueden clasificarse en tres grupos: normas de conducta, normas de sanción y de competencia. El primer grupo constituye las reglas primarias que, aunque referidas a los particulares, se dirigen a los tribunales. El segundo grupo corresponde a normas secundarias que contienen la amenaza de sanción a los particulares por la violación del derecho sustantivo. Las normas de competencia son normas de organización y atribución de facultades. Sobre estas últimas FERRER, J., *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

«Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los individuos —tanto de los jueces como de los ciudadanos— a fin de que actúen de una cierta manera deseada²⁹».

B) EL PROYECTO DE CIENCIA DEL DERECHO

La concepción sobre el Derecho vigente sostenida por Ross está estrechamente vinculada a su proyecto de ciencia del Derecho. De acuerdo con los presupuestos teóricos planteados, Ross presentó el problema de la ciencia del Derecho a partir de la oposición entre el idealismo y el realismo, proponiendo una refundación de la ciencia del Derecho que se correspondiera con la concepción de cientificidad cimentada en el neopositivismo y en los presupuestos metodológicos del círculo de Viena³⁰: «Nuestro punto de partida es que la “misión” de la ciencia consiste únicamente en estar al servicio de la argumentación racional, suministrándole aserciones científicamente sostenibles y excluyendo, con discriminación crítica, aquellas que no puedan resistir un test científico»³¹.

Partiendo de la distinción entre el lenguaje y el metalenguaje, aplicada a la ciencia del Derecho, Ross plantea la necesidad de que la ciencia jurídica sea distinta del propio Derecho vigente —no se encuentran en el mismo plano y no puede conformarse de proposiciones con la misma estructura—. Este último, sin embargo, ha de ser objeto de la ciencia del Derecho —más precisamente el contenido abstracto de las «directivas»— lo que llevaría a sostener que se trata de una ciencia normativa por su objeto de estudio, aunque no por el hecho de encontrarse constituida por normas.

La ciencia jurídica tiene por propósito la búsqueda del contenido ideal que sirva de esquema de interpretación para el Derecho en acción. Por ello, su misión consistiría en determinar el Derecho vigente a partir

²⁹ Ross, A., *op. cit.*, nota 18, p. 8.

³⁰ Mario Jori afirma que toda la obra de Ross puede de hecho ser considerada como el intento consciente de refundar la ciencia jurídica, en modo tal que sea distinta de la política del Derecho por cuanto sea posible, y que su modo de proceder se dé en armonía con su concepción sustancialmente neopositivista sobre la ciencia. JORI, M., *op. cit.*, nota 19, p. 115.

³¹ Ross, A., *op. cit.*, nota 18, p. 306.

de la búsqueda de una ideología normativa común, a través de la cual sea posible la elaboración de predicciones acerca de la función judicial³². Para Ross es así como se manifiesta su carácter empírico y que, por tanto, podemos hablar de una ciencia, ya que esta elabora proposiciones susceptibles de ser verificadas en el momento de la aplicación de las normas; es decir, en las decisiones en las que se prueban los hechos condicionantes de la norma razonada por el juez³³. Las proposiciones elaboradas por la ciencia del Derecho versan sobre el Derecho vigente, aunque no son ellas mismas Derecho vigente, al no ser auténticas decisiones judiciales³⁴.

Este proyecto de ciencia jurídica se sostiene en la defensa del carácter descriptivo de la misma, ya que debe limitarse a enunciar proposiciones acerca de cómo actuarán los jueces, evitando formular instrucciones que contengan valoraciones. Sin embargo, es frecuente que esto no se cumpla y que las aseveraciones elaboradas en el terreno de la ciencia jurídica sean más bien directivas formuladas con la intención de influir en el actuar de los tribunales; de ahí que fuera crucial para Ross ser conscientes de este riesgo que contamina y entorpece el conoci-

³² Aunque la ideología judicial no es algo bien articulado por Ross, es algo que se asume como un tipo de «compromiso silencioso y compartido» que provee de un soporte institucional para el reconocimiento de validez, de modo similar a la regla de reconocimiento hartiana. PECZENIK, A. y AARNIO, A., en *Alf Ross: estudios en su homenaje*, Edeval, España, 1984, pp. 127-152.

