

La validez jurídica en las corrientes tradicionales: el positivismo

1. Normativismo: el acento en los aspectos formales

1.1. Resurgimiento del positivismo a partir de la crítica al iusnaturalismo: el método científico

La centralidad que durante siglos mantuvieron las teorías iusnaturalistas, fundadas en un orden racional, divino o natural, comienza a coexistir, especialmente a partir de la Ilustración, con nuevas aproximaciones que buscan comprender el derecho como un fenómeno autónomo, desvinculado de presupuestos metafísicos o axiológicos. Esta transformación metodológica, que se ve reforzada por el desarrollo del pensamiento histórico y por una cierta pretensión de las ciencias sociales a operar y medirse de manera equivalente o similar a las ciencias empíricas, no elimina el iusnaturalismo, pero sí abre paso a corrientes que privilegian una mirada interna y estructural del derecho. Es en este contexto más amplio donde se inscribe el positivismo jurídico. En las siguientes líneas examinaremos los planteamientos de Hans Kelsen, el autor más emblemático del positivismo normativista.

La crítica que Kelsen y otros positivistas, como Ross o Bobbio, formulan al iusnaturalismo se basa en la confusión que esta corriente genera al no distinguir claramente entre el *ser* y el *deber ser*, lo que motiva la búsqueda de una aproximación alternativa. En términos generales, se acusa al iusnaturalismo de mezclar lo axiológico con lo ontológico, es decir, de no distinguir con claridad entre los valores que deberían guiar el derecho y los hechos que lo constituyen en su realidad práctica.

<https://dx.doi.org/10.5209/ejur.002.04>

La teoría comunicacional de la validez y su aplicación a las interacciones entre la sharía y el derecho español. Natalia Jiménez Arroyo. © Ediciones Complutense, 2026.

Otro punto controvertido es la apelación a un orden trascendente, ya sea dictado por la razón, la naturaleza o Dios. El problema radica en que no se determina de manera clara quién debe encargarse de establecer y definir los contenidos de ese supuesto orden trascendente, y esta indeterminación puede dar lugar a interpretaciones arbitrarias y conflictivas.

Además, algunos autores advierten un potencial peligro en el propio núcleo del iusnaturalismo, porque su insistencia en la adecuación del derecho positivo a una cierta noción de justicia puede resultar éticamente atractiva, pero esta misma virtud entraña un riesgo: la posibilidad de que, en nombre de un supuesto orden justo, universal y trascendente, se justifiquen leyes deleznable que sean contrarias a los intereses de la sociedad en la que se aplican. En este sentido, el iusnaturalismo, al fundamentarse en un ideal abstracto, puede prestarse a abusos que comprometan su propósito original de promover un orden justo (Marcone 2005, 126).

Esto ha provocado las críticas al iusnaturalismo por parte de algunos autores, que señalan que ha habido momentos en que determinadas corrientes iusnaturalistas han favorecido ideales humanistas acordes con la sociedad actual, como la autonomía, la libertad y la igualdad. Sin embargo, en otras ocasiones, ha respaldado «el mantenimiento de injusticias [...] convirtiendo en *natural* aquello que en realidad se reduce a ser la complicidad de los intereses del poder» (Garzón y Laporta 1996, 60).

Si bien estos críticos reconocen que el iusnaturalismo puede percibirse como una base para un discurso crítico frente al *statu quo*, al apelar a la necesidad de establecer un orden distinto del presente, más conforme con el principio de justicia, advierten también de que, en nombre de la naturaleza, Dios o la razón, es posible justificar atrocidades. Por ello, consideran que el iusnaturalismo no proporciona un derecho que garantice de manera inherente la conformidad con los principios éticos de una sociedad determinada.

Lo peculiar de este tipo de crítica es que, en esencia, es de carácter iusnaturalista. Los riesgos que denuncia están relacionados con el temor de que los principios morales que sustentan la legitimidad de un orden jurídico no sean los *principios morales verdaderos*. De este razonamiento se desprende una paradoja: aceptar el planteamiento iusnaturalista, pero temer que en su nombre se promulguen ordenamientos contrarios a la justicia última y verdadera. Así, el iusnaturalismo se enfrenta al dilema de ser un marco que, al tiempo que aspira a la justicia absoluta, puede ser instrumentalizado para perpetuar injusticias en nombre de principios supuestamente trascendentes.

Sea como fuere, en el siglo XIX toman fuerza las tesis positivistas en un esfuerzo por teorizar el derecho al margen de las perspectivas iusnaturalistas, proponiendo aproximaciones basadas en análisis de corte científico. Este movimiento parte de la premisa de que es imposible alcanzar un derecho absolutamente justo, así como es imposible también definir con claridad qué se entendería por tal. En consecuencia, los autores positivistas sostienen que la validez del derecho debe fundarse en criterios formales porque los criterios materiales son inevitablemente subjetivos.

En el surgimiento del positivismo (o quizás sería más adecuado decir su *resurgimiento*, pues Protágoras ya postulaba una filosofía con un marcado carácter positivista) se prioriza el *ser* del derecho frente al *deber ser*. Desde esta perspectiva, el positivismo normativista define el derecho como el conjunto de normas promulgadas por el poder soberano. Con ello, el criterio de validez jurídica experimenta un cambio fundamental: deja de enfocarse en la adecuación del derecho positivo a un ideal justo y trascendente para centrarse en los aspectos formales, como que la norma haya sido dictada por una autoridad legítima y siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

Este giro normativista implica que el derecho abandone la búsqueda de fines inmanentes o su subordinación a valores previos. En términos de validez, lo que prima es un criterio estrictamente formal. Por tanto, bajo esta concepción, la validez jurídica no depende de contenidos éticos o morales, sino de su conformidad con las reglas procedimentales que rigen la creación del derecho.

