

**HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, segunda edición, Madrid, Iustel, 2009, 374 pp.\***

En el 2009 se publicó la segunda edición de la obra de Liborio Hierro, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, después de veintiocho años de su primera edición en 1981. Como escribe el mismo autor en el Prefacio, uno de los motivos principales que le condujeron a la reedición del texto se debe al hecho de que, en el intervalo entre las dos ediciones, sobre el realismo jurídico escandinavo, al igual que sobre el realismo americano, no se ha escrito mucho y, seguramente, menos de cuanto la importancia del movimiento habría merecido. Y esto es aún más cierto si se considera que la así llamada Escuela de Uppsala, donde dicho movimiento tuvo origen, se ubica en las primeras décadas del siglo xx y que el cuerpo central del realismo se desarrolló entre las dos guerras mundiales, mientras que sólo comenzó a ser estudiado y traducido después de los años setenta, prácticamente en coincidencia con los últimos trabajos de Olivercrona y de Ross. Y, entonces, cómo no preguntarse por qué una teoría sobre la naturaleza del derecho seguramente innovadora y, en ciertos aspectos, incluso arrasadora respecto a las teorías tradicionales, haya tenido que esperar tanto tiempo para circular en otros países. Tal vez la respuesta está precisamente en el adjetivo «empirista» con el que Hierro la ha definido, capturando su característica principal.

En efecto, la doctrina dominante en la ciencia jurídica de la segunda mitad del siglo xix y durante una buena parte del siglo pasado, tanto en Europa como en Estados Unidos, es el formalismo jurídico: sobre todo por motivo del factor K(elsen) se consideró que era posible hacer del derecho, y de su aplicación, una especie de ciencia exacta que podría moverse y operar en un mundo aséptico, perfecto, lógicamente coherente, es decir, en el mundo del deber ser y no el del ser, siempre sujeto, este último, a cambios y al comportamiento variable de los sujetos humanos. «El derecho californiano –escribe Kelsen –citado por Hierro– no consiste en el hecho que el hurto sea generalmente castigado con la cárcel, sino en el hecho que el hurto siempre y sin excepción alguna tiene que ser castigado. En este deber ser de la sanción consiste el derecho y no en la efectividad de la sanción misma». En Estados Unidos, según Lagdell, decano de la prestigiosa Harvard Law School (a finales del siglo xix), el derecho era una ciencia basada en la lógica, puesto que la razón está en grado de descubrir las verdades universales a partir de las cuales se construye el derecho como un sistema conceptual, completo, formal y ordenado en grado de dar, para todos los casos, las respuestas unívocas, formales y correctas: «así, se hizo inútil estudiar el derecho como práctica; bastaban un aula, una compilación de casos y un enseñante que adoptara el método socrático»<sup>1</sup>.

---

\* Traducción de Pablo Andrés Moreno Cruz.

<sup>1</sup> MINDA, G. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001 (*Post-modern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's end*, 1995).