³³ Algunos autores, sin embargo, han puesto en duda que el modelo planteado sea coherente con el marco del neo-empirismo que el autor pretendía seguir. Por ejemplo, Mario Jori señala que «Ross no advierte que su modelo de ciencia jurídica empírica nace con deficiencias (pobrementemente) o incluso desprovisto de contenido empírico y previsibilidad. Ross no se percató de esto principalmente porque no distingue entre las diferentes afirmaciones (universales, individuales) con elementos esencialmente diferentes en el mecanismo previsional; y consecuentemente se equivoca profundamente al aplicar al Derecho la tesis neoempirista de la coincidencia entre el significado y las operaciones de verificación y de la imposibilidad de una “verificación definitiva” de las proposiciones científicas». JORI, M., *op. cit.*, nota 19, p. 170.

³⁴ Sobre esta actividad: «la administración del Derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad». ROSS, A., *op. cit.*, nota 18, p. 135.

miento. Y es que hay que destacar que la cientificidad en los términos señalados, representa para Ross la única vía para poder afirmar la racionalidad del conocimiento. Este presupuesto resulta crucial para entender después su posición frente a la reflexión ética y hacia un proyecto de justificación moral de una institución como el castigo.

De ahí que le resultara fundamental separar este proyecto de ciencia del Derecho, del ámbito de la Sociología jurídica y de la Política jurídica, aunque reconociendo que sus límites no siempre son precisos y hay conexiones relevantes que no se pueden ignorar —por ejemplo, el estudio del Derecho en acción es muy cercano a la sociología jurídica—³⁵.

La filosofía del Derecho, por su parte, pese a ocuparse naturalmente de tres temas fundamentales (el problema del concepto o naturaleza del Derecho, el problema del propósito o idea del Derecho —que denosta como una cuestión propia del Derecho natural— y el problema de la interacción del Derecho y la sociedad), de acuerdo con este proyecto tendría que decantarse por el único tema susceptible de tener carácter científico: el problema del concepto del Derecho abordado desde el método de análisis lógico. Así, se sostiene la conveniencia únicamente de la versión de la filosofía del Derecho analítica, entendida como una metodología que tiene por objeto la consolidación de la ciencia del Derecho descriptiva.

C) LA POSTURA NO-COGNOSCITIVISTA EN MATERIA ÉTICA

Los presupuestos teóricos de Ross implicaron lógicamente la negación de la posibilidad de generar un conocimiento objetivo sobre todas aquellas cuestiones que no lograran pasar el test de la cientificidad. Esto incluyó al ámbito de la Ética.

³⁵ Ross divide la ciencia del Derecho en Sociología del Derecho —se ocupa de los fenómenos jurídicos o el Derecho en acción— y en dogmática jurídica o ciencia del Derecho en sentido estricto —se ocupa del contenido ideal abstracto de las normas—. La sociología jurídica se subdivide en sociología jurídica fundamental, jurídico-técnica, y aplicada o política del Derecho. Asimismo, subdivide a la ciencia del Derecho en sentido estricto, en ciencia del Derecho comparado, historia del Derecho y la dogmática jurídica en sentido estricto que se ocupa del Derecho vigente en una sociedad determinada. PATTARO, E., FARALLI, C. y HERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, nota 11, p. 220.

La postura metaética de Ross fue emotivista, por lo aquellas cuestiones vinculadas a juicios de valor constituían para este autor meras expresiones de sentimientos o emociones sobre un objeto de conocimiento concreto. A su vez, su concepción respecto a las emociones se encuentra dentro de la tradición irracionalista de las emociones, desde la cual estas se consideran fuerzas ciegas, sentimientos pasivos de algo que ocurre en nuestro interior³⁶.

