

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



editum

EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

ISBN 978-84-15463-66-5

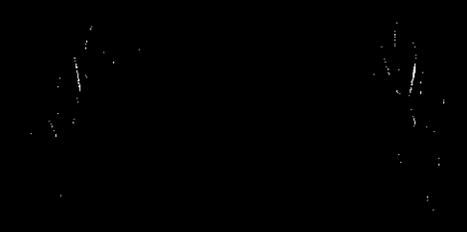


9 788415 463665



ALBERTO MONTORO BALLESTEROS 2015 X

ESTUDIOS DE
FILOSOFÍA DE
MURCIA
FILOSOFÍA
POLÍTICA



2015

EDITUM
EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

editum

ESTUDIOS DE
FILOSOFÍA DEL
DERECHO Y
FILOSOFÍA
POLÍTICA

HOMENAJE AL PROFESOR
ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

UNIVERSIDAD DE MURCIA
2013

Estudios de Filosofía del derecho y Filosofía política : homenaje al profesor Alberto Montoro Ballesteros / Edición preparada por José López Hernández, Fernando Navarro Aznar y José Ramón Torres Ruiz.-- Murcia : Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2013.

824 p.-- (Editum Munera)
ISBN: 978-84-15463-66-5

Derecho-Filosofía.
Política-Filosofía.
Homenajes.
Montoro Ballesteros, Alberto
López Hernández, José
Navarro Aznar, Fernando
Torres Ruiz, José Ramón
Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones.

340.12

1ª Edición, 2013

Reservados todos los derechos. De acuerdo con la legislación vigente, y bajo las sanciones en ella previstas, queda totalmente prohibida la reproducción y/o transmisión parcial o total de este libro, por procedimientos mecánicos o electrónicos, incluyendo fotocopia, grabación magnética, óptica o cualesquiera otros procedimientos que la técnica permita o pueda permitir en el futuro, sin la expresa autorización por escrito de los propietarios del copyright.

© Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2013



ISBN 978-84-15463-66-5

Depósito Legal MU-207-2013
Impreso en España - Printed in Spain

Imprime: Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia
C/ Actor Isidoro Máiquez 9. 30007 MURCIA

ÍNDICE

1	PRESENTACIÓN.....	13
2	ALBERTO MONTORO: NOTICIA BIOGRÁFICA.....	17
3	BIBLIOGRAFÍA.....	25
4	LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE ALBERTO MONTORO BALLESTEROS JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ.....	33
I HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICO.....		59
5	ELLAS NO PUEDEN GOBERNAR: UN PROBLEMA HISTÓRICO DE RAZÓN PÚBLICA LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA.....	61
6	LA CRISIS DE 2007 Y LA POSTMODERNIDAD DECADENTE JESÚS BALLESTEROS.....	73
7	FRANCISCO SUÁREZ DEFENDIÓ LA LIBERTAD DE CONCIENCIA FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ.....	101
8	LA POLARIZACIÓN SOCIAL EN EL PENSAMIENTO ECONÓMICO-POLÍTICO ESPAÑOL DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII JESÚS LUIS CASTILLO VEGAS.....	107
9	LAS DOS LECTURAS DEL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PROFESOR FERNÁNDEZ-CARVAJAL ÁNGEL GARRORENA MORALES.....	123
10	DERECHO, TIERRA, TERRITORIO, JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA.....	139
11	GÉNESIS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ.....	161
12	PROPIEDAD Y LIBERTAD COMO DERECHOS SUBJETIVOS EN SUÁREZ JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS.....	175
13	JUSTICIA Y DEMOCRACIA EN AZORÍN JAVIER PÉREZ DUARTE.....	185
14	MICHEL VILLEY Y LA CULTURA IUSNATURALISTA ESPAÑOLA ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO.....	201
15	LAS PROFESIONES JURÍDICAS EN BARTOLO DE SAXOFERRATO ANTONIO PÉREZ MARTÍN.....	217
16	CONFLICTO POLÍTICO Y VERSIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA DEMOCRACIA PEDRO RIVAS.....	233

