

Una alternativa a la dialéctica Iusnaturalismo-positivismo jurídico. E. Pattaro y la concepción realista del derecho (*)

DIEGO MEDINA MORALES

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

¿Por qué hay derecho y no más bien nada? La pregunta metafísica fundamental leibniziana y heideggeriana, constituye una cuestión eternamente debatida por los juristas y a la que han intentado una y otra vez dar respuesta -con objetividad y universalidad teórica- explicando cual es la razón de la existencia del fenómeno jurídico y que es el mismo hecho al que se llama Derecho.

Fundamentalmente, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico han sido dos las vías utilizadas para dar respuesta a la cuestión planteada, vías que han competido a la hora de elaborar una teoría acerca del Derecho y que, en términos generales, se han conocido con la denominación de "Iusnaturalismo" y "Positivismo Jurídico".

Estas dos formas de explicar lo que es el Derecho, implican dos maneras distintas de concebir al Derecho mismo. Efectivamente, mientras que las

doctrinas iusnaturalistas consideran al Derecho algo más que mero ordenamiento jurídico positivo, llegando incluso a afirmar la existencia de un ordenamiento jurídico ideal inspirador de aquel, las doctrinas iuspositivistas no admiten que el Derecho pueda ser otra cosa que fenómeno positivo, es decir norma, y reducen su estudio a ese mismo "ser" empírico-positivo.

La diferencia fundamental entre ambas vías se encuentra, ante todo, en su postura ante los valores y la posible relación de éstos con el Derecho (1). Algunos autores consideran que dicha diferencia puede reducirse a la postura que estas corrientes adoptan ante la relación entre Derecho y Moral, considerando que el Iusnaturalismo establece una estrecha relación que el Positivismo jurídico rechaza (2). No parece, sin embargo, que la diferencia pueda ser planteada en términos tan simples, lo cierto es que si efectivamente el iusnaturalismo, tradicionalmente, ha vinculado el Derecho a la Moral, ello se debe a que, como ya hemos advertido, esta corriente considera, en general, que existen valores éticos superiores que inspiran, o al

(*) Este escrito, producto de las conversaciones mantenidas con el profesor Pattaro a lo largo de mi estancia en Bologna durante parte de los cursos 87/88 y 88/89, acabóse de redactar el año 1989. Por diversas vicisitudes -que no tienen mayor importancia- se ha dilatado en exceso su publicación, por lo que el lector deberá disculpar ciertos anacronismos, fruto de la fecha de su redacción, que restan cierta actualidad al mismo. Por lo demás el eje del escrito sigue válido.

(1). El Prof. PATTARO ha tratado este tema en un artículo que titula "Diritto, morale e concezione realistica del diritto" (GIUFFRÉ, Milano, 1969). En él ha dejado constancia de los distintos sentidos en los que han sido utilizados los citados términos ("positivismo" e "iusnaturalismo"), pues unas veces por positivistas han sido tenidas las corrientes voluntaristas, frente a las intelectualistas, por considerar que el derecho emana como consecuencia de un acto positivo de creación que tiene su origen en el legislador; y otras veces, sin embargo, cuando positivismo significa un método de

conocimiento científico, aquellas mismas corrientes ya no han podido catalogarse como tales. En este sentido Pattaro distingue entre "positivismo jurídico", que hace referencia al carácter positivo del objeto de conocimiento (el derecho como norma), y "positivismo filosófico", que se distingue por optar por el método de conocimiento científico. Por todo ello concluye el autor diciendo que "non pare corretto ritenere 'positivismo giuridico' e 'giusnaturalismo' termini contraddittori e quindi rigidamente alternativi", pág. 8.

(5). Vid. NINO, C.S. "Introducción al análisis del Derecho", ed Ariel, Barcelona 1983, págs. 16 y ss.

(6). Vid. RADBRUCH. "Filosofía del Derecho", págs. 23 y ss.

(7). ABBAGNANO, N. "Diccionario de Filosofía". Págs. 936 y 937.

(8). WELZEL H. "Introducción a la Filosofía del Derecho", pág. 191.

(9). Como advierte LEGAZ LACAMBRA la expresión "positivismo jurídico" es ambigua, "porque unas veces representa un positivismo de tipo sociológico y un 'sociologismo' que tiene bastantes concomitancias con el positivismo filosófico y otras significa estrictamente un positivismo legal o de la ley que puede fundamentarse o no en una posición declaradamente antijusnaturalista o resolverse en una posición puramente metódica sin implicación filosófica alguna". "Filosofía del Derecho". Barcelona 1979, pág. 213.

(10). En este sentido son muy significativas las declaraciones hechas por Kelsen, especialmente en su "Teoría pura del Derecho", pero también en general en todos sus escritos referentes al tema.

menos han de inspirar, al ordenamiento jurídico, pero sin que éstos, necesariamente, se identifiquen con los valores morales. En cualquier caso se puede afirmar que la carga axiológica que implica todo el Iusnaturalismo lo separa y diferencia del Positivismo Jurídico, que sin negar la importancia que en la convivencia social pueden tener los valores, no admiten que el Derecho deba ser estudiado, desde una perspectiva jurídica, en relación a aquellos.

Ahora bien, el que hablemos de dos vías no significa que tanto el Iusnaturalismo como el Positivismo Jurídico sean corrientes uniformes. Cuando decimos Iusnaturalismo nos referimos prácticamente a todas las doctrinas filosóficas que existen hasta principios del siglo XIX (11), comprendido manifestaciones de diversa índole, que pueden ser reducidas a su vez a dos grandes y multiformes grupos si las clasificamos de acuerdo a su postura voluntarista o intelectualista (razón o voluntad) ante el Derecho Natural. Sea como fuere, lo que parece que une a las muy variadas corrientes que llamamos iusnaturalistas es el hecho de admitir la existencia de un llamado Derecho Natural, que quedaría por encima, en calidad, del denominado Derecho Positivo.

El positivismo jurídico, por su parte, también comprende una variedad de teorías que tienen de común, en este caso, el haber aparecido como una alternativa al iusnaturalismo tradicional. Dentro del ámbito general del pensamiento se atribuye a Augusto Comte, la fundación del positivismo filosófico, cuyas características son, en opinión de Abbagnano, la romanización de la ciencia y su exaltación como único conocimiento. Las principales tesis del positivismo se pueden resumir como siguen: 1) La ciencia es el único conocimiento posible y el método de la ciencia es el único válido, 2) el método de la ciencia es puramente descriptivo, 3) en cuanto que único método válido se extiende a todos los campos de indagación (12). De

esta manera con el positivismo la teoría del conocimiento pasa del estadio metafísico al estadio científico, limitándose su estudio a los hechos que son susceptibles de observación empírica. El positivismo aparece como una forma de superación de las corrientes metafísicas, en consecuencia es antimetafísico, es "la reducción de la razón, que capta e interpreta en su sentido las impresiones sensibles al entendimiento, en tanto que facultad orientada a la existencia y de carácter técnico-instrumental" (13).

