

RIFD

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

serie V - anno LXXXIII  2 - aprile /giugno 2006

ESTRATTO

In dialogo su Nichilismo giuridico

Natalino IRTI

Eikon. Filosofia dell'equità

Amedeo G. CONTE

Ein Kampf ums Recht.

*Una polemica sulla Dottrina pura del diritto
nella Vienna degli anni '20*

Federico LIOTI

*Per un possibile confronto fra logica fuzzy
e teorie dell'argomentazione*

Federico PUPPO



Giuffrè editore

Sobre la inocencia de la metaética. Dos breves reflexiones a partir del punto de vista de la filosofía del derecho en el realismo escandinavo*

1. ¿Son lo mismo el punto de vista interno de Hart y el punto de vista interno de los realistas nórdicos?

Existe una idea, típica del utilitarismo inglés, según la cual tener una obligación consiste en estar sujeto a la probabilidad de sufrir un mal en caso de desobediencia¹. Esto ha sido discutido, entre otros, por Herbert Hart, quien opina que la interpretación predictiva no toma en cuenta que «cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son

(*) Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto “Tradición y renovación en el positivismo jurídico. Análisis crítico de los intentos contemporáneos de rehabilitación”, subvencionado por la Universidad de A Coruña (año 2002) y por la Xunta de Galicia (aprobado el 4 de julio de 2003, código PGIDIT03PXIB10104PR, para los años 2003-2005), del que es investigador principal el Prof. Pedro Serna Bermúdez.

(¹) Según Jeremy Bentham, «éste es mi *deber* de hacer, siendo susceptible de ser condenado, según la ley, si no lo hago: éste es el sentido original, ordinario y propio de la palabra *deber*» (BENTHAM, JEREMY, *A Fragment on Government* (1776), en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), London, The Athlone Press, 1977, p. 496. A su vez, para John Austin, «al estar sujeto a un daño si no me conformo al deseo que tú expreses, estoy *sujeto* u *obligado* por tu mandato, o me encuentro bajo el *deber* de obedecerte. Si, a pesar del daño probable, no me pliego al deseo que tú expreses, se puede decir que desobedezco el mandato o que transgredo el deber que impone» (AUSTIN, JOHN, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832. Hemos seguido la versión castellana *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de J. R. de Páramo Argüelles, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 37).

también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones»². Esta crítica ha sido recogida por Olivecrona, alegando que «es esencial en la idea de obligación jurídica el que la obligación sea antecedente a las medidas coercitivas. Éstas se aplican porque el deber no ha sido cumplido»³. No tener esto en cuenta impide distinguir entre los preceptos jurídicos y los mandatos de un asaltante, igualmente respaldados por la amenaza de un mal si no se ejecutan. Como es sabido, Hart insiste en que no es lo mismo tener la obligación que verse obligado a hacer algo. El enunciado de que alguien tiene una obligación implica la existencia de una regla⁴.

Ante las reglas de un grupo social dado, caben dos tipos de aserción que dependen del punto de vista que adoptemos para considerarlas. Por un lado, es posible considerarlas como un mero observador que no las acepta o como un miembro del grupo que sí las acepta y que las tiene como modelos de conducta. Hart llama a estas perspectivas «punto de vista externo» y «punto de vista interno» respectivamente⁵. El observador externo se puede contentar con observar las regularidades de conducta que se verifican ante

(²) HART, HERBERT L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Se emplea la versión castellana *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 105.

(³) OLIVECRONA, KARL, *Legal Language and Reality*, en AA.VV., *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, New York, Bobbs-Merrill Company Inc., 1962, p. 155.

(⁴) La opción inversa no es correcta, sin embargo. No siempre que existan reglas, la conducta requerida en ellas ha de interpretarse en sentido de tener obligación (HART, H., *op. ult. cit.*, p. 107).

(⁵) *Ibid.*, p. 111. Joseph Raz amplía esta distinción añadiendo un tercer punto de vista no reductible a los otros dos, desde el que es posible formular enunciados que afirman «aquello que se tiene razón para hacer desde el punto de vista jurídico, es decir, lo que debe hacerse si las normas jurídicas son normas válidas» (RAZ, JOSEPH, *Practical Reasons and Norms*, 2.^a ed., Princeton University Press, 1990, que se maneja en su versión castellana *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 204). Este punto de vista, bastante extendido, se refleja, por ejemplo, en el dictamen o el informe emitido por el jurista, donde se señala lo que ha de hacerse de conformidad con el Derecho sin aceptarlo necesariamente como válido (*ibid.*, pp. 205-206). Acerca de los avatares de esta tripartición y su posterior aceptación por Hart (HART, H. L. A., *Introduction*, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1983, pp. 14-15), vid. SEOANE, JOSÉ ANTONIO, *El sistema jurídico en la Teoría analítica del Derecho actual. Una aproximación desde el pensamiento de Joseph Raz (pro manuscripto)*, A Coruña, 2003, pp. 125-129.

sus ojos, así como las reacciones hostiles que normalmente siguen a la infracción de aquéllas, llegando a calcular la probabilidad de que a cierta desviación de la conducta normal siga una reacción hostil. Su visión del problema será semejante a la de quien se sitúa frente a un semáforo y advierte que, cuando la luz verde está encendida, la gente cruza la calle y, cuando roja, se detiene⁶.