17	LIBERALISMO, KRAUSISMO Y CONFESIONALISMO EN LA CUESTIÓN UNIVERSITARIA ESPAÑOLA DESDE LA LEY MOYANO A LA ETAPA FINAL DE LA RESTAURACIÓN MANUEL SALGUERO SALGUERO	251
18	DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE DERECHO Y MORAL EN LA OBRA DE HANS KELSEN JOSÉ ANTONIO SENDÍN MATEOS	271
19	ALGUNAS CLAVES PARA UNA APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DURKHEIMIANO DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS FERNANDO TAPIA ALBERDI	283
20	EL REALISMO ESCANDINAVO "REVISITADO". CUATRO NOTAS SOBRE LA VIGENCIA TEÓRICA DE ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES POSTULADOS ÓSCAR VERGARA	301
II	DERECHO NATURAL, DERECHOS HUMANOS Y AXIOLOGÍA JURÍDICA	313
21	LOS FRENTE ABIERTOS DEL TESTAMENTO VITAL IGNACIO ARA PINILLA	315
22	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN MODELO DE CÁRCEL TELEMÁTICA NURIA BELLOSO MARTÍN	333
23	DIEZ PREGUNTAS SOBRE EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO VICENTE BELLVER CAPELLA	355
24	SISTEMAS, HIPÓTESIS Y DERECHOS HUMANOS LETICIA CABRERA CARO	367
25	LOS DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XXI JUAN CASTILLO VEGAS	377
26	SOBRE LA PATERNIDAD DE LA «DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO». (APUNTES PRESUNTAMENTE HETERODOXOS) BENITO DE CASTRO CID	393
27	PRINCIPIOS PARA UN NUEVO DEBATE POLÍTICO PALOMA DURÁN Y LALAGUNA	413
28	¿HACIA LA <i>PLENITUDO TEMPORIS</i> CON LOS DERECHOS HUMANOS? PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO	429
29	HACER ENTRAR EN RAZÓN AL ESTADO DE DERECHO. BENEDICTO XVI ABORDA LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO ANDRÉS OLLERO TASSARA	445
30	LOS VALORES JURÍDICOS. UN DIÁLOGO CON A. MONTORO MILAGROS OTERO PARGA	457

31	CONFUCIANISMO Y DERECHO NATURAL: PERROS, PRÍNCIPES, INDIVIDUOS AURELIO DE PRADA	473
32	TÓPICA IUSNATURALISTA DE ALBERTO MONTORO FRANCISCO PUY MUÑOZ	483
III	TEORÍA DEL DERECHO Y DOGMÁTICA JURÍDICA	503
33	ACERCA DEL PRINCIPIO "PRO OPERARIO" IGNACIO DURÉNDEZ SÁEZ	505
34	APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA MARIANO ESPINOSA DE RUEDA JOVER	517
35	CONSIDERACIONES E INTERROGANTES SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012 JESÚS M. GALIANA MORENO	537
36	FUNCIÓN Y LÍMITES DE LAS REPRESALIAS (O CONTRAMEDIDAS) EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	555
37	EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: ¿UN NUEVO DERECHO FRENTE AL PODER? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO	577
38	LA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO EN NEIL MACCORMICK Y OTA WEINBERGER ISABEL VICTORIA LUCENA CID	587
39	LA CREACIÓN DE UNIVERSIDADES PRIVADAS POR LA IGLESIA CATÓLICA: UNA SINRAZÓN ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN	607
40	SUJETO O PERSONA, DE LA SUSTANTIVIDAD A LA FORMALIDAD DE UN CONCEPTO DIEGO MEDINA MORALES	623
41	SIGNIFICACIÓN Y FUNCIONES DE LA PROMESA EN EL DERECHO ROSA M ^a MONTORO RUEDA	635
42	LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD EN LA NUEVA LEY DEL REGISTRO CIVIL JUAN ROCA GUILLAMÓN	653
43	CENSURA DIGITAL Y PROTECCIÓN DE DERECHOS. ¿HACIA UNA RESTRICCIÓN DE CONTENIDOS Y DERECHOS EN INTERNET? RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO	669
44	NOTAS PARA LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA PEDRO SERNA	687

—20—

*El realismo escandinavo
“revisitado”.*

*Cuatro notas sobre
la vigencia teórica
de algunos de sus
principales postulados*