Por lo que respecta al pensamiento acerca del Derecho, el positivismo se plasma en las corrientes racionalistas de principios de principios del siglo XIX a cuya cabeza se sitúa la Jurisprudencia de Intereses y como autor más representativo Ihering. Sin embargo cuando se habla de "positivismo jurídico", término por lo demás ambiguo que abarca distintas corrientes (14), se suele evocar, en la actualidad, al formalismo de origen neokantiano de la escuela de Marburgo y cuya máxima expresión es Hans Kelsen, o también al positivismo sociológico que representan las corrientes realistas, tanto escandinava como americana. Junto a estas, hay otras direcciones del pensamiento jurídico, por ejemplo la "filosofía analítica", que vienen a incrementar el número y variedad de las que comprenden lo que se llama "positivismo jurídico". Todas ellas presentan un rasgo común que permite vincularlas, en general se niegan a admitir la existencia de ningún otro ordenamiento jurídico que el positivismo, es decir, parten de considerar al derecho como conjunto normativo, negando la existencia de cualquier ordenamiento jurídico ideal (Derecho Natural) superior a aquel.

Ciertamente el "positivismo jurídico", en sus diversas manifestaciones, ha tenido como meta la superación del iusnaturalismo al cual han considerado, en no pocos casos, más una forma de ideología (15) que un estudio objetivo acerca del derecho.

KELSEN, EL DERECHO COMO FORMA

A lo largo del siglo XX el positivismo jurídico ha cobrado un protagonismo relevante, el ánimo de dotar de cierto rigor científico los estudios acerca del derecho, de conferir verdadera pureza metodológica, ha hecho que los autores reduzcan su objeto de estudio al derecho en su aspecto normativo, renunciando a su vez a la metafísica como método de conocimiento. Si hay un autor que pueda representar, por derecho propio, el fenómeno aludido, este es Hans Kelsen. Efectivamente la doctrina kelseniana es, si no la más perfecta, si, por supuesto, la mejor difundida y conocida por todos los que participamos del mundo jurídico, y la que ha inspirado, en general, a la mayor parte de los autores positivistas modernos.

Cuando Kelsen, el año 1934, publica su "Teoría pura del Derecho", la acompañó de un prólogo (de todos conocido), en el que expresaba sus aspiraciones científicas. De algunos de sus párrafos se puede comprobar como es un ánimo-ideológico, es decir avalorativo, y un afán por establecer un método científico capaz de mostrar y conocer al Derecho, lo que movió en principio a este autor a crear su "Teoría pura". Cuando Kelsen afirma que, "desde un principio tuvo por mira elevar a la Jurisprudencia (Teoría del Derecho), que abierta u ocultamente disolvíase casi por completo en el razonamiento jurídico-político, a la altura de una ciencia auténtica, de una ciencia del espíritu"⁽⁸⁾, está confesando su desconfianza hacia los valores y su afán por superar todas las doctrinas precedentes, hasta entonces denominadas científicas, que él considera ideológicas.

La diferencia entre el método científico y las doctrinas ideológicas está en que éstas hablan de un "derecho justo", pretendiendo con ello -en un ardid político- justificar el ordenamiento

jurídico que a ellas interesa -es decir el que responde a sus ideales-, mientras que el método científico -la Teoría pura- expone al Derecho tal como es, sin criticarlo ni ensalzarlo, sin denominarlo "injusto" o "justo"⁽⁹⁾.

La "Teoría pura del Derecho", como hemos dicho, es una doctrina avalorativa, que considera al Derecho ante todo como norma. El derecho es norma, y la norma jurídica, en Kelsen, responde a una forma determinada, que se puede esquematizar en la siguiente fórmula: "pauta de conducta" + "deber ser" + "sanción"⁽¹⁰⁾. Así, si una norma va acompañada de sanción la podremos denominar jurídica, sino no.

El científico del derecho debe reducir su estudio al conocimiento de las normas jurídicas, es decir de aquellas normas que van acompañadas de una sanción, y su principal cometido será cuestionar la validez de estas normas. Ahora bien, las normas no serán válidas porque sean justas o injustas -ya hemos advertido el carácter antiaxiológico de la doctrina de este autor-, la validez de las normas se establecerá en función al cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el ordenamiento jurídico. Según Kelsen todo ordenamiento normativo constituye un sistema lógico-piramidal, en el que todas las normas quedan sujetas al dictado de una norma superior o "norma fundamental"⁽¹¹⁾. Concretamente, al ser el Derecho un ordenamiento normativo dinámico -que regula su propia creación y aplicación-, lo que une a las normas jurídicas con la "norma fundamental" o "Constitución" es su forma de creación⁽¹²⁾. Así, para el autor alemán, toda norma jurídica establece una pauta de conducta, que, por lo general, cuando es cumplida genera otra norma de rango inferior. De esta manera la validez de las normas jurídicas se reduce a que se cumplan los requisitos que exige una norma superior para su creación. La ciencia del Derecho se limita, pues, a describir al Derecho tal y conforme a sido creado por los órganos competen-

(8). KELSEN, H. "Teoría Pura del Derecho". Ed. Nacional. México 1979. Trad. Carlos Cossio. pág. 17.

(9). Kelsen afirma, "la Ciencia tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto, la ideología, en cambio, encubre la realidad, cuando con intención de conservarla o defenderla la trasfigura, o con intención de atacarla, de destruirla y de reemplazarla, la deforma". "La Teoría pura..." Op. cit., pág. 43.

(10). "Si se dice: cuando acontece lo llamado antijurídico 'debe' acontecer la consecuencia jurídica, este 'deber ser' sólo significa -como categoría del Derecho- el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica. Esta categoría del Derecho tiene un carácter puramente formal, y por ello se diferencia principalmente de una idea trascendente del Derecho". Op. cit., pág. 50.

(11). Ibidem. págs. 94 y 95.

(12). Ibidem. págs. 96 a 98.

(13). *Ibidem*, págs. 106 y ss.

