

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL REALISMO JURÍDICO

M.Sc. Francisco J. Campos Zamora^(*)

Prof. de la Universidad de Costa Rica

“Before rules, were facts; in the beginning was not
a word, but a doing”.

K. LLEWELLYN

“El realismo ha muerto, ahora todos somos realistas”.

W. TWINNING

(Recibido 30/07/09; aceptado 23/11/09)

(*) El presente artículo no pretende innovar o criticar de modo alguno aquello que ya ha sido señalado por multiplicidad de autores respecto al realismo jurídico, no es una investigación en sentido estricto en el tanto no aporta nuevos elementos a la discusión jurídica, antes bien, su objetivo es muy distinto –mas no por ello menos importante–, pretende introducir al lector, de forma clara y sencilla, a un tema en torno al cual existe aún mucho desconocimiento a pesar de haberse escrito ya grandes obras sobre el tema y de existir literatura importante incluso en lengua española.

e-mail: hcampos@yahoo.es

(**) Teléfono 8306-7498. e-mail: fcocampos@gmail.com

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

RESUMEN

En este artículo expondremos las líneas principales del realismo jurídico como una de las respuestas más interesantes que se han brindado a la pregunta “¿qué es el Derecho?” Estudiaremos su relación con el realismo filosófico, así como sus tres ramas principales, el realismo alemán, el realismo norteamericano y el realismo escandinavo.

Palabras claves: Realismo jurídico, realismo filosófico, realismo alemán, realismo norteamericano, realismo escandinavo.

ABSTRACT

In this article, we will put forward the main guidelines of legal realism as one of the most interesting responses given to the question: What is Law? We will look into the relation between legal realism and philosophical realism, and its three main trends: German legal realism, American legal realism and Scandinavian legal realism.

Key words: Legal realism, philosophical realism, German legal realism, American legal realism, Scandinavian legal realism.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Realismo filosófico y realismo jurídico
- III. Concepciones realistas del derecho
 1. Realismo jurídico alemán
 2. Realismo jurídico norteamericano
 3. Realismo jurídico escandinavo
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta por “el Derecho en sí” continúa siendo fascinante y compleja. Si consideramos su naturaleza introductoria, –como interrogante que pretende *introducirnos en el estudio del Derecho*– nos percatamos que, técnicamente, su punto de partida no puede ser jurídico, permanecemos así, cuando menos en apariencia, en una posición que se encuentra alejada del Derecho, ello es algo que KANT ya había vislumbrado mejor que nadie al afirmar que la pregunta por “el Derecho en sí” no es jurídica, sino un tema propio de la filosofía. De ese modo, el determinar la “esencia” del discurso jurídico y aquello que le permite transformar la fuerza en autoridad y la costumbre en ley ha aquejado el pensamiento de los más importantes iusfilósofos de la historia. Ese interrogante se bifurca –cuando menos– en dos cuestiones que, de sólo, son confundidas pero que expresan aspectos muy distintos. De un lado la pregunta por su naturaleza, del otro la cuestión de su fundamento. La primera intenta responder “¿qué es el Derecho?”, la segunda “¿de dónde obtiene su validez?”.

Ambas preguntas han sido objeto de un gran debate en la Teoría del Derecho, con todo, nos centraremos en la cuestión sobre su “naturaleza” ante la cual se han ofrecido las más diversas respuestas, cada una con fortalezas y debilidades según el punto en el cual se coloque el acento. Algunos han concedido relevancia a las normas, otros rescatan los elementos axiológicos, existen también quienes se enfocan en los hechos y las actuaciones de los operadores jurídicos, por último, no han faltado quienes –creyendo con ello solucionar el conflicto– definen el Derecho como un sistema que conjuga los elementos mencionados (norma, valor y hecho), olvidando que ello no soluciona la disputa, pues siempre podría replicarse “¿cuál de esos elementos es el principal?” con lo cual la discusión se mantiene vigente.

En este artículo tomaremos como punto de partida la concepción realista, entendida esta, como aquella para la cual la interrogante “¿qué es el Derecho?” debe contestarse siempre a partir de los hechos, la experiencia y las actuaciones de los operadores jurídicos. Para efectos de exponer el panorama de la forma más clara posible, dividiremos el ensayo en dos partes: la primera parte (I) es una corta reflexión acerca del realismo filosófico, pues nos parece más fácil comprender el realismo jurídico si se tienen presentes sus antecedentes en el ámbito de la filosofía. La segunda parte (II) es la exposición de las concepciones más importantes en torno al tema del realismo jurídico, a saber, la alemana, la estadounidense y la escandinava.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

II. REALISMO FILOSÓFICO Y REALISMO JURÍDICO

Existen palabras que creemos nos pertenecen. Sin embargo, nunca debe olvidarse que a las palabras se les suelen asignar contenidos muy distintos, y que no basta con autodenominarse de una forma específica, debe verse más allá. Eso es precisamente lo que sucede al hablar del término “Realismo”, voz que no es unívoca y se encuentra un tanto desvirtuada en la medida en que nadie desea ser excluido del grupo de los realistas, nadie quiere admitir que su esfuerzo mental para llegar a una solución acerca de un problema, sea un juego con fantasmas, un caminar en la oscuridad.

Ahora bien, ¿qué es aquello a lo cual se define como realidad? Algunos estiman que la realidad se encuentra en los hechos tangibles, otros sintiendo desconfianza de la experiencia sensible, consideran que debe ser hallada en verdades eternas y universales, en los conceptos esenciales de los que las efímeras experiencias sensoriales son tan sólo reflejos, es este el realismo platónico tal y como aparece simbolizado en un famoso pasaje expuesto en “La República”.⁽¹⁾ Nos guiaremos aquí por el realismo contemporáneo el cual tiene como características: la consideración unitaria de la ciencia y la filosofía, el análisis como método y el pluralismo como metafísica.⁽²⁾ Este realismo contemporáneo que nace, de acuerdo con Bertrand RUSSELL, en el año 1900⁽³⁾ surge como reacción frente al idealismo y al psicologismo, ambos sumamente arraigados en la filosofía y recibe alguna influencia de la fenomenología de Edmund HUSSERL y del pragmatismo de William JAMES.