Oscar Vergara
Universidad de La Coruña

EL REALISMO ESCANDINAVO "REVISITADO". CUATRO NOTAS SOBRE LA VIGENCIA TEÓRICA DE ALGUNOS DE SUS PRINCIPALES POSTULADOS

Han sido varios los trabajos que en los últimos años se han dedicado al realismo jurídico escandinavo, sobre todo en la conocida revista *Ratio Juris*. Esto no es de extrañar, puesto que su director, Enrico Pattaro, es, desde los años sesenta, un experto conocedor y seguidor de esta corriente de pensamiento¹. De todos los autores que la han integrado, ha sido el en parte heterodoxo Alf Ross (1899-1979) el que más atención ha recibido, tanto por parte de los estudiosos de la Filosofía del Derecho en general, como por parte de sus más renombrados exponentes². Su libro *On Law and Justice*³ constituye, de hecho, un clásico de la Filosofía jurídica del s. xx. En cuanto al fundador (junto con Phalén) de la Escuela de Uppsala, matriz del realismo jurídico escandinavo, del cual es la cabeza visible, Axel Hägerström (1868-1939), hay que decir que no se le ha prestado toda la atención que merece, con escasas excepciones, como la de Pattaro, que le ha dedicado una completísima monografía⁴. Sobre Karl Olivecrona (1897-1980), a medio camino en lo que a popularidad se refiere entre Hägerström y Ross, hay publicados bastantes artículos y una monografía⁵.

¹ Sin ánimo de ser exhaustivo, E. PATTARO, "Validità o verificabilità del diritto?", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (RTDPC)*, 1968, pp. 721-764; "Diritto, morale e concessiones realistica del diritto", *RTDPC*, 1970, pp. 986-999; "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico", Prefacio a la ed. Italiana de la 2.ª ed. de Olivecrona, *Law as fact*, traducida por el propio Pattaro como *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milán, Etas Kompas, 1972, pp. 1-55; *Lineamenti per una teoria del diritto*, Bolonia, Cooperativa Libreria Universitaria, 1985 (hay trad. Castellana: *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1986).

² Es el caso, por ejemplo, de Hans Kelsen, "Eine 'realistische' und die 'reine' Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: *On law and Justice*", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, X (1959), pp. 1-25; o el caso de Herbert Hart, "Scandinavian Realism", *Cambridge Law Journal*, 1959, pp. 233-240, que gira, a pesar del genérico título, en torno a Ross.

³ Londres, Stevenson & Sons, 1958. Existe traducción castellana como *Sobre el derecho y la justicia* por G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994.

⁴ *Il realismo giuridico scandinavo, I*, Axel Hägerström, Bolonia, Coop. Libreria Universitaria, 1974. Adicionalmente, véase también de este autor, "Sul realismo normativistico (Hägerström e Hart)", en AA VV, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985/2, pp. 327-344. Si uno desea acercarse al pensamiento de Hägerström tiene a su disposición una interesante recopilación de diversos trabajos suyos traducidos al inglés en A. HÄGERTSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953.

⁵ Oscar VERGARA, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004.

Recientemente se han publicado algunos trabajos críticos⁶. Apenas explorado queda Vilhelm Lundstedt (1882-1955), cuya obra más destacada es *Legal Thinking Revised*⁷. Por último, como monografías generales sobre el realismo escandinavo se ha reeditado recientemente la de Liborio L. Hierro⁸, pero ya anteriormente existían varias⁹. Bjarup ha publicado un breve resumen hace unos años precisamente en *Ratio Juris*¹⁰.

No obstante, hay que destacar aquí que antes de que la mayoría de los citados estudios fueran redactados, el prof. Alberto Montoro ya se había venido interesando por esta corriente a través de varios trabajos, que estudian en profundidad diversos aspectos de la Filosofía jurídica de dos de sus principales exponentes, Ross y Olivecrona. Sus aportaciones siguen siendo de actualidad frente a quienes pretenden mantener la plena vigencia del realismo escandinavo. Así cabe citar sus "Notas sobre el realismo jurídico escandinavo" (1972)¹¹; "Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico" (1974)¹², y "Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico" (1983)¹³.

⁶ Cfr. Torben SPAAK, "Karl Olivecrona's Legal Philosophy. A Critical Appraisal", *Ratio Juris*, 24 (2011), pp. 156-193; "Karl Olivecrona on Judicial Law-Making", *Ratio Juris*, 22 (2009), pp. 483-498.

⁷ Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1956.

⁸ *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2.ª ed. revisada y abreviada, Madrid, Iustel, 2009.