(14). "Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa", dice Kelsen (Op. cit., pág. 99). Este argumento no nos parece en ningún modo suficientemente científico. Al igual que, los tantas veces criticados por él, iusnaturalistas cristianos pedían que creyésemos en Dios (o lo que es igual, en la validez de Dios) aduciendo como prueba la existencia misma del mundo (obra divina), Kelsen nos exige creer en la validez de la "norma fundamental" utilizando como prueba la eficacia de todo el orden jurídico sobre ella apoyado. El prof. Pattaro, refiriéndose a este hecho, ha dicho: "se supone que la Constitución sea válida para salvar la validez de todas las normas que derivan de ella, de la misma forma que se supone que el fundador de la dinastía fuese un aristócrata para salvar la nobleza de sus descendientes" ("Elementos para una teoría del Derecho", Ed. debate. Madrid 1985. Trad. I. Ara. Pág. 78). Nosotros añadiríamos: de la misma forma que se supone la existencia de Dios para salvar los dogmas que de él derivan.

(15). Entre las características que definen a los autores realistas, recopiladas por LLEWELLYN en "Some Realism about Realism. Responding to Dean Pound", en *Havard Review*, 1931., se mencionan: 1) La concepción del derecho en-cuanto-que-fluye, del derecho en movimiento, y de la creación judicial del derecho. 2) La concepción del derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo; de tal modo que cualquier sector necesita ser constantemente examinado por sus efectos. Obsérvese el carácter dinámico que supone la citada concepción.

(16). LLEWELLYN. "Some realism about Realism. Responding to Dean Pound", Op. cit.

tes. Tampoco preocupa a Kelsen si las normas se aplican o no, es decir si son realmente obedecidas, lo que hace válida a la norma es su perfección formal y su aplicación u obediencia no es más que una consecuencia de su validez (13).

Sin embargo la doctrina Kelseniana se manifiesta débil y, hasta cierto punto, contradictoria cuando al cuestionar la validez de la "norma fundamental", y al no poderse remitir a ninguna otra norma de rango superior, nos pide -exige-, como en una "profesión de fe", que la presupongamos válida, sin que nos ofrezca una auténtica razón "per quam" se desprenda tal validez. Al igual que las doctrinas escolásticas no tenían sentido si no era porque se creía ciegamente en la existencia de Dios, la doctrina Kelseniana parece tener poco sentido si no se cree ciegamente en la validez de la "norma Fundamental" (14).

En cualquier caso y de acuerdo con la "Teoría pura", lo que interesa al jurista -científico del derecho- es la estructura lógico-formal del Derecho. Si el jurista se encuentra con una norma acompañada de sanción y que cumple los requisitos formales de validez-poco importa si es incoherente, inicua, injusta o absurda desde el punto de vista ético, tendrá que afirmar que está frente a una norma jurídica válida y por ello denominarla Derecho.

REALISMO JURÍDICO

Bajo la denominación "realismo jurídico" se conocen una serie de doctrinas, de corte positivista-sociológico, caracterizados por partir en sus enunciados de presupuestos no metafísicos, ni lógico-formales. Actualmente se puede hablar de dos amplias direcciones, nos referimos a las corrientes elaboradas por un lado en América (realismo jurídico americano) y por otro en Europa (realismo jurídico escandinavo). Si bien ambas corrientes se conocen bajo la denominación de

"realismo", se trata de doctrinas independientes, cuyo distanciamiento es debido, entre otras causas, a la diferencia fundamental existente entre el sistema de derecho anglosajón y el continental. Efectivamente, como de todos es sabido, el concepto que del derecho se tiene en los países anglófonos, como es el caso de EEUU, es, debido al papel menos relevante que adquiere la ley respecto de la jurisprudencia, lo que podríamos llamar menos estereotipado o más dinámico (15), que el concepto que del mismo se tiene en los países de sistema continental. En los primeros una fuente de Derecho fundamental es Jurisprudencia, es decir los tribunales inspiran sus decisiones en ella y a su vez hacen Derecho con sus resoluciones, mientras que en los segundos, la Jurisprudencia está discutida como fuente, quedando relegada a un papel secundario, detrás no sólo de la ley, fuente inspiradora de toda resolución judicial, sino también de la costumbre y de los llamados principios generales del derecho. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha determinado a aparición, de un lado, de una corriente realista (americana) para la que el derecho es, sobre todo, aquello que resuelven los tribunales, confiando a la conducta judicial un protagonismo que alcanza su mayor intensidad cuando admite que la aplicación del derecho es lo que confiere validez a éste (conductismo), y de otro, la aparición de un realismo (escandinavo) que considera al derecho como algo normativo (como norma que fuerza psicológicamente), dejando así a la actividad judicial relegada a un papel de mero testificador (verificador) de la validez que ya tiene la norma por el mero hecho de ejercer influencia en su destinatario.

Quien por primera vez utiliza el término "legal realism" en América, sin ánimo de referirse a ninguna escuela, sino a un movimiento del pensamiento, es Karl N. Llewellyn (16), uno de los más conocidos autores de esta corriente. Con tal expresión comprendió a un amplio grupo de juristas americanos caracterizados por su enfoque

antiformalístico y altamente empírico. Efectivamente el realismo Americano se caracteriza por negar, en función a su método empírico de conocimiento, la certeza del Derecho, éste - el Derecho - no es más que aquello que los jueces decidirán respecto de las controversias (17). El Derecho queda pues reducido al comportamiento de los jueces y la ciencia jurídica, en consecuencia, consistirá, para ellos en la técnica de previsión del comportamiento judicial (18). No se puede hablar, entonces, de derecho válido, sino cuando recaer en la resolución judicial, mientras tanto no hay derecho válido sino comportamiento judicial presumible. El Derecho queda reducido así a un fenómeno social, al hecho del comportamiento judicial, desapareciendo así cualquier instancia ideal objetiva que confiara al Derecho unos límites ciertos y seguros.