Esto es, justamente, lo que pretende Olivecrona para explicar, por ejemplo, el concepto de derecho subjetivo, noción que considera vacía y sin ningún significado, pero que, sin embargo, posee, a su juicio, una notable función social. Para el profesor sueco, palabras como «esto es mío», «es mi derecho», etc., sirven de signos permisivos o prohibitivos según el caso: «La situación — escribe — se podría caracterizar de la siguiente manera. El enunciado de que A es el propietario de este terreno funciona como un *signo permisivo* para él mismo en relación con su terreno; y, al mismo tiempo, actúa como *signo prohibitivo* para el resto. El enunciado es una luz verde para el propietario, una luz roja para los otros»⁷.

Este punto de vista aparentemente externo es, en general, el escogido por los realistas escandinavos para explicar el Derecho, pues consideran, desde la perspectiva de la ontología propuesta por el maestro Hägerström, que es absurdo pensar la existencia de realidades más allá del mundo del espacio y del tiempo⁸. En virtud

(⁶) HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 111-112.

(⁷) OLIVECRONA, K., *art. ult. cit.*, p. 183.

(⁸) HÄGERSTRÖM, AXEL, *Selbstdarstellung*, en *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, vol. 7, ed. de R. Schmidt, Felix Meiner, Leipzig, 1929. Existe traducción inglesa: *A Summary of my Philosophy*, en *Philosophy and Religion*, trad. de R. T. Sandin, London, George Allen & Unwin Ltd., 1964, pp. 31-74. En relación con la cita, *cfr.* pp. 54-60. Acerca de la ontología hägerströmiana pueden consultarse los siguientes trabajos: PATTARO, ENRICO, *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström*, Bologna, Editrice CLUEB, 1974, pp. 29-58; PATTARO, E., *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bologna, Cooperativa Libreria Universitaria, 1985. Existe versión castellana: *Elementos para una Teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, p. 125; MARC-WOGAU, KONRAD, *Axel Hägerström's Ontology*, en *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, R. E. OLSON y A. M. PAUL (eds.), Baltimore-London, 1972, pp. 479-490; CASTIGNONE, SILVANA, *Axel Hägerström. Alle origini del realismo giuridico scandinavo*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. I, G. TARELLO (ed.), Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1971, pp. 253-272; SANDIN, ROBERT T., *The Concept of Reality and the Elimination of Metaphysics*, en *The Monist*, 1966, pp. 87-97.

de ello rechazan todo intento de afirmar la realidad de un presunto mundo del deber ser como algo contrapuesto al mundo del ser⁹. En su opinión, el Derecho no es más que un mero hecho, un fenómeno fáctico¹⁰. Es preciso borrar de la Ciencia del Derecho todo elemento metafísico incompatible con el mundo de los hechos. La labor es ardua porque dicha ciencia está llena de conceptos metafísicos y supersticiones¹¹. En consecuencia, la Filosofía jurídica está abocada a esta labor de limpieza y clarificación del lenguaje jurídico, el cual ha de reflejar hechos y no ideas supersticiosas pertenecientes a un presunto mundo de los valores (el conocimiento práctico no existe como tal)¹². La Filosofía del Derecho es, para

(⁹) A la crítica de este dualismo dedica su obra ROSS, ALF, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1946, cuya versión castellana lleva por título: *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961. A juicio del profesor danés, un buen número de contradicciones de las modernas concepciones iusfilosóficas tiene su origen en el error de concebir al Derecho «al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores» (*ibid.*, p. 15).

(¹⁰) Justamente, toda la obra iusfilosófica de Karl Olivecrona está dedicada a demostrarlo, destacando sus obras *Law as fact*, 1.ª ed., Copenhagen (Einar Munksgaard) - Londres (Humphrey Milford), 1939 y *Law as fact*, 2.ª ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1971, que si bien guardan una notable homogeneidad en sus planteamientos, son obras completamente distintas. Ambas están traducidas al castellano como, respectivamente: *El Derecho como hecho*, trad. de G. Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959 y *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980.

(¹¹) Acerca de la presencia de elementos metafísicos en la Ciencia del Derecho, así como de la necesidad de eliminarlos, vid. HÄGERSTRÖM, A., *A Summary of my Philosophy*, cit., pp. 72-74; LUNDSTEDT, VILHELM, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vol. I (*Die falschen Vorstellungen von objektiven Recht und subjektiven Rechten*), Berlin-Grunewald, Walther Rothschild, 1932, pp. 21-22; OLIVECRONA, K., *Law as fact* (1.ª ed.), cit., pp. 26-27; ROSS, A., *Hacia una Ciencia realista del Derecho...*, cit., pp. 15 ss.