1.2. Hans Kelsen: la culminación del positivismo normativista

1.2.1. Heredero de la tradición positivista

Aunque el planteamiento de fondo del positivismo ha estado presente en nuestra cultura desde sus inicios, con los sofistas griegos como ejemplo temprano, su desarrollo más completo y sistemático se dio en la Alemania del siglo XIX. Dentro de esta tradición, pero dando un paso más allá mediante un rigor metodológico superior y una búsqueda de pureza conceptual, se enmarca el pensamiento jurídico de Hans Kelsen (Praga, 1881), de quien puede destacarse el dato peculiar de que, aunque se convirtiera luego en uno de los grandes juristas de referencia, su experiencia en la facultad de derecho fue decepcionante y obtuvo notas mediocres, pues se aburría durante las clases y consideraba que los estudios jurídicos carecían de un método riguroso

(Robles 2014, 13). Este descontento fue, sin duda, un catalizador para que dedicara gran parte de su vida a elaborar su *Teoría pura del derecho*, que se caracteriza por estar profundamente influida por el método científico.

El propio Kelsen reconoce la importancia de sus predecesores y manifiesta su admiración por Georg Jellinek, a quien considera una gran fuente de inspiración por haber «sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del estado de la última centuria; en la mayoría de los casos sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio» (2015, 19). Este reconocimiento, aunque pertinente, marca solo el punto de partida para las aspiraciones teóricas de Kelsen, quien consideraba que la tradición positivista era insuficiente y requería una reformulación que aportara mayor rigor, científicidad y objetividad.

En cuanto al rigor metodológico, Kelsen juzgaba los métodos de autores como Gerber o Jellinek como sincréticos y poco rigurosos debido a su enfoque dualista. Frente a esto, el vienés propone un monismo metodológico, que considera el único criterio verdaderamente científico o, al menos, el único con un rigor suficiente para la ciencia del derecho. Además, la falta de objetividad en el positivismo decimonónico también le parecía cuestionable, y señalaba, con razón, que la ciencia jurídica había sido con frecuencia una herramienta al servicio del poder político, lo que comprometía su neutralidad. Para Kelsen, la falta de imparcialidad política de la ciencia jurídica impedía que esta pudiera ser considerada una auténtica disciplina científica. En su obra, deja claro que los postulados políticos de carácter subjetivo no tienen cabida dentro del ámbito de una ciencia jurídica que aspire a ser objetiva y rigurosa (Calsamiglia 1997, 7).

En resumen, Kelsen considera que hasta ese momento no existía una verdadera ciencia del derecho y que esta grave carencia debía ser subsanada. Su *Teoría pura del derecho* representa su esfuerzo por establecer las bases de una ciencia jurídica caracterizada por el rigor metodológico, la neutralidad política y la objetividad.

Con *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen se posiciona como uno de los principales exponentes del positivismo jurídico del siglo xx. Dedicó una enorme cantidad de tiempo, energía y esfuerzo a construir una teoría del derecho que estuviera libre de influencias extrajurídicas, una teoría puramente jurídica, autosuficiente y desvinculada de disciplinas como la sociología, la historia o la economía. Este rasgo es, sin duda, uno de los más destacados de su planteamiento teórico: la necesidad de preservar a la ciencia jurídica de cualquier contaminación política, ética, religiosa, histórica o económica.

Esto no implica, y sería un error reducir su pensamiento a esta idea, que Kelsen negara que las normas jurídicas puedan tener contenido moral, político o ético. Es evidente que tales elementos influyen en la creación de las normas, algo que Kelsen reconoce explícitamente. Lo que sostiene es que, al estudiar el derecho, uno debe atenerse exclusivamente al conocimiento jurídico, sin mezclarlo con otras áreas.

Esta visión supone una ruptura con la tradición, ya que las investigaciones jurídicas anteriores estaban profundamente influidas por consideraciones políticas, éticas, religiosas o sociológicas. Sin embargo, esta aproximación no era completamente nueva, pues enfoques positivistas similares pueden encontrarse en autores como Bierling. Aun así, Kelsen llevó este planteamiento a un nivel de sistematización y rigor inédito hasta entonces. Su propia descripción de la *Teoría pura del derecho* es reveladora:

Nada que no sea lo jurídico interesa a la teoría pura. Nada que no sea la pura norma jurídica creada por los seres humanos puede ser objeto de su análisis. Y, en fin, todo aquello que es objeto del análisis de la teoría pura es pura norma jurídica [...]. Todo lo jurídico es norma y, además, norma positiva (Álvarez 2000, 17).

Este principio constituye el *leitmotiv* de la obra del vienés: el rigor metodológico y el rechazo a la mezcla de disciplinas o a la contaminación del derecho con elementos externos, pues, aunque su obra abarca temas más allá de la ciencia jurídica, como la antropología jurídica o la historia del pensamiento, el hilo conductor en todos sus trabajos es la búsqueda de un método preciso que salvaguarde la autonomía y la objetividad de la ciencia jurídica.

1.2.2. Autonomía, sistematicidad y unidad: los pilares kelsenianos

Para elevar el derecho a la categoría de ciencia, Kelsen propone una teoría autónoma, sistemática y unitaria, capaz de describir la estructura formal de cualquier ordenamiento jurídico positivo. No se trata, como él mismo aclara, de construir una teoría sobre los contenidos del derecho positivo, sino de desarrollar una teoría general que sea descriptiva, neutral y objetiva, características que permitirían superar la confusión entre el ser y el deber ser, un error que atribuye al planteamiento iusnaturalista.