También el realismo escandinavo ha considerado al Derecho como un fenómeno social, pero sus directrices son bien distintas. Al igual que los autores americanos, los escandinavos utilizan un método de conocimiento empírico, que atiende sólo a los hechos espacio-temporales, porque sólo a través de los hechos se puede alcanzar un conocimiento científico del Derecho, pero para los escandinavos el Derecho es un fenómeno psíquico colectivo, un fenómeno de fuerza, que se representa como un conjunto de reglas de comportamiento que establecen imágenes de situaciones deseadas y expresadas mediante la forma imperativa (es decir, expresadas utilizando el lenguaje prescriptivo). Por lo tanto el realismo escandinavo, frente al realismo americano, tiene un concepto normativo del derecho. Pattaro incluye, por ello, a los escandinavos en lo que el llama "realismo normativista", distinguiéndolo por las siguientes tesis características:

a) Aspecto ontológico. Las normas y el deber ser -incluido el deber ser jurídico, es decir, el derecho válido y otras entidades normativas ideales conexas- son fenómenos de psicología

social; no son, por tanto, realidades ontológicamente distintas de la realidad de los hechos empíricos. El realismo normativista, en este aspecto, es una concepción monista contraria a la concepción kelseniana y a la concepción iusnaturalista, en la medida en que éstas son dualistas.

b) Aspecto metaético. El realismo normativista es divisionista, es decir, admite y exige la distinción entre ser y deber ser, entendida como irreductibilidad lógica de los razonamientos prescriptivos a los razonamientos descriptivos y viceversa. En este aspecto, el realismo normativista se distingue de varias teorías voluntaristas descriptivas y de las formas más ingenuas de realismo antinormativista en tanto que no divisionistas.

c) Aspecto jurídico teórico. En sede de teoría del derecho y de la moral el realismo normativista es deontologista, es decir, considera que la idea de deber es esencial al fenómeno jurídico (en este aspecto, el realismo normativista presenta muchas analogías con la concepción kelseniana). Coherentemente, el realismo normativista, en teoría del derecho, considera lo siguiente:

- 1) Las normas jurídicas no son actos de voluntad...
- 2) Las normas jurídicas no son mandatos...
- 3) Las normas jurídicas no son el comportamiento de los jueces...
- 4) Las normas jurídicas no operan según el mecanismo del cálculo prudencial... (19)

Corresponde a Axel Hägerström el mérito de establecer los primeros fundamentos sobre los que iba a desarrollarse el realismo escandinavo. El 1908 publicó su principal obra "El principio de la Ciencia" -"Das Prinzip der Wissenschaft"-, donde se exponen los principios básicos en los que se asentará su doctrina: 1) refutar el subjetivismo, 2) sostener el carácter completamente lógico de la realidad

(17). Esta concepción del Derecho, que LEWELLYN expone en "The Bramble Bush", Nueva York, 1951, pág. 12, nos recuerda las tesis defendidas en Europa por la Escuela del Derecho Libre y principalmente por Kantorowicz, si bien, como éste último advirtió (KANTOROWICZ, "Some Rationalism about Realism", en Yale Law Journal, 1933-1934, págs. 1241), los conductistas van más lejos menospreciando cualquier tipo de certeza jurídica.

(18). Este es al que Pattaro llama "realismo ingenuo", indicando que se trata de un realismo jurídico que "no sólo niega que exista una realidad normativa ontológicamente distinta del mundo de los hechos, sino que niega además que las nociones normativas ideales de "norma", "derecho subjetivo", "deber", etc. -cuantas se entiendan como referentes a (o como expresiones de) fenómenos sociales y actitudes psíquicas- tengan una función efectiva en el funcionamiento del derecho, y niega, consiguientemente, además, que dichas nociones deban tomarse en consideración para construir una teoría del derecho adecuada a su objeto". "Elementos para una...", Op. cit., pág. 125.

(19). PATTARO, E. "Elementos para una..." Op. cit., pág. 126.

(20). Sobre el concepto de realidad en Hågerström pueden verse, PATTARO, "Il realismo giuridico scandinavo, I, Axel Hågerström", CLUEB, Bologna 1974. "Il realismo giuridico como alternativa al positivismo giuridico", en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1971, págs 76 y ss. LIBORIO HIERO. "El realismo jurídico escandinavo", Valencia 1981. págs. 131 y ss.

(21). Vid PATTARO, "Elementos para una..." Op. cit. págs. 144 y ss.

(22). OLIVECRONA, K. "The Legal Theories of Axel Hågerström and Vilhelm Lundstedt", en *Scandinavian Studies in Law*, III, 1959, pág. 138.

(23). OLIVECRONA, K. "El Derecho como hecho". Trad. de Luis López Guerra. Barcelona 1980. pág. 78. En este sentido es en el que considera el Prof. Pattaro, como veremos, que el realismo constituye una corriente de pensamiento jurídico alternativa al positivismo jurídico y al iusnaturalismo (PATTARO, E. "La realtà del diritto e la sua conoscenza", en vol. colectivo "Scienza e politica nel pensiero" di Alf Ross. Milan 1984, pág. 103.).

(24). *Ibidem*. pág. 119.

sensible, 3) demostrar la imposibilidad de la metafísica como doctrina del Absoluto. Conforme a la doctrina de este autor no es posible lo absoluto, lo trascendente o lo abstracto, por lo que carece de sentido toda opción metafísica o idealista. Su concepto de "realidad" está reducido a lo puramente empírico (20). El Derecho queda reducido a su carácter normativo, formando una amplia serie de enunciados sobre el deber, en forma de juicios, que cumplen la función de regularizar las conductas de un grupo social. Estas reglas constituyen imperativos, que se caracterizan por provocar en el destinatario la intención de actuar de acuerdo a las imágenes por ellas mismas descritas, imperativos que no son, sin embargo, producto de una voluntad superior, sino la resultante de un complejo juego de fuerzas sociales (producto de la interacción de las diversas autoridades) que se han impersonalizado al independizarse de los imperativos originarios y de la persona que los emitió (21). El Derecho queda reducido así, a un mero hecho de fuerza psicológica, que obliga al destinatario a adecuar su comportamiento a lo jurídicamente descrito. En consecuencia la validez del Derecho consiste en la general aceptación, que muestra el grupo social, acerca de un modo de conducta como jurídicamente obligatorio, lo que quiere decir que una norma que no sea generalmente sentida como vinculante, no es una norma en sentido propio.

Otro autor, discípulo del anterior, adscrito a esta corriente es Lundstedt, que recoge la doctrina de su maestro, e introduce en ella ciertas peculiaridades que nos llevan a encontrar algún parecido entre este realismo y el viejo utilitarismo. Si bien es cierto que sus tesis no son fáciles de interpretar, como ha advertido Olivecrona (22), no parece que exista duda respecto a la idea que éste tenía del Derecho, como "maquinaria de perfecto funcionamiento" cuyo cometido sería conservar el momento en que una sociedad alcanza un gran equilibrio social y un mejor nivel de vida ("el bienestar social"). El Dere-

cho se sigue manifestando como un fenómeno de fuerza y la única forma correcta de estudiarlo es el método empírico.