Para finales del siglo XIX se corría el riesgo de que el psicologismo, como corriente que sostiene la inexistencia de verdades independientes a los procesos mentales que conducen a ellas, fuera

-
- (1) RECASENS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Segundo Tomo, Editorial Porrúa, México, 1963, p. 620.
 - (2) RUSSELL, Bertrand. *Ciencia, Filosofía y Política*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1963, pp. 45, 46.
 - (3) Para el filósofo inglés la fecha viene asociada a la publicación de obras como “Logische Untersuchungen”, de Husserl (1900); “Über Annahmen”, de Meinong (1902); “Principia Ethica” y “The Refutation of Idealism”, de Moore (1903); y “The Principles of Mathematics”, del mismo Russell (1903).

demasiado lejos pretendiendo hallar toda respuesta en el sujeto mismo y obviando así los problemas de la teoría del conocimiento. Contra esa idea llega a pronunciarse HUSSERL al expresar que esas significaciones que toman vida de intuiciones confusas y remotas no pueden satisfacerlos. Queremos retroceder, afirmaría, a las cosas mismas como estas son. Sobre intuiciones plenamente desenvueltas deseamos alcanzar la evidencia de que, lo dado aquí, en abstracción, es verdaderamente lo que expresan los significados de las palabras.⁽⁴⁾

De ese modo, HUSSERL expone su fenomenología más que como una doctrina o teoría, como un método. Un nuevo método en el filosofar que exigen los problemas actuales de la filosofía y que animado por un afán de radicalidad nos conduce a llevar la investigación hasta las últimas consecuencias para así descubrir las respuestas en las “cosas mismas” (*zu den Sachen selbst*). La fenomenología, afirma, no es ningún camino psicológico, sino que se halla en una nueva dimensión.⁽⁵⁾

HUSSERL se encuentra convencido de que la filosofía puede ser una ciencia rigurosa capaz de alcanzar un conocimiento objetivo y esencial de la realidad, más allá de subjetivismos, razón por la que, refuta el psicologismo imperante de la época que niega la existencia de verdades independientes a los procesos psicológicos del sujeto. Para superar las incongruencias del psicologismo, HUSSERL recurre a las ideas de BRENTANO, y por medio de su doctrina demuestra el carácter intencional y trascendente de la conciencia humana, afirmando además que esa intencionalidad se presenta en una doble variable: una simple, que hace referencia al objeto sin aprehenderlo en toda su amplitud, y otra mediante la cual la aprehensión total de su significado sí es posible.

A partir de este punto, HUSSERL afirma la capacidad del ser humano a través de su intelecto para captar la esencia de las cosas, esto es, su carácter absoluto con independencia de referencias concretas. Para ello, debemos partir del concepto de intencionalidad en su segunda variable y utilizar el método de la reducción fenomenológica, en sus dos formas, una primera en que se prescinde de las particula-

(4) HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, Tomo I, Revista de Occidente, Madrid, 1929, pp. 127, 128.

(5) HUSSERL, Edmund. *Grundprobleme der Phänomenologie*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1992, p. 16.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

ridades del objeto individualmente considerado, y una segunda que consiste en separar de él nuestros sentimientos, creencias o prejuicios, para así apreciarlo como es en realidad y no como creemos que es.

Por su parte, William JAMES desarrolla el pragmatismo, el cual consiste en reducir lo verdadero a lo útil negando el conocimiento teórico en diversos grados; para los más radicales sólo es verdadero aquello que conduce al éxito individual, mientras que para otros, sólo es verdadero cuando se haya verificado con los hechos. En el pensamiento pragmático, el intelecto es dado al hombre, no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad. El conocimiento humano recibe su sentido y su valor de su destino práctico. Su verdad consiste en la congruencia de los pensamientos con los fines prácticos del hombre. En general, para las diversas formas de pragmatismo, la verdad radica en la utilidad y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar.⁽⁶⁾

Para JAMES las ciencias sólo se convierten en verdades cuando son útiles, por consiguiente, la utilidad debe ser la medicina de la ciencia. La utilidad no se reduce a la satisfacción de las necesidades materiales del ser humano, sino a todo cuanto sirva para el desarrollo del hombre en la sociedad; en este sentido la creencia práctica, por ejemplo el amor y la simpatía, logra efectos sociales eficaces en el aspecto moral, como también la Religión será verdadera en función de sus resultados.

Una vez claro lo anterior, cabe indicar que esa herencia del realismo filosófico maduró primero en la jurisprudencia que en el resto de las “ciencias sociales”, al punto que su influencia no hace sino apuntalar un proceso que ya había iniciado JHERING en Alemania y que en los Estados Unidos cobraba fuerza a partir de la figura de HOLMES. Con todo, en el plano jurídico el realismo se manifiesta ya no contra el idealismo y el psicologismo, sino contra normativismos y corrientes axiológicas de corte ingenuo, señalando siempre que más allá de la norma y los valores, el Derecho significa acción, así como el efecto de actos concretos en la vida de los hombres.

(6) JAMES, William. *Pragmatismos*, Sarpe, Altamira, 1985, in totum.

III. CONCEPCIONES REALISTAS DEL DERECHO

Realismo jurídico se escribe de muchas formas. LLEWELLYN y FRANK –a quienes estudiaremos más adelante– señalaron que no existe una “Escuela de realistas” propiamente dicha, ellos se encuentran relacionados sólo en sus negaciones, su escepticismo y su curiosidad. De ese modo, podemos hablar de, cuando menos, tres concepciones o tradiciones que, a pesar de ser distintas entre sí comparten un mismo criticismo y merecen denominarse realismo jurídico: el realismo jurídico alemán, el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo.

1. Realismo jurídico alemán

Aún cuando la doctrina, normalmente, no contempla un realismo jurídico alemán en sentido estricto como si lo hace en el caso del norteamericano y el escandinavo, lo cierto es que previo a su desarrollo en otras latitudes, ya algunos juristas alemanes habían anticipado los principios fundamentales del realismo jurídico al exponer el Derecho como acción, como una constante lucha entre fuerzas. Lo anterior es sumamente notable si se tiene en cuenta que el florecimiento de esas ideas se produce en una Alemania en la cual para ese momento imperaba el idealismo. En esa línea, es precisamente a partir del “segundo” Rudolf von JHERING que puede hablarse de un espíritu realista alemán, para este autor, la vida y la verdad del Derecho radican en su efectiva realización, ese es el Derecho mismo. Aquello que no sucede en la realidad, y se encuentra sólo en el papel, es una “mera apariencia del Derecho” (*bloßes Scheinrecht*).⁽⁷⁾ En ese sentido, el Derecho es una idea práctica que indica un fin y un medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino al que a él conduce.

