

ANUARIO

DA FACULTADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Nº 8 - 2004



GALICIA INNOVACIÓN

Plan Galego de Investigación, Desenvolvemento
e Innovación Tecnolóxica
2002-2005



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ANUARIO

DA FACULDADE DE DEREITO
DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Director

José María Pena López

Secretario

Ramón P. Rodríguez Montero

Consejo de Redacción

Miguel A. Caamaño Anido; Jesús Martínez Girón; José Antonio Portero Molina;
Emma Montanos Ferrín; Javier Sanz Larruga; José Manuel Sobrino Heredia;
Agustín Pérez-Cruz Martín; Carlos Martínez-Bujan Pérez; Ignacio Sánchez Cámara;
José Luis García-Pita y Lastres; Xaquín Álvarez Corbacho;
Gloria María Morán García; Eloy Rodríguez Gayán

Edita

Universidade da Coruña
Servicio de Publicacións

Colabora

Xunta de Galicia
Secretaría Xeral de Investigación e Desenvolvemento

Redacción y Administración

Facultade de Dereito
Campus Elviña, s/n
15071 A Coruña

Diseño Portada: Xosé Garrido

Imprime: Tórculo Artes Graficas

Dep. Legal: C-1143-97

ISSN: 1138-039X

1.- ARTIGOS

— HACIA L
EXPORT
SOBRE I
TRANSF
GENÉTIC

Montserrat
Carlos III
Europeos

— LA PRO
EN MÉX
MODEL
UNIFIC

Francisco
Miembro

— EXPRES
ALITER.

Juan Mig

— LA RESI
ESPECL
COMUN

Pilar Alv
Univ. da

— NUEVA
CONTR
DESPID

Alberto
Univ. da

— A RESP
MORTE

Carlos A

— EL RÉG

Alberto
del Mar

— LA OBL
EL DER

Javier B

CIENCIA JURÍDICA, VALORACIÓN Y METAFÍSICA. UNA CUESTIÓN RECURRENTE EN EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO*

Oscar Vergara Lacalle

I. PLANTEAMIENTO

Uno de los elementos que Bobbio considera característicos del positivismo jurídico consiste en que su metodología es, o pretende ser, «avalorativa». Con este calificativo, el mencionado autor hace referencia a la exclusión terminante que de los juicios de valor debe hacer, o por mejor decir, tiene que hacer —con ello resaltamos el carácter técnico de la expresión— el científico del Derecho si lo que se propone es seguir siendo científico del Derecho, cabiéndole únicamente pronunciar juicios de hecho, entendidos éstos como una «toma de conciencia de la realidad», siendo su fin el de informar o «comunicar a otra persona algo que yo he constatado»¹. Por el contrario, los juicios de valor, según el modo de ver las cosas del positivismo representan una «toma de posición frente a la realidad», y su finalidad es la de influir en la voluntad de otra persona, «es decir, hacer que el otro lleve a cabo una elección como la mía y eventualmente siga mis prescripciones»². Se considera que estos juicios son «subjetivos (o personales) y por lo tanto contrarios a las exigencias de la objetividad»³. Bobbio explica que el signo que distingue a la Modernidad de los tiempos precedentes es una diversa actitud frente a la naturaleza, por la que se renuncia a una actitud moralista o metafísica y se abandona la concepción teleológica (finalista) de la naturaleza, la cual se trata de comprender por métodos puramente experimentales. Del mismo modo, las Ciencias sociales tratan de explicar la conducta humana sólo en términos descriptivos⁴. En lo que se refiere al ámbito jurídico se estudia el Derecho «real», esto es, el positivo, sin que quepa científicamente distinguir entre su justicia y su injusticia.

* 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 BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Turín, Giapichelli, 1979, p. 155.

2 *Ibid.*, pp. 155-156. El profesor italiano pone el siguiente ejemplo. Si ante el color rojo que toma el cielo en el ocaso, yo digo «el cielo está arbolado», pronuncio un juicio de hecho; si, sin embargo, digo «este cielo arbolado es bello», se puede afirmar que hago un juicio de valor.

3 *Ibid.*, p. 156.

4 *Ibidem.*

Junto con este elemento de índole metodológica, Bobbio señala que el positivismo jurídico constituye también una teoría del Derecho, fruto de la aplicación del mencionado método⁵; y que participa de un inevitable componente ideológico, en la medida en que se entienda que el Derecho debe ser obedecido.

Cae fuera del propósito de este trabajo verificar si en el realismo escandinavo se presentan estos rasgos; antes bien, la presente investigación se ceñirá exclusivamente a examinar si se cumple el ideal avalorativo; teniendo presente que una cosa son las declaraciones programáticas de los realistas a nivel teórico y otra su realización práctica, donde no tiene por qué admitirse *a priori* una correspondencia exacta con aquéllas; y ello no sólo porque los propios realistas, directamente como personas humanas o en su papel de ciudadanos, viven efectuando valoraciones de diverso tipo⁶, cuanto porque en sus conceptos del Derecho late una veta axiológica que en rigor sirve para fundamentar una argumentación jurídica, no sólo racional (en el sentido de discursiva), sino también objetiva.

II. EL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE LA VALORACIÓN SEGÚN LOS REALISTAS

Como principales exponentes del realismo jurídico escandinavo se señalan habitualmente Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y, en algunas de sus obras, Alf Ross⁷.

5 En este punto señala seis posibles tesis que han sido defendidas en el seno de la tradición positivista: la tesis coactiva, según la cual el Derecho está respaldado por la fuerza o la tiene como su contenido; la teoría imperativista de la norma jurídica, para la cual las normas jurídicas están constituidas por los mandatos del legislador; la tesis legalista, en función de la cual se entiende que la ley es la única fuente de calificación jurídica; las tesis de la plenitud y de la coherencia del ordenamiento jurídico, según las cuales el ordenamiento jurídico se autointegra eliminando lagunas y contradicciones internas; y, por último, la tesis de la aplicación mecanicista, que entiende la aplicación judicial como una operación lógica de subsunción (*ibid.*, pp. 171-263).

6 Valorar es inevitable para el hombre. En palabras de Heidegger, «a la estructura ontológica del Dasein le pertenece la comprensión del ser. Siendo, el Dasein está abierto para sí mismo en su ser. La disposición afectiva y el comprender constituyen el modo de ser de esta aperturidad» (HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit* (1927), 17.^a ed., Tubinga, Max Niemeyer Verlag, 1993; se ha seguido la versión castellana: *Ser y tiempo*, trad. de J. E. Rivera, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1997, p. 204).

7 En un principio, Alf Ross se movió bajo la influencia de Kelsen, cuyos seminarios siguió en Viena entre 1924 y 1925. Fruto de este influjo es su tesis doctoral, publicada bajo el título *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Viena, F. Deuticke, 1929, obra dedicada precisamente al autor de la Teoría Pura del Derecho. Posteriormente, es el pensamiento de Hägerström el que hace mella en su concepción del Derecho, lo que se manifiesta en su *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhague (Levin & Munksgaard) - Leipzig (Felix Meiner), 1933, ahora dedicada a Hägerström. Su tercer maestro es el danés Viggo Bentzon, que fue el primero en Dinamarca en formular una teoría realista de las fuentes del Derecho. Fruto de su influjo es, en opinión de algunos, la obra *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhague, Munksgaard, 1946; mientras que su famoso *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1958 sería un compendio de las tres influencias. Cfr. JØRGENSEN, Stig, «Scandinavian Legal Philosophy», en *Rechtstheorie, Beiheft 9 (Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts)*, E. Kamenka, R. S. Summers y W. L. Twining (eds.), Berlín, Duncker & Humblot, 1986, pp. 297-300; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, «Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross», en *Contributi al realismo giuridico*, Milán, Giuffrè Editore, 1982, p. 173; PATTARO, Enrico, «Ultimo saluto a Ross», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1980, pp. 1504-1512.

1. La valoración según Hägerström

Así comienza Hägerström, que puede ser considerado el maestro de todos ellos, su «autoexposición»: «Praeterea, censeo metaphysicam esse delendam»⁸. En su opinión la Metafísica es fuente de confusión permanente en las Ciencias, en particular en las Humanidades. Para llevar a cabo esta tarea de destrucción de la Metafísica, Hägerström parte de la crítica del subjetivismo, que, a su juicio, es la causa misma de las concepciones metafísicas. En opinión de este profesor, la presuposición, comúnmente aceptada a principios del siglo xx, de que lo único inmediatamente dado a nuestro conocimiento son nuestras propias ideas es falsa⁹. Al conocer mis propias ideas —argumenta el profesor de Uppsala—, la realidad dada en el espacio y en el tiempo es presupuesta. En esta realidad espacio-temporal me sitúo yo mismo y mis ideas como algo real. En todo juicio, es presupuesta la realidad de algo o, dicho de otra manera, todo juicio es una aprehensión como real de un estado de cosas¹⁰. Pero no se puede conocer algo como real si no está determinado de alguna manera. Realidad es, pues, determinación. En opinión de Hägerström es imposible concebir algo si no está de alguna manera determinado. Un círculo, por ejemplo, no puede ser concebido como un cuadrado. El principio de no contradicción establece que A no puede ser no A. Al mismo tiempo, «uno no puede, sin contradicción, concebirse a sí mismo como algo meramente concebido. Pero cuando uno concibe su propia existencia como algo al lado de la idea de ella, entonces el mundo del tiempo y del espacio, en el que uno se sitúa a sí mismo, es presupuesto como algo que tiene realidad junto con la idea de ello. Esto es lo que se llama *existencia* [...]»¹¹.