De las obras de estos autores, quizás la más difundida sea la que Karl Olivecrona tituló "Law as Fact" -"El Derecho como hecho"- aparecida en 1939. En ella se afronta el tema con gran sencillez y detalle. Parte el autor de considerar al Derecho como una fuerza vinculante -como sus antecesores-, y advierte que ese carácter vinculante no se debe a ninguna voluntad. "Como hemos visto -dice el autor-, no hay un Derecho "positivo" en el sentido en que emplea el término el positivismo jurídico. Las normas jurídicas no son, en absoluto, la expresión de una voluntad existente anterior al mismo Derecho. Lo que tenemos ante nosotros es un conjunto de normas que han ido cambiando y creciendo lentamente durante siglos." (23)

De esta manera, para Olivecrona, el Derecho es norma, pero la norma jurídica es un imperativo despersonalizado, un imperativo independiente de una voluntad determinada -lo que elimina el elemento voluntarista-. El Derecho está constituido por normas, representadas en esquemas de comportamiento expresados en un lenguaje prescriptivo, que son el producto despersonalizado de una actividad legislativa; lo que los caracteriza por tanto, frente a las órdenes (que son "imperativos enunciados por una persona cara a cara con otra" (24)), es el adolecer de la relación personal característica de aquellas.

Las normas jurídicas son imperativos despersonalizados que, a través de una forma de expresión sugerente, pretenden influir en la conducta de los individuos. Para Olivecrona un imperativo tiene naturaleza jurídica cuando produce un típico efecto psicológico -suscitar la obediencia- en el destinatario, lo que incluso puede lograr sin necesidad de presentar una apariencia imperativa, y por supuesto independientemente de que el referido destinatario conozca a la persona que la creó.

En tal sentido afirma que las normas jurídicas promulgadas -las "leyes"- pasan a ser Derecho en el momento en que los destinatarios consideran que su contenido es vinculante para todos -independientemente de los motivos por los que se produzca esa aceptación-. Las leyes se obedecen no en reconocimiento de las formalidades propias de la promulgación -lo que constituiría un razonamiento kelseniano-, "en general, el público ignora tales formalidades. Los textos se afectan bajo el término oficial de "leyes" y eso le basta. El apelativo "ley", cuando se aplica debidamente, supone la implicación de que las reglas de conducta contenidas en el texto son vinculantes para todos." (25). Olivecrona presenta al Derecho como un mero fenómeno de fuerza organizada, como un conjunto de normas que vinculan a la población y ejercen sobre ella una fuerza psicológica que les hace aceptar el comportamiento jurídicamente exigido como obligatorio, si bien, no considera que la validez de estas normas esté, ni en la fórmula que acompaña a su creación, ni en alguna clase de voluntad capaz de imponer su dictado, sino en la misma efectividad de las mismas.

Caso especial dentro del realismo escandinavo es el que representa Alf Ross, que había sido discípulo de Kelsen antes de decidirse a seguir las tesis de los autores anteriores. Con aquél tiene en común el considerar a las normas como esquemas de interpretación, si bien la validez de la norma no dependerá, como afirmaba Kelsen, de que así lo interprete una norma superior, sino, siguiendo los postulados realistas, de que la norma sirva efectivamente como tal esquema interpretativo, de que operen como tales en el espíritu del juez, que las obedece (26). El derecho se manifiesta como un fenómeno de fuerza vinculante, si bien, en este caso, resultan ser obligados sólo los jueces, son ellos quienes viven las normas como vinculantes; la labor de interpretación jurídica es propia y privativa de aquellos, son los jueces que

utilizan las normas como "esquemas interpretativos". Es por esto que Ross condiciona la validez de la norma a la capacidad que tenga de presionar psicológicamente al juez. Sólo se puede presumir la validez de la norma, cuando se tienen los suficientes fundamentos para suponer que será aceptada por los tribunales como base de sus decisiones (27). Esta peculiaridad puede hacer pensar que sus tesis son cercanas al realismo americano; efectivamente Ross considera que cuando un tribunal aplica una norma, en principio y por lo general, esa norma ha de ser válida, lo que como, decimos, hace parecer que el autor condiciona la validez de la norma a su momento de aplicación, lo que no es cierto. A diferencia de los americanos, Ross considera que para que la norma sea válida no es requisito indispensable su aplicación, basta con que vincule al juez, aún cuando nunca tenga éste ocasión de aplicarla. El hecho decisivo que confiere validez a la norma, no es el comportamiento de los tribunales (dato meramente orientativo y verificatorio), sino el hecho de que la norma ejerza una influencia psicológica sobre el juez, que quedará por ella vinculado en su comportamiento como tal (28). El Derecho queda así reducido a un mero fenómeno de fuerza, representado por un conjunto de normas (directivas) que Ross denomina "ideología normativa común, presente y activa en la mente de los jueces cuando actúan en su calidad de tales" (29).

Siendo el Derecho un mero fenómeno de fuerza y estando representado por directivas que vinculan a los jueces, la Ciencia del Derecho tiene por misión indagar, investigar, cuales son esas directivas, es decir que normas jurídicas son válidas (operan sobre la mente de los jueces). La Ciencia Jurídica se expresará a través de aserciones ("A"), responden a un enunciado concreto, para Ross resumido en la fórmula "A = D es la norma vigente" (30), que consisten en afirmar que determinada norma jurídica ("D") es válida. La Ciencia del Derecho es, para

(25). *Ibidem*. pág. 128.

(26). ROSS, A. "Sobre el Derecho y la Justicia". Trad. Genaro R. Carrió, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1977, págs. 34 y ss.

(27). *Op. cit.* págs. 69 y ss.

(28). Esta idea la reitera el autor a lo largo de una serie de afirmaciones bien significativas. *Ibidem*. págs. 40 y ss.

(29). *Ibidem*. págs. 73.

(30). *Ibidem*. págs. 38 y ss."

(21). Sobre la situación del iusnaturalismo y el positivismo jurídico en Italia, después de guerra, puede verse PEREZ LUÑO, "Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna", Zaragoza 1971.

(22). Sobre estos temas pueden verse, de este autor, en particular: "Tendence odiarne della filosofia del diritto", en *Rivista trim. di Diritto e procedura civile*, 1955, n.2, págs. 246-251 y "Il diritto nel sistema dei valori", en la misma revista, 1964, n.2, págs. 465-507. Y de forma más general en "Il valore nella storia", Bologna UPEB, 1948, y "I valori fra la metafisica e la storia", Bologna, Zanichelli, 1957.