⁹ Jes BJARUP, *Skandinavischer Realismus*, Friburgo-Munich, Karl Alber, 1978; Silvana CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Mián, Edizioni di Comunità, 1974; Stig STRÖMHOLM y Hans-Heinrich VOGEL, *Le "réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975; H.-H. VOGEL, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1972.

¹⁰ "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", *Ratio Juris*, 18 (2005), pp. 1-15. En adelante se abrevia esta revista como *RJ*.

¹¹ Alberto MONTORO, "Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, pp. 65-106.

¹² "Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross" *Anales de la Universidad de Murcia*, XXX (1974), pp. 275-320.

¹³ "Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico. Notas sobre el pensamiento jurídico de Karl Olivecrona y Alf Ross", *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1983, pp. 19-98.

En 2009 publicó Pattaro en *Ratio Juris* un interesante artículo dirigido a justificar su insólita posición como único “cultivador” del realismo escandinavo¹⁴. Se trata de una apología que surge frente a la amable indicación del prof. Wróblewski, según la cual el realismo escandinavo ha dejado de ser cultivado en los países escandinavos, siéndolo ahora en Italia, precisamente por el prof. Pattaro; el cual interpreta esta afirmación en el sentido menos amable de que “es ahora un loco en Bolonia [...] el que lastimosamente porfía en las aturcidas ideas anticipadas por la Escuela de Uppsala”¹⁵. En consecuencia, su apología consiste en localizar y señalar las trazas de realismo escandinavo que, según él, atraviesan el pensamiento contemporáneo a partir de Hart, destacando principalmente la influencia que recibe el propio autor inglés.

Pues bien, el presente trabajo se dirige a atenuar los términos en que Pattaro efectúa esta afirmación.

Al objeto de demostrar su tesis, el profesor de Bolonia destaca cuatro aportaciones principales del realismo escandinavo, a saber: a) la crítica del voluntarismo en favor del normativismo; b) la distinción entre normas y órdenes o mandatos; c) el aspecto interno del Derecho, y d) el papel de las normas constitucionales como reglas de reconocimiento. En todo ello, afirma, los escandinavos han desempeñado un notable papel como precursores de ideas que pueden rastrearse posteriormente a partir del pensamiento de Hart. Sin embargo, esto es en parte discutible por lo que se dice a continuación en relación con cada una de las mencionadas aportaciones.

a) Según Pattaro, Hart reconoce en 1955 que Hägerström es un “precursor de su normativismo”. Como es sabido, Hart rechaza la idea de que las reglas o normas constituyan órdenes o mandatos generales respaldados por amenazas. Si bien es verdad, concede Hart, que existe cierta analogía entre esta idea de lo que una norma es y las normas del Derecho penal o las normas sobre responsabilidad civil, lo cierto es que hay otras muchas normas que no se dejan encajar en este molde, porque cumplen una función muy distinta a la de prescribir conductas¹⁶, que es la función de las reglas primarias. Hart denomina a estas normas que no prescriben conductas “reglas secundarias” y las clasifica según su función en tres subtipos.

¹⁴ PATTARO, “From Hägerström to Ross and Hart”, *RJ* 22 (2009), pp. 532-548.

¹⁵ *Ibid.*, p. 532.

¹⁶ Herbert L. A. HART, *El concepto de derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 35.

La “regla de reconocimiento”, que sirve para señalar aquellas características que debe tener una regla primaria para ser considerada como perteneciente al sistema jurídico; v. gr., haber sido dictada por un determinado órgano. Las “reglas de cambio”, que facultan a determinada persona o personas a introducir, modificar o extinguir nuevas reglas primarias. Y, por último, las “reglas de adjudicación”, que sirven para elucidar la eventual transgresión de una regla primaria¹⁷.