Para JHERING, no existe un solo título, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha

(7) JHERING, Rudolph von. *Theorie der Juristischen Technik*, p. 11. En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

es el medio para alcanzarlo. El Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo un pueblo. Si abrazamos en un momento dado toda su historia, nos presenta nada menos que el espectáculo de toda una Nación, desplegando esfuerzos para defender su Derecho como los que hace para el desenvolvimiento de su actividad en la esfera de la producción económica e intelectual. Todo hombre que lleva en sí la obligación de mantener su Derecho, toma parte en este trabajo nacional, y contribuye en lo que puede a la realización del Derecho sobre la tierra.⁽⁸⁾

El segundo autor al que nos queremos referir es Oskar von BÜLLOW quien llegará a firmar que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces. El papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el juez. Es en la judicatura donde el texto legal adquiere su forma definitiva. La ley no es Derecho vigente sino sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento al que se desea llegar. Para BÜLLOW, no es la espada, sino la balanza de la justicia la que se encuentra en la mano del juez. Es él quien considera y determina lo que es el Derecho para el caso concreto. La esencia de la judicatura descansa en las sentencias.⁽⁹⁾

Un litigio jurídico representa un problema particular, para el que la ley no contiene todavía la disposición pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. La sentencia de los jueces no es una sentencia en el sentido lógico habitual que se otorga a esta palabra.⁽¹⁰⁾ Bajo el engañoso velo de un mismo término se esconde una multitud de posibles interpretaciones. Se le confía al juez el elegir aquella disposición que le parezca la más adecuada.⁽¹¹⁾

(8) JHERING, Rudolf von. *Estudios Jurídicos*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, pp. 9-19. JHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*, Valleta Ediciones. Buenos Aires, 2004, p. 107.

(9) BÜLLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*, pp. 108, 109. En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976. SALAS, Minor E. *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general*, en Revista Doxa Cuadernos de filosofía del derecho, número 24, Alicante, 2001, p. 210.

(10) BÜLLOW, op. cit., p. 110.

(11) LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 82.

Otro autor que se puede ubicar en esta línea “pre-realista” es Phillip HECK quien aduce que el problema de la creación del Derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica. La ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina.⁽¹²⁾ HECK es reconocido por su brillante papel en la “Jurisprudencia de Intereses” la cual se plantea las cuestiones prácticas de cómo los jueces y los operadores jurídicos han de actuar en su constante enfrentamiento con el Derecho, en ese sentido, trata de encontrar aquellos principios que los jueces deben seguir para decidir casos concretos. El método de esta forma de pensamiento consiste, en palabras del autor, de derivar sus principios simplemente de las experiencias y necesidades de la investigación jurídica. No se encuentra basado en ninguna filosofía ni modelado sobre otra ciencia.⁽¹³⁾

Un caso particularmente interesante dentro del movimiento realista es Hermann KANTOROWICZ quien fuera profesor en las Universidades de Freiburg im Breisgau y Kiel, y quien huyendo del nacional-socialismo se refugió en la Escuela de Derecho de Yale en la cual tuvo contacto con algunos de los más renombrados realistas norteamericanos. En sus palabras “...el concepto del Derecho de los realistas, su tesis sustantiva, es la siguiente: el Derecho no es un cuerpo normativo, no es un deber, sino una realidad fáctica. Es el comportamiento real de ciertas personas, especialmente los oficiales del derecho, más especialmente de los jueces que crean el Derecho, es a través de sus decisiones, que se construye el Derecho”.⁽¹⁴⁾ Para KANTOROWICZ, quien sostiene una posición muy similar a la de BÜLLOW, el Derecho se desarrolla en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, en las Cortes de Justicia, su esencia es eminentemente práctica y no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico.

(12) HECK, Phillip. *El problema de la creación del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1961, pp. 34, 35.

(13) HECK, Phillip. *The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests*, pp. 122-124, En: AA.VV., *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948.

(14) KANTOROWICZ, Hermann. *Some Rationalism about Realism*, Yale Law Journal, Vol. 43, 1934, p. 1243.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

Un autor que, en ocasiones, no es considerado como un realista y que incluso ha mantenido una clara polémica con la Escuela de Uppsala, es Theodor GEIGER. Según este autor, el sociologismo jurídico y la filosofía del Derecho de Uppsala se adhieren a la idea de que la consideración científico-experimental del Derecho se ha de apoyar exclusivamente en el ordenamiento real. Sólo él es una realidad social. Las normas, en cambio, son meras expresiones de deseo o representaciones fantasiosas sin importancia. Esa tesis según la cual la norma sólo posee importancia real por su influencia en el curso de los acontecimientos, podría entenderse como una simple profesión de fe. Si ello es realmente así, ¿para qué ocuparse entonces de las normas? Ante ese panorama, GEIGER responderá que ese razonamiento es erróneo y se apoya sobre un realismo mal entendido en la medida que la presunta antítesis norma-realidad no existe y no es posible, por ello, negar a la norma su carácter de realidad.⁽¹⁵⁾

Aún cuando existen otros herederos de la tradición realista en Alemania⁽¹⁶⁾ el último pensador al que aludiremos no es, irónicamente, un jurista. Nos referimos a un “pensador incómodo” cual es Hans ALBERT.⁽¹⁷⁾ Activo protagonista en distintas polémicas, ha sido un fuerte crítico respecto a temas como el positivismo en la sociología alemana, la filosofía hermenéutica y el dogmatismo religioso por citar sólo algunos. El desarrollo de sus ideas en el marco del racionalismo crítico se ha caracterizado por poner en tela de juicio “lo evidente”, así como la afirmación de que toda proposición que aspire a tener cierta validez debe someterse a un examen crítico.

En lo que al Derecho se refiere ALBERT admite que las normas jurídicas sean objeto de estudios lingüísticos, estudios sobre el sentido, de estudios sobre correlaciones semánticas, no obstante, aquello que

(15) GEIGER, Theodor. *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 52, 53.

(16) Entre estos podemos ubicar a Karl Dieter OPP, Klaus RÖHL, Rüdiger LAUTMANN, Bernd RÜTHERS y Manfred REHBINDER.