(23). Como ha dicho Pattaro, al concepto de Derecho propuesto por Del Vecchio le corresponde una inspiración kantiana innegable. "La Filosofia del diritto". Estrato da: *Lazioni sul diritto e la scienza giuridica*, pág. 9. Sin embargo respecto del tema de la justicia, Del Vecchio pasa de una inicial postura kantiana a un iusnaturalismo católico de tipo tomístico. *Ibidem*, pág. 10.

(24). Del Vecchio, "Premessa alla terza serie", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n.1, 1947. "E vorremmo invocare, come allora, il ritorno all'idea eterna del diritto naturale, a quel puro principio della giustizia, che logicamente sovrasta, come criterio non abolibile, alle contingenti vicissitudini delle positive legislazioni, e che solo, quando sia rispettato, può condurre gli uomini a una vera e non effimera pace.". Pág. 3.

(25). Es un autor que había aproximado sus primeros escritos a la fenomenología y luego al existencialismo, para más tarde distanciarse de estas corrientes y reclamar una recuperación del pensamiento kelseniano. Vid PATTARO, "Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica". Trad. J. Iturmen. Madrid 1980, págs. 35 y 36.

(26). Bobbio "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje", en *Riv. Trim. di Diritto e procedura civile*, 1950.

este autor, una cierta empírica, basada en la realidad jurídicas, en datos empíricos, en hechos espacio-temporales y su resultado será la descripción del Derecho, enunciando sus leyes como válidas. Como otras ciencias empíricas la Ciencia jurídica queda sometida al requisito de la verificación, es decir, que las aserciones de la ciencia jurídica, que afirman la validez de determinadas normas jurídicas, pueden comprobarse ciertas o falsas con arreglo a la realidad que describen. Piensa Ross que al igual que el químico, si afirma la validez de alguna fórmula química, puede comprobar a través de una experiencia que confronte su tesis con la realidad descrita en un laboratorio, el jurista, cuando afirma la validez de una norma, lo puede comprobar con una experiencia, de la misma índole, en los tribunales. Siendo, por tanto, estos últimos, los laboratorios donde la ciencia jurídica se lleva a la práctica.

Todo el Realismo tiene en común su postura ante los valores: la idea de que el Derecho no tiene un substrato moral es común a todos los autores que comprende. Hablar de justicia es plantear en términos ideológicos una cuestión emocional, por tanto al jurista no ha de preocuparle si el Derecho adquiere su naturaleza, porque responda a valores morales o emocionales, sino porque opera como tal. Utilizando términos, algo manidos ya, pero que representan perfectamente las tesis de esta corriente, según la cual el Derecho es y debe ser estudiado como hecho.

ACTUALIDAD EN ITALIA

El iusnaturalismo, como corriente de pensamiento opuesta a una idea de Derecho meramente normativa, es decir que no implique un conjunto de valores, una esencia axiológica, ha contado en Italia, durante las últimas décadas, con una serie de autores que, por su profusa e importante obra, han conseguido alcanzar un reconocido prestigio internacional (27). Felipe Battaglia (1902-1977), a quien en reciente encuentro en Bologna se le ren-

día homenaje, orientó a su idealismo por la vía de los valores objetivos del espíritu cristiano, ofreciendo así una idea de Derecho natural, que si bien no renuncia a las premisas historicistas de su pensamiento, si que estaba lejos del mero normativismo (28). Con un carácter algo más formal (29), el acreditado y conocido filósofo del derecho italiano, Giorgio Del Vecchio, confesó su deseo de hacer retornar la idea eterna de Derecho Natural, al tiempo que reanudaba la publicación de la "Rivista Internazionale di filosofia del diritto" (1947) (30). Este autor ha significado la permanencia y revivificación de los tradicionales temas del derecho natural en Italia. Ahora bien, el hecho del marcado anticlericalismo vivido en Italia y la relación de las corrientes iusnaturalistas con una postura católica, suscitó contra éstas una viva reacción, lo que favoreció, por otro lado, al auge del positivismo jurídico, como oposición al idealismo que había predominado en Italia mientras que duró la hegemonía del fascismo. Entre los autores neopositivistas italianos, caracterizados por el afán de conseguir una Ciencia del Derecho más rigurosa, más idónea, que si bien no aporte verdades absolutas si ofrezca garantías su procedimiento, cabe destacar a Norberto Bobbio. Pensador de amplia experiencia filosófica (35), que ha creado una teoría de la ciencia, de corte kelseniano. Bobbio ha propuesto plantear el problema desde las bases propias de la filosofía analítica (36). En este sentido el filósofo italiano, considera al derecho desde tres planos o perspectivas: desde un punto de vista formalista o normativo, propio de la ciencia del derecho (la más alta expresión del saber jurídico), consistente en el análisis del lenguaje del legislador y asignándole el estudio de la validez del Derecho (37); desde un punto de vista sociológico, interesado en la eficacia del derecho (38); y desde un punto de vista, y en esto la doctrina de Bobbio es original al no despreciar la función de la filosofía del Derecho, deontológico, asignándole el estudio del valor (ideal) del Derecho (39). Lo cierto es que

Bobbio ha significado, pese a su trasfondo filosófico, una escuela inclinada hacia los áridos análisis formales, una postura formalista y rígidamente analítica que ha encontrado, como es el caso de Uberto Scarpelli⁽⁴⁰⁾, seguidores capaces de llegar a los más radicales planteamientos del positivismo jurídico.

PATTARO. UNA CONCEPCIÓN REALISTA

Entre las corrientes descritas anteriormente, que han tenido desarrollo en la filosofía jurídica italiana, aparece en los últimos años la obra del profesor Pattaro, Titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho, de la Universidad degli Studi de Bologna, obra que no sólo ha tenido repercusión allí en Italia sino que, por su importancia, ha traspasado fronteras hasta España, donde varios de sus trabajos han encontrado traducción a nuestro idioma⁽⁴¹⁾. Influído, desde un punto de vista filosófico, por la fuerte impronta que las corrientes neoempirista y analítica han tenido en su país y, desde un punto de vista jurídico-filosófico, por el interés que desde años está dedicando al estudio del realismo escandinavo⁽⁴²⁾, se le puede considerar, como un neoempirista (desde la perspectiva filosófica) y realista (desde la jurídica). Dentro del marco dialéctico (positivismo-iusnaturalismo) en el que históricamente se ha desarrollado la filosofía jurídica, Pattaro confiesa que el realismo jurídico representa una alternativa, una tercera vía⁽⁴³⁾, que aparece y aporta nuevas soluciones; como su obra, según veremos, puede considerarse en la línea del realismo jurídico, la podemos catalogar como nueva alternativa respecto de la filosofía jurídica italiana (europea), distinta de las expuestas en su momento por Del Vecchio (iusnaturalista) y más recientemente por Bobbio (que aún manifestándose neoempirista, lo es de corte positivista).

