

EL REALISMO JURIDICO ESCANDINAVO

Miguel Villoro Toranzo.

Esta corriente está formada —como su nombre lo indica— por pensadores escandinavos. Los más destacados son los suecos de la llamada Escuela de Uppsala Axel Hagerstrom (1868-1939), el inspirador de toda la corriente, Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) y Karl Olivecrona (1897-1980), así como el danés Alf Ross (1899-1979). Lo común a todo el grupo es su actitud antimetafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad a la cual corresponden los fenómenos jurídicos es la psicológica.

La actitud antimetafísica es radical: “La posibilidad del pensamiento mismo depende del mundo empírico dado en el tiempo y en el espacio, concebido como el contexto coherente al lado del cual ninguno otro es concebible”⁽¹⁾. No puede haber una ciencia que tenga por objeto otra cosa que las realidades espacio-temporales y entre ellas, ciertamente no se encuentra lo que se llama valores. Estos no constituyen cualidades de los objetos, sino que son reacciones psicológicas de carácter sentimental: “bueno o malo, en cuanto epítetos dados a los objetos o a los actos, no tienen sentido para nosotros más que en la medida que esos actos o esos objetos nos inspiran placer o disgusto o en la que les atribuimos algún interés”⁽²⁾. Por lo tanto —concluye Lundstedt— “no existe la justicia. Tampoco existe ningún ‘deber ser’ objetivo y, en consecuencia, tampoco se da un Derecho objetivo, es decir, preceptos jurídicos. De este modo, toda la ideología —incluyendo las facultades y los deberes, la licitud y la ilicitud se disuelve en humo. Ciertamente que detrás de la ideología jurídica existen algunas realidades. Pero esto incluso es una superestructura formada por encima de realidades edificadas sin un control empírico, es decir, en la imaginación”⁽³⁾. La única realidad que corresponde verdaderamente a esas palabras es psicológica. A la axiología de la Escuela de Uppsala se le ha llamado con razón “nihilismo de los valores”⁽⁴⁾.

(1) S. Strömholm y H. H. Vogel, *Le Réalisme Scandinave dans la philosophie du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, pág. 27.

(2) *Id.*, pág. 30. Se trata de una cita del *Diccionario filosófico (Filosofiskt lexicon)* de A. Ahlberg.

(3) Vilhelm Lundstedt, “El Derecho y la justicia: una crítica al empleo de la valoración de la justicia” (trad. de Roberto J. Vernengo), en la obra colectiva *El hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, pág. 161.

(4) S. Strömholm y H. H. Vogel, *op. cit.*, pág. 34.

¿Cómo explican los realistas escandinavos al Derecho a partir de sus presupuestos antimetafísicos? Para entender su explicación, lo primero que hay que aclarar —tal como lo hacen Strömholm y Vogel⁽⁵⁾— es que lo que tienen en mente los escandinavos no es propiamente al Derecho positivo sino más bien al vigente, es decir, a lo que la teoría alemana del siglo XIX llamada "*geltendes Recht*", que se puede traducir como Derecho válido o vigente, el Derecho que es aceptado para su aplicación tanto por los jueces como por los particulares. En efecto lo que se preguntan los escandinavos no es cómo nace formalmente el Derecho y por medio de qué fuentes formales nace, sino cuándo y por qué determinadas normas sociales son consideradas como Derecho por jueces y particulares. Pero hay que seguir aclarando el planteamiento: los escandinavos no se interesan por la obligación moral de acatar determinadas normas como jurídicas, sino que lo que investigan es la explicación del hecho de que en la conciencia psicológica de jueces y particulares se tienen por jurídicas determinadas normas sociales. Y así comienzan por rechazar dos explicaciones tradicionales: la iusnaturalista y la voluntarista.