(17) ALBERT es ampliamente reconocido por su excelente obra *Tratado sobre la razón crítica*, en la cual a partir de una vieja fábula alemana elabora su “Trilema de Münchhausen” como crítica a los intentos de fundamentación última. *Cfr.* ALBERT, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 25, 26.

caracteriza, en última instancia, a la norma es que se encuentra destinada a surtir efectos en la realidad social, y es precisamente, el análisis de esos efectos el atributo central de la jurisprudencia realista y social-tecnológica.⁽¹⁸⁾

2. Realismo jurídico norteamericano⁽¹⁹⁾

El realismo norteamericano es muy probablemente la vertiente más conocida del realismo jurídico. Su mérito radica no solamente en el hecho de haber contado con una gran cantidad de juristas sumamente esclarecidos, sino que sus ideas han ejercido hasta el día de hoy una enorme influencia en todo el sistema jurídico norteamericano. Fue el juez Oliver Wendell HOLMES quien abrió ese camino, con su afirmación de que la vida del Derecho no es la lógica, sino la experiencia, y es precisamente el estudio de esa experiencia el que conduce a la esencia del Derecho y su aplicación a los casos concretos.⁽²⁰⁾ Para HOLMES el Derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán, la generalidad de su pensamiento puede resumirse en la siguiente cita: “Tomad la pregunta fundamental, ¿qué es lo que constituye el Derecho? Encontrareis que algunos autores dirán que es algo diferente de lo decidido por las Cortes de Massachussets o Inglaterra, que es un sistema de razón, que es una deducción de los principios de la ética o axiomas admitidos, o algo que podría no coincidir con las decisiones. Pero si nosotros tomamos el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo (*bad man*), descubriremos que a él no le interesan los axiomas o las deducciones, sino que él desea saber lo que las cortes de Massachussets o Inglaterra

(18) SALAS, op. cit., p. 215. Para ampliar puede consultarse ALBERT, Hans. *La ciencia del derecho como ciencia real*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F., 2007 in Totum.

(19) Aún cuando por motivos de espacio no se estudiarán aquí, vale señalar que dentro del realismo jurídico norteamericano se encuentran entre otros, Joseph BINGHAM, Thurman ARNOLD, Felix. S. COHEN, Walter W. COOK, Herman OLIPHANT, Max RADIN, Arthur L. CORBIN, Leon GREEN, Joseph C. HUTCHESON, Hessel E. YNTEMA, Underhill MOORE, Benjamin CARDOZO, Alexander PEKELIS, James B. THAYER y Fred RODELL.

(20) HOLMES, Oliver Wendel. *The Common Law*, p. 9. En: AA,Vv., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

harán. Igual es mi opinión. Las profecías de lo que decidirán las cortes y nada más pretencioso, es lo que yo comprendo por Derecho”.⁽²¹⁾

La jurisprudencia sociológica del Decano de Harvard Roscoe POUND fue el paso siguiente para evidenciar la necesidad de realizar investigaciones sociológico-realistas en el campo del Derecho con argumentaciones y consideraciones más amplias y detalladas de las que dio HOLMES. En POUND la investigación sociológica-realista en el ámbito de lo jurídico sirve a los fines pragmáticos de la “ingeniería social”, partiendo de un análisis de los factores preceptivos (reglas, principios, doctrinas, etc.) y un análisis de los intereses (individuales, públicos, sociales, etc.) aunado esto al trabajo que en su parecer debe caracterizar al jurista sociólogo quien necesita estudiar los efectos sociales concretos de las instituciones y de las doctrinas jurídicas, los medios para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas, realizar un estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de la legislación, analizar la metodología jurídica, elaborar un historial sociológico del Derecho y reconocer la importancia de la solución razonable y equitativa en los casos concretos.⁽²²⁾

En POUND la judicatura comprende siempre la protección jurídica de los intereses más diversos tanto individuales, como colectivos o sociales. La clasificación llevada a cabo por el juez requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para determinar la forma en que deben ser protegidos. Es así como el Derecho reconoce, delimita y protege eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad. Igualmente, trató de emancipar al Derecho del dogmatismo, tanto en lo que se refiere a la exégesis lógico-deductiva como en lo atinente al historicismo. Consideraba que si bien es cierto el Derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social y su eficacia debe medirse de acuerdo a su capacidad para realizar fines humanos, dentro de ese constante fluir que es siempre el río de la historia. Por ello, el juez debe encontrarse en libertad para buscar la solución más justa, en lugar de estar sometido a la voluntad del legislador y a la exégesis de ese tipo,

(21) HOLMES, Oliver Wendel. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol. X, N° 8, 1897, pp. 460, 461.

(22) POUND, Roscoe. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959, p. 291. TREVES, Renato. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988, pp. 96, 97.

que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades, en lugar de favorecer la función del Derecho como ingeniería social, en ese sentido, son los hombres y no las reglas quienes administran justicia.⁽²³⁾

Otro personaje de gran valía en el realismo jurídico norteamericano es el profesor de las Universidades de Columbia y Chicago, Karl LLEWELLYN. Su obra es importante en la medida en que es uno de los primeros en explicitar la distinción entre las que él denomina “reglas en el papel” (*paper rules*) y “reglas efectivas” (*real rules*). Las primeras comprenden no sólo las normas formuladas en las leyes y los reglamentos, sino también aquellas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamento para sus fallos. Las segundas son las utilizadas por los jueces para decidir realmente el litigio. La diferencia entre reglas de papel y reglas efectivas no supone que las primeras carezcan de toda influencia o importancia, antes bien, hay muchos casos en los cuales tales reglas en el papel pueden tener un gran alcance. Pero éste es un punto que hay que averiguar respecto de cada regla, por medio de un estudio sobre la realidad de la conducta judicial. Sucede que hay algunas reglas en el papel, que de hecho no son tomadas en cuenta por los jueces. Esto es lo que acontece con las leyes y los reglamentos que se han convertido en letra muerta, o con los precedentes judiciales que se consideran caducos. Hay otras normas formuladas en leyes, reglamentos y sentencias anteriores, que el juez pretende tomar en consideración y que menciona como fundamentos para su fallo, pero que en realidad no sigue, o sigue solamente de modo parcial.

Su segundo aporte fundamental consiste en haber sintetizado, probablemente mejor que ningún otro, el credo del movimiento realista norteamericano en los siguientes puntos:

- “1. La concepción del Derecho como un fluir, del Derecho en movimiento y de la creación judicial del Derecho.
2. La concepción del Derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.