Los dos Realismos, el escandinavo y el americano, se inscriben en la así llamada «rebelión contra el formalismo», del título del libro de White<sup>2</sup>, y trataron de salir de ese universo tan separado de la realidad, que parecía girar en el vacío, atornillándose continuamente en sí mismo, para redescubrir el fenómeno jurídico en sus dimensiones verdaderas, efectivas, concretas. Para hacer esto, los realistas americanos reivindicaron la primacía de la *Law in action* sobre la *law in books* y definieron el derecho como el conjunto de las decisiones de los tribunales: «lo que los jueces hacen, y nada más, es lo que yo llamo derecho», escribía el juez Holmes, afirmando así la función creadora de la actividad judicial. Los realistas escandinavos siguieron, en cambio, otra ruta, redescubriendo las raíces psicológicas, y entonces mágico-religiosas, de conceptos jurídicos fundamentales como la validez o la fuerza vinculante, el deber, el derecho subjetivo, desvistiéndolos de todas las incrustaciones metafísicas y poniendo al desnudo el funcionamiento efectivo de la «máquina del derecho», del «derecho como hecho», título de la obra más importante de Karl Olivecrona. Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross son los cuatro autores que constituyen el núcleo del realismo jurídico escandinavo y que lo propusieron como una alternativa frente al positivismo jurídico y frente al iusnaturalismo. A este último lo recriminaban por postular una realidad suprasensible absolutamente no-conocible, cuando la única realidad conocida es, para los realistas, la empírica, inscrita en las coordenadas espacio-temporales. Al positivismo jurídico de impronta formalista, en cambio, objetaban, con Hägerström a la cabeza, el uso de conceptos vacíos (las *hollow words*, como diría Olivecrona), heredados acriticamente por el iusnaturalismo y que se referían a pretendidas «realidades jurídicas» existentes sólo en la imaginación de los hombres en cuanto resultado de la objetivación de sentimientos internos de poder o de constricción debidos al funcionamiento de la máquina del derecho; máquina del derecho que no es más que un mecanismo de organización de las fuerzas para objetivos sociales. Entonces, y en estos términos, la teoría empirista del derecho, como tal, resultaba difícilmente aceptable en un contexto dominado por el formalismo Kelseniano, al lado de las siempre presentes doctrinas del derecho natural.

Justamente Hierro precisa que la influencia del realismo escandinavo comenzó a sentirse sólo después del inicio de la crisis del positivismo jurídico, después de la publicación de *The Concept of Law*, de Hart, en 1961 y de la consolidación del neoempirismo a nivel filosófico. El autor divide la historia del movimiento realista escandinavo en tres etapas consecutivas, advirtiendo que se trata de una secuencia meramente explicativa. La primera etapa desde los orígenes, es decir, desde la Escuela de Uppsala hasta la Segunda Guerra Mundial; la etapa sucesiva desde el segundo postguerra hasta 1965; la tercera etapa desde 1965 en adelante.

La posición de Hägerström, el fundador, se articula siguiendo tres directrices principales: la primera es la tesis de la realidad, con la que él afirma, contra el idealismo imperante en Suecia, que el sujeto en el proceso cognitivo no conoce sólo a sí mismo, o las modificaciones de su conciencia, sino que entra en contacto con la realidad externa, entendida como realidad empírica; la segunda consiste en la convicción según la cual la filosofía no debe ocu-

---

<sup>2</sup> WHITE, G. E. *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, Il Mulino, 1956 (*Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, 1949).

parse de la metafísica («*praetero censeo metaphysicam delendam esse*») sino del análisis del lenguaje para ver qué cosa hay detrás de las palabras, cuál es su significado concreto, es decir, para reconducirlas al mundo de los hechos (entendiendo con tal locución también las ideas de los sujetos y sus reacciones psicológicas: Hierro habla de hechos psico-sociales); finalmente, la tercera directriz se desarrolla alrededor de la negación, contemporánea a la del Circulo de Viena y del neopositivismo, del carácter cognoscitivo de los juicios de valor y, entonces, de la existencia de valores objetivos. Estas posiciones las retoman los continuadores del pensamiento de Hägerström. Lundstedt negó el carácter científico de la ciencia jurídica dogmática e, incluso, propuso eliminar del lenguaje jurídico el término «norma» o, al menos, ponerlo entre comillas, en cuanto portador de ideologías esencialístico-metafísicas; además, ideó la teoría del *social welfare*, del bienestar social, como único objetivo y justificación del fenómeno jurídico, en particular modo en sus aspectos penales. Olivercrona, escribe Hierro, elaboró la primera teoría general del derecho desde el punto de vista realista y criticó profundamente la *will theory*, o bien, la teoría del derecho como voluntad en sus varios aspectos (voluntad del soberano, voluntad del pueblo, voluntad del Estado, voluntad de la mayoría); para explicar los efectos del lenguaje jurídico profundizó la doctrina de los performativos, que le permitió ir más allá de la fase de carácter histórico en la deconstrucción en términos mágico-religiosos de los principales conceptos jurídicos para afrontar el tema de las funciones del lenguaje mismo. Ross proclamó la intención de llevar hasta sus máximas consecuencias la teoría empirista del derecho y se conectó también con el realismo americano, tratando de unir el concepto de validez con aquel de la verificabilidad por medio de la previsión de las decisiones de los jueces.