(¹²) Acerca de la imposibilidad del conocimiento práctico, cfr. HÄGERSTRÖM, A., *Om moraliska föreställningars sanning*, Stockolm, Bonnier, 1911, que fue su lección inaugural como profesor de Filosofía Práctica en la Universidad de Uppsala. Está traducida al inglés como *On the Truth of Moral Propositions*, en *Philosophy and Religion*, cit., pp. 77-96; LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Stockolm, Almqvist & Wiksell, 1956, pp. 43-53; OLIVECRONA, K., *Realism and Idealism. Some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy*, en "Law Review", University of New York, 26 (1951), pp. 120-131; y ROSS, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhagen (Levin & Munksgaard) - Leipzig (Felix Meiner), 1933, donde lee-

los realistas, eminentemente actividad¹³. Puede afirmarse, pues, que la perspectiva que estos autores adoptan para estudiar el Derecho es, según la referida distinción entre punto de vista interno y externo, claramente externa. Sin embargo, Olivecrona parece desmentir esto cuando afirma que el aspecto interno del Derecho «constituye una parte esencial del Derecho como hecho». El observador externo «no debe limitarse a mirar el movimiento de millones de personas sobre la tierra y oír los sonidos que hacen al hablar unos con otros. Para comprender lo que está ocurriendo, el

mos que «la conciencia práctica no es una conciencia simple pura [*kein echtes nicht-zusammengesetztes Bewusstsein*], sino sólo una conciencia compuesta [*ein zusammengesetztes Bewusstsein*] que consiste en la vivencia irracional y subjetiva de un "impulso" o "tensión emocional" [*Spannungsgefühl*] junto con una representación de una cosa o de una acción» (p. 429).

(¹³) Escribe Ross: «La filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados. El filósofo del derecho investiga problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. [...] El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira "desde arriba"» (ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, en su versión castellana *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 25-26). Para Olivecrona, la Filosofía del Derecho también ha de ocuparse del análisis de los conceptos jurídicos. En consecuencia, una vez clarificado el lenguaje jurídico, la Filosofía del Derecho deja ya de tener sentido, con lo que su intervención tiene un efecto liberador (cfr. OLIVECRONA, K., *Law as fact*, en AA.VV., *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, Oxford Univ. Press, 1947, p. 554). La inspiración de esta concepción procede de Hägerström, quien ya había dejado escrito que «desde los tiempos de Sócrates se ha sostenido que una de las tareas más importantes de la Filosofía es analizar las nociones que son de uso común para obtener un mundo real de conceptos científicos, que ha de tener coherencia interna. [...] Por tanto, ninguna ciencia que pretenda describir la realidad puede eludir un análisis conceptual de esta clase» (HÄGERSTRÖM, A., *Begreppet viljeförklaring på privaträttens område*, en *Theoria. Tidskrift för Filosofi och Psykologi*, 1 (1935), cuya versión inglesa es la que manejamos: *The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law*, en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1965, pp. 299-300). Asimismo, el propósito de Lundstedt es, a estos efectos, mostrar la insostenibilidad de las concepciones tradicionales de la Ciencia jurídica a través de la crítica de sus conceptos fundamentales (cfr. LUNDSTEDT, V., *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, cit., vol. I, p. 148).

observador debe interpretar lo que los individuos dicen, y penetrar en su mente»¹⁴.

Ross también, en una reseña a *The Concept of Law*, de Hart, aprovecha para contestar las críticas recibidas de él en su artículo sobre el realismo escandinavo¹⁵, afirmando que él ya había señalado anteriormente que «la norma social no sólo presupone una regularidad, sino también que la norma sea sentida como “socialmente vinculante” por los seres humanos que la cumplen»¹⁶. En su opinión, las actitudes y reacciones que Hart describe no son sino las manifestaciones de ciertos sentimientos adquiridos por el individuo en su proceso de socialización: «Hart — escribe — usa la palabra “aceptación” o incluso “aceptación voluntaria” para describir la internalización de la norma»¹⁷.

En la obra de Hägerström y Lundstedt, no se encuentran referencias explícitas a la distinción formulada por Hart, pues su fallecimiento se había producido con anterioridad a la publicación de *The Concept of Law*. No obstante, Pattaro ha señalado que lo que Hart llama aspecto interno del Derecho está muy próximo a la concepción hägerströmiana «a tenor de la cual una norma es la idea de norma (aspecto interno, la llamaría Hart), o sea, la convicción de que existe un sistema objetivo de modos de conducta que debe observarse»¹⁸. Y llega a decir: «Hart tiene algo de realista en el mismo sentido que los realistas escandinavos, por las razones que lo hacen más normativista que Austin y en virtud de su con-

(¹⁴) OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho* (2.ª ed.), cit., p. 205. Siguiendo expresamente a Hart, el profesor sueco entiende que el aspecto interno del Derecho «consiste en la forma de pensar y de expresarse típica de una persona que se considera miembro de la comunidad en que vive, que acepta su sistema jurídico, que adapta, en general, su conducta a las ideas usuales sobre derechos y deberes, y que juzga la conducta de los demás (quizás con cierta severidad adicional) de acuerdo con el mismo canon» (*ibidem*).

