

ACERCAMIENTO AL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁ-
NEO. SUS FUNDAMENTOS EN RELACIÓN CON «LA LEYEN-
DA DEL GRAN INQUISIDOR».

JOSÉ MARÍA CODES CALATRAVA (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL REALISMO JURÍDICO: DELIMITACIÓN. III. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO. 1. *Caracteres generales*. 2. *Principales representantes*. IV. EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO. 1. *Caracteres generales*. 2. *Principales representantes*. V. LAS CRÍTICAS AL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. VI. FUNDAMENTOS DEL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. 1. *La desvalorización de la seguridad jurídica*. 2. *La relación entre el realismo jurídico y «la leyenda del Gran Inquisidor»*. 3. *¿Son la religión y el realismo jurídico una amenaza para el liberalismo y la democracia?* 4. *El encuentro entre Filosofía, Ciencia Jurídica y Literatura*.

(*) Letrado de las Cortes Generales.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es tratar de ofrecer una visión aproximada del realismo jurídico contemporáneo. Esta corriente jurídica tiene un carácter claramente heterogéneo, lo que provoca que no podamos hacer un estudio profundo del mismo. Por ello nos limitaremos, en primer lugar, a intentar definir el realismo jurídico contemporáneo y a distinguirlo del realismo jurídico clásico. En segundo lugar, nos centraremos en las distintas variantes que surgieron dentro de este movimiento; aquí estudiaremos el realismo jurídico escandinavo y el realismo jurídico americano. En tercer lugar, nos haremos eco brevemente de las críticas doctrinales que se pueden dirigir a esta tendencia del pensamiento jurídico. Para terminar, en la última parte de nuestro estudio haremos un esfuerzo para descubrir cuáles eran los procesos mentales que se encontraban detrás de estos movimientos. En este sentido, la idea de investigar sobre esta cuestión surgió de los últimos párrafos que FASSÓ dedica en su «Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX» al epígrafe sobre el realismo jurídico americano. Adelantamos ya que de esas líneas se deriva una suerte de asimilación entre las preocupaciones realistas ante la certeza del Derecho y las preocupaciones de los cristianos irracionalistas frente a la seguridad ofrecida por Dios, lo que iguala a su vez el problema de la libertad y de la injusticia frente a la seguridad jurídica con el problema de la libertad cristiana y del mal frente a la omnipotencia divina. Sin duda, y a pesar de que durante toda su vida se movió entre el agnosticismo y la fe, uno de los autores que en la Literatura más se preocupó del problema del libre albedrío y del sufrimiento que conlleva fue Fedor M. DOSTOIEVSKY, autor nombrado

por FASSÓ en los párrafos a los que nos hemos referido. Dentro de la obra del autor ruso hemos elegido un fragmento que se pone en completa relación con el realismo jurídico contemporáneo y con las cuestiones sobre las que hemos llamado la atención: nos referimos a «La leyenda del Gran Inquisidor», pasaje ya clásico de la no menos universal novela «Los Hermanos Karamazov».

En definitiva, este trabajo no tiene ningún afán exhaustivo. Simplemente ofrecerá una aproximación lo más rigurosa posible al realismo jurídico contemporáneo para luego relacionar la existencia de este fenómeno, que en nuestro sistema jurídico nos resulta completamente exótico, con tendencias profundas del pensamiento que se remontan, como veremos en el último punto, varios siglos atrás e, incluso, hasta un momento muy próximo a la muerte de Cristo.

II. EL REALISMO JURÍDICO: DELIMITACIÓN

Una de las cuestiones más complejas a la hora de abordar el realismo jurídico es la que se refiere a su definición. Antes de entrar a fondo en el tema, es importante delimitar cuál va a ser el objeto de nuestro estudio con el fin de evitar confusiones.

Decimos esto porque el objeto de este trabajo es el llamado realismo jurídico contemporáneo, que debe ser necesariamente distinguido del realismo jurídico clásico, respecto del que tiene importantes diferencias. Entre la doctrina española, el autor más dedicado al realismo jurídico clásico ha sido HERVADA. Este autor ha afirmado que «el realismo jurídico clásico es algo bien distinto de los modernos realismos: el escandinavo, el americano, el marxista» (1). La denominación de «realismo» vendría, según HERVADA, de que ve el Derecho en la *res iusta* o cosa justa. De este modo, los máximos representantes de esta corriente serían ARISTÓTELES, los juristas romanos, TOMÁS DE AQUINO y en general los juristas hasta el momento en el que apareció

(1) JAVIER HERVADA en «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico». Dikaion. Volumen 2. 1988, p. 7.

la primacía del derecho subjetivo. Actualmente, el autor más representativo es VILLEY (2). Como ya hemos dicho antes, no es nuestra intención hacer una exposición detallada del realismo jurídico clásico, pero sí que nos referiremos a sus rasgos principales siguiendo también a HERVADA (3):

- Su rasgo principal es entender el Derecho desde la perspectiva del jurista, que tendrá como finalidad alcanzar la justicia del Digesto: «*perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi*».
- En consecuencia, el arte del jurista consiste en determinar lo justo, que implica dar a cada uno su derecho. Así, el objeto de la justicia coincide con el arte del jurista.
- La perspectiva realista aparece en el propio concepto de *ius*, que es una cosa corpórea o incorpórea que aparece atribuida a una persona concreta, que debe recibirla.
- Lo justo es por consecuencia lo debido, por lo que existe la posibilidad de exigirlo, apareciendo la noción de derecho subjetivo.
- La justicia se revela como algo que no puede ser más concreto: dar a cada uno su derecho. Por ejemplo, en la compraventa, pagar el precio por lo que se ha recibido.

En definitiva, los defensores del realismo jurídico clásico mantienen una idea bien definida a la que también se refiere HERVADA en otra de sus obras (4): «la ciencia del Derecho tiene como finalidad fundamental que la sociedad sea justa, con esa justicia real y concreta que consiste en que se respete y se dé a cada hombre su derecho, aquello que es suyo».

(2) Para conocer las aportaciones de VILLEY al realismo jurídico clásico nos remitimos a la obra de HERNÁNDEZ GIL «Metodología de la Ciencia del Derecho». Volumen III. Editado por Antonio Hernández Gil. Madrid. 1973, pp. 125 y ss.

(3) JAVIER HERVADA, *op. cit.*, pp. 8 a 19.

(4) JAVIER HERVADA. «¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico». Ediciones de la Universidad de Navarra. Pamplona. 2002, p. 12.

Como tendremos la posibilidad de comprobar a lo largo de este estudio, las diferencias entre el realismo jurídico clásico y el contemporáneo son numerosas. No vamos a hacer aquí una comparación detallada de las dos corrientes porque no es éste el objeto de nuestro trabajo, pero sí podemos llamar la atención sobre algunos aspectos que aparecerán en las próximas páginas y en las que se podrán apreciar las diferencias a las que nos hemos referido:

- a) La propia concepción de la Ciencia Jurídica: a pesar de ser dos concepciones muy apegadas a la realidad, en el realismo jurídico contemporáneo falta claramente el elemento finalista definidor del realismo jurídico clásico: la búsqueda de la justicia (entendida en el sentido concreto antes visto) como fin de la profesión del jurista. A los realistas contemporáneos les importa descubrir el Derecho en la sociedad independientemente de la existencia o inexistencia de determinados valores. Los realistas, sobre todo los escandinavos, entienden la Ciencia Jurídica como una disciplina avalorativa y alejada de la Metafísica (5). Veremos que, a pesar de esta idea inicial, se aprecia en algunos realistas (sobre todo en FRANK) el intento de lograr un tipo de justicia asimilada a los valores comunitarios.
- b) Otra diferencia derivada de lo anterior es la muy distinta posición de ambas corrientes en lo que se refiere a la teoría de la justicia. Frente a la idea de dar a cada uno lo suyo, los realistas contemporáneos desconfían de los conceptos metafísicos, entre los que se encuentra, lógicamente, la justicia, a la que ROSS considera una «expresión emocional» (expresión, por cierto, muy similar a la de KELSEN, «valor irracional»)
- c) Por último, hay una idea radicalmente distinta sobre el Derecho Natural. Como señala la Profesora FORERO (6), para el realismo

(5) ÓSCAR VERGARA LACALLE. «Ciencia jurídica, valoración y Metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo». En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Número 8. 2004, pp. 921 a 940.

(6) CLAUDIA HELENA FORERO FORERO, en «Derecho Natural: verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Número 7. 2003/2004, pp. 129 y 130.

jurídico clásico es vital entender que el Derecho es a la vez natural y positivo. Así, «el Derecho Natural (...) está inserto en la misma realidad al tratarse de cosas justas que resultan debidas y por tanto exigibles, tal como lo es la vida y demás derechos denominados hoy fundamentales o humanos hasta constitucionales». Una perspectiva muy distinta se deriva necesariamente de ese escepticismo ante los valores metafísicos de los realistas contemporáneos. A pesar de ello, el propio LLEWELLYN señaló que podía darse una cierta colaboración entre el iusnaturalismo y el realismo, ya que para ambos el Derecho Positivo es algo que se debe modificar y reexaminar.

Dejado ya de lado esta distinción (7), pasamos ahora a intentar definir qué se entiende por realismo jurídico contemporáneo. Para ello seguiremos a HERNÁNDEZ GIL (8), a HIERRO (9) y a SOLAR CAYÓN (10).

El realismo en general ha sido importante desde el punto de vista epistemológico por suponer una reacción contra el idealismo alemán del siglo XIX. RUSSEL aportó cuáles podían ser los caracteres principales del realismo: la renuncia a la Filosofía como un saber especial, el método analítico y la adopción del pluralismo como Filosofía. Por tanto, como señala FERRATER, decir de alguien que es realista es decir muy poco. A pesar de ello, es de este cauce epistemológico de donde surge el realismo jurídico, ya que esa decadencia del idealismo en Filosofía hará que aparezca en el ámbito jurídico una reacción antiformalista que en algunos autores tomará la denominación de realista pero que, como ya hemos dicho anteriormente, en ningún caso tiene un

(7) Para mayor abundamiento en el realismo jurídico clásico, la profesora FORERO cita en el artículo mencionado (Página 118) a los siguientes autores como los más importantes de esta corriente (además de HERVADA y VILLEY): CATHREIN, OLGATI, LACHANCE, GRANERIS, MARITAIN, COTTA, MENDIZÁBAL, SANCHO IZQUIERDO, LUÑO PEÑA, LEGAZ Y LACAMBRA, TRUYOL y SERRA, MARTÍNEZ DORAL y FINNIS.