La autonomía de la ciencia jurídica, según el autor, se garantiza mediante el principio de imputación. Este principio se propone como equivalente al principio de causalidad en las ciencias físicas, aunque con una naturaleza distinta, pues mientras que en las ciencias físicas el principio de causalidad establece un nexo de necesidad entre dos hechos (por ejemplo: el suelo está mojado porque ha llovido), en el derecho este tipo de conexión no es adecuado. En su lugar, el principio de imputación establece un vínculo normativo: un acto ilícito está conectado con una sanción, no por causa-efecto, sino porque así lo dispone una norma jurídica.

El principio de imputación delimita el campo de la ciencia jurídica y, a su vez, la protege de la influencia de otras disciplinas como la sociología del derecho, que estudia hechos y conductas sociales, pero no se rige por el *deber ser*. Por tanto, este principio actúa como un criterio metodológico que otorga al derecho su autonomía frente a las ciencias fácticas, sin embargo, no es suficiente para distinguir el derecho de otros sistemas normativos, como la moral o la religión, en los que también se encuentra una relación basada en el deber ser. Para resolver esto, Kelsen introduce un segundo criterio: la especificidad de la sanción, pues según él, la sanción jurídica es heterónoma, es decir, aplicada por sujetos distintos de quien infringe la norma (por ejemplo, cuerpos policiales o autoridades), lo que contrasta con la moral, cuya sanción suele ser interna, como el remordimiento, y aplicada por el propio sujeto.

Así, la autonomía del derecho queda garantizada por dos criterios fundamentales: el principio de imputación y la heteronomía de la sanción. La autonomía, aunque esencial, no basta para dotar al derecho de carácter científico. Es necesario que carezca de contradicciones y que se mantenga coherente ante exámenes de lógica. Kelsen insiste en que la sistematicidad es imprescindible para que el derecho sea considerado una ciencia rigurosa.

El derecho, compuesto por una gran diversidad de normas y elementos, requiere unidad para que el ordenamiento jurídico sea coherente. Mientras que el iusnaturalismo encuentra esta unidad en una autoridad superior (como la ley natural o divina, que otorga legitimidad y cohesión al derecho positivo), Kelsen rechaza esta solución por su carácter trascendente y no científico y, en su lugar, propone la norma fundamental hipotética, uno de los conceptos más controvertidos de su teoría. Esta norma, aunque tiene carácter normativo para respetar la separación entre el ser y el deber ser, no es una norma de derecho positivo, sino un supuesto lógico necesario para dotar de unidad y legitimidad al sistema jurídico. Kelsen llegó a describir esta norma en su obra póstuma

Teoría general de las normas como una *ficción*, lo que subraya su carácter constructivo dentro de su teoría.

En resumen, el autor pretende ofrecer una solución innovadora y rigurosa a los problemas tradicionales de la ciencia jurídica mediante una teoría que, además de ser autónoma y sistemática, encuentra en la norma fundamental el eje que unifica y legitima todo el sistema normativo, sin recurrir a fundamentos trascendentes (Kelsen 2018, 228).

1.2.3. *Validez jurídica en Hans Kelsen: la cesión ante la inclusión de términos sociológicos*

Como representante del positivismo normativista, Kelsen excluye de su aproximación al estudio de la ciencia jurídica cualquier conexión con la religión o la ética, ya que ambas pertenecen, en su opinión, al ámbito de la subjetividad y la ideología, lo que comprometería la objetividad necesaria para una correcta aproximación al derecho. También deben mantenerse al margen disciplinas como la sociología y otras ciencias que no cumplen con los criterios delimitados por el principio de imputación y la especificidad de la sanción, aunque, como señala Robles, la separación pretendida entre sociología y derecho queda justamente en eso: una pretensión, cuando se trata de abordar la validez jurídica (2015a, 339).

Cabe destacar del normativismo, y en particular del normativismo kelseniano que, a pesar de su voluntad de ruptura con el iusnaturalismo, en realidad se asienta sobre bases coincidentes, como la jerarquía de normas y la estructura formal. La diferencia esencial entre ambas corrientes radica en el elemento que, en última instancia, sirve para legitimar la pirámide normativa. En el caso del iusnaturalismo, este elemento es externo al derecho positivo, encontrándose en la divinidad o en la naturaleza. Por el contrario, en el marco del normativismo, el elemento legitimador es el Estado, que, en la propuesta kelseniana, se inserta en la jerarquía normativa a través de la *norma fundamental*, el aspecto más controvertido de su teoría.

Dentro de este esquema general de la ciencia jurídica y tomando en cuenta los fundamentos kelsenianos previamente expuestos, es sencillo identificar dónde reside para Kelsen el fundamento de la validez de las normas: en su existencia y en su obligatoriedad.

Kelsen construye su teoría del derecho desde una perspectiva represiva, definiendo las normas jurídicas como prescripciones acompañadas de sanciones para los casos en que no se cumplen. En este marco, solo el derecho po-

sitivo es válido, lo que significa que una norma, para ser considerada válida, debe estar integrada en el sistema de derecho positivo, excluyendo cualquier elemento ajeno a las normas creadas por los seres humanos. En cuanto a la obligatoriedad, el segundo rasgo esencial de las normas jurídicas, esta deriva de su naturaleza, que consiste en imponer determinados comportamientos (Robles 2015a, 340). Por lo tanto, para Kelsen, la validez jurídica se fundamenta tanto en la existencia de las normas dentro del ordenamiento positivo como en su capacidad para regular conductas específicas mediante la amenaza de sanciones.