(¹⁵) HART, H. L. A., *Scandinavian Realism*, en “The Cambridge Law Journal”, XX-VII (1959), pp. 233-240.

(¹⁶) ROSS, A., Rec. de HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press, 1961, en *The Yale Law Journal*, 71 (1961-62), p. 1188.

(¹⁷) *Ibid.*, p. 1189. Para Ross, el realismo jurídico escandinavo y la filosofía oxoniense «siguen el mismo camino», si bien Hart no alcanza a verlo (*ibid.* p. 1190).

(¹⁸) PATTARO, E., *Elementos para una Teoría del Derecho*, cit., p. 153. En un sentido similar se pronuncia en *Il realismo giuridico scandinavo*, I. Axel Hägerström, cit., p. 193.

cepto psico-sociológico de la norma, que comparte con Hägerström»¹⁹. En otro lugar incluye a Olivecrona: «Como ya he advertido, la idea de deber, analizada por Hägerström, y la teoría de la norma como imperativo independiente, presentada por Olivecrona, ilustran lo que Hart denominaría más tarde, en *The Concept of Law*, “el punto de vista interno” en el Derecho, esto es, el punto de vista normativo de quien acepta las normas como modelos de conducta que deben ser observados»²⁰. Este análisis lo hace extensivo a Ross, cuya concepción de la validez constituye, a su juicio, una manifestación del aspecto interno del Derecho²¹. Castignone cree también que la teoría de Ross y la de Hart son equiparables a estos efectos²². Robert Alexy ha afirmado algo similar al señalar que «que un ejemplo de una combinación de los aspectos externos e internos se encuentra, por ejemplo, en Ross»²³. Para Alexy, lo decisivo del aspecto interno son las disposiciones psíquicas²⁴.

(¹⁹) PATTARO, E., *Legal Realism or Hägerström along with Hart. Some Comments on Bjarup*, en *Rechtstheorie, Beiheft* 9 (1986), p. 268. En su opinión, Hägerström y Hart tienen en común la crítica a la teoría de Austin que interpreta el Derecho como un conjunto de mandatos. Para ellos, el Derecho no puede sino explicarse en términos de normas o de reglas. El mismo poder que dicta las normas está constituido por normas. Según Pattaro, estas reglas son la regla de reconocimiento de Hart, a las que Hägerström llama «reglas constitucionales» o «reglas sobre el ejercicio del poder» (*ibid.*, pp. 264-267). Por lo que se refiere al concepto «psico-sociológico de la norma» que menciona el profesor de Bolonia, ambos, Hart y Hägerström convienen en que toda regla social se verifica una «combinación de conducta regular con una actitud característica hacia esa conducta como un patrón [standard]». Dicha conducta regular constituye, a juicio de Pattaro, el aspecto externo de las reglas, mientras que aquella actitud que la toma como patrón sería el aspecto interno o psicológico. Y concluye: «Por lo tanto, la existencia de una regla es un hecho psico-sociológico» (*ibid.*, p. 265).

(²⁰) PATTARO, E., *Elementos...*, cit., p. 198.

(²¹) *Ibid.*, p. 231.

(²²) CASTIGNONE, S., *Punto di vista interno ed efficacia*, en AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, U. Scarpelli (ed.), 1983, incluido en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, Giappichelli Editore, 1995, p. 331.

(²³) Al efecto menciona la obra de ROSS, A., *On Law and Justice*, cit. (ALEXY, ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburgo - Munich, Karl Alber, 1992; hay versión española: *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, 1994, p. 22).

(²⁴) *Ibid.*, p. 23. Alexy formula una distinción «parecida» a la de Hart, que pretende salvar las ambigüedades en las que ésta incurre. Es la que separa la «perspectiva del participante» de la «perspectiva del observador»: adopta la primera «quien en un sistema ju-

Sin embargo, el mismo Hart, ya en 1959, afirmaba explícitamente que el análisis de Ross es meramente externo²⁵. No es posible asimilar la perspectiva interna con las experiencias psíquicas de vinculación en las que está pensando Ross, el cual «malinterpreta el aspecto interno de las normas como una cuestión de “emoción” o “sentimiento”, como una “experiencia” psicológica especial»²⁶. La línea que divide ambos aspectos no pasa por la división entre comportamiento físico y sentimiento. Adoptar una u otra perspectiva implica la emisión de enunciados completamente diferentes. Una persona ajena al grupo puede observar los comportamientos de sus miembros y llegar a predecirlos. Los enunciados que emita al efecto serán enunciados de hecho externos *sobre* el grupo y la eficacia de sus normas. Pero los miembros del grupo

rídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado», mientras que comparte la segunda «quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un sistema jurídico» (*ibid.*, pp. 30-31).