El análisis de Hierro sobre el pensamiento de los cuatro autores citados, del que mencionamos sólo los temas principales, es muy rico y comprende continuos paralelos con las otras perspectivas del momento, resaltando también aquellos quienes fueron, de alguna manera, los herederos del núcleo originario de los realistas, es decir, Per Olof Ekelof, Tore Strömberg y, con mucha afinidad aunque no con filiación directa, Ingemar Hedenius y Andres Wedberg. Este desarrollo y continuación del realismo al interior de la cultura jurídica sueca caracterizó la segunda etapa individuada por Hierro, aquella que va desde la segunda postguerra hasta 1956, etapa en la que el realismo sueco se convirtió en «el punto de partida común de la ciencia jurídica nórdica en la segunda mitad del siglo xx» y durante la cual se desarrolló también la sociología del derecho en estos países. En dicho periodo se fortaleció la influencia de la filosofía analítica inglesa que fue recibida por la perspectiva realista. Durante la tercera etapa, de 1965 en adelante, el realismo se convirtió en protagonista de la escena jurídica europea y fue citado y discutido en los tratados generales de filosofía del derecho: fue a partir de los años setenta cuando se comenzaron a publicar estudios monográficos sobre el movimiento en Alemania, Italia, Francia y España aunque, como ya se precisó, no en gran número.

El autor observa que una de las características fundamentales del pensamiento realista escandinavo consistió más bien en la crítica, también destructiva, de las otras teorías y no en la propuesta de nuevas perspectivas duraderas para el futuro. Esto explica probablemente el motivo por el cual desde su cepa no florecieron nuevas escuelas, a diferencia de lo que sucedió con el realismo americano en el que la parte constructiva fue predominante. Tanto es cierto que numerosas direcciones de la ciencia y de la filosofía

jurídica norteamericana se inspiraron precisamente a sus raíces, como por ejemplo la *Law, Science and Policy* de Harold Lasswell, después *Law and Society*, *Law and Economics* y, por último, los *Critical Legal Studies*. El realismo escandinavo, en cambio, abrió el camino al normativismo analítico después de haber generado con sus críticas una profunda revisión del positivismo jurídico.

Sin embargo, su contribución al conocimiento del derecho fue de extrema importancia y, según Hierro, puede ser así resumida: 1) crítica al formalismo positivista y a la alternativa iusnaturalismo-positivismo, frente a las cuales se presenta como una tercera perspectiva; 2) elaboración de la ciencia del derecho como ciencia descriptiva (separación entre el ser y el deber ser); 3) elaboración de una concepción empírica del derecho según la cual la fuerza se convierte en el contenido de las normas jurídicas; 4) reelaboración de la relación entre validez y eficacia, con la negación de la validez como carácter abstracto de las normas y de la así llamada «fuerza obligatoria», así como explicaciones de esta última en clave psicológica; 5) redefinición, mediante el instrumento analítico, de los conceptos jurídicos fundamentales; 6) nuevo enfoque frente a la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho a partir de la negación del deductivismo.

A este punto, y para concluir, ¿se puede decir que la función propulsora del realismo escandinavo ya se agotó? Twining, hablando del realismo americano, había dicho: «el realismo murió, todos somos realistas» ¿Es posible hacer la misma aserción respecto al realismo escandinavo? Hierro responde de forma afirmativa, puesto que, sin duda, las instancias realistas ya entraron a formar parte del pensamiento filosófico-jurídico general y no sólo de aquel del norte de Europa. Sin embargo, los peligros de nuevas metafísicas y de nuevos formalismos están siempre al acecho. Precisamente por este motivo la reedición del libro de Hierro, que se presenta como un instrumento indispensable para conocer profundamente el pensamiento realista, emerge como una operación más que nunca oportuna y actual.

Silvana CASTIGNONE  
Università degli studi di Genova