Por lo que se refiere a la cuestión del valor, se desprende el siguiente corolario de que «cuando se consideran el valor y el mundo de la experiencia como reales uno *junto* con el otro, carece [el valor] de determinación»¹². Hägerström considera, por tanto, los juicios de valor como autocontradictorios y postula una teoría emotivista para explicar su uso y función ordinarios. Así, decimos que un objeto es bueno cuando junto con su aprehensión, percibimos cierta sensación de deseo; del mismo modo, de un objeto decimos que es malo si lo que nos causa es una sensación de aversión, siendo así que aquel deseo y esta aversión no constituyen actos de naturaleza cognoscitiva: «El “juicio de valor” —escribe— sólo es en realidad una expresión en modo indicativo de un sentimiento o de voluntad en tanto que pertenece al objeto o a la acción [consideradas valiosas], que tiene el significado de que evoca en nosotros el correspondiente deseo o

8 HÄGERSTRÖM, A., «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, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1964, pp. 31-74. La cita pertenece a la p. 33.

9 Su crítica, aunque esto ha sido discutido (cfr. SANDIN, R. T., «The Founding of the Uppsala School», en *Journal of the History of Ideas*, 1962, pp. 504-508), se halla contenida en HÄGERSTRÖM, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung*, vol. I (*Die Realität*), Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908, así como en HÄGERSTRÖM, A., *Botanisten och Philosophen. Om kunskapsfilosofiens nödvändighet (El botánico y el filósofo. Sobre la necesidad de la filosofía del conocimiento)*, Estocolmo, Bonnier, 1910. Sobre este punto, vid. HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *cit.*, p. 37.

10 La primera formulación de esta tesis se halla, con su lenguaje característico, en HÄGERSTRÖM, A., *Das Prinzip der Wissenschaft*, *cit.*, p. 27.

11 HÄGERSTRÖM, A., «The Philosophy of Axel Hägerström», (sinopsis realizada por Hägerström para la obra *Filosofiskt lexikon*, Alf Ahlberg (ed.), Estocolmo, Natur och Kultur, 1933), se contiene como apéndice en *Philosophy and Religion*, *appendix B*, *cit.*, p. 314. Asimismo, vid. HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *cit.*, pp. 38-60.

12 HÄGERSTRÖM, A., «The Philosophy...», *cit.*, p. 315.

voluntad»¹³. «Existencia y valor —dice en otro lugar— tienen significados completamente disímiles. Por tanto, el valor no puede ser incluido dentro de la existencia. Una autoridad o norma morales, como realidades que son buenas en sí mismas, son objetivamente hablando algo absurdo»¹⁴. Él considera que lo absurdo es lo metafísico, y que hay que eliminarlo de la Ciencia. Se lamenta de que «la Metafísica predomina no sólo en la Filosofía, sino en la Ciencia en general. Sin embargo no es nada más que una serie de combinaciones de palabras en relación con las cuales nada sabe el metafísico»¹⁵. Con un ejemplo tomado del propio Hägerström, decir «es bueno tener un tonel de patatas» es, desde un punto de vista valorativo, lo mismo que decir «¡qué bueno es estar en posesión de un tonel de patatas!» o que decir «¡ah, ojalá tuviera algo así!»; donde se puede apreciar el carácter emotivo de aquella expresión¹⁶.

En conclusión, comoquiera que no puede hablarse de objetividad en materia moral, la Ciencia que se ocupe de ella «no puede consistir en una enseñanza moral [preceptiva], sino sólo una enseñanza [sociológica] acerca de la moralidad»¹⁷.

2. La valoración según Ross

Estas ideas son recogidas por Ross, que, al igual que Lundstedt y Olivecrona, es tributario de las bases filosóficas establecidas por Hägerström. El profesor danés, en el libro que le dedica, habla de la «Ciencia de los fenómenos morales» o «Etología» (*Ethologie*)¹⁸. No puede haber —considera el profesor danés— una Ciencia propiamente moral o «ética científica» (*wissenschaftliche Ethik*), porque «toda especulación sobre lo prácticamente válido (*praktisch Gültige*) es sólo una ilusión cognitiva, unos *fata morgana* intelectuales, que pueden ser quizás edificantes para una humanidad ávida de Metafísica, pero nunca para la verdad»¹⁹. Esto no significa para él que haya que desechar toda la Filosofía moral desde Aristóteles hasta Bergson, ya que es improbable que cabezas tan ilustres fracasaran completamente en su intento de aportar alguna contribución a la Ciencia. Por ello ha de concedérseles «cierto valor de verdad» (entendemos que teórica) a sus construcciones²⁰, si bien no sirven «como conocimiento práctico». En

13 *Ibidem*. La aprehensión de un mandato, por ejemplo, opera en nosotros por medio de la sugestión que nos incita a realizar la acción. Más detalladamente, *vid.* HÄGERSTRÖM, A., *Om moraliska föreställningars sanning*, Estocolmo, Bonnier, 1911, donde se publica la 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, especialmente p. 88. Las obras más significativas en esta materia, aparte de la que se acaba de citar, son HÄGERSTRÖM, A., «Kritiska punkter i värdepsykiologien» (Cuestiones críticas en la Psicología del valor), en *Festskrift tillägnad E. O. Burman*, Uppsala, K. W. Appelberg, 1910 y HÄGERSTRÖM, A., *Till frågan om den objektiva rättens begrepp* (Sobre el problema del concepto de Derecho objetivo), vol. I (*Viljeterien*), (Teoría de la voluntad), Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1917.

14 HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth...», *cit.*, p. 87.

15 HÄGERSTRÖM, A., «A Summary...», *cit.*, p. 60 (en el original todo en cursiva). En el mismo lugar define más precisamente el concepto de Metafísica: «Podríamos llamar Metafísica a toda perspectiva que hace de la misma realidad algo real —la realidad en sí misma (*an sich*)—; ora se hable llanamente del ser puro, ora, atendida cierta cosa real en particular, se considere su realidad como una propiedad al lado de otras».

16 *Ibid.*, p. 70. De manera desconcertante, Hägerström distingue la expresión «es bueno tener un tonel de patatas» de la siguiente: «tener un tonel de patatas garantiza la posibilidad de satisfacer la necesidad o el hambre», que considera algo «completamente distinto de la aserción de que el objeto es valioso» (*ibidem*).

17 HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth...», *cit.*, p. 96.

18 ROSS, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis...*, *cit.*, pp. 434 y 436.

19 *Ibid.*, p. 435.

20 A las que Ross reconoce «ser depositarias no sólo de experiencia (*Erfahrung*), sino también de comprensión (*Einsicht*)» (*ibid.*, p. 436).

todo caso, no debemos contentarnos con una labor negativa de crítica que nos lleve a eliminar sin más la Ética. En su lugar ha de establecerse otra cosa, a saber, la Ciencia de los fenómenos morales o Etología, que considera a éstos como «fenómenos psicofísicos en un organismo psicofísico»²¹.

Siguiendo la doctrina postulada por Hägerström, Ross considera que la valoración no tiene carácter cognitivo, sino que «expresa una respuesta de conducta [*behavioristic reaction*] del organismo que es causada por la cosa [presuntamente valiosa] en combinación con un conjunto de predisposiciones (educación, ambiente, etc.)»²². Según este profesor, la cosa y la valoración están en el mismo plano lógico. Ambas se encuentran en el mundo donde las cosas existen y mantienen una relación causal. Entre ellas se sitúa el «propio cuerpo de uno» (*one's own body*), cuya respuesta de conducta constituye, como decimos, la actitud de valoración. Esta actitud «está ella misma lógicamente constituida por ciertas “experiencias”. Pero éstas se refieren solamente al organismo mismo y a sus reacciones. Ésta es la razón por la que se llaman emociones»²³.

Para justificar la objetividad los valores no es suficiente el acuerdo intersubjetivo, el cual consiste en cierta uniformidad subjetiva que puede ser explicada de otra manera. Por la misma razón, el desacuerdo no excluye a la inversa la objetividad de los valores. De lo que se trata es de establecer la posibilidad de verificarlos con base en la experiencia. Es necesario «estudiar si el valor constituye un ámbito cualitativo [*quality-sphere*] perteneciente a ciertos objetos»²⁴. Pues bien, para Ross, esto no es así porque ello conllevaría la posibilidad de distinguir, en virtud de su valor específico, entre dos objetos idénticos bajo cualquier otro aspecto. Es decir, sería posible discriminar en función de su valor estético dos pinturas idénticas en todo lo demás (tamaño, colores, etc.); igualmente sería posible establecer la diferencia entre dos acciones con arreglo a su valor moral, aun en el caso de que en lo demás fueran semejantes; también, por último, podrían distinguirse dos sujetos similares sólo por su bondad. Todo esto es evidentemente absurdo para el profesor danés, lo que prueba que «la cualidad de valioso no puede constituir un ámbito de cualidad objetivo basado en una experiencia específica adscriptible a ciertos sujetos por añadidura a sus cualidades naturales de color, forma, tamaño, etc. Por tanto, cuando éstas han sido determinadas, el objeto está completamente determinado»²⁵.

De esto se desprende que las proposiciones de valor, por no ser verificables, carecen de significado. Nada se afirma con ellas que determine el objeto, por lo que no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Las proposiciones de valor, en fin, no tienen naturaleza lógica²⁶. Es, a su juicio, un grave malentendido confundir las proposiciones de valor con proposiciones asertivas basadas en la experiencia de ciertas cualidades objetivas: «Ellas [las proposiciones de valor] no sirven para comunicar conocimiento, sino para expresar una actitud y para producir la misma actitud en otros. El lenguaje aquí no tiene una función simbólica, sino sintomática y sígnica (*symptomatic and signalizing*)»²⁷. Pero una regla lógica básica dice que solamente las aserciones y su enunciado lingüístico pueden

21 *Ibid.*, pp. 436-437. Para Ross, «la Ciencia moral debería ser una rama de aquellas Ciencias que tradicionalmente se ocupan de estos fenómenos, es decir la Psicología [...] y la Sociología» (*ibid.*, p. 437).