Pattaro tiene, pues, razón al hablar de “normativismo” en Hart. Pero la cuestión es aquí por qué afirma que Hägerström sea el precursor de ese normativismo. Su afirmación se basa en que la regla de reconocimiento de Hart desempeña una posición análoga a la que desempeñan las normas constitucionales en el pensamiento del profesor sueco. En qué consistan éstas se trata más adelante en d). Aquí hay que centrarse en la cita concreta en que, según Pattaro, Hart acepta expresamente la importante contribución (“verdadera aportación”) de Hägerström a su pensamiento, que, a nuestro juicio, hay que atenuar. Es verdad que Hart, en su recensión a la traducción inglesa de los *Inquiries* de Hägerström, pondera que éste evite interpretar las normas constitucionales como actos de voluntad—debido a su crítica de la teoría según la cual las normas son expresiones de la voluntad—, sin incurrir, por tanto en tan “absurda antropomorfización”; pero también es verdad que, de cara a su “normativismo”, Hart limita el alcance de esta aportación cuando la menciona sólo como un apoyo parcial de la idea de la *Grundnorm* kelseniana o, en sus propias palabras, como una “efectiva contribución a la elucidación de una característica que Kelsen consideraba que estaba en la raíz de todo sistema jurídico y que él denominó *Grundnorm*”¹⁸. De lo que se desprende más bien que la influencia que reconoce Hart es la de Kelsen, y no la de Hägerström, cuya aportación la sitúa en el contexto de coadyuvar a un mejor entendimiento de la mencionada idea. En realidad, lo que verdaderamente está ponderando Hart en el texto que cita Pattaro es la crítica hägerströmiana de la teoría de la voluntad. Por último, es un hecho Hart no cita a Hägerström y sí a Kelsen en *El Concepto de Derecho* al relacionar expresamente otra vez su regla de reconocimiento con la norma fundamental de Kelsen¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 113-123

¹⁸ HART, recensión a Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, en *Philosophy*, 30 (1955), p. 372.

¹⁹ “Una de las tesis centrales de este libro es que el fundamento último de un sistema jurídico no consiste en un hábito general de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado, sino en una regla última de reconocimiento que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del sistema. Esta tesis se asemeja en ciertos aspectos a la concepción kelseniana de la norma básica y, más de cerca, a la concepción de Salmond, insuficientemente elaborada por éste de que hay ‘principios jurídicos últimos’”. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 310 (nota a la p. 125).

b) Por lo que se refiere a la distinción entre normas y órdenes o mandatos, es claro que ésta desempeña un importante papel en el realismo escandinavo. También lo representa en la teoría de Hart, pero en un sentido bastante distinto. En efecto, la distinción entre órdenes y normas es explicada por el realismo empirista escandinavo desde el punto de vista de que, bajo esa óptica, es claro que la relación emisor/receptor de una norma jurídica no puede ser la misma que la relación ordenante/ordenado, al faltar el elemento de sugestión que, por la concurrencia simultánea de ordenante y ordenado, a ésta acompaña. Ahora bien, la teoría de Hart se construye precisamente en oposición dialéctica al planteamiento empirista de Austin, que entiende las normas jurídicas como órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que habitualmente es obedecido. Lo que a Hart le interesa no es, pues, destacar cómo otro tipo de sugestión psico-social mucho más compleja, que entraña factores educativos, ideológicos, temor inconsciente, etc., está detrás de las normas jurídicas que en este sentido son independientes de la relación directa emisor/destinatario, sino señalar la necesidad puramente formal de órganos autorizados por normas secundarias para la producción de normas, lo que, como hemos visto, está más en la línea de Kelsen.

c) Pattaro también opina que el realismo escandinavo se anticipa a Hart en la idea de lo que éste denomina "aspecto interno del Derecho"²⁰, pero esto es discutible²¹. Como es sabido, Hart distingue entre el *punto de vista externo*, que es el que adopta aquel observador imparcial que se limita a constatar regularidades de conducta, y el *punto de vista interno*, que tiene carácter normativo, y que es el que adopta aquel que acepta las normas como modelos correctos de conducta que deben ser respetados²². Pues bien, en este punto hay que decir que el realismo escandinavo no sólo no adopta este punto de vista, cosa que no se le pide, pues está en su derecho de observar empíricamente el Derecho, sino que, precisamente por llevar este punto de vista hasta las últimas consecuencias, la concepción que tiene de lo que es externo e interno en los sujetos, poco tiene que ver con lo que dice Hart.

En efecto, de acuerdo con la ontología de Hägerström, la realidad se determina por referencia al contexto espacio-temporal²³. Esto significa que el Derecho se determina por referencia a la conducta social, la cual, obviamente, es un fenómeno

²⁰ PATTARO, "From Hägerström...", cit., p. 540, *Elementos para una teoría del derecho*, cit., p. 153; *El realismo jurídico escandinavo*, cit., p. 193.