A continuación exponemos, sucintamente, el pensamiento de este profesor, promotor, posiblemente, de una

"nueva" corriente del pensamiento jurídico europeo; para ello intentaremos, en la medida de lo posible, sistematizar el discurso, de forma que en diferentes apartados podamos conocer los conceptos que Pattaro tiene acerca de la Filosofía jurídica, El Derecho, la Ciencia del Derecho, los Valores, y la crítica que dirige a otros autores, más o menos cercanos a su pensamiento.

FILOSOFÍA DEL DERECHO

El prof. Pattaro, como docente de una disciplina denominada Filosofía del Derecho, ha dedicado parte de su obra⁽⁴⁴⁾, a definir que se ha de entender con tal denominación. Para ello ha estimado de interés examinar, como presupuesto previo, la opinión que acerca del tema tienen algunos filósofos, en un itinerario teórico que recoge las doctrinas de autores como Icilio Vanni, Giorgio Del Vecchio y Norberto Bobbio, representantes respectivamente del "positivismo filosófico", "iusnaturalismo" y "positivismo jurídico" y también de otros filósofos (generales) pertenecientes al Neopositivismo y a la filosofía analítica.

A lo largo de este recorrido, además de exponer la opinión que estos autores tienen acerca del método y objeto filosófico, Pattaro va dibujando, en una serie de argumentaciones y refutaciones, los confines de su propia teoría.

Considera que la filosofía no ha de pretender comprender todos los campos de conocimiento y crítica, por ello, al que llama "filosofías globalísticas", que define, recurriendo a una metáfora política como totalitarias o imperialistas⁽⁴⁵⁾. Es necesario delimitar los temas de la filosofía del Derecho y Pattaro lo hace, sirviéndose para ello de los puntos de partida ofrecidos por Vanni y Bobbio, indicando que dentro de la filosofía del Derecho permanecen tres temas:

1) Metacientífica: El estudio de la

(37). Se considera que en la Teoría de Derecho que propone Bobbio cabe distinguir 6 partes:

- 1) Composición del ordenamiento jurídico, o sea concepto de norma y distinción entre los distintos tipos de normas.
 - 2) Formación del ordenamiento jurídico, o sea teoría de las fuentes del derecho.
 - 3) Unidad del ordenamiento jurídico, o sea validez del derecho y teoría de la norma fundamental.
 - 4) Plenitud del ordenamiento jurídico, o sea lagunas del derecho y su integración.
 - 5) Coherencia del ordenamiento jurídico, o sea antinomias y su eliminación.
 - 6) Relaciones entre ordenamientos jurídicos, relaciones especiales, temporales y materiales.
- Vid. PATTARO. "La filosofía..." Op. cit. págs. 11, donde a su vez nos remite, en nota 8, al propio Bobbio. "Giusnaturalismo e positivismo giuridico", Milano 1965, pp. 46-47.

(38). Si bien este punto de vista no viene incorporado como una de las partes del hipotético tratado de filosofía jurídica supuesto. Vid. PATTARO. "La Filosofía..." Op. cit. pág. 11.

(39). Bobbio, "El positivismo jurídico", Turin, 1950, págs. 170 y ss. "Lecciones de filosofía del Derecho", Turin 1946, págs. 10-14 y 41. "Introducción a la filosofía del Derecho" Turin 1948, págs. 50-51.

(40). Véase la opinión de Pattaro acerca de la teoría de Scarpelli en "El positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi", en "Diritto e analisi del linguaggio", Milan 1976, en particular pág. 470 y ss.

(41). Concretamente han sido traducidos dos trabajos de embergadura, que constituyen sendos libros. El primero de ellos lo tradujo José Iturmendi Morales y se trata de "Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica", editado por Reus el año 1980. El segundo traducido por Ignacio Ara, es "Elementos para una teoría del derecho", editado por Debate el año 1986.

(42). Son muchos los trabajos que

este profesor ha dirigido a estudiar y esclarecer las tesis del realismo escandinavo, entre los que se pueden citar los siguientes: "Validità o verificabilità del diritto?", in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1966, 3, pp. 1005-1056. "Riflessioni su Olivecrona", en "R. Trim. di diritto e procedura civile", 1968, 2, pp. 721-764. "Diritto morale e concezione realistica del diritto", en "R. Trim. di...", 1970, 3 pp. 986-999. "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico", en "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", 1971, 1, pp. 61-126. Traducción del libro de Olivecrona "La struttura dell'ordinamento giuridico" al italiano, Milán 1972 (tiene como introducción el artículo antes citado). "Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström", CLUEB, Bologna 1974, pp. 323. "Ordinamento giuridico" (rättsordning) nell'uso dei realisti scandinavi", en "Il diritto come ordinamento, informazione e verità nello stato contemporaneo", Milano, 1976, pp. 105-105. Traducción del inglés al italiano de Olivecrona "Linguaggio giuridico e realtà" en AA.VV., "Diritto e analisi del linguaggio", Milán 1976, pp. 239-283. "Postilla ad Alf Ross (A proposito di Giusnaturalismo contro positivismo giuridico)", en "R. Trim. di Diritto...", 1979, 2, pp. 723-726. "Ultimo saluto a Ross", en "R. Trim. di Diritto...", 1980, 4, pp. 1504-1519. "In ricordo di Karl Olivecrona", en "R. Trim. di Diritto...", 1980, 4, pp. 1520-1538. "Non si fanno cose con parole. Il negozio giuridico nella prospettiva di Axel Hägerström", en "Sociologia del Diritto", 1981, 3, pp. 25-42. Dirigió "Contributi al realismo giuridico", I (con escritos de Carla Faralli y R. Hernández Marín), Milán 1982. "Olivecrona's Theory of Imperatives", en AA.VV., "Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen", Vammala 1983, pp. 221-237. "La realtà del diritto e la sua conoscenza (a proposito di Alf Ross)", en AA.VV., "Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross", Milán 1984, pp. 103-146. "La validez del derecho en Alf Ross", en "Revista de ciencias sociales", 1984, pp. 173-204. "Sul realismo normativistico (Hägerström e Hart). A proposito di alcune critiche

ciencia jurídica, de los conceptos por ella empleados (como metodología de la ciencia jurídica).

2) Metaético: El estudio lógico-analítico de los juicios de valor usados en diversas concepciones de justicia.