22 Ross, A., «On the Logical Nature of Propositions of Value», en *Theoria*, 1945, p. 210.

23 *Ibidem*.

24 *Ibid.*, p. 202.

25 *Ibidem*.

26 *Ibid.*, p. 203.

27 *Ibid.*, p. 205.

ser verdaderas o falsas. Una petición, por ejemplo, no puede ser ni verdadera ni falsa. Por lo tanto, aquéllas no tienen naturaleza lógica.

Considera Ross que la Ética del valor es de naturaleza normativa. Decir que algo es valioso implica que debe ser realizado. El valor, la bondad por ejemplo, no puede ser, como pretendía Moore, una cualidad objetiva indefinible, porque entonces la Ética sería una cuestión puramente teórica. Al mismo tiempo, la Ética del valor pretende ser cognitiva, pero esto es una contradicción. Es absurdo pensar que la cognición de cierto estado de cosas implique la prescripción de cierta conducta. Un estado de cosas, a su juicio, no exige nada, sino que es lo que es. Por ello hay que distinguir nítidamente entre lo que es y lo que debe ser. El juicio (falso) de que el hombre busca la felicidad no puede ser normativo, pues se trata de la interpretación de lo que el hombre aspira, no de lo que debe hacer. Por lo tanto, una cognición normativa es absurda, es decir, es metafísica, pues ésta no consiste más en que «construcciones sin significado que sirven para ocultar la contradicción de la idea de una cognición normativa»²⁸.

3. La valoración según Olivecrona

Censurable es también la Metafísica para Olivecrona. Cuando este profesor explica el propósito de la primera edición de su *Law as fact*, afirma que su intención es tratar los hechos como hechos: «Es de primera importancia situar los más elementales y bien conocidos hechos sobre el Derecho en su contexto propio, sin permitir que las concepciones metafísicas aparezcan una y otra vez»²⁹.

Las valoraciones no tienen para él carácter cognitivo. No hay la posibilidad de una moral objetiva. Si existe la ilusión de que se puede hablar en términos de verdad en relación con los valores, ello es fruto de una asociación psíquica entre las palabras que los expresan y los sentimientos. Estas asociaciones «están —escribe— tan arraigadas y tan estrechamente vinculadas a lo que consideramos más valioso en la vida, que se hace muy difícil verlas desde fuera como lo que son, asociaciones y nada más que asociaciones»³⁰. Una cosa es valorar y otra muy distinta conocer³¹. Sucede, sin embargo, que esta distinción es permanentemente oscurecida por la peculiar naturaleza de los juicios de valor, los cuales tienen la forma verbal de juicios, es decir, de «proposiciones verbales acerca de la realidad». Por ejemplo, cuando calificamos ciertas acciones como buenas o como malas, aparentemente les adscribimos la propiedad de bondad o de maldad. Pero es obvio que tal propiedad no se halla entre sus cualidades naturales. Dicho de otro modo, cuando calificamos una acción como buena o como mala lo único que hacemos es proyectar sobre ella nuestra propia actitud emocional. Los juicios de valor carecen de significado, pero éste es suplido por los correspondientes sentimientos, los cuales son enteramente subjetivos. No tiene, pues, sentido preguntarse acerca de su veracidad o falsedad. No son ni verdaderos ni falsos. «Simplemente existen o no, eso es todo»³².

28 *Ibid.*, p. 208.

29 OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.^a ed., Copenhague (Einar Munksgaard) - Londres (Humphrey Milford), 1939, p. 27. En otro lugar habla de «jungla metafísica» (*ibid.*, p. 94). Lo metafísico, en todo caso, es lo contrapuesto a lo científico y lo ajeno a lo fáctico, fuente de toda clase de prejuicios y oscuridades. De ello me he ocupado en VERGARA LACALLE, OSCAR, *El Derecho como fenómeno psicosocial. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004, pp. 79-82.

30 OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, Copenhague, Ejnar Munksgaard, 1940, p. 44.

31 OLIVECRONA, K., «Realism and Idealism: some Reflections on the Cardinal Point in Legal Philosophy», en *Law Review*, Universidad de Nueva York, 26 (1951), pp. 129-130: «La solución [para no incurrir en el idealismo] consiste sencillamente en distinguir cuidadosamente entre *cognición* por un lado y *valoración* por el otro, y autorizándolas en sus respectivas esferas».

32 *Ibid.*, p. 130. Otra referencia al valor como actitud subjetiva hacia un objeto, en OLIVECRONA, K., *The Problem of the Monetary Unit*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1957, p. 150.

Esto no significa que no haya que hacer valoraciones, pues es inevitable que se hagan. En particular, por lo que se refiere a la Ciencia jurídica, hay que tener en cuenta que una de las funciones que el profesor de Uppsala le asigna consiste en la de colmar las lagunas y salvar las oscuridades y contradicciones que eventualmente aparezcan en el ordenamiento jurídico, así como la de preparar el camino del legislador saliendo al paso de los nuevos problemas de la vida³³. Aceptado esto, es inevitable preguntarse qué principios han de regir la producción doctrinal en esta misión. «Aquí —reconoce Olivecrona— no se puede negar que entran en juego valoraciones»³⁴. Cuando se establece una directriz para el juez, necesariamente ha de estar justificada sobre la base de un fin que es considerado valioso. Muchas veces, debido a la índole subjetiva de la valoración, se dice que no es lícito al científico del Derecho hacer valoración alguna. Únicamente se tolera metodológicamente que el juez acuda a los principios a los que en general tiende positivamente la norma jurídica en cuestión. Sin embargo, considera Olivecrona que esta metodología es muy difícil de llevar a la práctica. Cuando se integran lagunas es inevitable realizar juicios propios de valor. Por eso no conviene dejar engañarse en aras de una inalcanzable pureza científica y reconocer abiertamente que se valora³⁵. Las valoraciones son esenciales desde el «aspecto interno del Derecho»³⁶.

Es necesario, en todo caso, «dejar claramente establecido *cuándo* se describe el contenido de cierta norma y *cuándo* se proponen, de propia mano, modelos de conducta al juez»³⁷. Éstos han de estar fundamentados y ha de ponerse claramente de manifiesto su carácter *praeter legem*. Todo lo anterior es válido para las consideraciones de política legislativa. Es bien cierto que los valores sociales son muy difusos y, a menudo, contradictorios entre sí. Una investigación social (*Gesellschaftsforschung*) debe recoger y analizar tales valoraciones y poner de manifiesto cuándo y en qué casos entran en conflicto. No hay ninguna razón, sin embargo, para que el investigador social no tome partido y realice sus propias valoraciones cuando trata de problemas prácticos, siempre y cuando, nuevamente, lo haga abiertamente y no bajo la autoridad de la Ciencia. Se debe exigir siempre una nítida separación entre los juicios de valor y las afirmaciones sobre la realidad. Sólo éstas pueden tener pretensiones de veracidad³⁸. Por lo tanto, tanto el científico del Derecho como el investigador social pueden valorar, pero no hacer Metafísica, es decir, considerar los juicios de valor como afirmaciones acerca de la realidad³⁹.

4. La valoración según Lundstedt

Para Lundstedt, los juicios de valor son también necesarios para desarrollar una Ciencia del Derecho constructiva. Sin embargo, carecen de carácter lógico. En su opinión, el razonamiento, en la Ciencia jurídica, está basado en juicios de valor los cuales, paradójicamente, no tienen naturaleza científica, pues para ello es requisito indispensable que afirmen algo sobre la realidad, cosa que no sucede en el caso de esta clase de juicios. Consecuentemente no pueden ser ni verdaderos ni falsos⁴⁰. «Los juicios de valor

33 OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., pp. 50-51.

34 *Ibid.*, p. 52.

35 *Ibid.*, p. 54.

36 Recoge la distinción hartiana: OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2.ª ed., Londres, Stevens & Sons Ltd., 1971, p. 265. «El "aspecto externo" es la perspectiva de aquella persona que se sitúa fuera de un sistema jurídico vigente, observándolo de modo desinteresado, no movido por sus valoraciones» (*ibidem*).

37 OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, cit., p. 55.

38 *Ibid.*, pp. 55-56.

39 *Ibid.*, p. 57.

40 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised. My Views on Law*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956, p. 45.

se distinguen de los juicios propiamente dichos en que dependen del *sentimiento*, en un sentido [*direction*] positivo o negativo, en la persona que hace el juicio»⁴¹. Si emprendemos una investigación desinteresada y libre de prejuicios, basada sólo en hechos, ésta nunca puede desembocar en afirmaciones del tipo «esto debe hacerse», «alguien tiene culpa» o «aquello es justo». Tales conceptos, deber, culpa y justicia, carecen de todo significado para alguien desapasionado o carente de sentimientos, si es que —apostilla Lundstedt— es dable pensar en una pura máquina pensante. Por tanto, todos esos juicios son subjetivos y faltos de significado teórico, con lo que no pueden ser ni verdaderos ni falsos⁴².

Estos juicios son semejantes a aquellos en que se predica la belleza o la fealdad de un objeto. En opinión de este autor, es obvio que tales juicios serían completamente «ridículos» si la persona que los pronuncia no estuviera poseída por cierto sentimiento de que aquel objeto es bello o es feo. Tales juicios no se pueden realizar sobre la base de cierta cualidad real inherente en el objeto mismo, a pesar de que habitualmente *imaginamos* que hacemos una valoración que descansa directa y objetivamente sobre la cosa. Lo que de hecho sucede es que, llevados del sentimiento, confundimos la concepción con el objeto de la concepción. «En consecuencia, el juicio de valor —la expresión de la *emoción* causada por la *concepción* de la cosa (persona o acción)— aparece ante nosotros como referida a la cosa misma, etc., y no sólo a la emoción que se suscita en su concepción»⁴³.