Esto le llevó a ser muy crítico respecto al uso de argumentos de contenido valorativo en cuestiones jurídicas. Quizá su crítica más conocida en esta cuestión es precisamente la que tiene que ver con la idea de justicia en el Derecho y su fuerte presencia en las posturas iusnaturalistas, las cuales —según observa— realizan un uso indiscriminado de la noción de justicia, resultado en la vacuidad de la idea y en que pueda combatirse casi cualquier cosa aludiendo a ella. Aun tratándose de una idea significativa y arraigada en el ánimo humano, suele ir acompañada de una gran carga ideológica tan grande que ha llevado a la humanidad a numerosos conflictos respaldados por un supuesto interés en la realización de la justicia.

Si bien admite que las reflexiones sobre la justicia incluyen elementos relevantes —por ejemplo, la igualdad formal, cercano a la propuesta de Perelman sobre la justicia formal³⁷—, Ross intentó demostrar la incorrección e insuficiencia de las propuestas teóricas sobre la justicia. No es posible precisar el contenido de las categorías de justicia, por lo que las formulaciones sobre justicia e igualdad de mayor aceptación, en realidad, están vacías.

Así, las formulaciones sobre la justicia, para Ross, han de limitarse a los aspectos formales de la aplicación de una norma, mientras que la igualdad tiene sentido en tanto que implica la exigencia de tratar de igual forma a quienes se encuentran en una clase determinada previamente por

³⁶ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Emociones, Responsabilidad y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 29.

³⁷ El criterio de justicia formal de Perelman destacar el tratar del mismo modo a los individuos que pertenecen a una misma categoría, aunque es necesario un criterio de índole material que complemente la fórmula formal. Para tales efectos, Perelman señala criterios como: a cada uno según su mérito, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango y condición, etcétera: los cuales podrían permitir ubicar a los individuos dentro de una categoría. PERELMAN, C., *De la justicia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1964.

la norma. La idea de justicia puede expresarse en términos de lo contrario a la arbitrariedad, ya que lo relevante está en la fijación anterior de ciertos criterios para el trato de los individuos. Dado que la decisión del juez es la única susceptible de verificación, es posible calificarla de justa o correcta, en función de que derive de la regularidad en la actuación del juez —ahí radica la racionalidad—. En todos los demás casos, aludir a la justicia o injusticia tan solo revela un sentir; de ahí las ya clásicas palabras de Ross:

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto... es imposible tener una discusión racional con quien apela a la «justicia», porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto...³⁸.

En los términos antes señalados, ocuparse de un tema como el de la fundamentación del castigo se muestra como una especie de contradicción lógica. Sin embargo, esto cambia al tomar en cuenta ciertas precisiones que Ross realizó sobre sus postulados éticos. Y es que, si bien Ross no abandonó su no-cognoscitismo en materia ética, sí intentó afinar dicha postura y distanciarse de la tesis simplista de que cualquier valoración moral es únicamente una expresión de emotividad.

En primer lugar, señaló que su postura, aunque contraria a defender la existencia de un conocimiento moral, no es equiparable al nihilismo moral que rechaza todo principio y valor moral: «nuestra doctrina es una doctrina metaética sobre la naturaleza de los juicios morales y no hay conexión alguna ni lógica ni psicológica entre tal doctrina y la moralidad de sus partidarios...»³⁹. En segundo lugar, especificó que esta doctrina no tiene conexión con el indiferentismo moral que sostiene la subjetividad: «... la actitud personal que, según nuestra doctrina, es el fundamento último de la moralidad, no se identifica con un capricho arbitrario. Los puntos de vista morales que las personas adoptan obedecen a múltiples determinantes comunes que tienden a producir uniformidad, al menos entre individuos de la misma comuni-

³⁸ Ross, A., *op. cit.*, nota 18, p. 267.

³⁹ Ross, A., *op. cit.*, nota 26, p. 84.