²¹ Ya he criticado esta postura en VERGARA, "Sobre la inocencia de la metaética", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 83 (2006), pp.289-304.

²² HART, *El concepto...*, cit., p. 70.

²³ HÄGERSTRÖM, "A Summary of my Philosophy" ("Selbstdarstellung", 1929), en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1953, pp. 31-74, *passim*.

externo. Sin embargo, ésta, a su vez, se determina por referencia a un complejo de afectos, emociones y sentimientos que son también reales, pero en este caso de carácter interno, puesto que se producen en el ámbito íntimo de la psique humana. Pues bien, esta vertiente psíquica ¿es lo mismo que el aspecto interno de Hart?

El propio Hart responde a esta pregunta negativamente. En *El concepto de Derecho* dice expresamente lo siguiente: "El aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de 'sentimientos', por oposición a la conducta física externamente observable"²⁴. Hart, acertadamente, acepta la eventual presencia de compulsiones psíquicas que coadyuvan a la eficacia del Derecho; sin embargo, considera que éstas no son ni "necesarias" ni "suficientes" para la existencia de ciertas normas obligatorias. Por el contrario, considera absolutamente preciso que "haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento"²⁵. Ya en 1959, Hart había criticado a Ross porque, escribía, éste "malinterpreta el aspecto interno de las normas como una cuestión de 'emoción' o 'sentimiento', como una 'experiencia' psicológica especial"²⁶.

Pero esto no convenció ni a Ross, que creía haberse anticipado al profesor inglés al haber señalado antes de que él lo hiciera 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"²⁷; ni a Olivecrona, que afirmaba que el aspecto interno del Derecho "constituye una parte esencial de el Derecho [entendido] como hecho"²⁸.

Pero esto no es exactamente así. Tiene razón Montoro cuando critica a Olivecrona en una crítica que puede hacerse extensible a Ross²⁹, el

²⁴ HART, *El concepto...*, cit., p. 72.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ HART, "Scandinavian Realism", cit., p. 237.

²⁷ Ross, recensión a H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, en *The Yale Law Journal*, 71 (1961-62), p. 1.188.

²⁸ OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, 2.ª ed. (1971), trad. de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 205.

²⁹ Esto sin perjuicio del hecho de que sus teorías difieren en que Olivecrona rechaza la teoría predictiva del Derecho que abraza Ross, lo que no pasa por alto Montoro, "Sobre la superación...", cit., p. 319. Este punto es importante porque Pattaro critica la confusión que se comete después de Hart (a pesar que el propio Hart no cae en ella) al atribuir la concepción predictiva a todo el realismo escandinavo. Cf. Pattaro, "From Hägerström...", cit., pp. 103-103.

empobrecimiento notable del conocimiento jurídico que supone reducir los fenómenos jurídicos a meras realidades naturales de carácter psicológico y sociológico, pensando que éstas pueden ser suficientemente explicadas en función del principio de causalidad, con lo que se escamotea, añade Montoro, “toda su significación racional y axiológica”³⁰. Esta apreciación es clave para entender que la Psicología lo único —y no es poco— a que puede aspirar es a dar cuenta de los *motivos*, esto es las causas, que están detrás de la conducta humana. Pero el aspecto interno del Derecho hartiano se sitúa más en el orden de los fines que en el de las causas. Por eso, el profesor inglés habla de que es necesario que concurra una “actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento”³¹.

Ahora bien, Pattaro, en su artículo de 2009 afirma que se malinterpreta a Hägerström cuando se le atribuye una identificación entre normas y sentimientos del deber. Para el profesor sueco, afirma, las normas no son sentimientos de deber, sino “estados de conciencia de deber o ideas de norma”³². Pero esta aclaración no se entiende muy bien, porque Pattaro no cita a nadie que interprete que Hägerström o cualquier otro miembro del realismo escandinavo identifican norma y sentimiento de deber. Es claro que una norma tiene una existencia objetiva como producto que se formula o positiva a través de una u otra vía. Otra cosa es que con dicha norma vaya asociado algún tipo de emoción o sentimiento, cosa que parece razonable pensar. Esto lo reconoce precisamente Hart, cuando dice que, en efecto, los individuos pueden experimentar en torno a las reglas sentimientos de “restricción o compulsión”, lo que, como hemos ya señalado, no es necesario ni suficiente para explicar la obligatoriedad de las reglas. Es más razonable, pues, interpretar la aclaración de Pattaro en el sentido de que Hägerström no reduce el concepto de *obligatoriedad* a un mero sentimiento, sino que es algo más. Es, concretamente “la conciencia de una obligación [*ett medvetande om skyldighet*]³³; esto es, no se trata de una emoción, sino de una creencia o una idea³⁴.