La refutación del Iusnaturalismo no les cuesta ningún trabajo: se trata de una explicación metafísica que no tiene lugar en el pensamiento científico. Según palabras de Olivecrona: "Las teorías iusnaturalistas modernas pueden dividirse en dos categorías: religiosas y seculares. En 1962, en la celebración de un simposio en Viena sobre el tema de la ley natural en la teoría política, todos los participantes, con la excepción del profesor Kelsen, expusieron una posición iusnaturalista; y todos apoyaron la tesis de que no era posible un fundamento del Derecho natural sin Dios. Dado que la admisión de un Derecho natural divino es una cuestión de fe, queda fuera de los límites de la discusión científica"⁽⁶⁾. Otras teorías iusnaturalistas, sin llegar a referirse a un Dios legislador, defienden la fuerza vinculante de las normas por el recurso a derechos, libertades o valores, tal como el de la justicia, de lo cual deducen deberes para el Estado o para otros individuos. "Pero el 'deber ser' no puede concebirse como una propiedad verificable, y, por lo tanto, discutir si ciertas normas poseen o no un 'deber ser' es inútil: no se trata de un problema científico"⁽⁷⁾. "Si se adopta la actitud de los filósofos de Uppsala, de acuerdo con la cual únicamente el estudio de lo que ellos definen como real [es decir, de lo que tiene existencia espacio-temporal] merece ser considerado como una actividad científica, se llega a la conclusión que es imposible reclamar rango de ciencia para una doctrina que coloca en la base de los deberes del hombre cualquier especie de Derecho natural"⁽⁸⁾.

En cuanto a la explicación voluntarista, de acuerdo con la cual el Derecho sería expresión de la voluntad del Estado o de autoridades legalmente constituidas, Oli-

(5) *Op. cit.*, pág. 46.

(6) Karl Olivecrona, *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (trad. de la 2a. ed., por Luis López Guerra). Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 47 y sig.

(7) *Id.*, pág. 110 y sig.

(8) S. Strömholm y H. H. Vogel, *op. cit.*, pág. 50.

vecrona la rechaza por las siguientes razones: 1) No existe la voluntad del Estado; ese es un concepto metafísico, una abstracción que no tiene comprobación en la realidad, aunque sí se dan en ella determinados procesos que se engloban bajo la fórmula de la "voluntad del Estado". 2) "Tras esta actividad no se esconde una 'voluntad' única, sino que todo ello resulta de los esfuerzos, enfrentamientos y cooperación de millones de personas"⁽⁹⁾. Ciertamente hay muchas personas que intervienen en el proceso legislativo, cada una de ella tratando de influir en las mentes y en las conductas de los demás, pero no puede decirse que un solo ser humano sea el que determine con su voluntad a la ley. 3) Aunque las leyes se presentan con la pretensión de vincular las voluntades de los súbditos imponiéndoles deberes, no es científico hablar de vinculación y de deber, pues son conceptos metafísicos: "el 'deber ser' no puede concebirse como una propiedad verificable, y, por lo tanto, discutir si ciertas normas poseen o no un 'deber ser' es inútil: no se trata de un problema científico"⁽¹⁰⁾. Lo más que se puede decir científicamente es que una determinada norma ejerce una presión psicológica en la mente de un determinado individuo, por ejemplo, de un juez que se "siente" presionado a acatarla o a aplicarla. 4) El decir que el Derecho es un mandato de la autoridad competente es incurrir en un círculo vicioso. En efecto, para que la autoridad sea competente se requiere que haya sido sancionada por el Derecho, pero éste no puede existir sin ella. "El Estado no es un poder fuera del Derecho que pueda ser fuente de éste"⁽¹¹⁾. Todo esto ocurre por andar mezclando la metafísica con los hechos, o el deber ser con el ser. En resumen, para los escandinavos es evidente que no se puede pasar de conceptos metafísicos (tales como los de la voluntad, la vinculación y el deber) al mundo de las realidades espacio-temporales: "el hecho mismo que unos hombres proclaman, bajo la forma de una norma jurídica, que tal conducta debe ser respetada por los hombres, no es suficiente para engendrar una realidad objetiva de diferente estructura de la que posee la realidad normal"⁽¹²⁾.

Los escandinavos se proponen construir una teoría general del Derecho que lo explique a partir de hechos y los hechos más importantes que observan en relación con el Derecho son las reacciones psicológicas de los individuos ante las normas jurídicas y las sanciones. Pero, para ellos, las normas jurídicas han dejado de ser mandatos de la autoridad y valoraciones de justicia. ¿Qué son pues? Para Alf Ross, son expresiones lingüísticas que llama "directivas" —para distinguirlas de otras expresiones lingüísticas (las expresiones de aserción que sí tienen un significado representativo y las exclamaciones que no pretenden ejercer influencia)— y que son "expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de

(9) K. Olivecrona, *op. cit.*, pág. 110.

(10) *Id.*, pág. 110 y sig.

(11) *Id.*, pág. 73.