(8) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* Volumen II, pp. 315 y 324 a 326.

(9) LIBORIO L. HIERRO. «El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho». Fernando Torres-Editor. Valencia, 1981.

(10) JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN. «El realismo jurídico de Jerome Frank: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial». Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2004.

carácter coherente ni unitario. Ni siquiera entre las dos corrientes fundamentales del realismo jurídico contemporáneo, la escandinava y la americana, hay una conexión directa.

En general, como señala HERNÁNDEZ GIL, el realismo jurídico del siglo XIX presenta tres caracteres fundamentales: - es antiestatalista, ya que afirma que existe Derecho por encima del Estado.- se opone al método lógico-formal. - reconoce la función creadora del juez. Esta reacción antiformalista parte del segundo IHERING, que vincula Derecho y fuerza, aunque no es la única, si bien no podemos identificar sin más antiformalismo con realismo. Dentro del ámbito antiformalista podríamos nombrar a autores tan dispares como HECK, GENY, DUGUIT, HAURIOU, STUCKA, a los miembros de la Escuela de Derecho Libre o los representantes de tendencias sociologistas.

Por tanto, nos encontramos ante una enorme dificultad a la hora de definir el realismo jurídico contemporáneo. Quizá el intento más ambicioso por conseguirlo fue el de TARELLO, que en su artículo «*Realismo Giuridico*» considera que podemos entender esta corriente como un conjunto de teorías referidas a cuatro puntos de vista (11): a) la definición del Derecho. b) la definición del campo de estudio de los juristas. c) la naturaleza de ciertos fenómenos e instituciones jurídicas particulares. d) la interpretación del Derecho. A partir de aquí TARELLO concluye que el realismo jurídico es «el realismo americano en cuanto afirma que el campo de estudio de los juristas es la regularidad de los comportamientos que son presupuesto de la resolución de controversias y en cuanto afirma que en la interpretación y aplicación del Derecho lo relevante es la solución alcanzada» y «el realismo escandinavo en cuanto afirma que el Derecho se define como algo “que es” porque la gente cree (creencia mágica) que el Derecho es una específica realidad (...) que el campo de estudio de los juristas es la manipulación de cierta realidad natural mediante palabras y ritos que se consideran jurídicos (...) que el objeto de estudio coincide con el de otras ciencias sociales y consiste en la regularidad de ciertos comportamientos (...) que la

(11) HIERRO hace un resumen de este artículo de TARELLO en la obra anteriormente citada, pp. 63 y ss.

interpretación y aplicación son hechos, que deben ser tratados empíricamente, y que pueden coincidir con enunciados jurídicos preexistentes».

Del estudio de TARELLO y del carácter analítico de sus definiciones podemos concluir la práctica imposibilidad de definir el realismo jurídico contemporáneo. Por ello es quizá más útil rebajar la pretensión y tratar de dar simplemente una definición aproximada del fenómeno para luego estudiar los principales autores que integran la corriente. A esta misma conclusión llegan los tres autores españoles que hemos nombrado más arriba. Así, SOLAR CAYÓN (12) señala, al tratar el realismo americano, que los propios adalides de la corriente, LLEWELLYN y FRANK, en el artículo que marca el arranque de su movimiento, afirman que no actúan como portavoces de ningún colectivo y que no se puede hablar de una escuela realista; son taxativos al decir que «no son un grupo» y que por tanto «no tienen una filosofía o programa de grupo».

Por otro lado, para HIERRO «un camino largo ha recorrido TARELLO (...) Innecesariamente largo». Por ello, este autor, siguiendo ese punto de vista más modesto e inspirándose en LUMIA, define el realismo jurídico contemporáneo como «la manifestación del realismo epistemológico contemporáneo en el pensamiento filosófico y científico jurídico. Como tal movimiento epistemológico supone la doble negación del iusnaturalismo y del positivismo formalista. De ambos, por implicar, según los realistas, una metafísica del Derecho y hacer imposible, por ello, la construcción de un conocimiento científico del Derecho» (13). Con todo, HIERRO ofrece una síntesis de las principales aportaciones de la corriente que estudiamos, aparte de la crítica a la alternativa iusnaturalismo-positivismo: - la elaboración de la ciencia del Derecho como ciencia descriptiva (separación entre ser y deber ser).- la elaboración de un concepto empírico del Derecho, para el que la fuerza se convierte en el contenido propio de las normas jurídicas. - la reelaboración de las relaciones entre validez y vigencia real de las normas (negación de la validez como carácter abstracto de las normas, y de la llamada fuerza obligatoria). - la reelaboración, con instrumentos analíticos, de los conceptos jurídicos fundamentales. - la reelaboración

(12) SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, p. 14.

(13) LIBORIO L. HIERRO, *op. cit.*, p. 67.

de toda la teoría de la interpretación-aplicación, a partir de la negación del conductivismo (14).

Para facilitar el entendimiento de lo que es el realismo jurídico podemos traer a colación una clasificación elaborada por el propio ROSS en su obra «Sobre el Derecho y la Justicia». Entiende ROSS que hay dos tipos de realismo jurídico: por un lado, el realismo psicológico, que encuentra la realidad del Derecho en hechos psicológicos y que, por lo tanto, entiende que una norma es vigente cuando es aceptada por la conciencia jurídica popular; y por otro lado, el realismo conductista, que entiende que una norma es vigente cuando hay motivos para pensar que será aplicada por los tribunales a la hora de tomar sus decisiones. El autor danés afirma que su obra es una síntesis entre ambos tipos de realismo.

En conclusión, podemos afirmar que debemos huir de intentar encontrar una definición clara del realismo jurídico, algo que sí se puede encontrar respecto de otras corrientes del pensamiento jurídico (15). Por ello, parece más adecuado y más coherente aceptar, con HERNÁNDEZ GIL (16) que existe cierta oscuridad en torno a lo que se entiende por realismo jurídico contemporáneo ya que bajo dicha denominación se pueden agrupar «ciertas posiciones metódicas de las más

(14) Sobre esta última cuestión, una de las más características sin duda del realismo jurídico, ALBERTO MONTORO BALLESTEROS publicó un artículo titulado «Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 18, 1975, páginas 153 a 202. MONTORO resalta cómo ROSS dividió los problemas del método lógico-formal en la interpretación del Derecho en sintácticos, lógicos y semánticos. Señala MONTORO que esto provoca que la revisión del formalismo metodológico se orientara con ROSS hacia la consideración de la interconexión del Derecho con la sociedad así como a la ponderación del elemento final (Páginas 168 a 178). No es de extrañar que ROSS afirmase que aunque «los jueces se sientan obligados en alta medida por las declaraciones de la legislatura (...) en la práctica, sin embargo, los tribunales, de forma abierta o subrepticia, se apartan a veces de aquellas reglas legislativas que no concuerdan con la conciencia jurídica material predominante» (citado por MONTORO, página 184).

(15) Pensemos por ejemplo en la clásica definición de BOBBIO del normativismo: «corriente del pensamiento jurídico que delimita el ámbito de lo jurídico en función de la norma, o mejor, del ordenamiento, y no en función del contenido o finalidad de las normas»

(16) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, Volumen II, p. 326.

diversas procedencias que escapan a criterios de sistematización». Así, la importancia del realismo jurídico dentro del pensamiento acerca del Derecho consiste en representar, a nivel general, uno de los polos entre los que se mueve la consideración de los problemas fundamentales del pensamiento jurídico a día de hoy; de este modo, suele hablarse, al modo como se hablaba de iusnaturalismo y positivismo, de realismo y normativismo.

Esta conclusión nos va a permitir identificar el realismo jurídico contemporáneo no como una teoría genérica sino como movimientos de identificación geográfica; de acuerdo con esto, pasaremos ahora a estudiar el realismo jurídico escandinavo y el americano, máximos exponentes de esta corriente del pensamiento.

III. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

En este epígrafe vamos a tratar las características generales de la vertiente escandinava del realismo jurídico para luego pasar a los más importantes autores integrantes de esta variante de la corriente jurídica que estamos estudiando. Para ello, seguiremos las exposiciones de FASSÓ (17) y de ÓSCAR FERNÁNDEZ (18).

1. *Caracteres generales*

El realismo jurídico escandinavo se desarrolla fundamentalmente en Suecia y Dinamarca a partir de los desarrollos elaborados en la Escuela de Upsala. A pesar de cumplir con la característica típica del realismo de ser un movimiento cuya heterogeneidad hace que la denominación «realismo jurídico escandinavo» sea un término «vago y pretencioso» (19), sí que se pueden dar algunas líneas generales aplicables a toda la vertiente.

(17) GUIDO FASSÓ. «Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX». Ediciones Pirámide. Madrid, 1996.

(18) ÓSCAR FERNÁNDEZ. «Balance del realismo jurídico escandinavo». Revista de Derecho Privado. Año número 65. Mes 1. 1981, pp. 1012 a 1022.

(19) ÓSCAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1012.

Se parte, como apunta FASSÓ (20) de la consideración del Derecho como un fenómeno psíquico colectivo que considera que existen derechos subjetivos y deberes como algo distinto de la realidad empírica. Para los realistas, esta creencia es un fenómeno fruto de la imaginación racionalmente injustificado. La fuerza vinculante del Derecho existe sólo en la mente humana y los deberes públicos y derechos subjetivos se convierten también en conceptos imaginarios que fuera de la imaginación no se corresponden con nada.

Nos encontramos ante una filosofía netamente empirista que, de acuerdo con FERNÁNDEZ, combate la filosofía idealista de base kantiana y hegeliana que era además la más seguida en las Universidades suecas de principios del siglo XIX y que, por otra parte, se situaba en una posición más conciliadora con la fe oficial luterana. Este empirismo hace que los realistas escandinavos consideren que toda noción que no es susceptible de ser verificada científicamente es necesariamente arbitraria, por lo que para poder llegar a un conocimiento científico del Derecho se debe atender únicamente al examen de los hechos. Por ello, la labor de los juristas debe centrarse en descubrir las palabras y procedimientos que determinan los comportamientos de los hombres y que suscitan en ellos un sentimiento de obligación. Todo esto trae como consecuencia que debe excluirse del estudio científico del Derecho todo elemento valorativo.

2. *Principales representantes*

El primer autor al que tenemos que referirnos es Axel HÄGERSTRÖM. Para FASSÓ, HÄGERSTRÖM es el iniciador del realismo jurídico escandinavo al ser el cofundador, junto a PHALEN, de la Escuela de Upsala. Su punto de partida es el ataque contra el conceptualismo jurídico alemán dominante de autores como WINDSCHEID o GIERKE, lo que le lleva a profesar una teoría del conocimiento netamente realista y objetivista así como una ética relativista cercana al irracionalismo.