³⁰ MONTORO, “Notas sobre el realismo...”, cit., pp. 102-103.

³¹ HART, *El concepto...*, cit., p. 72.

³² PATTARO, “From Hägerström...”, cit., p. 536.

³³ HÄGERSTRÖM, *Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I: Viljeteorien*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1917, p. 74, cit. en PATTARO, “From Hägerström...”, cit., p. 536.

³⁴ PATTARO, “From Hägerström...”, cit., p. 540.

Sin embargo, hay que insistir frente a Pattaro que la mencionada conciencia de obligación poco tiene que ver con lo que Hart quiere expresar con el concepto de “aspecto interno del Derecho”. Aunque una y otro son “actitudes normativas”, por emplear la expresión de Pattaro, la conciencia de obligación, como él mismo señala, es un fenómeno complejo, compuesto por ideas y sentimientos, que es “ocasionado en nosotros a través del condicionamiento social”³⁵. Por lo tanto, Hägerström está hablando, como confirma Pattaro, de un fenómeno que se explica a través de la conexión de causa y efecto, esto es, de un fenómeno puramente empírico, objeto por tanto de la Psicología y la Sociología del Derecho. Y esto nada tiene que ver con la actitud crítica reflexiva que Hart atribuye a quien adopta el aspecto interno del Derecho, para quien las reglas son obligatorias *por una razón, no a causa de un motivo*.

d) En este punto, Pattaro vuelve a insistir en la analogía entre la teorización sobre las normas constitucionales que llevan a cabo Hägerström y Olivecrona y la que lleva a cabo Hart en torno a su regla de reconocimiento y que Pattaro resume en la sentencia “no law without norms”. Así, Hägerström nota cómo la autoridad política tiene que aprovechar la constitución vigente si quiere que la regulación de las relaciones sociales que establece tenga alguna eficacia³⁶. Y Olivecrona hace también depender la eficacia de la legislación, entre otras cosas, de la “general reverencia que se preste a la constitución”³⁷.

Pero, una vez más, hay que decir que se trata de planos distintos. Si la conciencia de la obligatoriedad de las normas jurídicas, en que se basa su eficacia, se alimenta, tanto en Hägerström como en Olivecrona, en la reverencia en que es tenida la Constitución, ello es precisamente porque existe la conciencia de que ésta también es obligatoria. Pero, como estos autores no abandonan el plano meramente empírico, esa conciencia de obligatoriedad de la Constitución, es en realidad un efecto de hecho que tiene una causa de hecho cuya determinación es especialmente característica del realismo escandinavo. En efecto, tanto para el uno como para el otro, la eficacia del Derecho depende de varios factores psico-sociales, uno de los cuales, y no menor, ya que el Derecho no se puede mantener con la sola fuerza, consiste en que originalmente el Derecho estaba estrechamente vinculado a primitivas creencias en poderes mágicos y vínculos

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ HÄGERSTRÖM, *Inquiries...*, cit., pp. 30-31.

³⁷ OLIVECRONA, 1939, p. 52.

místicos³⁸. Esto explica el insólito aparato formal de que va revestido el Derecho más antiguo, señaladamente el Derecho romano. Hoy en día, opinan estos autores, si bien la creencia en la magia aparentemente ha desaparecido, en realidad permanece a través del elemento formal del Derecho y, en general, a través del lenguaje jurídico³⁹. Esto le permite a Olivecrona comparar su teoría del lenguaje jurídico con la teoría de las expresiones "performativas" de J. L. Austin, pues es verdad que con las palabras se hacen cosas⁴⁰. Ahora bien —he aquí la misma diferencia que le separa de Hart— ese "hacer cosas" de Olivecrona consiste simple y llanamente en ser causa de un efecto psico-social, a diferencia de Austin, el cual lo sitúa en un contexto institucional completamente diferente⁴¹.