(23) POUND, Roscoe. *Law in Books and Law in Action*, p. 39. En: AA,VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

3. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el Derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del Derecho necesita ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.
4. El divorcio temporal entre Ser y Deber ser a efectos de estudio. [...] El argumento es sencillamente que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del Derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del Derecho está haciendo en este momento [...]
5. La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales que intentan describir lo que los tribunales y las personas actualmente hacen. [...] una desconfianza hacia la teoría según la cual las formulaciones tradicionales de reglas prescriptivas son el factor operativo más importante en la producción de las decisiones judiciales [...].
6. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado. Esto está conectado con la desconfianza ante simples reglas verbales –las cuales muy a menudo cubren situaciones disimilares y no simplemente situaciones de hecho [...].
7. Una insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.
8. La insistencia en el ataque constante y programático sobre los problemas del Derecho siguiendo cualquiera de estas líneas”.⁽²⁴⁾

Jerome FRANK es otro de los principales autores dentro del movimiento realista norteamericano. Profundamente destacado como juez, magistrado del tribunal de apelación y profesor universitario, dirigió su mirada al análisis de la conducta efectiva del juez, y los problemas presentados con la apreciación de la prueba; sin embargo,

(24) LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931, p. 1236-1238.

desarrolló también un análisis de conjunto sobre el orden jurídico positivo. Uno de sus principales intereses fue el estudio de la aversión corriente hacia los juristas y hacia el Derecho en general, esto a partir de la creencia de que los juristas complican en demasía el Derecho. Para este autor ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas omnicomprendivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. Esto no ha sido posible, nunca ni en ninguna parte; pero lo es menos en nuestro tiempo. Pues, en la época presente, nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas modalidades de habitación, nuevos modos de propiedad, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres e ideales, desvanecen la pretensión de instaurar, de una vez por todas, un sistema que de solución a todos los problemas y quien crea lo contrario se ha dejado engañar por el “mito básico del Derecho” (*Legal basic myth*), esto es, el creer que para cada conflicto jurídico existe una única respuesta.

FRANK desarrolló, sin duda alguna, su propio estilo, no es un normativista en el tanto las normas le preocupan poco, ni las juzga particularmente enigmáticas ni les atribuye mayor influencia en la superación de las dudas suscitadas por la recepción de la prueba. Tampoco es realista a la manera de POUND o de LLEWELLYN, en el tanto éstos se preocupan por analizar los factores que conducen a la selección de las normas aplicables al dictar una sentencia. Para él, lo importante es el determinar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma, proceso este que se lleva a cabo en un ambiente dominado por la incertidumbre.⁽²⁵⁾

El realismo jurídico norteamericano ha permeado el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, al punto que el juez es la figura principal en sus procesos judiciales, y los precedentes, esto es, la conducta de los jueces, llega a ser, no en pocas ocasiones, más importante que la misma ley. Con todo, no es sino en nuevos movimientos iusfilosóficos donde el legado del realismo se hace más patente. De ese modo, el movimiento de los “Estudios Jurídicos Críticos” (*Critical Legal Studies*) hacen suyos muchos de los reproches esbozados por el realismo jurídico, tales como, la crítica contra la ilusión de certeza

(25) FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, in totum. FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*, Tudor, New York, 1936, pp. 223, 224.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

y aplicabilidad mecánica del Derecho), enfatizando la indeterminación del lenguaje utilizado en el Derecho y la enorme variedad de posibilidades que posee el intérprete a la hora de decidir sobre un caso concreto.⁽²⁶⁾ Con esta crítica aspiran a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Este movimiento pretende llevar la crítica más lejos al rechazar el proyecto constructivo de algunos realistas, que defendían la recuperación de la certeza acudiendo a los intereses y objetivos sociales subyacentes en las normas.

3. Realismo jurídico escandinavo⁽²⁷⁾

Siguiendo la línea del realismo jurídico se tiene otra versión de este cual es la desarrollada en los países escandinavos. Este movimiento critica el idealismo epistemológico⁽²⁸⁾ y se basa en el dualismo sujeto-objeto. Esta tesis sostiene que en el proceso cognoscitivo el sujeto entra en contacto no con una modificación de su conciencia, sino con una realidad distinta a la suya e identificable con el mundo de la experiencia sensible, con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas espacio-temporales.⁽²⁹⁾

El realismo jurídico escandinavo entra más de lleno en temas de Teoría del Derecho, sin dejar al margen las cuestiones de jurisdicción. Su mayor originalidad reside en la crítica a los conceptos jurídicos tradicionales, que considera irreales; las normas jurídicas expresan antecedentes y consecuencias, pero no existen los pretendidos conceptos intermedios de la doctrina clásica tales como “deber jurídico”,

(26) PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Teorías críticas del Derecho*, p. 97. En: AA.VV., *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

(27) La ayuda con las traducciones del sueco y el danés se las debo agradecer a mi amigo Rasmus Naegé de la Universidad de Lund, Suecia.

(28) DE PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1984, p. 173. STRÖMHOLM, Stig Fredrik y VOGEL, Hans Heinrich. *Le réalisme escandinave dans la philosophie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, p. 27.

(29) CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Universidad Externado de Colombia, N° 45, Bogotá, 2007. En ese sentido FALCON Y TELLA, op. cit., p. 254.

aunque dichos conceptos cumplen funciones importantes como es la sistematización y representación abreviada de las relaciones jurídicas o una pluralidad de funciones. En relación con la norma jurídica los realistas escandinavos son en general menos radicales que sus pares norteamericanos, pues tratan de definir al Derecho en términos de práctica social, pero incorporando esa práctica a la norma jurídica como esquema de interpretación y calificación de la misma. La naturaleza del Derecho, es decir, su existencia como tal, dependerá de la interdependencia de la norma y de su observancia social al ser considerada vinculante por sus destinatarios.⁽³⁰⁾

En resumen, para los realistas escandinavos la naturaleza del Derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos, el Derecho no es otra cosa que los hechos sociales y dentro de estos se destaca que el Derecho es una gran maquinaria creada con el propósito de proteger a la sociedad. Finalmente, los realistas, con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica, emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el “método de la justicia”. De manera similar a los positivistas lógicos sostienen que los juicios de valor en el Derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del Derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad.⁽³¹⁾

Uno de los principales expositores del realismo escandinavo es Axel Anders HÄGERSTRÖM para quien la norma es válida, es decir existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia.⁽³²⁾ En su pensamiento la cuestión de la naturaleza y el fundamento del Derecho se encuentran indisolublemente ligadas.

(30) SORIANO, Ramón. *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997, p. 127.

(31) En ese sentido CASTIGNONE, op. cit. OLIVECRONA, Karl. *The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, pp. 127, 128, en *Scandinavian Studies in Law*, Vol. III, 1959.