(20) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 239.

La tesis más característica de su obra fundamental, «Estado y Derecho», es que el Derecho no es otra cosa que un conjunto de reglas creadas por el Estado para asegurar determinadas ventajas a los individuos. Más allá de esto, el Derecho sería una idea de carácter mágico, fruto de la superstición o de la degeneración del lenguaje, que no tiene ninguna correspondencia en la vida real.

El siguiente autor del que nos debemos ocupar es Wilhem LUNDSTEDT, principal discípulo de HÄGERSTRÖM, hasta el punto de que STRÖMHOLM afirmó que si HÄGERSTRÖM fue el Alá enigmático y carismático de la Escuela escandinava, LUNDSTEDT fue su Mahoma (21). Es interesante destacar que LUNDSTEDT fue profesor de Derecho Civil y jurista práctico, lo que hizo que intentara llevar a efecto en la práctica diaria del Derecho la revuelta antiformalista iniciada por HÄGERSTRÖM.

En opinión de FASSÓ, LUNDSTEDT es el más extremista de los realistas escandinavos al llevar al límite las posiciones de su maestro. En su obra más importante, «La no científicidad de la ciencia del Derecho», este autor insiste en la idea de la inexistencia de los derechos, de los deberes y de todos los conceptos manejados habitualmente por los científicos del Derecho (justicia, responsabilidad, dolo, culpa...). La falta de realidad de estos conceptos hace que sea imposible tratarlos desde un punto de vista científico, lo que confirma el título de su obra. Su idea acerca del Derecho es muy similar a la que mantiene su maestro, ya que también considera que los derechos son situaciones de ventaja que existen porque son habitualmente tutelados por el Estado a través de la organización judicial. Como vemos, siempre aparece la base completamente empirista de la que parten todos los realistas; podemos llamar la atención sobre el concepto de hábito, que tiene sus raíces en la postura del filósofo empirista por excelencia, HUME, para quien la razón de ser de las instituciones jurídico-políticas, lo que las hacía necesarias y, al fin y al cabo, buenas, era que la mayoría de los miembros de la sociedad tuvieran el hábito de respetarlas.

(21) STRÖMHOLM. «La filosofía del Derecho escandinavo». Citado por ÓSCAR FERNÁNDEZ en el artículo que utilizamos como referencia, antes nombrado. Página 1013.

Un concepto fundamental para LUNDSTEDT es el de utilidad social o pública, que es el principio en el que deben basarse juristas y jueces a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Esto es así porque los jueces no aplican en su opinión normas jurídicas, sino que a la hora de resolver se guían por reglas formadas por ellos mismos a partir, precisamente, de la concepción que tienen acerca de la utilidad social. Veremos más tarde que esta idea de la aplicación del Derecho es similar al concepto de intuición (*hunches*) de FRANK. En opinión de ÓSCAR FERNÁNDEZ, la construcción de LUNDSTEDT sobre la utilidad pública, si bien tuvo cierta importancia en Suecia en el ámbito de la función práctica y social del Derecho, como construcción teórica no resulta excesivamente profunda (22). HIERRO (23) se hace eco de otra crítica también lanzada habitualmente contra LUNDSTEDT y que se refiere a la gran oscuridad de su exposición; esta crítica fue compartida por su más importante discípulo, KARL OLIVECRONA, sobre el que dirigimos ya nuestra atención.

OLIVECRONA, cuya obra más importante es «El Derecho como hecho», es, junto con ROSS, el autor escandinavo más estudiado y conocido a nivel internacional. Este autor, además de seguir la línea de la Escuela en algunos de sus postulados más característicos (el carácter ficticio de los derechos subjetivos y de los deberes públicos, o la falta de realidad de la fuerza vinculante del Derecho, que sólo tiene existencia en la mente humana), aporta ideas muy interesantes en el ámbito de la teoría sobre la norma jurídica, inscribiéndose en el que antes hemos denominado con ROSS realismo psicológico.

Las normas jurídicas son para este autor «imperativos independientes o autónomos» o «aserciones». No se pueden considerar mandatos desde el momento en que no pueden remitirse a una persona u órgano que los manda, ya que no puede considerarse ni al Estado ni al soberano autores de mandatos con la forma de normas jurídicas; en relación con esto, el propio OLIVECRONA afirma que «la voluntad del legislador no es voluntad en sentido psicológico. Es una voluntad ficticia,

(22) ÓSCAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 1013 y 1014.

(23) LIBORIO L. HIERRO, *op. cit.*, pp. 165.

metafísica, similar a la voluntad de Dios» (24). Como apuntan FASSÓ y FERNÁNDEZ (25), una norma jurídica es para OLIVECRONA la imagen de un modelo de conducta propuesto a los hombres que adquiere eficacia cuando es capaz de ejercer en ellos una influencia permanente que les lleva, entre otras cosas, a la obediencia a las leyes. Por tanto, la obediencia al Derecho no es una cuestión política, ética o religiosa, sino que es una cuestión de psicología social. Reaparece aquí el concepto empirista de hábito y la vertiente psicológica del realismo a la que ya nos hemos referido.

Otra idea muy interesante de OLIVECRONA acerca de la norma jurídica, sobre todo por la analogía que su concepción presenta con la de KELSEN, es la que se refiere a su visión no imperativista del Derecho. Ya hemos visto antes que para OLIVECRONA las normas no son mandatos. No se pueden entender las normas jurídicas como garantizadas por la fuerza, sino como relativas a la fuerza. El Derecho es por tanto la organización de la fuerza y la fuerza aparece así como contenido del Derecho. La similitud con KELSEN es evidente: «el problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas» (en «Teoría General del Derecho y del Estado»).

Con esto pasamos ya a Alf ROSS, representante más importante del realismo jurídico escandinavo. Somos conscientes de que la figura de ROSS, del mismo modo que la de BOBBIO, excede en mucho de ser un representante o miembro de una determinada escuela jurídica para convertirse en uno de los filósofos del Derecho contemporáneos más representativos. La enorme importancia de su obra (26) hace que no nos podamos detener en todos sus aspectos, por lo que intentaremos hacer un resumen de los más importantes.

(24) Citado por HIERRO en la obra ya nombrada, p. 191.

(25) GUIDO FASSÓ (Página 241) y ÓSCAR FERNÁNDEZ (Página 1021), *op. cit.*

(26) Entre las obras más destacadas de ROSS podemos citar las siguientes: «Sobre el Derecho y la justicia», «La lógica de las normas», «Hacia una ciencia realista del Derecho», «Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas», «Crítica del dualismo en el Derecho» y «¿Por qué democracia?»

ROSS fue alumno de KELSEN en Viena antes de serlo de HÄGERS-TRÖM en Upsala, lo que hace que la obra de ROSS sea la menos alejada de la tradición europea y que presente determinados aspectos kelsenianos, como sucede con su caracterización de las normas jurídicas como «directrices» que guían a sus destinatarios hacia determinados comportamientos. Esto parece distinguir en cierto modo la normatividad del puro hecho para introducir algún elemento que recuerda al «deber ser» de KELSEN.

De hecho, ROSS está de acuerdo con KELSEN en que el Derecho es un sistema de normas, por lo que hay que acudir a otro lugar para descubrir la concepción realista de ROSS, que descansa fundamentalmente en su idea de validez. Mientras que para KELSEN la validez es una categoría lógico-formal, ROSS funda la validez de la norma en su existencia en tanto que eficacia. Serán los hechos los que otorgarán validez a las normas jurídicas y los que harán posible que el Derecho pueda ser objeto de tratamiento científico.

Para llegar a esa conclusión, ROSS distingue dos tipos de normas (27): las normas de conducta, que prescriben comportamientos; y las normas de competencia, que son las que crean un poder de autoridad. Al considerar que las normas de conducta dirigidas a los particulares son superfluas ya que los particulares únicamente quieren actuar en función de lo que los jueces decidirán, se concluye que las normas de conducta son directrices dirigidas únicamente a los jueces (28). Por ello, para ROSS un sistema jurídico válido es el formado por las normas que son efectivamente operantes en la mente del juez ya que son consideradas por él como socialmente vinculantes y, por tanto, tendrán que ser obedecidas y observadas efectivamente por los ciudadanos. De este modo, como apunta FASSÓ (29), en opinión de ROSS la efectividad en que se verifica la validez del Derecho está constituida por el comportamiento de los jueces, no de los ciudadanos. De hecho, si existe un alto

(27) Seguimos a FERNÁNDEZ en la obra citada, p. 1016.

(28) Afirma el propio ROSS sobre esto: «la directriz al particular está implícita en el hecho de que él conoce qué reacciones pueden esperarse de parte de los tribunales en determinadas circunstancias.» Citado por FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1016.

(29) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 242.

grado de cumplimiento de una norma por parte de los ciudadanos, los jueces tienen más complicado poder determinar la validez de una determinada norma, ya que su capacidad de actuación se ve reducida.

Estas conclusiones de ROSS llevan necesariamente a considerar, con ÓSCAR FERNÁNDEZ (30), que para el autor danés un ordenamiento jurídico no es más que un conjunto de reglas que organizan el aparato coercitivo del Estado y que el Derecho no es pensable fuera de dicho aparato coercitivo. La Ciencia Jurídica queda irremediabilmente unida a la Ciencia Política desde el momento en que las normas jurídicas son jurídicas en cuanto decisiones de los tribunales y desde que nos encontramos con que la doctrina de las fuentes del Derecho es para ROSS la doctrina relativa al modo en que los jueces se comportan de hecho.

En definitiva, ROSS, al igual que los demás realistas, termina por reducir la validez del Derecho a su eficacia, aunque trata de poner de relieve el carácter normativo del Derecho; llegará incluso a acusar a los realistas norteamericanos de haber perdido el sentido normativo del Derecho. Para FASSÓ (31), sin embargo, sus conclusiones no están muy alejadas de las de los realistas americanos. Aun así, mientras que FASSÓ es muy duro en sus juicios con el realismo americano, como luego veremos, es con ROSS más benevolente, al considerar que su construcción teórica es más refinada y sutil al poner de relieve los logros del normativismo.

En cualquier caso, la obra de ROSS no deja indiferente a nadie y provoca muchas veces interpretaciones divergentes. Por ejemplo, HERVADA (32), en relación con la idea de justicia de ROSS, considera que a pesar de los intentos de este último por reducir la justicia a nivel estrictamente legal, como «aplicación correcta de una norma», no puede evitar confundir después justicia con certeza y seguridad jurídica, ya que ROSS afirmará también que justicia equivale a racionalidad de la norma y, por tanto, a regularidad o carácter previsible. Esto no es más que una

(30) ÓSCAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1017.