En definitiva, desde la perspectiva realista, la Constitución no suministra al individuo, a diferencia de la regla de reconocimiento de Hart, la última razón para la acción, sino, muy al contrario, la Constitución se presenta como una cadena más en una relación de causas y efectos que carece de todo soporte racional. Y esta diferencia parece determinante. Ése es precisamente el gran drama del realismo escandinavo. Como ha señalado Ollero, el Derecho funciona gracias precisamente a que los individuos no se comportan de manera realista. Merece la pena copiar el siguiente texto:

"Reaparece la paradoja. El Derecho funciona realmente gracias a que los que lo hacen funcionar no se comportan con arreglo a una concepción 'realista'. La máquina del Derecho funcionará de maravilla

³⁸ Y esto es precisamente lo que justifica los estudios de Derecho romano. Cfr. HÄGERSTRÖM, "General View (Introductory Chapter to the Work: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I [1927], en *Inquieries...*, cit., p. 6. Olivecrona también llevará a cabo diversos estudios sobre el Derecho romano y el Derecho sueco antiguo. Cfr. VERGARA, *El Derecho...*, cit., pp. 70-79; 157-160.

³⁹ Por ejemplo, en las XII Tablas aparece la siguiente disposición: "si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto". Pues bien, según Olivecrona se trata de un enunciado lingüístico que de un modo mágico produce el efecto de transformar la realidad convirtiendo al hijo que ha sido vendido tres veces en libre. Por eso emplea el imperativo que establece que sea libre. Por supuesto, para Olivecrona esto es debido a la fuerza sugestiva, de carácter psicológico, del Derecho. Cfr. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, 2.ª ed., cit., pp. 219-220. Por supuesto, Olivecrona atribuye la tesis a Hägerström, quien dedica a desarrollar esta idea el citado *Der römische Obligationsbegriff*.

⁴⁰ Éste es el tema de AUSTIN, *How to do Things with Words*. Londres, Oxford University Press, 1962. Existe versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1990.

⁴¹ Sobre este punto he tratado con cierto detalle en VERGARA, *El derecho...*, cit., pp. 155-175.

siempre que los que estimen que es algo más que una máquina la sigan ayudando a funcionar. El 'realismo' bordea el cinismo. El Derecho adquiere 'validez' gracias a la sintonía de sus normas con la 'tradicón cultural' o 'conciencia jurídica material' de una sociedad. Esta sintonía alimenta la 'conciencia jurídica formal', con su secuela de obediencia desinteresada al Derecho en cuanto tal. Pero si el sociólogo puede limitarse a constatar con aire relativista la 'conciencia jurídica material', los que realmente la van engendrando actúan sin ningún relativismo. Si para ellos nada fuera verdad ni mentira, se generaría la inconsciencia colectiva⁴².

Al margen del anclaje racional y axiológico que reclamaba Montoro, la eficacia del Derecho, que es lo único que puede explicar el realismo escandinavo, queda vinculada a oscuras creencias en la magia y en poderes místicos que quienes están en las "posiciones clave", en palabras de Olivecrona⁴³, aprovechan en beneficio de su propio poder. Es por ello que el Derecho queda reducido a mera fuerza, lo que nos devuelve al punto de partida que Hart quería evitar al distinguir con san Agustín, entre las normas jurídicas y las reglas de una gran banda de ladrones.

En conclusión, Pattaro no tiene razón cuando sitúa al realismo escandinavo en la base de los planteamientos de Hart. Primero, porque no es exacto que Hart haga este reconocimiento de deuda. Segundo, porque la distinción entre normas y mandatos no tiene el mismo sentido en Hart que en los escandinavos. Tercero, porque el aspecto interno del Derecho entendido como condicionamiento psíquico se sitúa en los antípodas de lo que Hart pretende con esta noción. Y, cuarto, porque la regla de reconocimiento de Hart se justifica en una necesidad racional, mientras que las normas constitucionales, que según Pattaro desempeñan la misma función en los escandinavos, son en realidad un simple eslabón en la cadena de causas y efectos que, en última instancia, remite a la mera fuerza.

⁴² Andrés OLLERO, "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 25 (1984), p. 121.

⁴³ OLIVECRONA, *Law as fact* (1.ª ed.), cit., p. 53.