Como las valoraciones no «tienen nada que ver» con el conocimiento, es correcto que no se admitan en el razonamiento científico, si es que uno ha «decidido» que la Ciencia —dejando de lado las Matemáticas y la Lógica formal— tiene que ser empírica. Otra cosa bien distinta es que las valoraciones se den de hecho como tales, pues es así que su existencia es un hecho verdadero que puede ser objeto de observación y de conocimiento empírico⁴⁴.

Por lo que se refiere a la Ciencia jurídica, Lundstedt advierte que está plagada de conceptos que carecen de todo referente real y que, por lo tanto, no son más que palabras. Eso le permite decir que «no hay ningunos derechos subjetivos, ningunos deberes jurídicos y, en consecuencia ningunas obligaciones y ningunos derechos de propiedad, como tampoco ningún precepto jurídico, mandato jurídico, regla jurídica o como se quiera llamar»⁴⁵.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*. Una crítica a las nociones de justicia y equidad puede verse en LUNDSTEDT, V., *Law and Justice*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1952. Más resumidamente en LUNDSTEDT, V., «Law and Justice: a Criticism of the Method of Justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophie. Essays in Honor of Roscoe Pound*, Oxford Univ. Press, Nueva York, 1947, pp. 450-483. Este artículo está traducido al castellano como «El Derecho y la justicia: una crítica al empleo de la valoración de la justicia», trad. de R. J. Vernengo, en AA. VV., *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 157-211.

43 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised*, *cit.*, p. 46.

44 *Ibid.*, pp. 47-48.

45 LUNDSTEDT, V., *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vol. I (*Die falschen Vorstellungen von objektiven Recht und subjektiven Rechten*), Berlín-Grünwald, Walther Rothschild, 1932, p. 29. A pesar de que tacha de «supersticiosos» y de «fantasías» a estos conceptos, reconoce que no ha podido dejar de utilizarlos en su obra (*ibid.*, p. 30).

III. LA INEVITABLE METAFÍSICA

En las páginas precedentes se ha mostrado cómo, según los miembros más destacados del realismo nórdico, la valoración carece de índole cognitiva y tiene su raíz en el sentimiento. Esta tesis suscita varias líneas de crítica. Cabe pensar, en primer lugar, en afirmar la posibilidad de una verdad práctica, pero esto, evidentemente, no es posible hacerlo en el presente trabajo. Otro modo de proceder consiste en probar que los propios realistas efectúan ellos mismos valoraciones. Pero lo más que podríamos concluir es que en sus sistemas de pensamiento existen juicios que, según sus propias coordenadas epistemológicas, carecen de estatuto científico y que, en consecuencia, habría que considerarlas como elementos espurios y tenerlos por no puestos. Lo más que se podría decir es, pues, que tales autores no son coherentes con el propio pensamiento y, eventualmente, tomar este dato como base para afirmar la relevancia de la valoración en el razonamiento jurídico-científico. En todo caso, habría que extremar la prudencia para no confundir cuándo los escandinavos describen en forma realista las valoraciones que siempre están presentes en el discurso jurídico (es un hecho innegable que sólo un positivismo de tipo mecanicista se atrevería a negar) y cuándo las hacen ellos mismos. Éste, empero, no es el tema. Lo que se pretende plantear a continuación trata de ir más allá. Se trata de saber si estos autores hacen Metafísica. Si esto resultara ser verdad, la acusación sería grave, no tanto porque uno de los rasgos centrales de la teoría jurídica de estos autores es su carácter antimetafísico, sino por los corolarios teóricos que ello entraña. Entendemos por Metafísica, en sentido aristotélico, el estudio del ser en cuanto ser. Los escandinavos pretenden depurar el lenguaje jurídico de toda Metafísica, que no es, para ellos, más que palabrería. En su lugar proponen estudios de tipo psicosocial, donde sólo se describan fenómenos perceptibles sensorialmente. Pero ¿es esto siempre así en los realistas nórdicos o cruzan en alguna ocasión la delgada línea que separa la descripción de la Metafísica? Porque cuando se dice que el Derecho tiene tal naturaleza, que sirve para esto o lo otro, se está diciendo que, de suyo, el Derecho tiene un sentido inherente. Es importante advertir que cuando se determina cognitivamente un fin en el mismo Derecho, un fin que no es proyectado sobre el objeto Derecho por el sujeto que conoce, sino que inhiere en él, entramos en la esfera de lo normativo. En efecto, una esencia finalizada tiene un sentido normativo, pues los fines indican su perfección, lo que debe llegar a ser si quiere ser lo que es. Por lo tanto, la crítica deberá pasar, no tanto por señalar la presencia de valoraciones en sus obras, lo que sólo se hará incidentalmente, cuanto por señalar los lugares donde se hace Metafísica, pues, como decimos, la Metafísica permite realizar juicios de deber ser, que es el resultado opuesto al que los realistas aspiran.

1. El caso de Lundstedt

Para examinar el caso de Lundstedt hay que partir de lo que él llama Ciencia jurídica constructiva⁴⁶. La teoría jurídica de este autor tiene dos vertientes. Una negativa, de crítica de los conceptos jurídicos tradicionales y de las teorías jurídicas que los amparan⁴⁷ y otra positiva, constituida por aquella Ciencia jurídica constructiva.

46 A veces utiliza el término sueco «juridik», al que suele añadir el calificativo de «constructiva», que es una palabra de sentido muy amplio con la que pretende incluir esta actividad en el seno de la jurisprudencia y no en el de la Filosofía del Derecho. Cfr: LUNDSTEDT, V., «El Derecho y la justicia...», *cit.*, p. 205, n. 1.

47 Se contiene fundamentalmente en LUNDSTEDT, V. *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, vol. I, *cit.* y vol. II, 1.^a parte (*Strafrecht. Vertragsrecht. Deliktische Haftung*), Berlin-Leipzig, Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1936. Estos resultados son recogidos también en LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised...*, *cit.*, pp. 23-122.

Hemos visto arriba que los juristas emiten habitualmente juicios de justicia, de deber y de culpabilidad, los cuales constituyen valoraciones que los hace, en opinión de Lundstedt, enteramente acientíficos. El resultado de su aplicación, a través de lo que él llama «método de la justicia», es la falta de regularidad, pues los sentimientos son completamente subjetivos y varían de una persona a otra. En el caso, por ejemplo, de alguien necesitado que roba, la cuestión de si merece o no en justicia castigo dependerá de si las circunstancias del caso se adecuan a los sentimientos de justicia del juez, pero he aquí que los sentimientos de justicia no son unánimes en todos los jueces, como tampoco entre los ciudadanos en general; pues hay quien considera que las circunstancias ambientales son determinantes para la comisión del delito y quien afirma la idea de libertad, subrayando el hecho de que no todos los necesitados roban⁴⁸. Algo similar ocurre en materia de responsabilidad civil, cuando el demandante es extremadamente rico y el demandado pobre y con familia. Tomar en cuenta las circunstancias en un sentido u en otro, basados en un sentimiento de justicia es todo lo contrario al Derecho entendido como orden regular⁴⁹.

Por eso, Lundstedt se pregunta «cómo es posible que la jurisprudencia continúe operando con un método que carece en tan gran medida de todo realismo»⁵⁰. Más adelante añade que dicho método carece de todo beneficio para la organización social: «¿qué puede haber provechoso en un Derecho Penal o en un Derecho de la responsabilidad civil, según el cual la misma conducta merece a veces la condena y a veces no?»⁵¹.

Para Lundstedt, una regla no concuerda con la vida real si no cumple una función socialmente útil y el Derecho de la responsabilidad civil la cumple, pues estimula un cierto sentimiento social de seguridad que hace posible la producción en general y la creación de empresas. A su vez, la institución de la responsabilidad objetiva tiene como finalidad estimular el celo y la diligencia en la prevención de daños⁵². Empero, el método de la justicia desvirtúa todo eso.

En su lugar hay que buscar un método jurídico libre de ideologías jurídicas, un método que se rija «por los mismos principios que las Ciencias naturales». Aun así — reconoce — la Jurisprudencia necesita hacer algunas valoraciones sociales. Pero ¿con base en qué constituir una motivación realista de los contenidos y del mantenimiento de las leyes? Considera Lundstedt que es un hecho «bien fundado» que la actividad jurídica «es realmente indispensable para la existencia de la sociedad, y de esta suerte también necesaria para la gente integrante de la misma»⁵³. Cualquier otro motivo que se establezca para la actividad jurídica es quimérico e ideológico. Su única razón de ser es la de perpetuar la existencia de la sociedad⁵⁴. La Ciencia jurídica constructiva, en definitiva, tiene que tomar en cuenta la finalidad como punto de partida para la actividad jurídica. Para ello, es preciso valorar y considera una «cautela desmesurada» no considerar científica a la Jurisprudencia que se apoya en ella⁵⁵.

48 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised...*, cit., pp. 54-55.

49 *Ibid.*, pp. 58-59.

50 *Ibid.*, p. 60.

51 *Ibid.*, p. 61.

52 *Ibid.*, pp. 69-71.

53 LUNDSTEDT, V., «El Derecho y la justicia...», cit., p. 203.

54 Esta orientación de la actividad jurídica hacia el bienestar social requiere dos presupuestos: que quienes la practican se hayan librado de toda suerte de finalidades quiméricas o ideológicas y que la practiquen «personas normales, no enteramente corrompidas por intereses privados» (*ibid.*, p. 204). Asimismo, *vid.* LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking...*, cit., p. 132.