(32) HÄGERSTRÖM, Axel. *Är gällande rätt uttryck av vilja?*, en OLIVECRONA, Karl. *Rätten och viljan. Tva uppsatser av Axel Hägerström*, Lund, 1961. Una postura muy crítica sobre estas ideas puede encontrarse en GEIGER, Theodor. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, Editorial Alfa, Barcelona, 1982, pp. 9-19.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

Para HÄGERSTRÖM, el así llamado “juicio de valor” no es más que una expresión de sentimientos. Los valores no existen objetivamente, antes bien, son simplificaciones de los sentimientos de aprobación o de repulsión de los sujetos. De otra parte, el sentido de deber es solamente un impulso que, asociado con la idea de una determinada acción, constriñe a actuar. La obligación como tal, en su sentido jurídico o moral, no existe. El Derecho es un conjunto de reglas de comportamiento expresadas en forma imperativa. Ellas consiguen provocar en el destinatario una acción por temor a la sanción. Así por ejemplo, en un principio, las concepciones mágico-religiosas cumplieron una función determinante, al provocar su proyección hacia el exterior y, en consecuencia, la transformación de los sentimientos de constrictión en entidades percibidas objetivamente como existentes, dando origen a la idea de la existencia de facultades y deberes objetivos.

Cuando HÄGERSTRÖM afirma que el Derecho es un conjunto de reglas formuladas de manera imperativa no está diciendo que se trata de mandatos puros y simples, por el contrario, critica la concepción del Derecho como manifestación de voluntad, especialmente como voluntad de Estado, entidad, esta última, del todo inexistente, derivada de una antropomorfización de la fuerza y de las relaciones sociales. De esa crítica, emerge una concepción de extrema modernidad: la aplicación a los casos concretos de la presunta voluntad del legislador no puede ser efectuada mediante un procedimiento de tipo lógico-silogístico. De este pensamiento descenden las teorías de otros exponentes del realismo escandinavo tales como LUNDSTEDT, OLIVECRONA, ROSS y EKELÖF.

Vilhelm LUNDSTEDT desarrolla sobre todo la crítica a la llamada “ideología de la justicia”, es decir, a la concepción según la cual con anterioridad y de forma independiente del Derecho positivo, de la organización social, existe una “justicia material” que el Derecho positivo estaría llamado a realizar y garantizar.⁽³³⁾ Por el contrario, para él la única realidad concreta está constituida por la “máquina del Derecho”, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales: las normas separadas del Derecho no son nada, solamente “términos y etiquetas vacías” (*vacuos terms, empty labels*).⁽³⁴⁾

(33) LUNDSTEDT, Vilhelm. *Vägel till fred. Revolution inom den rättsliga föreställnings världen nödvänding*, Stockholm, 1924, p. 31.

(34) ROSS, Alf. *Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnytteklimaeren*, en Svensk Juristtidning, Uppsala, 1932, p. 331.

El término norma, con su implícita referencia a la obligatoriedad, debería ser exiliado del lenguaje jurídico junto con los demás términos (responsabilidad, ilícito, deber, obligación, relación jurídica, pretensión), o al menos deberían, según LUNDSTEDT, ser utilizados entre comillas, para resaltar que no se refieren a entidades reales, sino solamente a situaciones de ventaja o de desventaja determinadas por el funcionamiento de la máquina del Derecho. Así, asume una gran importancia en el pensamiento de LUNDSTEDT el estudio del “bienestar social” (*social welfare*), es decir, en términos actuales, un enfoque de “política del Derecho” en la búsqueda de los valores sociales que deben ser tutelados mediante instrumentos jurídicos, sin extenderse en discursos abstractos y metafísicos que sólo sirven para ocultar, con cierta conciencia, otros valores políticos del Derecho.⁽³⁵⁾

En esa misma línea de trabajo se encuentra el sueco Karl OLIVECRONA quien afronta los problemas abiertos por HÄGERSTRÖM desde una perspectiva lingüística de corte analítico. Su contribución más importante fue el haber precisado que el lenguaje jurídico no es únicamente descriptivo, sino también prescriptivo. Las nociones jurídicas, una vez liberadas de su carga metafísica, están llamadas a cumplir una función directiva, permisiva y prohibitiva, de una importancia determinante para la vida del Derecho. “Sus palabras vacías” (*hollow words*) son señales indicadoras respecto de las cuales la gente fue educada para asociar ideas sobre sus propios comportamientos y sobre el comportamiento de los demás.

Las “palabras vacías” son aquellas que no tienen referencia en la realidad concreta, como sucede, por ejemplo, con la voz “Derecho subjetivo”. En muchos casos el lenguaje jurídico tiene una función no sólo directiva, sino también constitutiva en tanto da vida a aquellas relaciones y situaciones a las que el mismo lenguaje hace referencia. Para OLIVECRONA, como para LUNDSTEDT, el Derecho es una máquina que transforma y dirige la conducta de los ciudadanos frente a la Constitución. El respeto hacia la Constitución se transmite a la nueva normativa, que a su vez es experimentada como vinculante. De esta forma, la Ley Fundamental del Estado se presenta como una especie de “norma psicológica fundamental” que sostiene a las demás normas y al resto del sistema jurídico en general.

(35) CASTIGNONE, op. cit., p. 174.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

El contenido de las normas jurídicas puede definirse, siguiendo a OLIVECRONA, como un conjunto de ideas o acciones imaginarias a ser cumplidas por personas en situaciones imaginarias. La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta cuando las situaciones correspondientes surgen en la vida real.⁽³⁶⁾ La norma es un imperativo independiente dirigido a la comunidad que se concreta mediante la acción del juez. El verdadero Derecho se produce cuando una norma es válida, es decir, existente, si es sentida como vinculante y observada en un determinado grupo social, particularmente por las personas encargadas de la administración de justicia.⁽³⁷⁾

Sería Alf ROSS, el notable jurista danés, quien con sencillez y claridad expondría la esencia del realismo escandinavo: “Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el Derecho en acción”. El Derecho se presenta así como un marco a partir del cual trabajará el juez, será este quien al interpretarlo le dará vida y hará que la norma surta sus verdaderos efectos. El Derecho es un fenómeno de la realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por el hombre y depende de factores externos de poder. Pero que este contenido tenga validez como Derecho es algo que no puede ser observado en la experiencia.⁽³⁸⁾

Alf Ross va más allá, en su enfoque, las normas jurídicas deben entenderse como directrices que pretenden provocar en su destinatario un determinado actuar. Su funcionalidad no radica en la comunicación de verdad alguna, sino en dirigir el comportamiento de los hombres. Este “juego de las normas” implica que cada jugador debe conocer cual es su papel, un jugador no solo se siente motivado espontáneamente a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza

(36) OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959, p. 18.