Según el normativismo, la validez de una norma depende únicamente de su existencia dentro del ordenamiento jurídico y de su obligatoriedad, sin que sea necesario considerar su contenido. Esto implica que una norma es válida si cumple con los requisitos formales establecidos, independientemente de su valor ético o moral. De este modo, el normativismo excluye cualquier juicio ético en la determinación de la validez de las normas, extendiendo esta indiferencia a la valoración del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Esto plantea algunas preguntas fundamentales: ¿En qué consiste realmente la validez formal?, ¿cuándo puede decirse que una norma cumple con los requisitos de existencia y de obligatoriedad? Al explorar estas cuestiones, nos encontramos con dificultades que desafían tanto la pretendida autonomía del derecho como ciencia, como el rigor científico que aspira a mantenerse ajeno a suposiciones externas al derecho positivo.

En la conocida *pirámide de Kelsen*, cada norma encuentra su fundamento en la norma inmediatamente superior. En la base de esta pirámide se sitúan las normas individualizadas (como sentencias judiciales o actos de ejecución), que derivan su validez de reglamentos y leyes superiores, las cuales, a su vez, encuentran su fundamento en la constitución. Sin embargo, la constitución ocupa una posición peculiar dentro de este esquema jerárquico, ya que, aunque respalda las normas que se encuentran por debajo de ella, no puede basar su legitimidad en ninguna norma de derecho positivo superior.

Este vacío genera una contradicción. Para solucionar esta dificultad, Kelsen introduce el concepto de *norma fundamental* (*Grundnorm*) (2013, 173), que sirve como punto de partida hipotético y abstracto para dotar de validez el conjunto del sistema normativo. Sin embargo, la *norma fundamental* es un elemento etéreo y controvertido, ya que no forma parte del derecho positivo ni tiene contenido propio; es simplemente una suposición necesaria para garantizar la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Así, mientras la *norma fundamental* resuelve el problema lógico de la validez de la constitu-

ción, lo hace a costa de introducir un elemento que se aparta del rigor estrictamente científico que Kelsen defendía para su *Teoría pura del derecho*.

La *norma fundamental* propuesta por Kelsen presenta varias características que entran en conflicto con los fundamentos del normativismo. En primer lugar, no es una norma de derecho positivo ni se conoce su origen, ya que lo único que se sabe de ella es que es escueta y que tiene un contenido uniforme para cualquier ordenamiento jurídico: «Hay que obedecer al poder constituyente» (Robles 2015, 341). Esto plantea una dificultad inherente: no queda claro por qué esta norma debería ser más legítima que las normas divinas o naturales propuestas por las corrientes iusnaturalistas. En segundo lugar, a pesar de las intenciones de Kelsen de fundamentar el sistema jurídico en términos estrictamente normativos, la legitimación última recae en un elemento cuya existencia es tan cuestionable como la de los fundamentos trascendentes del iusnaturalismo.

Por ello, a la *norma fundamental* se le pueden atribuir los mismos defectos que Kelsen critica en las leyes divinas o en los derechos naturales defendidos por los iusnaturalistas: es una norma ajena al derecho positivo y no creada por los hombres. Dicho esto, es cierto que existen diferencias importantes entre ambos planteamientos, pues el iusnaturalismo al menos tiene como objetivo alinear el derecho con la justicia, acomodando sus elucubraciones para acercar lo más posible ambas nociones. En cambio, el normativismo positivista de Kelsen no persigue este propósito dado que, al no buscar un vínculo entre el derecho y la justicia, termina validando cualquier contenido normativo, a pesar de depender de artificios conceptuales similares a los del iusnaturalismo.

Además, aunque Kelsen basa la legitimación de las normas y del ordenamiento jurídico en dos elementos esenciales, la existencia y la obligatoriedad, introduce también un tercer elemento que desempeña un papel clave en su teoría de la validez: la eficacia. La eficacia se entiende como la aplicación real y efectiva de las normas en la práctica, lo cual viene a consistir en que una norma es eficaz cuando sus destinatarios cumplen con lo que ella prescribe.

Si bien el *vienés* no fundamenta directamente la validez en la eficacia, como lo hacen los realistas y los sociólogos del derecho, sí la considera un elemento condicionante para la validez, aproximándose en este punto, aunque de forma matizada, a ciertas ideas que se desarrollarán posteriormente en las corrientes realistas, para las cuales la eficacia es el criterio primordial de la validez jurídica (Kelsen 2013, 50-52). El lugar que ocupa la eficacia en la teoría pura kelseniana pone de manifiesto la tensión inherente entre su búsqueda

de pureza metodológica y la necesidad de vincular las normas con la realidad social en la que operan.

Para reflejar con precisión la postura de Kelsen, es fundamental destacar que, según su concepción, la validez de las normas jurídicas requiere un cierto grado de eficacia en la realidad. No obstante, su posición respecto a este requisito experimentó una evolución significativa entre la primera versión de la *Teoría pura del derecho* (1934) y la edición revisada de 1960.

En la edición de 1934 el autor sostiene que el ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, debe poseer un nivel mínimo de eficacia y, en consecuencia, un cierto grado de efectividad para ser válido (2013, 50-53), pero no aplica este criterio a las normas jurídicas consideradas individualmente, ya que a su entender, estas son válidas por pertenecer a un ordenamiento jurídico eficaz en su totalidad, siempre que cumplan con los requisitos formales. A pesar de esto, Kelsen enfatiza que la eficacia no es la razón de validez, sino una condición de validez, lo que marca una distinción sutil pero importante y lo aleja de las posturas realistas.