55 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised*, cit., p. 135. En otro lugar parece reconocer cierta objetividad en los juicios de valor, cuando aun admitiendo que éstos son «expresión de nuestros sentimientos»,

La Ciencia jurídica constructiva propuesta por Lundstedt, cuyas líneas básicas acabamos de bosquejar, ha sido duramente combatida por algunos autores. Lo primero que salta a la vista es que existe una contradicción entre las premisas y las conclusiones, pues «el elemento ideológico y valorativo que ellos [Lundstedt y Olivecrona] han querido tenazmente eliminar de la esfera del conocimiento científico, se presenta de manera desconcertante en sus mismas construcciones, aunque bajo un aspecto diverso del criticado»⁵⁶. En términos similares se ha afirmado que Lundstedt confunde los planos científico-descriptivo y valorativo, lo que «para un filósofo que se mueve declaradamente dentro de una concepción emotivista de la Ética es cuando menos singular, y acaba invalidando su intento»⁵⁷. Algunos autores señalan que la inclusión que efectúa Lundstedt de la «tarea normativa», orientada por el principio de «bien público», dentro de su definición de la Ciencia jurídica «desborda el dominio de la Ciencia según Hägerström»⁵⁸. Y también se ha sostenido que aun habiendo combatido Lundstedt «la creencia en una justicia cognoscible científicamente y en valores objetivos, que denomina quimeras», él mismo «no ha conseguido librarse de estas quimeras»⁵⁹.

Incluso sus propios condiscípulos han criticado el método del bienestar social. En concreto, Ross ha dicho de él también que es una «quimera»: «¿De qué modo —se pregunta— la invocación del “bienestar social” nos ayuda a superar la inconmensurabilidad cualitativa de las necesidades? ¿Cómo elegir entre estimular las artes y las ciencias o la construcción de casas? ¿Cómo sumar libertad, alimentación, vivienda y buena música? [...] Lo mismo ocurre con la desarmonía de intereses. Se dice que “todos”, “la gente”, “uno” desean buenas casas para habitar [...]», pero esto es una falacia, «la gente no vive en casas; quien lo hace es A, B, C. “La gente” no desea obtener buenas casas, sino que A desea obtener una buena casa para A [...]»⁶⁰.

Con todo, las críticas más demoledoras son las dirigidas por el sociólogo del Derecho Theodor Geiger, quien no sólo ha puesto de manifiesto que Lundstedt hace valoraciones, al igual que —afirma— Hägerström y Olivecrona—, sino que hace Metafísica⁶¹. A juicio de Geiger, «la tesis de la utilidad social no ofrece ninguna ventaja frente a la determinación ideológica del fin del Derecho»⁶². Para Lundstedt —recuer-

afirma que «estos sentimientos están unidos a nuestras concepciones de la realidad. Estas concepciones están, a su vez, determinadas por nuestro conocimiento de los hechos y de las conexiones entre hechos» (*ibid.*, p. 152). Aunque Lundstedt lo niega, considera Bjarup que su teoría es idéntica a la de Bentham. Expone sus argumentos en BJARUP, Jes, *Skandinavischer Realismus*, Friburgo-Munich, Karl Alber, 1978, p. 107.

56 BAGOLINI, Luigi, «Il problema dei valori in alcuni recenti scritti filosofici e giuridici», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1949, p. 470.

57 CASTIGNONE, Silvana, «“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*, 1974, pp. 568-580, recogido, de donde tomamos la cita, en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 1995, p. 264.

58 STRÖMHOLM, Stig; VOGEL, Hans-Heinrich, *Le «réalisme scandinave» dans la philosophie du droit*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975, p. 82.

59 BJARUP, J., *Skandinavischer Realismus*, *cit.*, p. 108. Bjarup recoge la queja de Lundstedt de que su teoría no había sido bien entendida, lo cual, en su opinión, es imputable al propio Lundstedt, quien, por un lado niega realidad a las normas jurídicas y, por otro, utiliza esta expresión bajo color de la imprecisión del lenguaje jurídico. Con todo, su teoría ha influido grandemente, a juicio de este autor, en la Ciencia jurídica sueca así como en su vida política (*ibidem*).

60 ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, *cit.*, p. 287. Estos dos defectos, el de la inconmensurabilidad cualitativa de las necesidades y el de la desarmonía de intereses son defectos en general del utilitarismo (*ibid.*, pp. 284-286), que la más moderna teoría del bienestar social no salva.

61 Cfr. GEIGER, Theodor, *Über Recht und Moral. Streitgespräch mit Uppsala*, Berlín, 1979. Existe versión española: *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, trad. de E. Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1982, pp. 79-104.

62 *Ibid.*, p. 102.

da Geiger— establecer como fin del Derecho la realización de la justicia o de la equidad es como querer cazar un fantasma, mientras que el objetivo de la utilidad social es realizable. Geiger comparte lo primero, pero no lo segundo. «¿De qué sirve esto —se pregunta— si los factores de acuerdo con los cuales habría que determinar la utilidad social son tan variados y presentan acentos tan diversos en la relación recíproca y en parte se contradicen de tal manera que en cada cuestión jurídica pueden ser definidas como de “utilidad social”?»⁶³. Considera este autor, pues, que la utilidad social no es realizable porque tampoco se puede determinar, por lo que intentarlo es precisamente también como querer cazar un fantasma. Finalmente afirma: «Sólo se puede llegar a otro resultado cuando o bien uno oculta verbalmente la vaguedad de una disposición realista o, a través de una reinterpretación de juicios de valor en enunciados fácticos, uno oculta una Metafísica inconsciente»⁶⁴.

Lundstedt, sin embargo, niega expresamente el carácter metafísico de su método⁶⁵. Pero esto es difícil de sostener cuando ya en su definición de Derecho establece ciertos fines a los que objetivamente tiende el Derecho. Según él, Derecho es «la misma vida de la humanidad en grupos organizados y las condiciones que hacen posible la coexistencia pacífica de masas de individuos en grupos sociales y su cooperación para otros fines más allá de la mera existencia y procreación»⁶⁶.

Se ha dicho que cuando Lundstedt habla de fines no lo hace en un sentido categórico, sino hipotético, pues «la afirmación de que alguien debe realizar el bienestar social, si no implícitamente hipotética, no es ni verdadera ni falsa, y carece de base objetiva»⁶⁷. Entendemos que se puede admitir que la prosecución del bienestar social no puede dejar de ser, en el pensamiento del profesor sueco, hipotética, en el sentido de que nadie está *obligado* a proseguir aquél. Pero la Metafísica en Lundstedt no está tanto en su Antropología, cuanto en su teoría del Derecho, que lo concibe objetivamente vinculado a la finalidad del bienestar social; de donde se puede extraer el corolario de que quien quiere obrar jurídicamente tiene que aceptar aquella finalidad, so pena de estar haciendo otra cosa muy distinta; del mismo modo que quien *caza* sin querer cobrar una pieza no está propiamente cazando, sino, eventualmente, ejercitando la puntería o realizando cualquier otra acción, que recibirá su especificación del fin intentado por la acción que se lleva a cabo. Todo esto es, probablemente, lo que hace que encontremos afirmaciones en Lundstedt con pretensiones de verdad práctica, como la siguiente: «Sin embargo, cuando el legislador considera, cuando su propia valoración en relación a una medida proyectada entra en conflicto con la del pueblo, que ha basado su valoración en falsas concepciones de la realidad, entonces no puede sin más seguir la opinión del pueblo»⁶⁸.

2. El caso de Olivecrona

El caso de Olivecrona es menos llamativo, pero semejante. No nos detendremos demasiado en este autor, pues ha sido objeto de un estudio nuestro en otro lugar, adonde nos remitimos⁶⁹. En ocasiones, Olivecrona incurre en juicios de valor evidentes,

63 *Ibidem*.

64 *Ibid.*, p. 103.

65 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised*, cit., p. 131; «El Derecho y la justicia...», cit., p. 203.

66 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking...*, cit., p. 8.

67 MARTIN, Michael, *Legal Realism. American and Scandinavian*, Nueva York, Peter Lang, 1997, p. 177.

68 LUNDSTEDT, V., *Legal Thinking Revised*, cit., p. 152.

69 VERGARA LACALLE, Oscar, *El Derecho como fenómeno psicosocial*. cit., pp. 287-317.

sobre todo en torno a la II Guerra Mundial⁷⁰, si bien puede alegar que en esos casos valora como ciudadano y no como científico del Derecho⁷¹. En otras ocasiones no incurre en tales juicios, sino que los describe al dar cuenta de la actividad práctica de los operadores jurídicos (legisladores, jueces y científicos del Derecho), llegando a la conclusión de que la valoración es inevitable y necesaria (siempre que no se confunda con la Metafísica)⁷². Pero no son estas consideraciones las que nos interesan ahora, sino aquellas en las que Olivecrona analiza el sentido del Derecho y ofrece su opinión. Para entenderlas hay que tener presente la consideración olivecroniana del hombre como individuo naturalmente aislado, al modo de Hobbes, que le hace concebir las relaciones entre los hombres como un fenómeno de fuerza que sólo con otra clase de fuerza, la del Derecho, es posible canalizar⁷³.

Pero canalizar, ¿en qué sentido? Ésta es la pregunta que verdaderamente importa. De los textos de Olivecrona parecen desprenderse ciertas utilidades objetivas del Derecho. Así, cuando dice que «si hacemos el experimento mental de eliminar la totalidad de las normas jurídicas, sólo permanece una desorganizada masa de personas»⁷⁴ o cuando afirma que el Derecho es «un instrumento sin el cual la gente no podría vivir»⁷⁵. De donde se desprende que los fines de la protección de la vida humana y el orden público son los primeros fines del Derecho. En otros lugares da cuenta de otros fines superiores, como los de paz y seguridad y economía y bienestar⁷⁶. Algún autor ha puesto de manifiesto la contradicción que implica en el conjunto de su obra la presencia de elementos axiológicos⁷⁷. A nuestro juicio, lo más destacable no es tanto la existencia de tales valoraciones, cuanto su naturaleza, pues son de carácter metafísico, entendida ésta como indicamos *supra*, ya que penetran en la esencia del Derecho y destacan su sentido, que es algo muy distinto a los fines subjetivos que quienes actúan jurídicamente puedan de hecho tener.