(31) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 243.

(32) JAVIER HERVADA: «Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho». Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1992, p. 127.

muestra de la gran variedad e importancia de la obra de ROSS que, como dijimos al principio, reviste una magnitud mayor que la de representar al realismo jurídico escandinavo.

Para terminar con este epígrafe, es necesario tener en cuenta que el mismo, al igual que el siguiente, es sólo un apretado resumen de las dos vertientes del realismo jurídico contemporáneo. En lo que se refiere a la vertiente escandinava, y de acuerdo con HERNÁNDEZ GIL (33), a los autores citados habría que unir otros como JORGENSEN, KAILA, LEHTINEN, BRUSIIN o EKELÖF. Todos ellos representan, para RECASÉNS (34), una forma de entender el Derecho que tiene como propósito sustituir la Filosofía del Derecho por una «mera ciencia natural de determinados fenómenos sociales».

IV. EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO

Vamos a seguir en este epígrafe el mismo esquema que en el anterior tomando como referencia a FASSÓ, a HIERRO y a SOLAR CAYÓN.

1. *Caracteres generales*

La misma reacción ante la Metafísica y ante el método lógico-formal que se produjo en Escandinavia, tuvo lugar también en Estados Unidos. Allí se comenzó a afirmar que el estudio del Derecho debía centrarse en lo que, en expresión de POUND, se refería al Derecho efectivamente operante (*law in action*) y no al Derecho que está en los libros (*law in books*). No era de extrañar que en Estados Unidos surgiera un movimiento de estas características, debido a su concreta coyuntura histórica y a las exigencias de su movilísima sociedad.

Surgieron así una serie de teorías y de autores que se pueden considerar como el origen del realismo jurídico americano y que parten de ese enfrentamiento contra el formalismo a través de un gran interés por

(33) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* Volumen III, p. 107.

(34) RECASÉNS SICHES en «Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX», citado por HERNÁNDEZ GIL en *op. cit.* Volumen III, p. 107.

los hechos concretos. Aparece de este modo, a finales del siglo XIX y principios del XX, la denominada «revuelta contra el formalismo», que propugnará una cultura más apegada a la realidad concreta y a las exigencias de la sociedad. Esta concepción se vio enormemente reforzada por las medidas tomadas en el marco del *New Deal* (35). En el ámbito jurídico, la revuelta contra el formalismo fue protagonizada por diversos autores que, si bien presentan diferencias importantes en sus doctrinas, se pueden situar como precedentes de LLEWELLYN y FRANK. Podemos nombrar, de acuerdo con FASSÓ (36), los siguientes:

- DEWEY: considera que el Derecho es un fenómeno social y que, por tanto, no puede entenderse que tiene una entidad por sí mismo, sino que debe estudiarse en relación con los condicionantes sociales.
- HOLMES: es el autor de la famosa frase «las previsiones de aquello que los tribunales efectivamente harán y ninguna otra cosa más pretenciosa, son las que yo entiendo por Derecho». El Derecho aparece para este autor como un complejo de previsiones.
- POUND: el Derecho se asemeja a un enorme edificio construido y reconstruido constantemente por los hombres con el fin de atender a sus aspiraciones, de tal modo que la labor del jurista es casi una labor de «ingenierística». La realidad política y socio-económica será vital a la hora de acercarse al Derecho. Hay que señalar que, tras la II Guerra Mundial, POUND evolucionó desde estas posturas típicas de la jurisprudencia sociológica hacia tendencias netamente iusnaturalistas.
- CARDOZO: defiende el método sociológico al ser el Derecho un elemento de una sociedad en permanente cambio. No puede congelarse el Derecho en un sistema legal tasado ya que se verá rápidamente superado por las nuevas necesidades de la sociedad.

(35) No hay que olvidar, como señala SOLAR CAYÓN (*op. cit.*, página 21), que, por ejemplo, el propio FRANK fue nombrado en 1932 Consejero General de la *Agricultural Adjustment Administration*, uno de los principales centros impulsores de las reformas del *New Deal*. Después, en 1939, llegó a ser Presidente de la *Securities and Exchanges Commission* (órgano equivalente a nuestra Comisión Nacional del Mercado de Valores).

(36) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, pp. 214 a 223.

Estas tendencias sociológicas son la base del realismo jurídico americano. El primero que usó la expresión «*legal realism*» fue uno de los más importantes representantes de la Escuela, Kart L. LLEWELLYN, que con tal término pretendió calificar a un conjunto de juristas que se alinearon en contra del formalismo.

Ya hemos visto más arriba que ni siquiera los propios LLEWELLYN y FRANK se atrevían a dar una lista cerrada sobre los miembros de la Escuela debido a su carácter heterogéneo. De ahí que cualquier enumeración debe ser hecha con precauciones, teniendo en cuenta que son puntos comunes a todos los miembros de la corriente el rechazo frente al método lógico-formal y al conceptualismo. FASSÓ (37) incluye entre los realistas americanos, además de LLEWELLYN y FRANK, a BINGHAM, OLIPHANT y COHEN (38).

Todos estos autores defienden un punto de vista polémico por el cual recibieron importantes críticas incluso, como hemos visto, de otros autores realistas como ROSS. Este punto de vista, sobre el que llama la atención SOLAR CAYÓN (39), es considerar al Derecho como un fenómeno estrictamente fáctico. El Derecho no se refiere a las normas sino a la actuación de las personas cualificadas para la resolución de conflictos sociales: abogados, policías y, sobre todo, jueces. FRANK definirá el Derecho de la siguiente manera: «el Derecho, entonces, respecto a una situación dada es, bien un derecho real, es decir, una decisión específica del pasado relativa a esa situación, o un derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro» (40). De este modo, el Derecho no es para los realistas americanos un sistema normativo que deriva de determinados principios, sino un fenómeno absolutamente anclado en la realidad fáctica.

(37) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 224.

(38) HIERRO, en la obra citada (Página 91), incluye una lista alfabética exhaustiva de los miembros de la Escuela realista americana: entre otros están ARNOLD, COOK, DOUGLAS, GREEN, RADIN o YNTEMA.

(39) SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, p. 85.

(40) Esta definición de FRANK es recogida por SOLAR CAYÓN en la obra ya citada, p. 86.

Otra tesis fundamental de los realistas americanos es la crítica hecha a la concepción silogística de la sentencia (41), que no subsume un caso concreto en una norma, sino que aparece súbitamente como un conjunto trabado y orgánico. Volveremos sobre este punto al hablar de FRANK.

2. Principales representantes

Aquí vamos a centrarnos en las figuras de LLEWELLYN y FRANK por sin duda los paladines del realismo jurídico americano. LLEWELLYN (42), como ya hemos visto, fue uno de los fundadores de la Escuela y por ello una de sus referencias más importantes. Su pensamiento acerca de cuáles son los postulados básicos del realismo jurídico puede quedar resumido en nueve puntos que él mismo explicitó (43):

1. El Derecho se concibe en movimiento, en cuanto que fluye, por lo que es vital la creación judicial del Derecho.
2. El Derecho es un instrumento para lograr determinados fines sociales y por tanto debe ser interpretado en función de esos fines.
3. La sociedad está en constante cambio, lo que aumenta las posibilidades de que el Derecho deba ser reexaminado.
4. El divorcio temporal entre el ser y el deber ser a efectos de estudio. Quiere esto decir concretamente que cuando se investiga la actuación de los tribunales, se deben erradicar preguntas sobre qué deberían hacer. Antes de hacer un juicio sobre un determinado sector del Derecho, se debe conocer concretamente cómo funciona dicho sector.

(41) Sobre este tema, *cnfrs.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* Volumen III, pp. 109 y ss.

(42) Sus obras más importantes son: «Una ciencia del derecho realista: el siguiente paso», «Ilusión legal», «Algo de realismo sobre el realismo: respuesta a Dean Pound» y «Belleza y estilo en el Derecho».

(43) Estos puntos, sacados de «Algo de realismo sobre el realismo», son recogidos por HIERRO en la obra citada, pp. 94 a 96.

5. La desconfianza en los conceptos jurídicos tradicionales, que pretenden describir lo que los tribunales hacen. De ahí ese énfasis en las reglas como predicciones de lo que harán los tribunales.
6. La desconfianza en que las reglas prescriptivas tradicionales sean el factor decisivo en las decisiones judiciales.
7. La creencia de que las situaciones jurídicas se pueden agrupar en categorías más limitadas que las que se han utilizado en el pasado.
8. La insistencia de la valoración de todos los sectores del Derecho en función de sus efectos.
9. La insistencia en el ataque constante y programático de los problemas del Derecho sobre todas estas líneas.

LLEWELLYN llega así a la conclusión de que las normas jurídicas difícilmente pueden ser una guía para la vida. Ello le sitúa de lleno dentro de uno de los sectores del realismo americano; nos referimos a los escépticos sobre las normas (*rule skepticism*), frente a los escépticos sobre los hechos (*fact skepticism*), entre los que se encuentra FRANK (44). Este escepticismo sobre las reglas supone distinguir entre las reglas efectivas y las reglas de papel, de tal forma que las reglas efectivas serán, como antes hemos visto, las predicciones generalizadas sobre las decisiones de los Tribunales. Esta afirmación no es obstáculo, en opinión de HIERRO (45), para considerar que los escépticos de las reglas no prescinden sin más de las normas, sino que pretenden establecer cuál es el verdadero alcance de las normas en la decisión judicial y cuáles son los factores ajenos a la norma que también intervienen en la actuación del juez.

El otro autor imprescindible en el realismo jurídico americano es Jerome FRANK (46) que, como antes hemos dicho, se sitúa dentro del

(44) Esta clasificación fue elaborada por el propio FRANK.

(45) LIBORIO L. HIERRO, *op. cit.*, p. 97.

(46) Sus obras fundamentales son: «*Law and the modern mind*», «*If men were angels: some aspects of government*», «*Fate and Freedom: a philosophy for free Americans*», «*Courts on trial: myth and reality in American justice*» y «*Not guilty*».

sector realista que él mismo denominó escépticos sobre los hechos. Para FRANK, el testimonio sobre los hechos ante los tribunales es oral y conflictivo, lo que provoca que no se pueda adivinar qué es lo que los jueces van a considerar como hechos. El verdadero problema no sería determinar las normas aplicables al caso concreto, ya que en la mayoría de los pleitos los abogados saben de antemano qué reglas jurídicas van a aplicar los jueces; la verdadera dificultad estriba en saber qué procedimiento van a utilizar los tribunales para determinar los hechos.