(12) S. Strömholm y H. H. Vogel, *op. cit.*, pág. 53.

ejercer influencia”⁽¹³⁾. Olivecrona, aunque las llama “imperativos independientes” —lo cual se presta a confusión—, viene a decir lo mismo. Oigámoslo: “La clave del enigma de la naturaleza de las llamadas normas jurídicas es el concepto de *imperativos independientes*. El carácter imperativo de éstas es evidente. Pero un imperativo no es una declaración de voluntad. Es una forma de expresión utilizada en forma sugerente para influir en la conducta de los individuos. Las normas jurídicas forman un amplio complejo de estas expresiones, que contienen pautas de conducta más o menos obedecidas por un grupo. Su eficacia depende del conjunto de actitudes, relativamente estables, adoptadas por el grupo: actitudes que a su vez derivan de múltiples y profundas causas”⁽¹⁴⁾. En el pensamiento escandinavo, las normas jurídicas se han convertido en instrumentos de manipulación por los que unas personas tratan de acondicionar, al modo skineriano, las conductas de otros. Para ello, acompañan la norma con la fuerza. Los súbditos, al principio, sopesan la ventaja o desventaja de obedecer o desobedecer pero con el tiempo se cansan de medir la tentación de desobedecer con el temor de la desobediencia y relegan esa lucha al subconsciente, en la conciencia crean el concepto metafísico del deber de obediencia a las leyes, con lo cual éstas son obedecidas sin que sea ya necesario recurrir a la fuerza. La fuerza o sanción es necesaria mientras se da el proceso de interiorización de la obediencia; luego ya permanece en un segundo plano y sólo se utiliza para reforzar ese proceso, si éste se debilita⁽¹⁵⁾.

Alf Ross precisa aún más: las normas jurídicas son directivas que pretenden provocar determinado proceder. “Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres —tanto de los jueces como de los ciudadanos— a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social”⁽¹⁶⁾. “Estas directivas son vividas (*felt*, es decir, sentidas) por cada jugador como socialmente obligatorias; es decir, un jugador no sólo se siente motivado espontáneamente (“ligado”) a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una transgresión de las reglas provocará una reacción (protesta) de parte de su oponente”⁽¹⁷⁾. “Es decir, ‘Derecho vigente’ significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que esas normas son efec-

(13) Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*. Trad. de Genaro R. Carrió. EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pág. 8.

(14) K. Olivecrona, *op. cit.*, pág. 127 y sig.

(15) Nuestra explicación está inspirada en J. W. Harris (*op. cit.*, pág. 100), que nos parece resume correctamente a su modo el meollo de las ideas expuestas por Karl Olivecrona en sus dos ediciones de *El Derecho como hecho* (en particular en la 1.ª edición, págs. 95 a 133) en su *Hacia una ciencia realista del Derecho* y por Alf Ross en su *Sobre el Derecho y la justicia* (ver págs. 51 a 57, en particular). Sin embargo la referencia al acondicionamiento de conductas al modo skineriano es nuestra, pero creemos sí responde al espíritu (aunque no a la letra) de los dos mencionados autores escandinavos. Ross habla del Derecho como de “una reacción socialmente condicionada”.

(16) Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, pág. 8.

(17) *Id.*, pág. 15.

tivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*, es decir, experimentadas y sentidas) como socialmente obligatorias⁽¹⁸⁾. Un sistema jurídico nacional puede ser definido como un conjunto, dotado de “coherencia interna de significado”, de directivas dirigidas principalmente a los jueces y que éstos consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican, ejerciendo la fuerza física contra las personas de acuerdo con las condiciones de su uso establecidas en las mismas directivas⁽¹⁹⁾. “La Ciencia del Derecho dirige su atención al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del Derecho en acción. Dicho estudio apunta: a) a descubrir el contenido ideal —podríamos también llamarlo ideología— que funciona como esquema de interpretación para el Derecho en acción; y b) a exponer esta ideología como un sistema integrado”⁽²⁰⁾. Pero, dado que las directivas sólo son tales en la medida que son capaces de desencadenar el mecanismo de respuestas psicológicas de aquellos a quienes son dirigidas, las aserciones que se hagan sobre ellas tendrán diversos grados de probabilidad. En efecto, en los individuos influyen otros factores, en particular los políticos. Por eso, “las aserciones referentes al Derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Estos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. Fundamentalmente, en concurrencia, la Ciencia del Derecho no puede ser separada de la política jurídica”⁽²¹⁾. Una decisión jurídica es equivocada, “esto es, no está de acuerdo con el Derecho vigente, si después de haber tomado todo en cuenta, inclusive la decisión misma y las críticas que ella puede provocar, resulta que lo más probable es que en el futuro los tribunales se aparten de esa decisión. En algunos casos es posible predecir esto con un alto grado de certeza; por ejemplo, si es obvio que el tribunal ha aplicado por error una ley derogada”⁽²²⁾. Pero “el jurista no debiera tratar de engañarse a sí mismo o de engañar a los demás pasando por alto que hay diferentes grados de certeza”⁽²³⁾.