Esta posición recibió críticas, ya que puede cuestionarse la consistencia de exigir eficacia al conjunto del ordenamiento, concebido por Kelsen como una *mera* suma de normas jurídicas, sin requerir lo mismo para las normas individuales. Ante estas objeciones, Kelsen revisó su planteamiento en la segunda edición de *Teoría pura del derecho* (1960). En esta revisión, además de exigir eficacia para el ordenamiento jurídico como un todo, la demanda también se extendió a cada norma jurídica individual. Según este nuevo enfoque, la eficacia es una condición necesaria para la validez, que, junto con la obligatoriedad, define la existencia de las normas. Es decir, una norma que nunca se ha aplicado no puede considerarse existente ni obligatoria, ya que la existencia y la obligatoriedad requieren un mínimo de aplicación efectiva en la realidad.

Con esta modificación se introduce una conexión entre la validez jurídica y la aplicación real del derecho, rompiendo así las barreras que había intentado establecer entre la teoría del derecho y la sociología jurídica, ya que al ligar la validez con la eficacia, se desplaza al ámbito del *ser*, lo cual entra en contradicción con su afirmación de que la teoría del derecho debe mantenerse exclusivamente en el terreno del *deber ser* (Kelsen 2013, 78-80).

Así, la aspiración de Kelsen de construir una ciencia del derecho autónoma, sistemática y unitaria; desvinculada del iusnaturalismo, de las ideologías y de otras disciplinas, se ve comprometida al abordar la cuestión de la validez. Por un lado, porque la legitimación última del ordenamiento jurídico reposa en la *norma fundamental*, un concepto tan externo al derecho positivo

como la *ley eterna* de Tomás de Aquino o los derechos naturales de Locke. Por otro lado, porque al exigir que las normas tengan un nivel mínimo de aplicación efectiva en la sociedad, introduce inevitablemente elementos propios de la sociología jurídica, entremezclando dos campos que su teoría había intentado separar estrictamente.

2. Realismo jurídico: el derecho factual

2.1. La corriente empirista que conecta el derecho con la realidad social

Como reacción crítica frente al formalismo conceptual característico de la doctrina normativista, durante el siglo xx emerge y se desarrolla el realismo jurídico. Este movimiento encuentra sus raíces en el sofismo clásico, siendo Trasímaco uno de sus principales exponentes. Según se recoge en *La República* de Platón, Trasímaco afirma que *lo justo* no es más que aquello que conviene al más fuerte, una imposición moral de los gobernantes en función de su propia conveniencia (Platón 2013). En su planteamiento, la justicia carece de un carácter trascendente y se reduce a un instrumento del poder para maximizar sus beneficios. De este modo, Trasímaco ofrece una visión del derecho como un hecho, lo que lo convierte en un antecedente indiscutible del realismo jurídico.

Dando un salto cronológico desde la Grecia clásica hasta el siglo xx, el rasgo distintivo del realismo jurídico contemporáneo es su alejamiento de los postulados idealistas sobre el derecho y la obligatoriedad. El realismo centra su atención en la observancia real de las normas en una sociedad. Esto supone que la validez formal, esencial para el normativismo, pierde protagonismo, al igual que la validez material entendida en términos ius-naturalistas como la conformidad de las normas positivas con principios éticos o morales. La piedra angular de la validez, en el marco del realismo, es la eficacia definida como la aplicación efectiva de las normas y su acatamiento en la práctica social.

Esta aproximación otorga un papel central a la función jurisdiccional y a las conductas de los individuos, ya que el derecho se define, delimita y concreta en gran medida a través de las sentencias judiciales. En última instancia, una norma que no se aplica ni se obedece deja de ser propiamente una norma, convirtiéndose en mero papel mojado. Con este planteamiento, el realismo jurídico concede al juez un protagonismo que el normativismo le negaba al

considerarlo un mero portavoz de la ley. Por el contrario, en el realismo se reconoce el carácter constructivista del juez como operador jurídico que, mediante sus decisiones, perfila y llena de contenido las normas. En este sentido, el realismo comparte puntos de encuentro con la TCD, que, por su naturaleza hermenéutica y analítica, también asigna un rol activo al poder judicial en la construcción del derecho. Sin embargo, a diferencia de la TCD, el realismo otorga relevancia, además de a las decisiones de los órganos del Estado, a los comportamientos de los individuos en la sociedad.

El realismo es un movimiento heterogéneo que suele dividirse en tres grandes corrientes: la alemana, la americana y la escandinava, aunque incluso esta división carece de consenso generalizado. Además, dentro de cada corriente existen diferencias doctrinales significativas entre sus autores, lo que dificulta identificar un denominador común que unifique las distintas perspectivas realistas. A pesar de esta diversidad, abordaremos de manera introductoria los postulados de Karl Olivecrona como representante de la corriente escandinava, reconociendo que sus planteamientos tienen notables diferencias con otros autores de la misma familia doctrinal.

2.2. El *derecho como hecho*: el poder de la imaginación

2.2.1. Olivecrona: contexto y pensamiento

Karl Olivecrona (Upsala 1897), desarrolló su vida estudiantil y académica en Suecia. A pesar de que fue fundamentalmente un teórico del derecho, dada la ausencia de cátedras de filosofía del derecho en Suecia, se incorporó como profesor de derecho procesal. Esto, junto a su actividad profesional como abogado, le llevó a estar en contacto constante con el derecho positivo, lo que probablemente influyó en la orientación realista de su pensamiento teórico-jurídico. Se caracterizó por su crítica al derecho tradicional, en el que consideraba que existía un vacío «imposible de colmar tanto en la concepción pura del derecho como en su fundamentación esencial» (2018).

La característica fundamental del pensamiento jurídico de Olivecrona radica en su insistencia en que todo aquello que no sea empírico y factual no existe más que en la imaginación de las personas. Así, entiende el derecho como hecho, idea que da título a una de sus obras más significativas. Conceptos como la voluntad del Estado, el derecho subjetivo o el deber no son, para él, más que construcciones del imaginario colectivo, aunque por estar tan

profundamente arraigados en la conciencia social, las personas actúen como si tales conceptos existieran en la realidad.