70 Al respecto, *vid.* OLIVECRONA, K., *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, donde encontramos frases como ésta: «Tenemos que aprender a hacernos europeos. Tenemos que comprender que el tiempo de las guerras civiles europeas ha terminado y que el tiempo del trabajo en común debe comenzar. Pero entonces tenemos también que comprender que la consolidación sólo puede hacerse alrededor del superior poder de Alemania» (*England oder Deutschland?*, p. 25). Asimismo, *vid.* OLIVECRONA, K., *Europa und Amerika*, Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1943, de donde extraemos la siguiente cita: «La necesidad de una unión europea podría después de todo ser reconocida con carácter general. Nadie que medite seriamente sobre estas cuestiones puede menos que afirmarlas» (*Europa und Amerika*, p. 65).

71 Esto es discutible, no obstante, por dos razones. En primer lugar, porque valoraciones del mismo tenor se encuentran también en su *Gesetz und Staat*, que es una obra de carácter científico, al menos pretendidamente. Baste señalar la siguiente: «Ha de nacer un nuevo espíritu. Así como se ha aprendido que, para poder vivir en paz, individuos y clases tienen que subordinar sus intereses al bien común, se entenderá igualmente que las naciones han de subordinarse al bien común de Europa» (OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, *cit.*, p. 228). En segundo lugar porque, desde un punto de vista humano, no tiene mucho sentido afirmar académicamente la subjetividad de los valores, para luego defenderlos enardecidamente en otros foros.

72 OLIVECRONA, K., *Gesetz und Staat*, *cit.* pp. 51 ss. *Vid. supra* ep. II.3.

73 OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., *cit.*, pp. 123 y 126.

74 OLIVECRONA, K., «Realism and Idealism...», *cit.*, p. 122.

75 OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 1.ª ed., *cit.*, p. 187. En relación con el Derecho penal dice: «Penamos estos crímenes [asesinato, homicidio, agresión, etc.] por razones de pura autopreservación» (*ibid.*, p. 165).

76 Nos remitimos al trabajo mencionado: VERGARA, O., *El Derecho como fenómeno psicosocial...*, *cit.*, pp. 310 ss.

77 BAGOLINI, L., «Il problema dei valori in alcuni recenti scritti filosofici e giuridici», *cit.*, p. 470; del mismo autor, «Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1950, p. 245; MONTORO BALLESTEROS, Alberto, «Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, p. 104.

3. El caso de Ross

Como en el caso de los anteriores, el realismo del profesor danés le lleva a advertir en el oficio del juez, no sólo en el del legislador, una actividad valorativa y creativa. En efecto, para Ross, la tarea de administrar justicia es mucho más amplia que la de interpretar la ley, aunque «es común usar la palabra “interpretación” para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, que surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal. Este uso lingüístico responde al deseo de ocultar la función creadora del juez, preservando la apariencia de que éste no es otra cosa que un portavoz de la ley»⁷⁸. El profesor de Copenhague es consciente de que el juez va más allá del texto, si bien mediante una técnica de argumentación, por medio de la que «aparenta que a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley»⁷⁹. En consecuencia, la administración de justicia no es una actividad meramente teórica. La personalidad del juez, su conciencia, sus opiniones y puntos de vista racionales están presentes en su toma de decisión. «Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad»⁸⁰.

Nada se puede objetar a estas apreciaciones de Ross. Juzgar no es una operación mecánica, ciertamente. Él pone de manifiesto este hecho, como ya habían hecho el movimiento del Derecho libre, la Sociología del Derecho y el antiformalismo norteamericano. Ninguna incoherencia supone en relación con su propio pensamiento.

Afirma Ross que «sostener que la justicia es el “logos” del Derecho es nada más que la expresión metafísica del hecho psicológico mencionado más arriba de que todo Derecho positivo, todo ajuste, es vivido como un ajuste calificado»⁸¹. Sin embargo cabe preguntarse: ¿no son igualmente metafísicas las siguientes afirmaciones?: «De esto emana la significativa función del Derecho como *una forma que construye sociedades, crea la paz y une*. En él las ideas individuales o de clase en conflicto, o los intereses de un tipo moral y económico se unen, ajustan y objetivan. El Derecho es siempre un compromiso que significa la paz.— Esto también puede expresarse así. La *función o mira* del Derecho, esto es, el efecto asociado con cualquier sistema jurídico como tal, es exclusivamente el de crear la paz. Hasta aquí, el Derecho es un fin en sí mismo»⁸².

No se puede negar que, independientemente de la veracidad o falsedad de ambas afirmaciones, la afirmación según la cual el Derecho tiene como fin la justicia y la afirmación según la cual tiene como fin la paz se sitúan epistemológicamente en el mismo plano, pues ambas trascienden lo empírico y representan un intento de penetración metafísica en la esencia del Derecho. Del texto se desprende que el Derecho tiene valor en sí mismo porque, de suyo, procura la paz. A partir de ahí —afirma— «el Derecho es

78 ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 134-135. Acerca de la interpretación en Ross, *cf.* MONTORO BALLESTEROS, A., «Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: La doctrina de la interpretación de Alf Ross», en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXV (1974), núm. 3-4, pp. 275-320.

79 ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 135.

80 *Ibidem*.

81 ROSS, A., *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhague, Munksgaard, 1946. Existe versión castellana: *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 132.

82 *Ibid.*, p. 130. Es curioso que Pattaro advierta que Ross pone en la paz el objetivo del Derecho y no comente nada acerca de las consecuencias metodológicas que tal afirmación entraña (PATTARO, E., *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria, 1985. Se cita la versión castellana: *Elementos para una Teoría del Derecho*, trad. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1991, p. 229).

solamente el medio o la técnica para la realización de las ideas o intereses materiales integrados en forma de Derecho»⁸³. Esto confirma lo anterior, pues muestra que Ross distingue entre un fin objetivo del Derecho, la paz, y otros fines subjetivos al servicio de los cuales se suele poner el Derecho. Parece, pues, que alcanzar el fin subjetivo pasa por aceptar el fin objetivo, porque lo contrario supondría la destrucción del Derecho.

Estas ideas se mantienen en su *El Derecho y la justicia*, donde escribe: «Puesto que el Derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad, para el mantenimiento de la paz. En cierto sentido puede decirse que el “propósito” del Derecho es la paz, en la medida en que todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, es productor de paz, aunque no sea más que la paz de la prisión»⁸⁴.

4. El caso de Hägerström

Jacob W. Sundberg ha dedicado un libro a estudiar lo que denomina «pasajes místicos» (*mystic passages*) en una de las obras de Hägerström. Se trata de textos que, en su opinión, «no se ajustan muy bien al propio pensamiento de Hägerström»⁸⁵. Son éstos: a) «Pero allá donde existe el puro despotismo o la ley de la calle [*mob rule*], cabe preguntarse si existe realmente un orden jurídico»⁸⁶. b) «Si en los Estados constitucionales, la autoridad suprema debe basarse ella misma en la constitución establecida en toda legislación, se sigue que ninguna norma constitucional como tal puede ser descrita como un mero mandato o declaración de voluntad por parte de los poseedores del poder»⁸⁷.

Es posible pensar, en opinión de Sundberg, que Hägerström introdujo estas consideraciones por descuido, pero él piensa que han de ser elucidadas a la vista de los acontecimientos que tenían lugar durante los años de formación del filósofo sueco; a saber, la lucha de Finlandia para conservar su orden jurídico frente al expansionismo político y jurídico ruso, la cual tuvo lugar entre los años 1899-1917⁸⁸. Su tesis consiste en afirmar que aquellos pasajes fueron introducidos, a despecho de su sistema filosófico, por motivos de simpatía con la lucha por el Derecho finlandesa.

Sin perjuicio de que esto sea así, es posible, como ya ha sido puesto de manifiesto, integrar coherentemente dichos pasajes en las coordenadas del pensamiento hägerströmiano, entendiéndolo que la adhesión psicológica de la ciudadanía al Derecho requiere ciertas condiciones de estabilidad para que el ordenamiento jurídico pueda ser asimilado y sus preceptos asumidos. Más en particular, «él [Hägerström] no acude, *malgré soi*, a valores objetivos y suprasensibles, sino que simplemente entiende que el Derecho es siempre, en toda clase de ordenamientos jurídicos posibles, un mecanismo psicológico del consenso y de la aceptación y no el producto de la voluntad de un sujeto»⁸⁹.

83 *Ibidem*.

84 ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 63.

85 SUNDBERG, Jacob W., *Haegerstroem and Finland's Struggle for Law*, Littleton (Colorado), Fred B Rothman & Co., 1983.

86 HÄGERSTRÖM, A., «Är gällande rätt uttryck av vilja?», en *Festskrift tillägnad Vitalis Norström*, 1916, pp. 171-210. Aquí manejamos la versión inglesa: «Is Positive Law an Expression of Will?», en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, p. 35.

87 *Ibid.*, p. 34.

88 SUNDBERG, J. W., *Haegerstroem...*, cit., p. 2.

89 CASTIGNONE, S., «Hägerström e il dispotismo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984/1, pp. 272-278; artículo recogido en CASTIGNONE, S., *Diritto, linguaggio, realtà...*, cit., pp. 345-354, de donde tomamos la cita en la p. 354.