A partir de aquí, para FRANK sólo será válido el método psicológico para descubrir qué es el Derecho y es que las decisiones de los jueces no son fruto de un razonamiento, sino de meras intuiciones (*hunches*) a través de las cuales el juez llega a su decisión sin ni siquiera haber comenzado a desarrollarlas. Para HERNÁNDEZ GIL (47) el realismo americano termina por desembocar con esta concepción de la sentencia en un antiformalismo absoluto propio incluso del irracionalismo. La sentencia ya no aparecerá como obra de la mente humana, racional, sino más bien como producto del hombre vital.

La postura de FRANK reduce el Derecho al comportamiento de los jueces, por lo que la Ciencia Jurídica consistirá en una técnica de previsión de comportamientos. Se ve así cumplida la separación entre el ser y el deber ser en el Derecho, al quedar eliminadas todas las consideraciones valorativas en el mundo jurídico.

Por último, hay que destacar un aspecto del pensamiento de FRANK sin el cual no se puede entender todo lo anterior y que además es vital para la segunda parte de este estudio. Nos referimos a la desvaloración que FRANK hace del principio de seguridad jurídica. Esto es algo que puede deducirse de afirmaciones como que una sentencia de un juez es fruto de la intuición; sin embargo, FRANK fue completamente explícito al respecto: « (...) al pasar de los años muchos hombres son, a veces, víctimas del deseo infantil de completa serenidad y del miedo infantil a la suerte incontrolable (...) retornan a los deseos infantiles, que intentan satisfacer mediante el redescubrimiento del padre (...) y el Derecho

(47) HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* Volumen III, p. 124.

puede tener fácilmente una parte importante en la tentativa de redescubrimiento del padre, porque en cuanto a función, el Derecho, aparentemente, asemeja al Padre-Juez (*Father-as-judge*)». Este fragmento, citado por FASSÓ (48), pone de manifiesto para el autor italiano que FRANK considera que el valor que los juristas le otorgan a la seguridad jurídica no es más que la tendencia habitual en los niños de buscar en los padres la certeza ante la vida y la solución de todos sus problemas. Veremos después qué concepciones filosóficas llevaron a FRANK a afirmaciones de este tipo; además, comprobaremos que, para algún autor, FRANK no se olvida pura y simplemente del principio de seguridad jurídica, sino que trata de reelaborarlo.

V. LAS CRÍTICAS AL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Esta corriente del pensamiento jurídico no ha estado exenta de críticas. Son muchos los autores que han emitido juicios negativos sobre ella, incluso procedentes de Escuelas o movimientos que se pueden incluir dentro de la tendencia antiformalista (49). FASSÓ, que como vimos más arriba elogiaba la obra de ROSS, es bastante duro en su calificación del realismo jurídico americano al afirmar que esta corriente «como resultado de una experiencia histórico-jurídica concreta, se limita a tomar conciencia de la realidad social del Derecho, a través de procedimientos teóricos en realidad algo groseros y simplistas, desembarazándose abiertamente de toda la labor de la jurisprudencia conceptual y normativista» (50). ÓSCAR FERNÁNDEZ pone de manifiesto cómo en los países escandinavos se viene produciendo en las últimas décadas un claro rechazo del realismo, acompañado sobre todo, a principios de los ochenta, de un intento de aplicación del marxismo a los problemas del Derecho. Otra corriente, especialmente pujante en Suecia y Finlandia, se dirige hacia la lógica jurídica, la argumentación y el examen de la legislación; sin embargo este autor es más equilibrado en su juicio final,

(48) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 225.

(49) KANTOROWICZ afirmó que las tesis de su Escuela habían sido llevadas a la exageración por los realistas. Del mismo modo, para POUND el olvido completo de los ideales jurídicos podría traer consigo el absolutismo político.

(50) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 225.

afirmando con STRÖMHOLM que «un balance crítico debe poner de manifiesto que su exceso de celo le llevó a un rigorismo y a una cierta ingenuidad cara a las realidades prácticas del Derecho, pero, en cambio, tuvo de positivo el de constituir un serio revulsivo dentro del mundo jurídico, lo que se debe agradecer por encima de todo» (51).

No todo son críticas al realismo jurídico. Por ejemplo, para RECASÉNS «los realistas norteamericanos demostraron que la sentencia no es ni remotamente un silogismo» y que se deriva «de una intuición global, simultáneamente complejísima, unitaria e inescindible (...) otra de las conquistas de los realistas americanos fue la de haber puesto en evidencia que muy frecuentemente el razonamiento del juez no es el que ficticiamente escribe en los considerandos de la sentencia sino que es un tipo de razonamiento que mantiene oculto, aunque plenamente justificado y correcto, el cual es el que en efecto le lleva a pronunciar la decisión que emite» (52).

Con todo, parece que hay una crítica prácticamente unánime que se le puede dirigir al realismo jurídico contemporáneo, y es la de haber caído en uno de los tres reduccionismos jurídicos típicos acuñados desde la Teoría General del Derecho; se trata del reduccionismo que ALMOGUERA (53) denomina «reduccionismo sociológico» y que consiste fundamentalmente en considerar la eficacia como característica identificadora del Derecho. Para hablar de Derecho será fundamental que la norma sea eficaz. De esta forma, todo lo que es eficaz es Derecho y, directamente, será también válido (sólo por el mero hecho de ser eficaz). Por último, sólo por el hecho de ser eficaz será también justo, ya que los criterios de justicia se trasladan a la aceptación social. En conclusión, se cumple con la característica necesaria de todo reduccionismo ya que el Derecho eficaz no sólo explica por sí mismo el problema del Derecho, sino también la problemática de las otras dos esferas, la valorativa y la normativa.

(51) ÓSCAR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1022.

(52) RECASÉNS SICHES en «La filosofía del Derecho en el siglo XX», citado por HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, volumen III, p. 109.

(53) JOAQUÍN ALMOGUERA, en «Lecciones de Teoría del Derecho». Editorial Reus. Madrid, 2002, p. 69.

Señala ALMOGUERA que la sumisión de la validez a la eficacia (representada fundamentalmente en el realismo jurídico contemporáneo, como hemos visto a lo largo de este trabajo, por las decisiones de los jueces en función de las circunstancias y de los hechos sociales) olvida que no todo lo que acontece en el espacio político, económico y cultural, adquiere necesariamente la condición de Derecho. Para que el hecho sea elevado a la categoría de Derecho es necesaria la intervención del legislador como un acto imprescindible. El realismo jurídico conllevaría que el papel de identificación del Derecho que corresponde al legislador se trasladase al juez, con lo que se produciría una subversión de la autoridad competente para dotar de validez a las normas jurídicas.

A una conclusión similar a la de ALMOGUERA llega GARCÍA MAYNEZ (54). Para este autor, ROSS, al afirmar que el Derecho no es otra cosa que las resoluciones de los jueces cuando éstos se sienten vinculados por las normas que aplican al dictarlas, cae en el reduccionismo del Derecho eficaz o socialmente válido entendido únicamente como el conjunto de reglas bilaterales que efectivamente rigen a una comunidad en tal o cual momento de su historia. Concluye GARCÍA MAYNEZ que «ninguno de los partidarios del realismo, en sus dos versiones básicas (55), 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»

Ante este reduccionismo, del mismo modo que sucede con el reduccionismo valorativo (posición iusnaturalista radical) y con el reduccionismo normativista o formalista (posición positivista extrema), una solución sería defender una teoría tridimensional del Derecho, como hicieron REALE o KAUFMANN, y considerar Derecho únicamente a las normas válidas, justas y eficaces. Sin embargo, ALMOGUERA (56) apunta con acierto que esta teoría presenta importantes dificultades: ¿qué

(54) EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. «Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo». Distribuciones Fontamara. México, 1993, pp. 108 y ss.

(55) Se refiere aquí GARCÍA MAYNEZ al realismo psicológico y al realismo conductista, *op. cit.*, pp. 123.

(56) JOAQUÍN ALMOGUERA, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

sucedre, por poner un ejemplo, con las normas válidas y eficaces, pero injustas?, ¿son Derecho? Este no es el tema que estamos tratando y no podemos seguir ahondando en el mismo. Parece que al final lo único que queda es el intento de llegar al casi imposible justo medio, y del mismo modo que BOBBIO advirtió de la necesidad de huir de los fanáticos armados del Derecho Natural, también parece necesario huir de otros fanáticos armados o bien con el Derecho Positivo o bien con el Derecho eficaz. Es verdaderamente complicado encontrar construcciones equilibradas en este punto; en ciertos sectores de la doctrina española ha tenido gran éxito el normativismo corregido de BOBBIO. Es uno de los caminos que desde luego se debe andar, pero sin olvidar nunca la posibilidad de un iusnaturalismo rebajado o de un realismo más respetuoso con la norma.

En resumen, el realismo jurídico, como toda corriente del pensamiento, puede ser objeto de muchas y justas críticas. Para ALMOGUERA (57) «la primera» que se le puede dirigir es el ataque que supone a la seguridad jurídica. Esto nos sirve ya para enlazar con el siguiente de punto de nuestro trabajo.

VI. FUNDAMENTOS DEL REALISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

1. *La desvalorización de la seguridad jurídica*

Como hemos explicado al comienzo del artículo, nos resulta de interés indagar en las razones profundas que llevaron a los realistas a sus novedosas y heterodoxas concepciones. Vamos a ver cómo la cuestión gira fundamentalmente en torno al principio de seguridad jurídica. En este punto, nos son de utilidad los diagnósticos de ALMOGUERA y FASSÓ. El primero afirma que los realistas son conscientes de que con su concepción cae el principio de seguridad jurídica pero que «para ellos no supone ningún inconveniente, ya que consideran la seguridad y la certeza jurídica como restos del antiguo autoritarismo del Derecho» (58). Pero, ¿por qué esta desvalorización de la seguridad jurídica?,

(57) JOAQUÍN ALMOGUERA, *op. cit.*, p. 76.

(58) JOAQUÍN ALMOGUERA, *op. cit.*, p. 77.