Estos planteamientos suponen una ruptura significativa con el normativismo kelseniano, pues si bien Kelsen basa su *Teoría pura del derecho* en la voluntad del Estado como uno de sus pilares fundamentales, Olivecrona rechaza esta idea, calificándola de pura imaginación, «por cuanto no existe una voluntad sobrehumana perteneciente a una entidad colocada por encima de las personas físicas que componen el Estado. Solamente los seres humanos tienen voluntad y cada uno de ellos tiene una voluntad propia» (2018, 24).

En la misma dirección, critica a quienes consideran que el derecho es la manifestación de la *voluntad del pueblo*. Para él, esta noción carece de sustancia, ya que «cada individuo, singularmente considerado, no tiene otra cosa que hacer que ajustar su conducta al derecho si quiere evitar sanciones» (Olivecrona 2018, 26). De este modo, enfatiza que el derecho no es una emanación de voluntades colectivas o sobrehumanas, sino un conjunto de hechos que adquieren significado únicamente a través de su impacto en la conducta humana. Esta visión radicalmente empírica y realista caracteriza a Olivecrona y lo sitúan como una figura central del realismo jurídico escandinavo.

2.2.2. Definiendo el derecho a través de los hechos

El método de trabajo de Karl Olivecrona se basa, como es lógico según los títulos de sus obras, en partir del estudio de los hechos y en asumir que solo aquellos elementos que puedan derivarse de estos son susceptibles de análisis como parte del derecho. Sin embargo, reconoce que la palabra *derecho* abarca hechos pueden ser de distinta naturaleza, lo que dificulta el análisis conjunto. Por ejemplo, el derecho internacional difiere del derecho de la Iglesia, y este, a su vez, del derecho estatal. Para avanzar sin confusiones, Olivecrona limita su análisis al derecho estatal. Una vez realizada esta precisión, imprescindible para evitar equívocos, divide su propuesta en cuatro partes fundamentales:

- Contenido y forma de la norma jurídica.
- Incorporación de las normas a la maquinaria social mediante la legislación.
- Nociones de derechos y obligaciones y su vinculación con el sistema legal.
- Relaciones entre derecho y fuerza.

Mientras Olivecrona se restringe al análisis de los hechos observables en el derecho positivo, dejando de lado otros elementos, como los relativos al derecho convencional, Robles adopta una perspectiva más amplia. La teoría comunicacional, que es el enfoque que usaremos en este trabajo, abarca todos los elementos del derecho posible, lo que incluye no solo aquellos presentes en un ordenamiento jurídico existente, sino también aquellos que podrían potencialmente incluirse en un hipotético ordenamiento jurídico aún no creado. Esta diferencia marca una línea divisoria entre la visión empírica y estrictamente factual de Olivecrona y la perspectiva más amplia y exploratoria de Robles, que se interesa tanto por lo que el derecho es como por lo que podría llegar a ser.

2.2.3. Las normas jurídicas: imperativos independientes

En su análisis de los elementos del derecho el sueco comienza con las normas jurídicas, pero muy pronto se descubre que este elemento fundamental del derecho no tiene existencia más allá de la imaginación colectiva. Así lo explica:

El contenido de las normas jurídicas puede definirse como ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas (p. ej. jueces) en situaciones imaginarias. La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta cuando las situaciones correspondientes surgen en la vida real (Olivecrona 2018, 28).

De esta manera, pone el acento en los aspectos psicológicos que determinan las creencias y los comportamientos de los individuos respecto a la idea de derecho y sus elementos constitutivos. Para él, las normas jurídicas existen únicamente como imperativos independientes que, a través de los rituales asociados a las prácticas jurídicas y de su lenguaje imperativo, generan la impresión de que lo que prescriben debe ser obedecido. Sin embargo, a sus ojos este fenómeno no es más que un proceso de sugestión psicológica. Sobre estos procesos de sugestión se estructuran, en última instancia, las relaciones de poder.

Olivecrona lleva las consecuencias de su análisis bastante lejos al concluir que todas las relaciones jurídicas son producto de la imaginación colectiva, pues no se fundamentan en realidades existentes en el mundo natural, sino en un consenso psicológico creado a partir de palabras *mágicas* que han adqui-

rido fuerza vinculante mediante la persuasión. Es la aceptación de estas palabras como legítimas y necesarias lo que genera el respeto y el acatamiento de las normas jurídicas. Así, el derecho no se apoyaría en fundamentos naturales, sino en procesos psicológicos que atribuyen a ciertos actos, palabras y normas una fuerza obligatoria en el imaginario colectivo. Y, para contribuir a la persuasión psicológica, las normas suelen redactarse en forma imperativa, lo que facilita su función de influir en las conductas de los individuos.

En definitiva, para Olivecrona, las normas jurídicas no son más que la expresión de ideas formuladas bajo una estructura lingüística particular: el imperativo. El uso del imperativo es, según él, una condición necesaria para cumplir con su finalidad de imponer ciertos comportamientos (2018, 28). Así, las normas se presentan en la mente de las personas como directrices que se transmiten a través del *hábito* o la *costumbre*. Este proceso contribuye a que las normas sean percibidas como vinculantes, aunque su verdadero fundamento se encuentre únicamente en la persuasión psicológica que ejercen sobre los individuos.