(37) FALCON Y TELLA, María José. *Concepto y Fundamento de la Validez del Derecho*, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1994, p. 241.

(38) ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, p. 29.

que una transgresión de las reglas provocará una reacción de parte de su oponente. Derecho significa, entonces, el conjunto abstracto de ideas normativas que funcionan a manera de esquema regulador de conducta para los destinatarios de las normas y de interpretación para los jueces frente a los fenómenos sociales.

Para el profesor danés, toda afirmación sobre el Derecho vigente no es más que una predicción de acontecimientos sociales futuros en el tanto estos se encuentran indeterminados y no es posible formular sobre ellos predicciones externas de ambigüedad. Con todo, esa predicción es también un factor que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. La mayoría de la gente obedece al Derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, considera que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

Por otra parte, existen autores que se acercan bastante al realismo por su concepción de la norma como “declaración práctica” (*practical statements*), este es el caso del profesor de Uppsala Per Olof EKELÖF quien a pesar de haberse dedicado principalmente al tema de la validez del Derecho, por influencia de HÄGERSTRÖM y OLIVECRONA, no se encuentra ajeno a las discusiones en torno a la naturaleza del Derecho y la decisión de casos concretos.⁽³⁹⁾

Cuando EKELÖF habla de norma legal se refiere, de acuerdo con el uso corriente, a declaraciones y no a hechos. No obstante, una ley en el sentido aquí contemplado no es una declaración teórica, sino práctica.⁽⁴⁰⁾ Concuera en que a un abogado lo dicho puede parecerle un juego conceptual desprovisto de significado. Lo que a él le interesa –tal como al hombre malo descrito por HOLMES– es la forma en que se decidirá el caso en cuestión. En ellos, la determinación de lo que es Derecho es una de las tareas centrales de la jurisprudencia, que toma en cuenta, además de la legislación, la *communis opinio*, los trabajos preparatorios, el método teleológico y en general los medios

(39) EKELÖF, Per Olof. *Free evaluation of evidence*, pp. 47,48, en *Scandinavians Studies in Law*, Vol. III, 1959.

(40) EKELÖF, Per Olof. *The expression “valid rule” a study in legal terminology*, p. 60, en *Scandinavians Studies in Law*, Vol. XV, 1971. HEDENIUS, Ingemar. *Om rätt och moral*, Stockholm, 1941, p. 117. STRÖMBERG, Tore. *Inledning till den allmänna rättsläran*, Lund, 1970, p. 13.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

interpretativos dispuestos en cada país. Así, el precedente, por ejemplo, es Derecho válido en un sentido distinto a la legislación y su aplicación plantea numerosos problemas, salvo en el caso en el que de la sentencia se formule una regla general.⁽⁴¹⁾

Ahora bien, ¿qué ha sucedido de especial relevancia en el Derecho escandinavo de los últimos años? Al respecto cabe señalar que los avances más importantes se han trasladado de Suecia a Finlandia, es así como podemos rescatar a los profesores de la Universidad de Helsinki Kaarlo TUORI, Aulis AARNIO, e Ilkka NIINILUOTO. Kaarlo TUORI no es un realista, sus estudios apuntan, entre otras cosas, hacia el positivismo crítico. TUORI acepta el punto de partida de Kelsen y Hart en el sentido de que una de las características del Derecho moderno es su naturaleza positiva pero, al mismo tiempo, reivindica el reclamo de que el Derecho positivo incluye reglas para su propia crítica inmanente. La aproximación al Derecho debe considerarse entonces a partir de tres estratos. El primero supone reglas, decisiones y doctrina en un nivel superficial; el segundo corresponde a la “cultura jurídica”; y el último, inspirado en Foucault y Habermas, responde a lo que el autor denomina “estructura profunda del Derecho”.⁽⁴²⁾

Aulis AARNIO es principalmente conocido en el plano internacional por su obra “Lo racional como razonable”⁽⁴³⁾ (*The Rational as Reasonable*). Este autor ha afrontado, a lo largo de su carrera, en la filosofía jurídica finlandesa, tres núcleos de interés. Durante la década de los sesenta se concentró en el análisis conceptual del lenguaje jurídico, en este punto se adivina cierta influencia de Olivecrona, el propósito de esa tendencia era criticar la dogmática jurídica conceptualista alemana que gozaba de un fuerte arraigo en la academia finlandesa. En los años setenta sus estudios se centraron en torno a la actividad de la adopción de decisiones y comprensión de la conducta de los tribunales, ello a partir de la influencia ejercida por la teoría de la acción de Georg Henrik von Wright, ni más ni menos que el sucesor de Wittgenstein en su

(41) EKELÖF, *The expression “valid rule” a study in legal terminology*, op. cit., p. 70.

(42) Cfr. TUORI, Kaarlo. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política, México D.F., 1998.

(43) AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

cátedra de Cambridge, es esta la etapa de su pensamiento que recibe mayor influencia del movimiento realista. Posteriormente, AARNIO llegará a su última etapa en la cual sus trabajos se dirigirán hacia lo que es “argumentación jurídica”, “Teoría de la Justificación”, así como los conceptos de “racionalidad” y “razonabilidad”.

Finalmente, tenemos a Ilkka NIINILUOTO. Éste es un personaje un poco más complejo que los anteriores en la medida que sus intereses abarcan también epistemología y matemática. En diferentes contextos, NIINILUOTO ha sostenido un punto de vista que, en general, puede ser llamado realista, a pesar de que su análisis ha logrado evitar muchos de los errores clásicos de las doctrinas realistas tradicionales. Por consiguiente, esta opinión merece una atención más seria, no sólo a causa de su originalidad, sino también debido al hecho de que revela dos importantes rasgos: una conexión con el realismo jurídico y un intento de formular la doctrina de la única respuesta correcta desde el punto de vista de la teoría de la correspondencia de la verdad. Su punto de partida es que un enunciado con respecto a una norma puede siempre ser una proposición. Es verdadera o falsa según que, en el sentido tarskiano de la palabra, corresponda o no a la realidad. El concepto de verdad depende de la correspondencia entre el enunciado-realidad externa, y según NIINILUOTO, en el plano jurídico esta correspondencia está interconectada con la validez de las normas jurídicas.⁽⁴⁴⁾

IV. CONCLUSIÓN

Alcanzado este punto, debemos hacer una confesión, como ya habíamos señalado siguiendo a LEWELYN y FRANK, no existe ninguna “Escuela de realistas”, ellos se encuentran unidos únicamente por su rechazo a normativismos y corrientes axiológicas, pero es precisamente este punto, aquello que la torna aún más fascinante. En un mundo de “críticos sin crítica” la precisión de sus reproches, muchos de los cuales nunca fueron contrarrestados por sus antagonistas, es un reflejo más de la solidez de su pensamiento.⁽⁴⁵⁾ Su desarrollo marcó, en definitiva, una

(44) AARNIO, op. cit., pp. 225, 226.