Sin embargo, esta alusión a la existencia de valoraciones en su obra no es un caso aislado y así ha sido puesto de manifiesto por algunos autores: «La antimetafísica y el nihilismo axiológico, en tanto teorías, no pueden contener ellas mismas ninguna valoración, tampoco ninguna valoración de la valoración. Pero en Hägerström, uno tropieza a menudo con enunciados valorativos que, según su propia teoría, son teóricamente un sinsentido. Dos de sus trabajos: el que se ocupa de las supersticiones sociales, *Om sociala vidskepelse* y el que se refiere a la justicia social, *Om social rättvisa*, son, desde el comienzo hasta el final, un intento de valorar la función social de las concepciones valorativas»⁹⁰.

Geiger ha sido especialmente crítico con Hägerström. Denuncia que en las obras de Olivecrona y de Hägerström existen numerosos giros valorativos, los cuales, en su opinión, podrían haber sido evitados con otras expresiones; al menos es así en Olivecrona, pero, por lo que se refiere al segundo, «uno casi no puede creer lo que lee cuando se encuentra reiteradamente con expresiones tales como el “valor supremo” del hombre, “cuya relativa realización es lo único que hace que la vida sea para ser digna de ser vivida” o “los profundos intereses de nuestra especie”; y esto dicho no como podría hacerlo un espectador acerca de un pasatiempo infantil de la humanidad, sino con toda seriedad y solemnidad»⁹¹. Y concluye: «Cuesta encontrar tanta Metafísica lírica: se la encuentra precisamente en los enemigos acérrimos de la Metafísica...»⁹².

Bjarup ha sido muy crítico también con Hägerström en este sentido. En su opinión, «Hägerström da por sentado que el gobernante que haya de venir necesariamente es un buen gobernante que busca naturalmente el interés público y el bienestar general, guiado por la Filosofía y la Ciencia»⁹³. Llama la atención la acusación de que Hägerström hace Metafísica: «Si mi opinión es correcta —escribe Bjarup—, entonces la filosofía de Hägerström está arraigada en el sentimiento, antes que en el pensamiento. Se sigue, si utilizamos la propia definición de Metafísica de Hägerström, que él también incurre en Metafísica. Su “perspectiva científica” resulta otra visión metafísica»⁹⁴. E insiste en la idea de que en la Filosofía de Hägerström trasluce un interés en una sociedad pacífica como la sueca⁹⁵. Concluye señalando que «la teoría psicológica de Hägerström sirve para tomar conciencia de que la soberanía de la ley es sostenida para asegurar el imperioso propósito de la armonía social y la estabilidad entre quienes conviven en la sociedad»⁹⁶. Esquemáticamente, «¿cuál es el propósito de Hägerström? La respuesta a ésta [esta cuestión] es que el propósito supremo para Hägerström es el orden, así en la naturaleza como en la sociedad. Este propósito constituye, a su vez, la base para otros propósitos suyos más específicos, a saber: 1) descubrir la verdad sobre

90 GEIGER, Th., *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, cit., p. 38. Conviene matizar que algunos autores eximen a Hägerström del nihilismo, alegando que su filosofía está por encima de la afirmación o negación de los valores y la califican, consiguientemente, de metaética. Al respecto, cfr. BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus*, cit., pp. 59-61.

91 GEIGER, Th., *Moral y Derecho...*, cit., pp. 49-50.

92 *Ibid.*, p. 50.

93 BJARUP, J., «Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerström's Philosophy», *Rechtstheorie*, 11 (1980), p. 161. En sentido similar se pronuncia en la p. 157: «Este hecho [creer en una fuerza mística tras el Derecho] es un evidente peligro para la cultura, y Hägerström trata de señalar tal peligro, pero también trata de mostrar que las fuerzas místicas pueden ser utilizadas para que el hombre alcance eventualmente a crear un mundo pacífico». Y en la p. 163, Bjarup pone de manifiesto que Hägerström alega razones para justificar por qué han de ser las palabras y no las armas las que sirvan para canalizar las pasiones humanas.

94 BJARUP, J., «Epistemology and Law according Axel Hägerström», en *Scandinavian Studies in Law*, 35 (1991), pp. 22.

95 *Ibid.*, p. 21. Reitera ideas similares en las pp. 29 y 39.

96 *Ibid.*, p. 45.

el hombre y la naturaleza, 2) promover la felicidad personal, 3) alcanzar la armonía social»⁹⁷.

Volvamos ahora nuevamente sobre la obra de Hägerström. Conviene advertir, en primer lugar, que entre los factores que el profesor de Uppsala considera coadyuvantes al mantenimiento del ordenamiento jurídico está el instinto social⁹⁸. «Esta expresión — escribe Hägerström— significa que en una cierta comunidad, sus miembros están, *en general, independientemente de toda reflexión*, inclinados a seguir ciertas reglas generales de acción, a través de las cuales se hace posible la cooperación dentro del grupo, al menos para el mantenimiento de la vida y la procreación⁹⁹. Esta inclinación puede, sin embargo, ser oscurecida por el interés o por la pasión. El observador externo advertirá inmediatamente que la transgresión, la acción antijurídica, concita la desaprobación moral de la comunidad, la cual ejerce una presión que generalmente disuade a los miembros de la comunidad de cometer actos antijurídicos. La moral es, pues, el segundo factor que contribuye a mantener el ordenamiento jurídico. El tercero consiste en el temor suscitado por la coacción de las autoridades. Este factor «está íntimamente vinculado con el anterior». Con todo, el factor fundamental es el instinto social, porque es presupuesto por los otros dos, que actúan cuando el primero falla¹⁰⁰. Todavía añade un último factor que es el constituido por el «temor a la reacción divina», que actúa en la misma línea, aunque hoy con menos pujanza¹⁰¹.

Varios autores han advertido la presencia de aquel elemento del instinto social¹⁰², pero solamente Bjarup ha extraído consecuencias teóricas, considerando que los factores de que habla Hägerström, en particular el instinto social, son condiciones teóricas de la existencia del Derecho. Por lo tanto, «la tesis de Hägerström es que si no hay instinto social, no hay ordenamiento jurídico, lo que equivale a hacer del instinto social una causa necesaria de todo ordenamiento jurídico, ya que la tesis equivale a: si hay un ordenamiento jurídico, entonces hay instinto social»¹⁰³; lo que le lleva a concluir que tal teoría «conduce [a Hägerström] a una teoría del Derecho natural»¹⁰⁴. No es —dice— una teoría sobre los derechos individuales, sino sobre los de la sociedad, pues ésta depende de la inclinación de sus miembros hacia ella y de la interdicción del egoísmo, con la idea de que funcione como una máquina técnicamente perfecta en la cual cada persona cumpla su papel como resultado de su ansia de perfección personal que pasa por el control racional de sus pasiones¹⁰⁵.

97 BJARUP, J., «Legal Realism or Kelsen versus Hägerström», en *Rechtstheorie (Beiheft 9)*, 1986, p. 245.

98 En esto difiere Hägerström del individualismo de Olivecrona, al que se ha aludido *supra*.

99 HÄGERSTRÖM, A., «En straffrättslig principundersökning», en *Svensk Juristtidning*, 24 (1939), pp. 209-225; recogido con un título distinto como «On Fundamental Problems of Law», en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cit., pp. 348-366, versión que manejamos. La cita es de la p. 350. Comoquiera que los animales también comparten este instinto, Hägerström se ve obligado a precisar la diferencia, que consiste en que en las sociedades humanas tal instinto se puede vincular a reglas conscientemente creadas (*cfr. ibidem*).

100 *Ibid.*, p. 352.

101 *Ibid.*, p. 353.

102 Entre otros, CASTIGNONE, S., «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, p. 318; PASSMORE, John, «Hägerström's Philosophy of Law», en *Philosophy*, 1961, p. 152; SCHMIDT, Folke, «The Uppsala School of Legal Thinking», en *Scandinavian Studies in Law*, 1978, p. 157.

103 BJARUP, J., «Epistemology and Law according to Axel Hägerström», cit., p. 38.

104 *Ibidem*.

105 *Ibidem*. En este punto, Bjarup trae a colación un texto de Lutero, indicando que «nadie carece de una especial vocación o misión, un conjunto de tareas cuya ejecución es responsabilidad suya».

Estas consideraciones, más o menos acertadas en el fondo¹⁰⁶, pueden quizás parecer exageradas, pero es correcto afirmar que Hägerström formula una antropología peculiar. En su trabajo sobre la Dogmática cristiana afirma que mientras el pensamiento humano estaba en su conjunto impregnado de magia y superstición, la Dogmática (teológica) tenía sentido (social). Sin embargo, «con el progreso de la Ciencia, con el triunfo del pensamiento humano, se espera que la Dogmática caiga como un castillo de naipes»¹⁰⁷. Por eso —opina—, la Dogmática es enemiga de la propia religión. Su mantenimiento se ha debido a su vinculación con la fe y con la esperanza de la salvación, pero quienes porfían en aferrarse a los dogmas, los «fanáticos» que así proceden, no se dan cuenta de que lo que están haciendo es conducir la religión al despeñadero, despojándola de uno de los valores más altos del género humano, «pues la superstición a la larga no puede perdurar a costa del deseo humano del conocimiento y el estudio científico, que constituyen la base para su supervivencia en la lucha por la existencia»¹⁰⁸.