(²⁵) HART, H. L. A., *Scandinavian Realism*, *cit.*, p. 237. Dicho sea de paso, esto equivale a decir que la distinción entre punto de vista interno y externo es formulada por Hart con anterioridad a *The Concept of Law*, el cual se publica en 1961, mientras que el artículo citado data, como decimos, de 1959. Dada la redacción del artículo de Hart, donde acusa a Ross de no haber comprendido bien la distinción entre punto de vista externo e interno, da la impresión de que esta distinción hubiera sido ya formulada por el autor inglés con anterioridad al libro de Ross *On Law and Justice* (1958). El propio Hart, en *The Concept of Law*, se remite a la obra de WINCH, P., *The Idea of a Social Science*, London, Routledge & Kegan Paul, 1958, pp. 57-65. En efecto, la distinción entre punto de vista interno y externo encuentra su fundamento en la idea desarrollada por Winch de que «la estructura de cualquier sociedad, sus actividades e instituciones, sólo son plenamente comprensibles mediante el conocimiento del significado que tienen para quienes están comprometidos en ellas» (RAMOS PASCUA, JOSÉ ANTONIO, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 118). Su origen parece estar, a su vez, en la doctrina del último Wittgenstein, para los límites de la comprensión del mundo están determinados por los juegos lingüísticos, pues sólo dentro de cada juego lingüístico cabe plantearse una cuestión con sentido (*ibidem*). No obstante, hay que decir que Hart cita también un trabajo suyo de 1955 [HART, H. L. A., *Theory and Definition in Jurisprudence*, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 29 (1955), pp. 247-250], donde, en efecto, Hart esboza la distinción por vez primera (*cf.*: RAMOS, J. A., *op. cit.*, p. 118). Acerca de esta distinción pueden consultarse también PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R. DE, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 323-333, y ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 308-343.

(²⁶) HART, H. L. A., *Scandinavian Realism*, *cit.*, p. 237.

emitirán juicios diferentes que expresen «la crítica de la conducta propia así como la de otros de acuerdo con los patrones regulares de conducta que ellos aceptan como modelo. No solamente reaccionan ante las desviaciones del patrón regular de una manera adversa predecible, sino que tratan las desviaciones como una *razón* para tal reacción y las exigencias de conformidad como *justificadas*»²⁷.

En sentido similar se han pronunciado otros autores, como Jes Bjarup y Aleksander Peczenik. Éste último ha indicado que el análisis de los realistas escandinavos es un análisis meramente externo, lo que supone una notable limitación: «Su tesis central es que todo lo que existe debe ser situado en el tiempo y en el espacio. Los objetos físicos y los procesos mentales existen, mientras que los valores, los derechos, el Derecho válido y demás, no. Consecuentemente, el teórico del Derecho se ve forzado a adoptar un punto de vista externo en relación con el Derecho. Él puede examinar científicamente sólo las creencias de otras personas en el Derecho válido, pero no el Derecho válido en sí mismo. Este hecho constituye una limitación muy seria en su pensamiento»²⁸. Para este autor, las valoraciones tienen, a despecho de los realistas, carácter cognitivo.

En este sentido, Bjarup ha escrito que el error de Hägerström es que su teoría no atiende al discurso normativo, dentro del cual los conceptos jurídicos sí tienen sentido y dejan de ser ilusiones²⁹. Es verdad — advierte Bjarup entrando en la polémica entre Hart y Ross — que éste habla de un comportamiento asociado a ciertas emociones, pero éstas son expresión de vivencias emocionales que no tienen el carácter de objeto y no son lógica y racionalmente fundamentables. Para Bjarup el enunciado de que alguien tiene el deber de pagar sus deudas no es absurdo y no yerra quien lo afirma basado en una norma jurídica: «“Ser obligatorio” — escribe — es la expresión normativa de quien acepta el contenido de una norma y considera también una conducta como medida general»³⁰.

(²⁷) *Ibid.*, p. 288.

(²⁸) PECZENIK, ALEKSANDER, *Introduction*, en “Rechtstheorie”, Beiheft 9 (1986), p. VII.

(²⁹) BJARUP, JES, *Skandinavischer Realismus*, Friburgo-Munich, Karl Alber, 1978, p. 159.

(³⁰) *Ibid.*, p. 160.

La tesis que sostiene que el realismo jurídico escandinavo constituye exclusivamente una aproximación externa al estudio del Derecho parece la más correcta. Pero hay dos puntos que deben matizarse. Por un lado, se puede, en efecto, admitir que las normas jurídicas constituyen una *razón* para la acción. Parece que es sólo una verdad parcial afirmar que los ciudadanos cumplen las leyes debido a ciertos hábitos mentales inoculados a través del influjo psíquico que directa o indirectamente ejercen las leyes. No hay duda de que su cumplimiento viene determinado por muchos factores, entre los que no hay que descartar los de índole psíquica y educativa, puestos de manifiesto por los escandinavos. Sin embargo, en muchas ocasiones, los ciudadanos no actúan mecánicamente, sino que, antecedentemente a la acción —o la omisión—, efectúan una deliberación racional, donde se ponderan múltiples circunstancias que aconsejan o desaconsejan su ejecución. La misma norma jurídica, en su positividad, es una razón más. No cabe duda, además, de que la positivación y formalización de una norma entraña de suyo la apelación al valor de la seguridad, que es una razón para obedecerla, pero no suficiente³¹. El problema se plantea cuando la norma es oscura o contradictoria y lesiona dicho valor de seguridad, o todavía peor, cuando la norma es gravemente injusta o se muestra manifiestamente pernicioso en punto al bien común. Se ha dicho que hay normas jurídicas que son demasiado inicuas para ser obedecidas, pero no por eso dejan de ser jurídicas³². Sin embargo, si