¿qué pretendían hacer ver los realistas con esto? FASSÓ es muy claro en este punto a través de una serie de líneas a las que nos hemos referido anteriormente y que han sido las que han inspirado esta segunda parte de nuestro estudio. En el fondo de las consideraciones de FRANK sobre el Derecho como *Father-as-judge*, que soluciona todos los miedos infantiles de los hombres, lo que se encuentra es la condena de la seguridad ofrecida al hombre por la ley, seguridad que al fin y al cabo no es otra cosa que «la cómoda pero vil defensa del alma, que existencialmente insegura, no tiene el coraje de afrontar el riesgo de la libertad en sus confrontaciones con Dios» (59).

Esta rebeldía contra la certeza del Derecho es una tendencia anti-quisísima que tiene como uno de sus primeros representantes a SAN PABLO, que en su epístola a los Gálatas afirma: «Los que pretendéis justificaros por la Ley os habéis desligado de Cristo. Habéis caído de la Gracia». Posteriormente, SAN AGUSTÍN elaboró una cuidadosa doctrina jurídico-política que aseguraba la permanencia de la Iglesia y del cristianismo por encima de las vicisitudes de la Ciudad Terrenal a través de la idea de un Plan Providencial. Siglos más tarde, DANTE afirmó que «obedecer y ejecutar lo que las leyes dicen es sobremanera necesario al joven (...) el viejo, por su mayor experiencia, debe ser justo y no debe examinar las leyes» (60). Posteriormente, esta misma línea fue seguida por KIERKEGAARD (de hecho, «la falda de la madre» de KIERKEGAARD puede ser representada por la seguridad jurídica) y por, como concluye FASSÓ, DOSTOIEVSKY, autor en el que nos centraremos.

2. *La relación entre el realismo jurídico y «La leyenda del Gran Inquisidor»*

En primer lugar se debe situar la cuestión. «La leyenda del Gran Inquisidor» es uno de los pasajes más conocidos de «Los Hermanos Karamazov». Se trata de una gran metáfora que Iván Karamazov le expone a su hermano Aliocha. La elección de los personajes no es casual. Por un lado está el receptor, Aliocha, seminarista ortodoxo,

(59) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 226.

(60) DANTE en el «Convivio». Citado por FASSÓ, *op. cit.*, p. 226.

prototipo de cristiano pegado a las líneas evangélicas y que representa el personaje virtuoso típico de todas las novelas de DOSTOIEVSKY (como el príncipe Mishkin en «El idiota»); y por otro lado, el narrador, Iván, tratado por su entorno como un nihilista (61) pero que en realidad representa al también típico personaje angustiado e irracionalista muy presente en la obra del autor ruso (quizá el más conseguido sea Stavrogin, protagonista de «Los endemoniados», aunque en opinión de Isabel VICENTE Iván recuerda más a Raskolnikov) (62). Iván le cuenta la Leyenda a su hermano Aliocha presentando una Sevilla en los tiempos de la Inquisición; de manera inesperada, el mismo Cristo regresa a la Tierra. La reacción del Gran Inquisidor (que al fin y al cabo representa a la Iglesia y a toda la sociedad organizada) es detener a Cristo y comunicarle que le va a condenar a la hoguera como el peor de los herejes. La razón es que Cristo dio a los hombres un don para el que no están preparados: la libertad. Por ello, la Iglesia, los hombres, crearon un conjunto de reglas y de dogmas a los que los ciudadanos pudiesen acudir para poder saber qué se debe hacer en cada momento, ya que el hombre ha nacido para ser esclavo, para estar sujeto necesariamente a la seguridad. El retorno de Cristo (con su máxima «Mi Reino no es de este mundo») supone para el Gran Inquisidor una amenaza tan grave para el sistema establecido que no le queda otra opción que enviar a Cristo a la hoguera.

La relación aparece bastante clara. Para cualquier creyente es tremendamente complicado cohonstar la libertad humana que Cristo proclamó y las consiguientes injusticias y males que ello conlleva, con la idea de un Dios que es a la vez bueno y omnipotente. Por ello, la mayoría de las ocasiones, ante un enorme mal, se prefiere pensar (como hacía SAN AGUSTÍN) que Dios, en su omnipotencia, tiene un Plan que no podemos comprender por nuestra limitada naturaleza humana. Esto llevó a la Iglesia, desde un primer momento, a crear una serie de dogmas que al final vienen a afirmar que un Dios omnipotente se ocupa de nosotros: éste es el gran consuelo de la religión cristiana que, sin

(61) SOLAR CAYÓN, en la obra citada (Página 16), recuerda que el movimiento realista fue tachado en ocasiones de nihilista.

(62) ISABEL VICENTE. Estudio introductorio a «Crimen y Castigo». Ediciones Cátedra. Madrid, 2001, p. 48.

embargo, adolece de falta de argumentos ante el binomio Dios omnipotente y bueno-existencia del mal, debido a que precisamente el libre albedrío se muestra insuficiente desde un punto de vista humano para explicar determinados acontecimientos (63).

Algo similar les ocurre a los realistas con el Derecho. Si existe un Derecho que cumple con el principio de seguridad jurídica, que cumple con los requisitos de unidad, plenitud y coherencia y que es capaz de solucionar lagunas y antinomias, ¿cómo es posible que se sigan produciendo continuas injusticias? ¿Por qué el Derecho, si aporta seguridad, no puede resolver cuestiones a veces sencillas sin caer en la polémica? Es muy típico el ejemplo del casero rico que desahucia a una vida pobre con hijos porque no le paga el alquiler. FRANK se levanta contra esa concepción de la seguridad jurídica que convierte al Derecho en un padre que nos esconde los problemas que hay a nuestro alrededor y que no podemos resolver. De este modo, la seguridad jurídica representaría en el campo del Derecho lo que el Gran Inquisidor es en la religión y los realistas harían en el ámbito de la ciencia jurídica el mismo papel que los filósofos existencialistas e irracionalistas (y para DOSTOIEVSKY, el propio Cristo) (64) hacen en el ámbito de la religión: el intento de lograr sólo a través del hombre y de su libertad la verdadera justicia en la sociedad.

Pues bien, tenemos dos ámbitos claramente relacionados, el religioso y el jurídico, y en ambos nos encontramos dos tipos de posiciones ante el problema de la certeza: una posición que trata de mantenerse apegada a la seguridad y otra que se levanta ante la concepción tradicional de seguridad jurídica o de confianza en la omnipotencia divina. Nos preguntamos ahora qué consecuencias tienen las visiones

(63) Como es sabido, la certeza de que sólo a través de sus obras no alcanzaría la salvación, fue lo que movió a LUTERO a la exégesis de los textos paulinos lo que, al final, le llevaría a fundar una nueva variante del cristianismo.

(64) De una intensidad llamativa y muy al hilo de lo que comentamos es este fragmento de la leyenda: «(...) Y como quiera que el hombre no tiene fuerzas para quedarse sin milagros, crea otros, que ya son tuyos, y se inclina ante el milagro del curandero, ante la brujería, aunque sea cien veces rebelde, hereje y ateo. Tú no bajaste de la cruz cuando te gritaban: “Bájate de la cruz y creeremos que eres Tú”. No bajaste porque tampoco quisiste esclavizar al hombre con un milagro, anhelabas una fe libre, no milagrosa».

inconformistas de DOSTOIEVSKY y de los realistas en el ámbito religioso y en el ámbito jurídico.

Comenzando por el primero, es evidente que no podemos hacer aquí una exposición extensa del tema ya que no es la sede adecuada. Sin embargo, sí que vamos a centrarnos aunque sea brevemente en este ámbito para poder entender su relación con el mundo jurídico. Por ello, llamamos la atención sobre un artículo que, en nuestra opinión, arroja mucha luz sobre la visión de DOSTOIEVSKY. Nos referimos a «La sed de creer produce herejía: reflexiones sobre la leyenda del Gran Inquisidor de Dostoievsky», de Eugenia SMOKTI (65). Esta autora pone de manifiesto cómo la figura del Inquisidor representa «la renuncia a la libertad en pro de la seguridad, la renuncia incluso a Dios para, por ello, favorecer la jerarquía. Es evidente, entonces que nunca el Poder, aun siendo revestido peregrinamente por el ropaje de paradigmas culturales y códigos de leyes, puede ser reprendido» (66). El Gran Inquisidor aparece como la solución posible de todas las incertidumbres que tiene el ser humano.

SMOKTI considera acertadas las teorías de ARANGUREN y de BERDIAEV en torno a la leyenda. Para estos autores en el fondo de la narración de Iván Karamazov se encuentra la fatiga de la libertad. La carga de ser libres es rechazada por los hombres a cambio de la promesa de recibir la seguridad y, con ella, la felicidad. BERDIAEV, que califica el discurso de DOSTOIEVSKY de «anarquismo religioso», afirma que «la Leyenda del Gran Inquisidor combate terriblemente a cualquier autoridad y a cualquier poder» (67).

Las consecuencias de la concepción de DOSTOIEVSKY son enormes, casi heréticas, como puede deducirse del título del artículo de SMOKTI. En cualquier caso, no podemos extendernos en este tema aquí. Para mayor

(65) Este artículo está publicado en la Revista de la Inquisición. Número 10. 2001, pp. 259 a 282.

(66) Se puede leer en otro pasaje de la leyenda: «Lo has pasado todo al Papa; por tanto, ahora se encuentra todo en manos del Papa y es mejor que tú no vengas, no nos estorbes, por lo menos, hasta la hora señalada».

(67) BERDIAEV en «*Russkaya idea*», citado por SMOKTI, *op. cit.*, p. 280.

profundización nos remitimos al libro «La religión: ¿cuestiona o consuela? En torno a la Leyenda del Gran Inquisidor de F. Dostoievsky» (68). Lo que interesa destacar aquí es que con la leyenda el autor ruso quería representar no sólo dos formas de ver la religión (una que cuestiona e invita a estar alerta, representada por la figura de Jesús, y otra que protege a cambio de la sumisión, representada por el Gran Inquisidor) sino también reflejar dos tendencias singulares del espíritu humano, que son, como señala SMOKTI, «el afán de la libertad, por un lado, y la necesidad de la obediencia a la ley y a la tradición, por otro» (69).

Entre los autores realistas, llama la atención cómo HÄGERSTRÖM considera también que la religión es un consuelo. Así nos lo hace ver ÓSCAR VERGARA (70), que al analizar el trabajo del autor sueco sobre la Dogmática cristiana, pone de manifiesto cómo HÄGERSTRÖM considera que la religión, en sí, no es mala, ya que constituye un «consuelo» necesario para el que quiere salvar su alma del fuego eterno. Sin embargo, según HÄGERSTRÖM, para el hombre de fuerte moralidad que no concede campo a la trascendencia, tal consuelo es innecesario ya que, reinterpretando la frase de Jesús, no necesitan médico los sanos, sino los enfermos.