A partir de este resumen, necesariamente breve y que no da cuenta del gran acopio de erudición con el que los autores mencionados defienden sus ideas, vamos a intentar hacer un balance de lo constructivo y de lo negativo.

Lo primero que hay que destacar es la coherencia entre los supuestos filosóficos aceptados y las teorías formuladas por los escandinavos. Si no se admite que pueda

(18) *Id.*, pág. 18.

(19) He formulado la definición del sistema jurídico nacional atendiendo especialmente las ideas expuestas en las págs. 32 a 34.

(20) *Id.*, pág. 19.

(21) *Id.*, pág. 48.

(22) *Id.*, pág. 49.

(23) *Ibidem*.

ser objeto de estudio científico todo aquello que carezca de realidad espacio-temporal, lo único que nos queda del Derecho son fenómenos psicológicos y sanciones. Si se posee una cosmovisión materialista del ser humano, sólo podremos explicar su comportamiento al modo conductista de B.F. Skinner. Y esto es lo que han tratado de hacer Hagerstrom, Lundstedt, Olivecrona y Ross. Pero cualquier jurista que se asome a sus escritos sin prejuicios materialistas no podrá menos de sentirse decepcionado: el Derecho que nos explica "es un Derecho incompleto, más aún, los rasgos con que lo describen no llegan al fondo del fenómeno jurídico. Porque —nos guste o no— el Derecho son normas, son mandatos de las autoridades competentes, que tienen por fin reordenar y transformar la realidad. Los escandinavos comienzan "por negar, sin razón suficiente, la existencia de lo *normativo*, conservando sólo la palabra"(24), pero "ninguno de los partidarios del Realismo... puede prescindir, pese a sus esfuerzos, de los conceptos tradicionales de *norma*, *deber jurídico* y *derecho subjetivo*, ni liberarse por completo de las significaciones normativas que los mismos contienen"(25). La observación empírica, utilizada con prejuicios materialistas, es mala ciencia. Es producto de la observación empírica el ver a los hombres comportándose diferentemente de otros animales: sólo entre los primeros se dan normas. Claro que las normas no poseen una realidad espacio-temporal, pero existen como resultado de hechos espacio-temporales sin confundirse con ellos; luego su realidad es de otra especie que la espacio-temporal. Si a esa realidad la llamamos metafísica, pues habrá que reconocer la existencia de seres dotados de realidad metafísica(26).

Ya vimos que lo que los escandinavos llaman normas en realidad son aserciones destinadas a obtener una determinada conducta en algunas personas. Si se las despoja de todo contenido de voluntad —como quieren estos autores— entonces las normas no son más que los "estímulos" o agentes externos que dan origen a una "respuesta" en algunas personas(27). Sin embargo, las consecuencias de las normas difieren de una reacción puramente conductista en que la reacción jurídica —por ejemplo, del juez que va a aplicar la norma— depende de la interpretación del estímulo que es hecha por éste "mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción"(28). Así se pretende que se están describiendo las normas como hechos y no como actos de la voluntad o mandatos: "la norma individual quiere decir simplemente la regularidad de una conducta humana que se puede observar en el campo encarado"(29). ¿Es esto una descripción correcta de lo que se

(24) Eduardo García Maynez, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. UNAM, 2a. ed., México, 1977, pág. 109.

(25) *Id.*, pág. 123.

(26) También sería mala ciencia el asimilar sin más esos seres a los que sí poseen realidad espacio-temporal.

(27) "Estímulo" y "respuesta" forman la acción refleja o, más simplemente, el "reflejo". Ver B. F. Skinner, *Science and human behavior*, Free Press, Collier-Macmillan, Nueva York, 1965, pág. 47.

(28) Alf Ross, *op. cit.*, pág. 37.