Es decir, las normas jurídicas, al menos en el sentido en que comúnmente son entendidas por la sociedad, no tienen existencia real fuera de la imaginación colectiva y esta idea se extiende también al concepto de Estado, que según el autor es casi puro misticismo y palabrería. El Estado no es un ser *sobrehumano* dotado de voluntad y capacidad para ordenar. Está compuesto por personas concretas: jefes de Estado, miembros del gobierno, parlamentarios, etc., cada uno de los cuales tiene un conocimiento fragmentado y limitado de las leyes que redactan, votan y aprueban. Por lo tanto, solo mediante la ficción de imaginar al Estado como un ente con voluntad propia puede dotarse de sentido a la teoría del derecho como un conjunto de órdenes emanadas de él.

Además de negar que el derecho consista en órdenes del Estado, Olivecrona va un paso más allá y sostiene que

el Estado no es un poder o entidad que exista con independencia del derecho y, por lo tanto, no puede decirse que el derecho emane del Estado. La organización del Estado se erige sobre normas jurídicas, por lo tanto, el Estado no puede existir sin el derecho y, por ello, carece de sentido sostener que el derecho es una creación del Estado (Olivecrona 2018, 32).

En su análisis, el concepto de Estado es tan metafísico como el de Dios en relación con las normas morales. De la misma manera que se atribuye a

Dios la legitimidad de las normas éticas, se atribuye al Estado la legitimidad de las normas jurídicas, presentándolas como la *voluntad del Estado* o como *órdenes del Estado*. Sin embargo, Olivecrona subraya que el Estado real no imparte órdenes; solo lo hace en un plano metafísico.

Estos razonamientos llevan a una pregunta crucial: si se elimina el respaldo metafísico del derecho, ¿dónde reposa entonces su existencia? Para Olivecrona, la respuesta estriba en los procesos de sugestión colectiva y en el poder persuasivo de las normas jurídicas. Las normas no existen como entidades objetivas, sino como ideas que adquieren fuerza en la medida en que son aceptadas y obedecidas por las personas. Así, el derecho no se fundamenta en una autoridad trascendente, como el Estado, sino en la creencia colectiva en su obligatoriedad y en los mecanismos psicológicos que sostienen esa creencia.

2.2.4. La aplicación de las normas mediante la presión psicológica

Las normas jurídicas, en cuanto a su fondo y forma, son descritas por Olivecrona como *imperativos independientes* de las que es necesario entender cómo adquieren significado social y cómo se integran en la estructura de la sociedad. Este aspecto es fundamental, ya que el objetivo de los legisladores es influir en las acciones de los individuos, y esto, a entender del sueco, solo puede lograrse mediante una influencia directa en las mentes de los ciudadanos. Desde esta perspectiva psicologista, las normas jurídicas, como elementos con fuerza obligatoria, no existen objetivamente, sino únicamente en la mente de las personas.

El acto de legislar, en cambio, no tiene carácter místico; es un proceso real que genera una relación de causa y efecto entre el mundo natural y el nivel psicológico. Sobre esto el autor toma como punto de partida los Estados europeos contemporáneos a él para ilustrar su planteamiento. En estos sistemas, la legislación se produce de conformidad con las normas constitucionales, y, en términos generales, tiene efectos reales en la práctica. La aplicación efectiva de la legislación, según el escandinavo, se debe al respeto que la población siente hacia la constitución en primer lugar, y hacia las normas conformes a esta, en segundo lugar.

Pero ¿de dónde proviene este sentimiento de sumisión a la constitución?, El propio autor reconoce no tener una respuesta clara, pues las causas son múltiples y variadas, abarcando factores tanto históricos como psicológicos. No obstante, independientemente de cuáles sean las causas específicas, cons-

tata que este sentimiento de sumisión existe y se perpetúa a través de una presión psicológica constante ejercida sobre los miembros de la comunidad.

De este modo, las normas jurídicas adquieren su fuerza obligatoria, no por un respaldo trascendente, sino por su capacidad de generar en los individuos un respeto que, aunque intangible, resulta efectivo. La estabilidad del sistema jurídico depende así de un continuo proceso de persuasión psicológica que asegura que las normas sean vistas como obligatorias y, por tanto, respetadas y cumplidas en la práctica.

En esta línea de pensamiento, ni el modo concreto en que se aprueba una constitución ni su origen específico son factores que doten de vigencia o poder a la misma. De hecho, muchas constituciones han sido aprobadas tras procesos revolucionarios o mediante la fuerza, y estos acontecimientos no pueden considerarse causas últimas de legitimación. Para Olivecrona, el establecimiento de una constitución mediante actos revolucionarios no es más misterioso que el proceso ordinario de creación de leyes. En ambos casos, algunos individuos formulan un conjunto de imperativos independientes que reclaman obediencia. En el caso de la legislación, esta obediencia se sustenta en la reverencia que la población profesa hacia la constitución; en el caso de la constitución, la obediencia depende de una aceptación psicológica del nuevo orden.

Así, en el marco de *El derecho como hecho*, no es necesario recurrir a fundamentos trascendentes, principios morales ni teorías como la *norma fundamental* kelseniana para justificar la validez de las normas, pues en la práctica la validez reside en su vigencia y en su eficacia. En definitiva, mientras las normas sean acatadas y efectivas en la regulación de la vida social, son válidas. No es el origen de las normas lo que importa, sino su capacidad para operar en la realidad y de moldear el comportamiento humano. En este sentido, el derecho, como lo concibe Olivecrona, se define más por su funcionalidad y aceptación que por sus fundamentos teóricos o metafísicos.