(45) Por supuesto que no faltan críticas al realismo jurídico, así por ejemplo, SALAS ha señalado que el problema de los realistas radica en mostrar problemas e inconsistencias que son obvios, pero que muy pocos desean admitir. Con todo, esto no es una crítica atribuible al realismo

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

época caracterizada por la claridad de sus ideas, así como por la valentía de una generación de juristas que decidió luchar contra el idealismo y devolver el Derecho a la tierra.

En lo personal, ciframos la importancia del realismo jurídico –aunque esto es también predicable de otros realismos– en rescatar el valor de la práctica y la acción en un ambiente cada vez más teórico y alejado de la realidad. Ciertamente la teoría es valiosa, tal como señaló KANT: “Nadie puede decirse versado en una ciencia y a la vez despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente que es un ignorante en su oficio, en cuanto cree poder avanzar más de lo que le permite la teoría, mediante ensayos y experiencias hechos a tientas”, mas nunca debe olvidarse que el verdadero valor de toda construcción teórica se manifiesta al cotejarla con la realidad y que, no en pocas ocasiones, las normas y directrices como recetas mágicas son de poca utilidad ante el caso concreto, tal como acertadamente escribió un poeta estadounidense:

“Tomad el mapa. El mapa es lo que conocemos. Y nada significa. He visto muchos mapas, en mi época conversé con mil hombres de mar Y al final sólo puedo decir que uno se aventura como uno se aventura.”

Stephen Vincent BÉNET, *Western Star*

jurídico, sino más bien, y sospecho que en el fondo el profesor SALAS estima lo mismo, un reproche hacia la hipocresía de un sistema jurídico que se complace en el silencio y el autoengaño. En ese sentido SALAS, Minor E. *Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho*, p. 133. En AA.VV., Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 27, México, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALBERT, Hans. *La ciencia del derecho como ciencia real*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México D.F., 2007.
- ALBERT, Hans. *Tratado sobre la razón crítica*, Editorial Sur, Buenos Aires, 1973.
- CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Universidad Externado de Colombia, N° 45, Bogotá, 2007.
- BÜLLOW, Oskar von. *Gesetz und Richteramt*. En: AA.Vv., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.
- DE PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 1984.
- EKELÖF, Per Olof. *Free evaluation of evidence*, Scandinavians Studies in Law, Vol. VIII, 1964.
- EKELÖF, Per Olof. *The expression "valid rule" a study in legal terminology*, Scandinavians Studies in Law, Vol. XV, 1971
- FALCON Y TELLA, María José. *Concepto y Fundamento de la Validez del Derecho*, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1994.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*, Tudor, New York, 1936.
- GEIGER, Theodor. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, Editorial Alfa, Barcelona, 1982.
- GEIGER, Theodor. *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2001.
- HÄGERSTRÖM, Axel. *Är gällande rätt uttryck av vilja?*, en OLIVECRONA, Karl. *Rätten och viljan. Tva uppsatser av Axel Hägerström*, Lund, 1961.
- HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1961.
- HECK, Phillip. *The formation of concepts and the Jurisprudence of Interests*, En: AA.Vv., *Jurisprudence of Interests*, Harvard, 1948.

CAMPOS ZAMORA: Nociones fundamentales del realismo jurídico...

- HEDENIUS, Ingemar. *Om rätt och moral*, Stockholm, 1941.
- HOLMES, Oliver Wendel. *The Common Law*. En: AA.VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- HOLMES, Oliver Wendel. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, Vol. X, N° 8, 1897.
- HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*, Tomo I, Revista de Occidente, Madrid, 1929.
- HUSSERL, Edmund. *Grundprobleme der Phänomenologie*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1992.
- JAMES, William. *Pragmatismos*, Sarpe, Altamira, 1985.
- JHERING, Rudolph von. *Theorie der Juristischen Technik*, En: AA.VV., *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976
- JHERING, Rudolf von. *Estudios Jurídicos*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 1974.
- JHERING, Rudolf von. *La lucha por el Derecho*. Segunda edición, Valleta Ediciones. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- KANTOROWICZ, Hermann. *Some Rationalism about Realism*, Yale Law Journal, Vol. 43, 1934.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931.
- LUNDSTEDT, Vilhelm. *Vägel till fred. Revolution inom den rättsliga föreställnings världen nödvänding*, Stockholm, 1924.
- OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959.
- OLIVECRONA, Karl. *The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*, en Scandinavian Studies in Law, Vol. III, 1959.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Teorías críticas del Derecho*. En: AA.VV., *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (191-220) mayo-agosto 2010

- POUND, ROSCOE. *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I, 1959.
- POUND, ROSCOE. *Law in Books and Law in Action*. En: AA.VV., *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- RECASENS SICHES, LUIS. *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*, Segundo Tomo, Editorial Porrúa, México, 1963.
- ROSS, ALF. *Hacia una ciencia realista del Derecho crítica del dualismo en el Derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1961.
- ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.
- ROSS, ALF. *Realismen i Retsvidenskapen og Samfundsnyttekimaeren*, en Svensk Juristtidning, Uppsala, 1932.
- RUSSELL, BERTRAND. *Ciencia, Filosofía y Política*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1963.
- SALAS, MINOR E. *¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general*, en Revista Doxa Cuadernos de filosofía del derecho, número 24, Alicante, 2001.
- SALAS, MINOR E. *Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho*. En AA.VV., Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 27, México, 2007,
- SORIANO, RAMÓN. *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997.
- STRÖMBERG, TORE. *Inledning till den allmänna rättsläran*, Lund, 1970.
- STRÖMHOLM, STIG FREDRIK y VOGEL, HANS HEINRICH. *Le réalisme escandinave dans la philosophie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.
- TREVES, RENATO. *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones, Problemas*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1988.
- TUORI, KAARLO. *Positivismo Crítico y Derecho Moderno*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y política, México D.F., 1998.