He aquí, pues, una sorprendente aseveración acerca del valor del conocimiento que realiza alguien que sostiene que los valores son entidades ficticias, carentes de realidad. Aquí, Hägerström hace algo más que asumir un valor, el conocimiento, a que toda su obra tiende. Si nosotros argüimos: «Hägerström se contradice porque declara que los valores carecen de sentido, pero toda su obra se traduce en un afán, más o menos acertado, por alcanzar la verdad; si tal argüimos, él podría muy bien contestarnos que únicamente asume un valor para orientar su vida, pero que sabe que tal valor tiene una validez meramente personal. Sin embargo, él declara que uno de los valores principales del hombre es el conocimiento y el estudio científico, afirmación que considera verdadera, pues en otro caso se produciría una inconsistencia pragmática, del estilo «afirmo esto, pero no creo que sea verdad»¹⁰⁹.

Hay que tener en cuenta que el profesor sueco considera que el fin del género humano es el señorío sobre la naturaleza y que esto se consigue por medio del conocimiento¹¹⁰. La religión, en sí misma, no es mala. Es un «consuelo» necesario para aquel tipo de hombre que siente que debe salvar su alma del fuego eterno. Pero para el hombre despreocupado de su vocación, entretenido en sentir el placer del momento presente, o bien para el hombre de recia moralidad a la que no concede un sentido trascendente tal consuelo es innecesario, del mismo modo —Hägerström reinterpreta la frase evangélica— que no necesitan médico los sanos, sino los enfermos. En cualquier caso no se puede decir que ninguna de estas aspiraciones sea mejor o peor para la realización del fin del género humano¹¹¹.

106 La socialidad del hombre constituye una base para el juicio de conciencia, que se manifiesta en lo que Hägerström llama factor moral. Sin embargo, no se puede afirmar categóricamente que estemos ante una teoría de Derecho natural, sino más bien ante un atisbo de teoría, el cual, bien es verdad, ha servido a algunos para hablar de un contenido mínimo de Derecho natural, pero que, basado únicamente en tal dimensión, es absolutamente pobre e insuficiente, pues no hay que olvidar —y esto ha sido bien estudiado dentro del iusnaturalismo clásico— que el hombre es, por así decirlo, un ser multifacético, que no se perfecciona en una única dirección, en este caso socializándose.

107 HÄGERSTRÖM, A., «The Truth-value of Christian Dogmatics», en *Philosophy and Religion*, cit., p. 273. (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.

108 HÄGERSTRÖM, A., «The Truth-value of Christian Dogmatics», cit., p. 273.

109 La verdad de la religión consiste, para él, justamente en desvincularla de la verdad, pues no es más que un sentimiento, útil pues que sirve a la cohesión social, pero que en verdad no se verifica fuera del sujeto.

110 Cfr. HÄGERSTRÖM, A., «The Truth-value...», cit., pp. 279 y 299.

111 Cfr. *ibid.*, pp. 276-280.

Para Hägerström, el materialismo es la única cosmovisión válida y ningún poder en el mundo puede contrastar su marcha victoriosa. Pero Hägerström parece no darse cuenta de que al afirmar esto está haciendo metafísica, como tampoco cuando, en el mismo lugar, dice: «El género humano no puede suprimir la persecución del conocimiento mientras [*as long as*] desee vivir». Y, más explícitamente, continúa: «La persecución del conocimiento se ha desarrollado a partir de la lucha original de la raza [humana] para alzarse por sobre el nivel de las bestias. Es gracias a su cerebro más desarrollado y, por ende, a través de su mayor capacidad de conocimiento que el hombre puede hacerse a sí mismo el señor [*master*] de todos los seres vivientes y procurarse así las condiciones para la satisfacción de sus necesidades». Y por si cupiera alguna duda acerca del carácter metafísico de estas afirmaciones, la despeja del siguiente modo: «Por tanto, la persecución del conocimiento está tan ahincadamente arraigada en su propia naturaleza que es operativa al margen de toda referencia a su utilidad para otros propósitos. Cuando ideas dominadas por el sentimiento triunfan sobre el entendimiento, que juzga objetivamente, la victoria es una victoria pírrica. Pues toda supresión de la aspiración al conocimiento es un golpe contra el mismo nervio que nos sostiene como los amos del mundo»¹¹².

Después de estas consideraciones, cabe preguntarse entonces si tiene sentido la religión dentro del marco de esta cosmovisión materialista. Contrariamente a lo que cabía esperar, pues normalmente el marxismo, hacia el que Hägerström manifiesta alguna simpatía, tiende a su abolición, el profesor nórdico sostiene que el cristianismo es útil para el género humano: «Si uno piensa —escribe— en la idea cristiana del amor al prójimo, su significado para el género humano es obvio, desde el momento en que, bajo todo punto de vista, la misericordia y el respeto [*mercy and considerateness*] son siempre necesarias para la felicidad del género humano»¹¹³, valoración que en modo alguno considera subjetiva, pues «esto es verdad —explica— no sólo por la posibilidad directa de la felicidad para otros y para la persona que da, sino también como consecuencia de que tales modos de acción neutralizan las fuerzas antisociales que destruyen la comunidad y la solidaridad». Y continúa: «Pero el género humano solamente puede alcanzar la felicidad y la cultura a través de la comunidad y la solidaridad». A continuación, más sorprendentemente si cabe, apunta a una base objetiva para la moral, cuando dice: «Por lo tanto, hay que asumir que los instintos que subyacen bajo las ideas morales son los verdaderos instintos sociales, que, generalmente, sostienen la sociedad y sin los cuales el género humano no podría perdurar como el señor de la naturaleza, haciendo uso de ella para su servicio. De lo que se sigue que en los instintos que subyacen a las ideas morales se encuentran las fuerzas más poderosas del género humano»¹¹⁴. En consecuencia, es posible reconciliar la religión con una cosmovisión materialista, pues la religiosidad moral aparece unida a un fenómeno, el religioso, que es expresión de la fuerza más poderosa del género humano, el instinto social, el instinto que está al servicio de la felicidad y la cultura del género humano¹¹⁵.

En cuanto al Derecho, hay menos referencias, pero parecen ser análogas a las citadas para la Moral. Así, cuando dice: «El Derecho es innegablemente una condición de la cultura misma. Sin él, como ya mostró el sofista Protágoras, no habríamos sido capaces de alcanzar el señorío sobre las otras especies»¹¹⁶.

112 Todas las citas precedentes, *ibid.*, pp. 299-300. Sobre el materialismo hägerströmiano, *vid.* MARC-WOGAU, Konrad, «Axel Hägerström's Ontology», en *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, R. E. Olson y A. M. Paul (eds.), Baltimore-Londres, 1972, pp. 484.

113 *Ibid.*, p. 303.

114 Todas las citas, *ibidem*. Similares consideraciones sobre la moral pueden verse en HÄGERSTRÖM, A., «On the Truth of Moral Propositions», en *Philosophy and Religion*, *cit.*, pp. 94-95.

115 HÄGERSTRÖM, A., «The Truth-value of Christian Dogmatics», *cit.*, p. 304.

IV. CONCLUSIÓN

No parece necesario añadir nada más. En el presente estudio se ha puesto de manifiesto no sólo la existencia de valoraciones en las obras de los cuatro autores más destacados del realismo jurídico escandinavo, sino más en particular la de valoraciones en el sentido más fuerte, desde la perspectiva de estos autores, valoraciones de orden metafísico, que no dejando de ser valoraciones constituyen la condición de posibilidad, a causa del valor de verdad que le atribuyen estos autores, de otras valoraciones que, correctamente argumentadas, poseen la misma pretensión de veracidad. V. gr., si hemos afirmado que el Derecho está verdaderamente al servicio de la paz (Lundstedt, Olivecrona y Ross), habrá de ser igualmente verdadero que una norma que sea fuente de tensiones sociales o bien no se podrá considerar jurídica o bien habrá de considerarse imperfecta en cuanto realización concreta e histórica del Derecho.

Esto trae como consecuencia que el análisis de estos autores deja de ser necesariamente formal y que es posible, en el seno del realismo, llevar a cabo un estudio del contenido de las normas, valorándolas de acuerdo con los fines o valores a cuyo servicio se entiende el Derecho.

Esto no es tan extraño y ha llevado coherentemente a ciertos autores positivistas como Hart a aceptar un contenido mínimo en el Derecho¹¹⁷. En todo caso, el método no valorativo en el Derecho dista de ser un método fácilmente realizable. El mismo Kelsen ha afirmado metafísicamente que el Derecho está al servicio de la paz¹¹⁸. Y un postulado clásico del positivismo jurídico consiste en la afirmación de que el Derecho positivo ha de ser obedecido justamente porque su positividad permite alcanzar ciertos valores como la paz y la seguridad (Hobbes) o el cálculo de las expectativas (Bentham)¹¹⁹.

116 HÄGERSTRÖM, A., «Hans Kelsen. Allgemeine Staatslehre», en *Litteris*, V (1928), pp. 20-40, 81-99). Existe versión inglesa: «Kelsen's Theory of Law and the State», en HÄGERSTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cit., pp. 257-298. La cita es de la p. 262.

117 Según él, el Derecho está al servicio de la supervivencia, lo que proporciona una ratio para determinar su contenido. Cfr. HART, Herbert L. A., *The Concept of Law* (1961), 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 192-194.

118 KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard Univ. Press, 1945. Hemos consultado la versión castellana: *Teoría general del Derecho y del Estado*, 2.ª ed. (1958), México, UNAM, 5.ª reimpr., 1995, pp. 25-26. Asimismo, KELSEN, H., *Peace through Law*, Univ. of North Carolina Press, 1944, en su versión italiana: *La pace attraverso il diritto*, Turín, Giappichelli, p. 41;

119 Sobre el componente ideológico del positivismo jurídico, vid., BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 265-277; SERNA, Pedro, «Sobre las respuestas al positivismo jurídico», en *Persona y Derecho*, 37 (1997), pp. 291-306. La interpretación del concepto positivista de Derecho en Bentham como instrumento para el cálculo de expectativas se debe a la excelente monografía de CRUZ, Luis M.ª, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000.