⁽³¹⁾ Cfr. BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 707, donde afirma: «El mero hecho de que una conducta haya sido jurídicamente prescrita no puede constituir *por sí mismo* una razón para realizarla.» Aunque más adelante matiza que «la posible existencia de razones independientes del contenido para hacer lo que el derecho exige que derivan *en parte* del hecho de que lo ha exigido no debe ser pasada por alto en la deliberación de un agente racional» (p. 711).

⁽³²⁾ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 256. A continuación enumera una serie de razones políticas por las cuales conviene más adoptar un sentido amplio de Derecho, que incluya las normas inicuas, que uno estricto, el cual obedece a una manera «demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas» (p. 261). Para Hart, son Derecho todas las reglas que son «válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias» (p. 258). Para que exista un sistema de Derecho son precisas, a su juicio, dos condiciones. Por un lado, las reglas (primarias) de conducta «válidas según el criterio de validez último del sistema» tienen que ser general-

las normas jurídicas tienen como finalidad dirigir la conducta y hay normas que, por su contenido, no deben ser observadas, entonces no pueden ser jurídicas, del mismo modo que no es unidad de medida la que no mide. No hay que desconsiderar, pues, la cuestión del contenido como un aspecto esencial del Derecho. De este modo, una norma que sea en efecto formal y materialmente jurídica será siempre, y no a veces, una razón para la acción.

2. ¿Pueden despreciarse las consecuencias prácticas de la posición teórica del realismo?

La otra matización que debe introducirse es la siguiente. Aun cuando se conceda que los realistas tienen en cuenta el aspecto interno del Derecho, lo desvirtúan de tal modo, que cabe preguntarse si no es absurdo e irracional, después de su crítica, que alguien lo siga asumiendo. En efecto, cuando describen la actividad jurídica de las personas que caen bajo el ámbito del Derecho observan, como no puede ser de otra manera, el hecho de que entre esas personas se dan fenómenos de adhesión a los gobernantes y acatamiento de las normas jurídicas. Incluso admiten la existencia de argumentaciones jurídicas. El problema es que, en el fondo, para ellos todos esos fenómenos carecen de sentido. En efecto, si los valores y los

mente obedecidas. Por otro lado, sus reglas (secundarias) de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación tienen que ser «efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial». Así, pues, los funcionarios se encuentran ante un sistema de reglas válidas dado de antemano del que deben evitar desviarse (p. 145). Esta manera de ver las cosas ha sido matizada por un discípulo suyo, Joseph Raz, el cual adopta un criterio más amplio para identificar las normas pertenecientes al sistema de Derecho. En su opinión, «una norma pertenece a un determinado sistema institucionalizado sólo si fue dictada por los órganos de ese sistema o es aplicada por ellos» (RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., p. 147, cursiva añadida). Es decir, su validez no depende solamente de la autoridad de las instituciones creadoras de normas, sino también, y sobre todo, de las que las aplican. En opinión de este autor, una regla que los tribunales están en completa libertad de pasar por alto o cambiar no les obliga y «no es parte del sistema jurídico». Esto puede suceder en los casos de normas injustas (RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979. Existe versión castellana: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. 146-148).

conceptos jurídicos no existen y no son más que nombres sin referencia semántica, y si no hay fines objetivos ontológicamente justificables en el obrar humano, entonces no hay respuesta racional-objetiva posible para la pregunta de por qué obedecer a las autoridades, cumplir las normas o argumentar jurídicamente. Sólo cabe decir que todo ello se verifica de hecho y lanzar la hipótesis de que el Derecho es un puro fenómeno de fuerza (organizada) que lleva consigo la necesidad psicológica de asimilarlo, mediante la adaptación, como mera condición de subsistencia. Todo esto se desprende de la Filosofía de los escandinavos. Pero la perspectiva interna es una perspectiva de justificación, que es justamente lo contrario de lo que hacen los escandinavos. Negando sentido al sistema jurídico en su conjunto se sitúan fuera de él. Entonces la pregunta que se plantea, si es verdad lo que ellos afirman, es la siguiente: ¿por qué seguir dentro del sistema?; ¿por qué hacer algo absurdo? ¿Qué ocurriría si todos hiciesen suyos los resultados de la destrucción de las realidades aparentes llevada a cabo por el realismo escandinavo?