Esto nos sirve para enlazar con el ámbito jurídico de esa revuelta contra la certeza que nos lleva, como hemos visto antes, a los realistas contemporáneos. Si las consecuencias de la concepción religiosa de DOSTOIEVSKY le sitúan casi al borde de la herejía, nos preguntamos ahora cuáles son las consecuencias del realismo jurídico contemporáneo en el mundo jurídico. En este punto vamos a seguir a JOSÉ LUIS MARTÍ (71). Este autor, al estudiar si el realismo jurídico amenaza al liberalismo, comienza por señalar que uno de los objetivos del Estado de Derecho es garantizar que todos los ciudadanos sean tratados de forma igualitaria e imparcial, y que uno de los cauces principales para

(68) Sus autores son J. M. ALMARZA, J. HERRERO, M. MACEIRAS, J. MAYORGA y V. S. SOLOVIEV. Editorial Anthropos. Barcelona, 2006.

(69) EUGENIA SMOKTI, *op. cit.*, p. 281.

(70) ÓSCAR VERGARA, *op. cit.*, p. 938.

(71) JOSÉ LUIS MARTÍ. «El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?» En Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Número 17. Octubre de 2002, pp. 259 a 282.

garantizar la consecución de este objetivo es el principio de seguridad jurídica. Este principio implica la conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos especialmente en el ámbito de la interpretación y de la aplicación del Derecho por parte de los jueces y por las Administraciones Públicas (72). Su importancia es tan grande que nuestro Tribunal Constitucional no sólo ha declarado de un modo teórico que el principio de seguridad jurídica es una síntesis de los demás principios reconocidos en el artículo 9.3 de la Constitución (STC 27/81, caso *Presupuestos Generales del Estado de 1981*) sino que también ha declarado inconstitucional algún precepto legal por incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica (STC 147/86, caso *Ley 1/84, de modificación de la Ley de Amnistía*).

Pues bien, precisamente para que los ciudadanos puedan razonablemente predecir el signo de las decisiones judiciales y así cumplir con la seguridad jurídica, se cree necesario que las normas sean generales, claras, precisas y preexistentes. Pero si el Derecho es como lo describen los realistas, entonces, en opinión de MARTÍ «es obvio que las normas jurídicas no pueden ser generales, así como tampoco pueden ser preexistentes (y en consecuencia tampoco claras y precisas). Con respecto a la predictibilidad también tengo mis dudas (...) Si la protección de los valores que acabamos de examinar es una propiedad definitoria del concepto de Estado de Derecho, entonces en un mundo como el descrito por el escepticismo jurídico no se puede llevar a cabo tal Estado de Derecho» (73).

No es ésta la única crítica grave que se le puede dirigir al realismo jurídico según MARTÍ. Esta corriente del pensamiento iría también en contra de otro principio fundamental del Estado de Derecho, el de la separación de poderes. La razón es que si el Derecho no es otra cosa que el intento de prever lo que los jueces harán, el poder legislativo y el judicial quedarían necesariamente en manos del mismo órgano, en este caso,

(72) EDUARDO ESPÍN en «Derecho Constitucional. Volumen I». Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 65.

(73) JOSÉ LUIS MARTÍ, *op. cit.*, p. 273. Esta afirmación de MARTÍ parece olvidar la crisis del concepto de ley en el Estado actual con el consiguiente relajamiento de algunos de sus rasgos clásicos.

los jueces. Por otro lado, el Poder Ejecutivo perdería toda independencia frente al Poder Judicial, ya que sería éste el que crearía todas las normas jurídicas que afectasen a aquél. De este modo, se produciría una confluencia de los tres Poderes clásicos de MONTESQUIEU en el judicial.

Por último, otro escollo con el que tendría que enfrentarse el realismo jurídico contemporáneo es la idea de soberanía nacional, con su inevitable consecuencia de que deben ser los representantes del pueblo los que elaboren las normas jurídicas. A lo único que podrían agarrarse los realistas sería a la posibilidad de una hipotética democracia representativa-judicial. Sin embargo, tal tipo de democracia es improbable y de construcción difícil debido a que también presenta dificultades doctrinales de complicada superación. La más importante, según MARTÍ (74), es que esta democracia realista entraría en un círculo vicioso ya que los jueces serían representantes del pueblo en virtud de una norma reguladora de la representación creada por ellos mismos, y es que dicha norma jurídica de representación, como cualquier norma, sólo puede ser creada por los jueces si nos movemos en una perspectiva realista.

3. *¿Son la religión y el realismo jurídico una amenaza para el liberalismo y la democracia?*

Parece que las consecuencias del realismo jurídico en el ámbito jurídico son similares en importancia a las que el anarquismo religioso de DOSTOIEVSKY tiene en Teología. Si, como antes hemos visto, las teorías del autor ruso le sitúan al borde de la herejía, los realistas contemporáneos no salen mejor parados. La seguridad jurídica, la separación de poderes y la soberanía nacional son elementos imprescindibles en un Estado democrático-liberal como en el que nosotros vivimos; además, dicha concepción del Estado es considerada en Teoría Política como una construcción valiosa y absolutamente necesaria para el correcto desarrollo político, económico y social de los Estados (75). El hecho de

(74) JOSÉ LUIS MARTÍ, *op. cit.*, p. 278.

(75) Sobre la necesidad de un Estado democrático para coadyuvar al desarrollo económico-social, *cnfrs.* JORGE DE ESTEBAN, «Desarrollo político y Constitución española». Editorial Ariel. Barcelona, 1973.

que, para parte importante de la doctrina, el realismo jurídico contemporáneo suponga un ataque a estos principios democrático-liberales ha podido ser la causa de las duras críticas vertidas contra esta corriente así como del escaso interés que ha suscitado la misma a nivel científico.

Todo esto podría llevarnos a concluir que tanto la religión como el realismo jurídico traen consecuencias funestas sobre el Estado de Derecho. Hay que señalar que no todas las posiciones doctrinales defienden esto. Comenzando de nuevo con el ámbito religioso, la autoridad doctrinal más importante que ha defendido la importancia de la religión para el Estado de Derecho ha sido el cardenal JOSEPH RATZINGER, hoy Benedicto XVI. Para tratar brevemente esta cuestión hacemos referencia a un artículo de José María CARABANTE titulado «¿Qué aporta la religión al Estado de Derecho? Comentario sobre el encuentro de Benedicto XVI con Jürgen Habermas» (76). Este artículo versa sobre el encuentro que organizó la Academia católica a finales de 2004 entre los dos filósofos alemanes mencionados, uno católico y otro defensor del laicismo. Sorprendentemente, fueron muchos los encuentros entre ambos.

El primer punto de encuentro, siguiendo a CARABANTE (77), se produce en el análisis de las causas del fracaso del proyecto ilustrado. Ambos filósofos coinciden en señalar como una de las causas principales la debilidad de la razón científica, que sólo muestra aspectos parciales de la realidad, pero que no alcanza a aquellas verdades irreductibles a los procesos de racionalización modernos. Además, si bien en un primer momento la Ilustración tuvo el aspecto positivo de someter las convicciones religiosas a la «vigilancia de la razón», RATZINGER señala cómo los excesos derivados de la razón emancipada hacen pensar que la razón debe estar ahora sometida a la «vigilancia de la religión».

Por otro lado, si bien parece que el Estado de Derecho no necesita de las religiones para cubrir un posible déficit de legitimación ni para fundar la solidaridad, HABERMAS, a pesar de haber puesto en boga el

(76) Publicado en Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Número 4. Año 2006, pp. 221 a 228.

(77) JOSÉ MARÍA CARABANTE, *op. cit.*, p. 223.

término «patriotismo constitucional» (78), afirma la posibilidad de recurrir a fuentes culturales con las que lograr una cierta unión entre los ciudadanos y alcanzar la solidaridad. Aquí las convicciones religiosas tendrían un papel muy importante ya que, según HABERMAS, «alimentan la conciencia normativa de solidaridad de los ciudadanos». RATZINGER va más allá que HABERMAS llegando a posiciones que le introducen en el iusnaturalismo, pero no en el primer iusnaturalismo de la Escuela de Derecho Natural, sino en el iusnaturalismo revisado de RADBRUCH, ya que afirma que el Derecho se sustenta necesariamente en unos principios morales innegociables (los derechos humanos o la dignidad) que demuestran que ni la verdad ni el bien dependen del consenso, sino que el consenso puede ser simplemente la certificación de una verdad y de un bien (y por tanto, de un Derecho) previo.

Lo que queremos mostrar aquí es que hay corrientes que consideran que la religión puede ser valiosa en el Estado actual. Que lo diga Joseph RATZINGER es algo que puede ser esperado por ser quien es, pero es más llamativo que lo diga HABERMAS quien, de un laicismo exigente, ha evolucionado, como explica CARABANTE, a otro más moderado. Hasta tal punto esto es así que el filósofo de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt ha afirmado que la Sociología ha de tener en cuenta la religión tras el embate secularizador y que no pueden negarse las aportaciones del cristianismo a ideas esenciales en Occidente: la dignidad de la persona, la igualdad, etc.

Pasando ahora al ámbito jurídico, nos preguntamos ahora si el realismo jurídico aparece necesariamente como un peligro para el Estado de Derecho o si, del mismo modo que sucede con la religión, podemos encontrar una posición realista que se inserte en el liberalismo democrático y que sea respetuosa con sus principios. Ya hemos visto anteriormente que la mayor parte de la doctrina considera que el realismo se aleja de importantes principios del Estado de Derecho. Sin embargo, SOLAR CAYÓN se muestra contrario a esta postura. En opinión de este autor, la mala imagen que tiene el realismo jurídico en nuestro país se

(78) Este término se refiere al proceso de identificación de los individuos con los valores y principios constitucionales. Según CARABANTE, *op. cit.*, p. 225, la fórmula no fue acuñada por HABERMAS sino por Dolf STERNBERGER.

debe a que se le ha prestado una escasísima atención. Si realizamos un examen de las obras de carácter general o incluso de las que se centran en el realismo jurídico nos damos cuenta de que «la imagen del realismo jurídico vigente en nuestra cultura jurídica sigue asentándose menos en la lectura y en el análisis sereno de sus trabajos que en la asunción acrítica de una serie de clichés o estereotipos acuñados. Estereotipos forjados, además, por lo general, en torno a determinadas cuestiones a las que los realistas apenas concedieron relevancia, como por ejemplo el problema de la definición del Derecho» (79).