(29) S. Strömholm y H. H. Vogel, *op. cit.*, pág. 65.

observa? Ciertamente, por parte de quien da la norma o directiva, hay una intervención directa de la voluntad. Como lo reconocen los autores mencionados, las normas o directivas se dan porque “se quiere” obtener una determinada conducta. “El sentido de la tarea legislativa no es, en ningún caso, trazar esquemas o pautas de un actuar probable, sino enlazar en forma lógicamente necesaria, a los hechos que realicen los supuestos legales, el nacimiento de determinados deberes y facultades... El legislador no hace nunca depender de la aquiescencia de los destinatarios, o del hecho que se sienten ‘vinculados’, la fuerza obligatoria de las leyes”⁽³⁰⁾. Y, por parte de los destinatarios, sí es verdad que las normas se pueden considerar estímulos en cuanto que desencadenan determinadas conductas, pero no son estímulos meramente biológicos que provocan reacciones automáticas de obediencia. Como lo reconocen los escandinavos, son estímulos que son interpretados de acuerdo con “una cierta ideología”. Y entonces o no se dice nada nuevo —si por la ideología se entiende una cosmovisión que incluye valores— o se falsea el fenómeno observado —si por ideología se entiende un cuadro de respuestas biológicas en las que las ideas y valores no serían más que un disfraz sublimado de la reacción material.- Claro que la ideología puede vivirse de este último modo, pero la reacción verdaderamente humana ante la ley es su valoración reflexiva y crítica. Y así proceden los jueces, valorando y juzgando críticamente las normas que van a aplicar. Y, en cuanto a los súbditos, más de una vez las normas plantean un conflicto entre la conducta que la norma exige como un deber y la conducta biológica espontánea. Y ese conflicto puede darse frente a toda clase de leyes, no sólo las antiguas que han tenido la oportunidad de acondicionar las respuestas de los súbditos, sino también las nuevas en las que esa oportunidad no se ha dado. Claro que en las respuestas ante las normas intervienen los mecanismos conductistas descritos por Skinner, pero éstos son insuficientes para explicar toda la respuesta humana. El hombre es capaz de seleccionar entre varios mecanismos de estímulos-respuestas y elegir aquel que valora como mejor. Es lo que hacen las autoridades cuando crean Derecho para que los súbditos “actúen de una cierta manera deseada” y por lo que el parlamento puede ser llamado “un órgano central de dirección social”.

La verdad es que los radicales prejuicios antimetafísicos del Realismo jurídico escandinavo esterilizan sus estudios. Subrayan los aspectos psicológicos de los fenómenos jurídicos y así abren una perspectiva de estudio que había sido o ignorada o descuidada. Pero lo que dicen en esta línea es bien pobre y —lo que es más peligroso— incompleto y unilateral. Los primeros estudios serios de Psicología jurídica parece que pueden ser trazados a la obra de Hugo Münsterberber, *Psychology on the witness stand* (McClure, Nueva York, 1907). Desde entonces se ha trabajado bastante para conocer los factores psicológicos que influyen en testigos, jueces y ju-

(30) E. García Máynez, *Positivismo jurídico...*, pág. 120.

rados⁽³¹⁾ y la Criminología ha investigado las condiciones psicológicas de los delinquentes y de su reforma. Son estudios que aplican los métodos de la Psicología a problemas muy concretos y delimitados. El Realismo escandinavo procede de otra manera: parte de presupuestos filosóficos y construye una filosofía del Derecho a base de explicaciones psicológicas de sello conductista; luego baja a hacer ciencia del Derecho, analizando algunos conceptos jurídicos. Desgraciadamente su análisis ya conlleva los prejuicios filosóficos aceptados con anterioridad. Ese análisis es más fecundo cuando denuncia errores o exageraciones en el Voluntarismo o en el Racionalismo que cuando trata de proponer algo en cambio. Y, después de haber proclamado que hay que construir una Ciencia del Derecho a partir de la descripción de hechos, desembocan en el análisis racional de conceptos. En una obra reciente⁽³²⁾, se han dicho que “el análisis llevado a cabo por Ross no es tampoco meramente descriptivo y puede fácilmente clasificarse también como reconstrucción racional”. Lo mismo puede decirse de Lundstedt y de Olivecrona. Por eso, si algo prueban estos autores, es la incapacidad de un método estrictamente empírico para elaborar el solo la Ciencia del Derecho.

(31) Véase, para un panorama reciente de las investigaciones de Psicología jurídica en los Estados Unidos, la obra editada por Gordon Bermant, Charlan Nemeth y Neil Vidmar, *Psychology and Law* (Heath, Lexington (Massachusetts)), 1976.

(32) Javier Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*. UNAM, México, 1980, pág. 184.