A propósito de esto último se ha señalado con acierto que en el realismo nórdico se da la paradoja de que el Derecho funciona gracias a que los que lo hacen funcionar no adoptan un punto de vista externo; y que si para los no psicólogos nada fuera verdad ni mentira se generaría la inconsciencia colectiva³³. Por lo tanto, si queremos que el sistema jurídico siga funcionando parece que lo mejor será ocultar este descubrimiento y mantener a los ciudadanos en la ilusión que su actividad ética y jurídica tiene sentido. La misma profesora Castignone, bastante afín a los planteamientos realistas, ha criticado, sin embargo, este punto. Escribe: «En definitiva, se puede decir que para los realistas suecos la máquina del Derecho funciona sobre el engaño: descubrir el truco significa desarmarla»³⁴. John Passmore señala cómo Hume aplicó el mismo método que los escandinavos y decidió que todo eran ficciones: el

⁽³³⁾ OLLERO, ANDRÉS, *Un realismo a medias: el empirismo escandinavo*, en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso), 25 (1984), p. 121. Anota que incoherentemente Olivecrona reconoce que el Derecho en el fondo tiene el sentido de la paz (*ibid.*, p. 101).

⁽³⁴⁾ CASTIGNONE, S., "Il diritto internazionale, pericolo di morte per i popoli?" *Considerazioni critiche sul realismo giuridico svedese*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova*, 1977, pp. 759-771, recogido en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà...*, cit., pp. 257-271. La cita corresponde a la p. 262.

efecto sobre su ánimo «fue desolador; sólo pudo conservar su ecuanimidad haciendo caso omiso de sus descubrimientos y obrando como las demás personas»³⁵.

Sin embargo, ni Hägerström ni sus discípulos han callado ante los resultados de sus investigaciones. Antes bien, lo que han tratado de hacer ha sido justamente todo lo contrario, como lo muestra, por ejemplo, su empeño en publicar en otros idiomas más extendidos científicamente que el suyo propio. Hay en ellos un evidente afán por dar a conocer sus ideas y difundirlas en el ámbito internacional. Más aún, hay para Hägerström un valor esencialísimo en la vida humana que es el conocimiento, al cual bajo ningún concepto se puede renunciar³⁶. Se ha acusado a Hägerström, en una crítica que puede hacerse extensiva a sus discípulos, de ser relativista³⁷. Ante estas críticas, Bjarup — normalmente crítico con Hägerström — ha salido en su defensa alegando que la ética hägerströmiana es una metaética, por lo que carece de todo planteamiento en lo referente a las cuestiones éticas: «La teoría emotiva acepta que no hay valores, por lo que, si esto es correcto, tampoco hay valores relativos»³⁸. Es decir, Bjarup acusa a estos autores de confundir tesis éticas con tesis o teorías metaéticas. Así, en el plano metaético no cabe prescribir que las normas han de obedecerse, ni tampoco que haya que desobedecerlas.

⁽³⁵⁾ PASSMORE, JOHN, *Hägerström's Philosophy of Law*, en "Philosophy", 1961, p. 155. Éste es el clásico desdoblamiento a que se ven abocados los nihilistas que porfían en mantener su teoría cuando lo razonable no es pensar que todos menos yo, incluidos los clásicos, están equivocados.

⁽³⁶⁾ HÄGERSTRÖM, A., *The Truth-value of Christian Dogmatics*, en *Philosophy and Religion*, cit., p. 299. [Este trabajo forma parte de un manuscrito más extenso que Fries tituló *Vår tids religiösa problem* (El problema religioso de nuestro tiempo), recogido en HÄGERSTRÖM, A., *Religionsfilosofi* (Filosofía de la religión), M. Fries (ed.), Estocolmo, Natur och Kultur, 1949]. Estamos preparando un trabajo acerca de la contradicción que entraña la presencia de elementos axiológicos como el mencionado en las obras de los realistas escandinavos.

⁽³⁷⁾ En este sentido, Ernst Cassirer ha dicho: «Con ello [con la teoría de Hägerström] se alza en el campo de las ideas morales como principio fundamental el de un completo relativismo» (CASSIRER, ERNST, *Hägerström*, Gothenburg, 1939, p. 57, cit. por BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus*, cit., p. 59).

⁽³⁸⁾ BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus*, cit., p. 160. Análogamente, en BJARUP, J., *Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerström's Legal Philosophy*, en "Rechtstheorie", 11 (1980), p. 161.