3. Normativismo, realismo jurídico y TCD: puntos de encuentro

El normativismo kelseniano y la TCD tienen numerosos puntos en común, lo que no puede sorprender, pues una parte de las motivaciones de Robles al desarrollar su teoría del derecho es superar las limitaciones Kelsenianas. El profundo conocimiento que Robles tiene de la tradición jurídica alemana en general y de Kelsen en particular sugiere que, a pesar de las diferencias metodológicas y sustantivas que separan a ambos autores, la influencia del

vienés es inevitable en la construcción de la propuesta comunicacional. Esta influencia, aunque resulte paradójico, se manifiesta en gran medida a través de la búsqueda de caminos alternativos que permitan superar los obstáculos que Robles identifica en la *Teoría pura del derecho*.

Los dos autores comparten una notable disciplina y rigor metodológico, aunque los métodos elegidos sean radicalmente distintos. De hecho, son precisamente estas diferencias metodológicas las que fundamentan las divergencias esenciales entre ambos. Mientras que Kelsen adopta un método formalista y descriptivista, Robles adopta el hermenéutico-analítico, que lleva a una concepción del derecho marcadamente constructivista, pero ambos comparten una pretensión común: alejarse del misticismo propio de las corrientes iusnaturalistas. Este punto de partida compartido genera ciertas similitudes entre la *Teoría pura del derecho* de Kelsen y la teoría formal de Robles. No obstante, cuando se entra en el detalle, las diferencias en los elementos fundamentales de ambas teorías son tan significativas que cabe considerar sus posicionamientos doctrinales como sustancialmente distintos.

En lo que respecta a las posibles conexiones entre el realismo jurídico y la TCD, se observa una evolución interesante. Aunque inicialmente ambos parten de concepciones bastante diferentes del derecho, a medida que la TCD se desarrolla y consolida su estructura, se tienden puentes que acercan a ambas corrientes.

Cuando se analiza la relación entre la TCD y el realismo, resulta indispensable tener en cuenta el carácter heterogéneo de este último. Como señala Llewellyn, no puede afirmarse que exista una *escuela de realistas* propiamente dicha, ya que bajo el paraguas del realismo se agrupan autores con enfoques considerablemente distintos en cuanto a la forma y el fondo de su aproximación al derecho. Sin embargo, podría identificarse un denominador común: el rechazo tanto al normativismo como, en general, a las corrientes axiológicas. En contraposición a la búsqueda del *derecho ideal*, el realismo plantea un giro fundamental: en lugar de ajustar la realidad social a las leyes, propone ajustar las leyes a la realidad social.

En este sentido, el realismo resalta la importancia de la aplicación efectiva de las normas como criterio definitorio de su validez. Este énfasis en la eficacia conecta de algún modo con ciertos aspectos de la TCD, especialmente en lo que respecta al papel activo de los operadores jurídicos y al reconocimiento de la interacción dinámica entre el derecho y la sociedad. No obstante, las diferencias entre ambas corrientes persisten, particularmente en lo que respecta a la perspectiva constructivista de Robles y su interés por explorar el

potencial del derecho en escenarios hipotéticos, una dimensión que generalmente no ocupa el foco central en el realismo.

El realismo jurídico se distancia de manera clara tanto de las concepciones del derecho centradas en un ideal de justicia como de aquellas que giran en torno a las normas, pues se aproxima al fenómeno jurídico de manera empírica, rechazando la metafísica y considerando que las visiones tradicionales del derecho, al centrarse en elucubraciones filosóficas, han estado en gran medida impregnadas de metafísica en lugar de centrarse en los hechos.

En este contexto, resulta interesante analizar si la TCD, que explícitamente se posiciona como no axiológica, podría ser incluida en algún sentido dentro de la corriente realista. Sin embargo, como se explorará más adelante, la TCD distingue entre dos dimensiones de la justicia: la justicia ambital, que, al igual que las corrientes sociologistas, está ligada a coordenadas específicas de tiempo, espacio y sociedad; y la justicia extra-ambital, asociada a la filosofía ética y de carácter potencialmente universalista (Robles 2021, 855). Al hacer esta distinción, Robles marca una clara diferencia con el sociologismo jurídico, separándose de un reduccionismo puramente contextual.

Un aspecto que llama la atención es la insistencia en la obra de Robles sobre la necesidad de garantizar la autonomía del derecho respecto a otras ciencias afines, pues enfatiza especialmente la delimitación entre la teoría del derecho y la sociología del derecho, subrayando que deben evitarse contaminaciones entre ambas disciplinas. Esta delimitación contrasta con el realismo jurídico, en el que se produce un cierto mimetismo entre el estudio del derecho y el análisis sociológico. Esta diferencia se suma a otra fundamental, ya que el realismo se centra en el derecho factual, mientras que la TCD aborda el derecho posible, lo que aleja significativamente a la teoría de Robles de la corriente realista, ya que la propuesta comunicacional no se limita a analizar lo que el derecho *es* en un contexto dado, sino que explora lo que podría llegar a ser en cualquier sistema jurídico hipotético, ampliando su alcance más allá de las limitaciones empíricas que definen al realismo.

A pesar de estas diferencias significativas, no sería descabellado sugerir que existen puntos de convergencia importantes entre la TCD y el realismo dado que coinciden en la pretensión de desprender al derecho de concepciones metafísicas y axiomáticas, priorizando una comprensión más dinámica y funcional. Si bien la TCD mantiene una estructura metodológica y conceptual que la aleja del realismo en aspectos fundamentales, los puntos en común en cuanto a la orientación práctica y la crítica a las visiones tradicionales del derecho justifican un análisis comparativo que permita apreciar

su interacción y posibles influencias mutuas. Además, hay que destacar el rol central que Robles otorga a la acción, considerándola el elemento fundamental del derecho y desarrollando una detallada teoría de la acción que la coloca en el núcleo del análisis jurídico, lo cual establece un nexo evidente con las corrientes realistas, que también priorizan las conductas y los hechos en su comprensión del derecho.