Hemos visto que el realismo jurídico puede suponer un peligro para el principio de separación de poderes y para el de soberanía nacional. Pues bien, sin negar esta realidad, parece necesario afirmar que estos principios se encuentran hoy día en peligro en nuestras democracias europeas continentales sin necesidad de que se haya instaurado el realismo jurídico. No vamos a hacer un estudio detallado de las quiebras de estos principios en los Estados de partidos actuales, pero es conocido por todos que el principio de división de poderes entendido como la estricta separación de los mismos entró en crisis hace mucho tiempo, y que una consecuencia tan clara de la soberanía nacional como el mandato representativo ha sido calificada por MORSTEIN de «fósil constitucional». Con esto queremos llamar la atención sobre el hecho de que las dificultades del realismo jurídico frente a los principios de división de poderes y de soberanía nacional no son exclusivas de esta corriente del pensamiento (80).

Es necesario centrarse sin embargo en el principio de seguridad jurídica, sobre el que está girando nuestro artículo. Además, su importancia es central ya que el hecho de no cumplir con el mismo sí que puede suponer una complicación insalvable para el realismo jurídico (81). Hemos visto antes cómo la mayoría de los autores consideraban que los realistas

(79) SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, p. 18.

(80) Sobre las dificultades de las democracias de partidos, *cnfrs.* «El Estado de Partidos» de Manuel García Pelayo. Editorial Alianza. Madrid, 1996.

(81) Recordar aquí la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y de importantes filósofos del Derecho como por ejemplo BOBBIO, que considera que la seguridad y la certeza son condiciones mínimas indispensables que el Derecho debe cumplir para ser considerado como tal.

hacían quebrar la certeza del Derecho. Contra esta opinión se manifiesta SOLAR CAYÓN en la línea que acabamos de ver. Para este autor, la visión que afirma que reconocer el carácter legislativo o creativo del juez supone una merma de la seguridad jurídica es excesivamente simplista. El reconocimiento de las nociones éticas y políticas que guían al juez a la hora de tomar decisiones puede llegar a proporcionar incluso más seguridad jurídica que la que aporta la concepción mecánica de la subsunción del hecho en la norma.

Para FRANK la seguridad jurídica no se refiere tanto a que existan una normas incondicionales a las que el juez deba adherirse necesariamente, sino que se refiere a que exista una correspondencia entre los ideales sociales y las decisiones de los tribunales. De este modo, «frente a la seguridad jurídica entendida de una manera estática o formal, cifrada fundamentalmente en la permanencia estable de fórmulas jurídicas establecidas, FRANK prefiere una concepción más dinámica de la seguridad jurídica, atenta sobre todo a la satisfacción de las exigencias sociales de justicia antes que a la preservación de fórmulas consagradas» (82). Hay que tener en cuenta que estas dos concepciones, dinámica y estática, de la seguridad, no son excluyentes para FRANK, sino complementarias, de tal manera que aseguran un Derecho flexible pero sin desprezicar las exigencias de la estabilidad, con lo que se impide la caída en un Derecho arbitrario.

Como consecuencia de esto, los jueces tratarán de buscar la justicia en el caso concreto lo cual, si bien disminuye en cierto grado la seguridad jurídica, conseguirá un mayor grado de adecuación del Derecho a la justicia y a las exigencias sociales; el resultado de esta concepción sería una clase de certeza más profunda. Vemos que, como advertimos en el primer epígrafe, FRANK sí que se preocupa por el ideal de justicia a diferencia de los realistas escandinavos.

En definitiva, SOLAR CAYÓN considera inadecuada la afirmación de que los realistas, o al menos FRANK, no se preocuparon de la seguridad jurídica. Tuvieron en cuenta este principio y trataron de renovarlo frente

(82) SOLAR CAYÓN, *op. cit.*, p. 202.

a la corriente positivista que veía en la seguridad jurídica un trasunto del ideal matemático de exactitud. Terciar en esta polémica no es fácil. Parece claro que, a pesar de los esfuerzos de SOLAR CAYÓN, el principio de seguridad jurídica sufre mucho bajo una concepción realista. De ahí a afirmar que el realismo amenaza a la democracia puede que haya un camino demasiado largo.

La conclusión que sacamos de este punto es que, en nuestra opinión, no se puede afirmar taxativamente que la religión y el realismo jurídico llevan al Estado democrático-liberal al colapso. Desde el punto de vista religioso, hemos visto que a día de hoy la religión cristiana puede contribuir al desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho. Los excesos del dogmatismo religioso y de las injerencias en el poder público no deben excluir sin más la contribución del cristianismo al desarrollo de los derechos humanos; pensemos, por poner algún ejemplo, en BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, en la *Rerum Novarum* o en los avances del Vaticano II. La propia concepción de DOSTOIEVSKY se rebela no contra el Estado de Derecho sino contra un Estado y una Iglesia autoritarios que sometían a los ciudadanos. Con esta perspectiva, la concepción del autor ruso no sólo no amenaza al Estado de Derecho sino que es una reivindicación de la libertad individual. Del mismo modo, los excesos del realismo jurídico y su indudable caída en el reduccionismo jurídico (con las consecuencias que ello conlleva y que antes hemos visto), no deben servir para adoptar una posición totalmente crítica, ya que esto nos haría olvidar la que es, desde nuestra visión, la aportación más importante del realismo jurídico: llamar la atención contra las graves injusticias que un positivismo lógico-formal puede traer. Es indudable, insistimos, que esto les llevó a caer en el Derecho eficaz, aunque esa caída fue quizá un precio necesario para alertar sobre las necesidades de la justicia, en este caso, de una justicia social. Se produce un curioso encuentro entre iusnaturalismo y realismo al que ya nos hemos referido al principio. Recordemos que LLEWELLYN afirmó que el Derecho Natural y el realismo, pese a su enfrentamiento debido al carácter anti-conceptual de este último, tenían en común la idea de que el Derecho Positivo es algo que se debe mejorar y reconstruir. Conformarse con el positivismo estricto es también una grave amenaza que el realismo trató de evitar.

4. *El encuentro entre Filosofía, Ciencia Jurídica y Literatura*

A lo largo de este último punto hemos querido reflexionar sobre la relación entre el realismo jurídico contemporáneo y tendencias profundas del pensamiento que exceden por mucho del campo jurídico. Como sucede a lo largo de toda la Historia, las Ciencias Sociales y las Bellas Artes son un reflejo de determinadas corrientes filosóficas. Los casos del realismo jurídico y de DOSTOIEVSKY son claros y por eso nos resultó de gran interés profundizar en el tema a partir de la cita que del autor ruso hace FASSÓ. Además, observamos que no eran muchos los escritos que relacionasen al realismo jurídico con la Literatura o con la religión. El único artículo específico que hemos encontrado sobre el tema es «El realismo jurídico y la comprensión del Derecho y la justicia en la Iglesia», de Ángel MARZOA (83), que sin embargo no nos resultó de gran ayuda ya que se centra únicamente en el realismo jurídico clásico (de hecho, se publica en un volumen de homenaje a HERVADA).

Por ello nos pareció interesante profundizar en las razones que llevaron a los realistas contemporáneos a iniciar su corriente. Al fin y al cabo, como ya hemos podido observar durante este trabajo, el realismo jurídico no es sino una expresión de esa filosofía irracionalista (84) que, angustiada ante el mal, el sufrimiento y las injusticias de la vida que la libertad del hombre no puede solucionar, se levantan contra la certeza y la tranquilidad que se derivaban del positivismo reinante, manifestado en el mundo jurídico por el positivismo lógico-formal. Aquí es donde se produce el encuentro entre Filosofía y Ciencia Jurídica.

El encuentro con la Literatura se manifiesta, por encima de cualquier otra obra, en la leyenda incluida en «Los hermanos Karamazov». Para corroborar esta afirmación, que es la que hemos mantenido durante este estudio, traemos aquí dos citas. La primera es de Juan MAYORGA, que afirma que «el conflicto del relato [se refiere a la leyenda] desborda el ámbito de lo religioso. Se trata finalmente del conflicto entre el anhelo de la libertad y el miedo al sufrimiento. De ahí que, con razón, se hayan

(83) Publicado en *Ius canonicum*. Volumen 39. Número 1, 1999.

(84) Ya hemos visto que HÄGERSTRÖM profesa una ética irracionalista y que HERNÁNDEZ GIL también considera que la posición realista ante la sentencia es irracionalista.

reconocido en el cuento de DOSTOIEVSKY rasgos proféticos, en tanto que anticipa las grandes batallas ideológicas del siglo XX, en cuyo corazón siempre reaparece aquél conflicto» (85). La otra cita es de FASSÓ que, al tratar a DOSTOIEVSKY (al que incluye en el capítulo dedicado a los irracionales) señala que «aunque en el discurso del Inquisidor no aparece la palabra *Derecho*, su significado es precisamente el de la inevitabilidad del Derecho, de la organización jurídica, en la sociedad humana: para asegurar a los hombres lo que sobre todo les importa, la riqueza y la paz, material y espiritual, por el contrario a la libertad absoluta, que es responsabilidad y riesgo de la vida no gobernada por la ley. Es, expresada artísticamente, la misma concepción que filosóficamente había desenvuelto KIERKEGAARD y que encuentra su primera expresión en las cartas de SAN PABLO a los romanos y a los gálatas, concepción que tiene muy vivo el sentido de la insuperable antítesis entre la vida en Dios y en el mundo, en el mundo que es la sociedad, y que necesita, por ello, de la ley» (86).

En conclusión, como decíamos en nuestra introducción, parece que lo que unió a los realistas y a DOSTOIEVSKY (y a otros tantos y tan variados como CAMUS, SARTRE, SÁBATO...) fue esa angustia existencial producida por la incapacidad del ser humano libre de acabar con el mal y con la injusticia en un mundo que, en lo religioso, encuentra consuelo en la certeza aportada por la omnipotencia divina y que, en lo jurídico, obtiene tranquilidad con la certeza aportada por el principio de seguridad jurídica.

Con todos sus excesos y sus errores doctrinales, es de agradecer a los realistas contemporáneos y a DOSTOIEVSKY el hecho de, al menos, haber reivindicado la necesidad de estar inquietos ante una determinada concepción de la fe y ante una determinada Teoría del Derecho que, amparándose en una cierta certeza que nos proporciona la solución de todo, nos invitan a permanecer tranquilos ante los problemas y las injusticias del mundo.

(85) JUAN MAYORGA, citado por el Padre Marcos Ruiz en el prólogo de la obra ya citada «La religión...», p. 8.

(86) GUIDO FASSÓ, *op. cit.*, p. 132.