Desde un punto de vista lógico, Bjarup tiene razón. Pero no es posible ser indiferente ante la creencia de que no existen valores. Esta creencia entraña de suyo una desmotivación radical del obrar humano, que queda a merced de los instintos, fuerzas y pasiones, ante los cuales sólo cabe plegarse y seguir sus dictados. Como no podía ser de otra forma, el afán divulgador al que se ha aludido ha traído consigo algunas consecuencias que, por lo que se refiere a Suecia, donde la doctrina realista ha tenido notable éxito, han quedado consignadas en sendos trabajos de Jacob W. F. Sundberg y Annika Lagerqvist Almé. No hay que descuidar, señala esta profesora, el hecho de que «todo miembro de la sociedad está sujeto a sus influencias culturales que no sólo implican concreción, sino también estimulación mental [sic], como la Teoría del Derecho»³⁹. Y añade que el jurista no puede desatender las demandas culturales de la sociedad, a no ser que quiera perder el caso. La objeción que esta autora formula al realismo escandinavo tiene que ver precisamente con su adopción de un punto de vista externo: «Mi principal objeción al realismo jurídico sueco es su incapacidad para tratar de las necesidades específicas de nuestro sistema judicial, en la medida en que constituye básicamente una teoría acerca del Derecho»⁴⁰. A pesar de esa incapacidad, la Filosofía realista ha influido en la formación de la judicatura del país y Lagerqvist trata de mostrarlo a través de dos fallos que a la sazón emitió el Tribunal Supremo sueco, de los cuales extrae la siguiente conclusión: «Esta rama del positivismo llamada realismo jurídico ha conducido a la jurisprudencia a un estudio pasivo de los trabajos preparatorios y de las decisiones judiciales, esperando que tanto los tribunales como los legisladores le provean Ciencia con hechos empíricos, del los cuales se ha de alcanzar el conocimiento del Derecho válido, negando el papel vital de la jurisprudencia como provisor de base teórica y desarrollo [sic]»⁴¹.

⁽³⁹⁾ LAGERQVIST, ANNIKA, *The "Uppsala School" in Sweden*, en "Rechtstheorie", Beiheft 9 (1986), p. 329.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 332.

Sundberg, a su vez, explica cómo las lecciones impartidas por Hägerström en los años treinta constituyeron un auténtico «shock» para sus alumnos, en particular la tesis de que derechos y deberes no son más que supersticiones que no existen de hecho. Comoquiera que lo único que Hägerström encontraba detrás del Derecho era el mero poder, «la consecuencia última del mensaje lanzado por Hägerström fue el nacimiento de una generación de burócratas completamente escépticos acerca de las nociones de bien y de mal, pero naturalmente inclinados hacia todo tipo de poder»⁴². Parece ser, pues, que la función pública acoge una nueva figura de funcionario, el burócrata, que contrasta con el perfil que tenía antes, el funcionario que creía en el origen celestial del Estado sueco legitimado por Dios, el cual obedece a una época en que la Filosofía del idealista Jacob Boström era la que imperaba en Suecia. La Escuela que éste formó fue posteriormente combatida con éxito por la Escuela de Uppsala, fundada por Hägerström, que alcanzó después la hegemonía. En opinión de Sundberg, la Escuela de Hägerström elimina los logros prácticos más significativos conseguidos por Boström: la creación de una burocracia honrada y temerosa de Dios y la instauración de límites a la expansión del Estado. Afirma este autor que «el carácter más notable del realismo escandinavo parecer consistir, así, en su demostrada capacidad para corromper la burocracia con el poder, favoreciendo al mismo tiempo el crecimiento de la misma burocracia y de sus funciones»⁴³.

En términos generales, tal vez quepa concluir que al realismo escandinavo le faltó prudencia. En efecto, si hasta ese momento nadie jamás había dudado, salvo excepciones aisladas, del sentido de los conceptos jurídicos, usados desde tiempo inmemorial, era demasiado suponer que una opinión tan excéntrica pudiera ser correcta. Esta reflexión estaba al alcance de los realistas simplemente observando lo extraño que resulta que ni ellos mismos hubiesen

⁽⁴²⁾ SUNDBERG, JACOB W. F., *Scandinavian Unrealism. A Coreport*, relación presentada al XI Congreso Mundial de Filosofía jurídica y social, Helsinki, 1983, recogido con el título *L'irrealismo scandinavo*, trad. de M. Ripoli, en AA.VV., *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIV, n. 1, junio de 1984, pp. 171-189. La cita, en p. 179.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

logrado prescindir de la terminología jurídica, cosa muy de admirar si, según su doctrina, aquella terminología sólo consiste en palabras vacías sin contenido semántico.

Negar el sentido de las expresiones de valor y toda posibilidad de conocimiento práctico, así como el sentido de los conceptos jurídicos convierte la actividad de quienes obran ética y jurídicamente en un absurdo existencial colectivo, cuyos efectos perniciosos solamente cabría neutralizar a través del ocultamiento, dejando que el común de los mortales siga creyendo que su actividad tiene sentido. Sin embargo, los escandinavos, persuadidos de su misión e imbuidos de la idea de progreso del conocimiento humano difundieron sus teorías, las cuales, habiendo calado en toda una generación de (afortunadamente sólo) juristas suecos, parece haber transformado la función pública sueca en una legión de burócratas al servicio del poder. Sus ideas pueden ser, a la luz de lo dicho, metaéticas. Pero, como se ve, la metaética no es inocente.

OSCAR VERGARA LACALLE
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Piura (Perú)