3) Ético: La toma de postura frente a la realidad jurídica (deontológica) (46).

Si bien, algunas páginas después, tras la exposición de la analítica jurídica (en autores como Wittgenstein, Schlick Carnap), reconoce una reducción de esos temas (al renunciar a la metafísica, en tanto que está construida por enunciados privados de sentido de acuerdo con las doctrinas neocempiristas), quedando como propios de esta disciplina los dos enunciados en primer lugar, es decir, el metacientífico y el metaético (47).

Los temas sustraídos a la filosofía del derecho serían: Sociología del Derecho, Teoría general del Derecho y fenomenología de la Justicia (48).

Pattaro se manifiesta neocempirista, cuando, refiriéndose a la filosofía del derecho, reformula las tesis de Carnap distinguiendo entre entidades lingüísticas (unidades de lenguaje) y entidades extralingüísticas (lo que está constituido por signos lingüísticos) (49), e indica que la filosofía nunca versa sobre entidades extralingüísticas (su cose, su fatti, su persone, su comportamenti), sino sobre entidades lingüísticas (su parole, termini, frasi, discorsi) (50). La filosofía se presenta, pues, como metalenguaje (lenguaje sobre el lenguaje).

Con este razonamiento llega, nuestro autor, a delimitar, en una primera aproximación, el objeto de la filosofía del Derecho. En principio la filosofía del derecho no ha de ocuparse de cosas, hechos, personas, comportamientos, etc., sino de entidades lingüísticas, de forma que la filosofía jurídica es un metalenguaje que se ocupa del lengua-

je del derecho o de los lenguajes que tienen que ver con éste (51). Después de estas consideraciones concluye que "la filosofía del diritto, occupandosi di entità linguistiche, di linguaggi, che o sono diritto o hanno che vedere con il diritto, si occupa di ciò che secondo la tradizione è, o ha che vedere con il, diritto." (52). Por tanto piensa Pattaro que todo es objeto de la Filosofía, concepto universalista, con sólo dos límites: que el objeto sobre el que nos ocupemos esté constituido por entidades lingüísticas y que desarrollemos con respecto al mismo la función de poner orden, claridad y funcionalidad, como propia del metalenguaje filosófico (53).

LENGUAJE Y DERECHO

A la hora de definir el Derecho, el profesor de la Universidad de Bolonia, parte de un presupuesto que considera previo y básico para el entendimiento de aquel, el análisis del lenguaje.

Efectivamente, en tanto que la Filosofía del Derecho tiene como objeto de estudio a entidades lingüísticas que versan sobre derecho, Pattaro considera oportuno analizar qué son y cuáles son esas entidades. El lenguaje aparece como un conjunto de signos que adquieren el mismo significado y la misma función para el grupo de personas, en potencia, receptores y emisores del mismo.

El lenguaje adquiere significado en tanto que es aprendido en un contexto psíquico y social en el que los emittentes y receptores se encuentran, un aprendizaje que se desarrolla desde muy corta edad. El lenguaje cumple diversas funciones, que Pattaro cataloga en dos grupos que denomina como funciones directas (o primarias) y funciones indirectas (o secundarias), entre las primeras se cuentan: a) La función semántico-representativa, que actúa sobre la fantasía y suscita imágenes y/o conceptos ("hacer saber"); b) La función preceptiva, que actúa sobre la voluntad y suscita impulsos de actuar

("hacer hacer"); c) La función emotiva, que actúa sobre el sentimiento y suscita estados de ánimo ("hacer sentir"); d) La función sintomática, ejercida por medio del lenguaje descriptivo o expresivo, y que actúa sobre el intelecto suscitándole creencias ("hacer creer")⁽⁵⁴⁾.

Tras estas reflexiones lingüísticas, Pattaro concluye que el lenguaje, en su función preceptiva, tiene una íntima relación con las disposiciones jurídicas. Ciertamente las disposiciones jurídicas se expresan en un lenguaje prescriptivo, es decir en un lenguaje constituido por expresiones lingüísticas, que en unos determinados contextos psíquicos y sociales determinados, suscitan en el destinatario de modo primario y directo impulsos volitivos de actuar⁽⁵⁵⁾. Lo que caracteriza pues a estas expresiones es su capacidad de suscitar en el destinatario impulsos volitivos ("hacer hacer"), por lo que se manifiestan como imperativos, ahora bien Pattaro como los realistas escandinavos, en este punto va a advertir que ese carácter imperativo nada tiene que ver con la voluntad, separándose así de las corrientes positivistas e iusnaturalistas⁽⁵⁶⁾. Siguiendo las enseñanzas de Hägerström y Olivecrona, nuestro autor, va a distinguir entre normas y mandatos (órdenes)⁽⁵⁷⁾. Los mandatos implican una relación entre el emisor y el receptor, se componen de una acción o comportamiento imaginado y de una forma o señal imperativa, expresándose categóricamente (sin referencia a valores), por lo que no pueden transcribirse en una oración expresiva de un juicio. En tanto, la norma jurídica tiene una virtualidad independiente de la persona que manda, y expresan, en abstracto, que una acción "debe" ser realizada (referencia a valores)⁽⁵⁸⁾.

Ahora bien, aun cuando precepto y norma están muy unidos, Pattaro no considera que sean una misma cosa, pues si bien el precepto es una expresión lingüística, la norma sin embargo es una "noción-idea". Así la norma

puede ser definida como una noción-idea en el sentido de que consiste en la convicción socialmente difundida de que ciertos comportamientos "son debidos"⁽⁵⁹⁾. En este sentido Pattaro considera que las normas constituyen, lo que podríamos denominar, conciencia del deber, es decir, aportan sentido del deber (como un impulso inmotivado), y esa conciencia del deber se forma a través de un largo y complejo aprendizaje⁽⁶⁰⁾, consistiendo en un fenómeno psíquico que se manifiesta en la persona del receptor.

Pattaro, que puede ser definido como realista normativista, tras la exposición acerca de las entidades que forman el derecho, concluye que el Derecho está formado por palabras, por fenómenos psíquicos y sociales, y por comportamientos, o lo que es igual, por entidades lingüísticas y extralingüísticas. El Derecho no es, por lo tanto pura forma ("deber ser" frente al "ser"), el derecho consiste en hechos espacio-temporales, lo que implica que sea considerado un conjunto de prescripciones y preceptos que se apoyan en normas⁽⁶¹⁾. Pensamos que este concepto podría quedar resumido de la siguiente manera, el Derecho es un fenómeno de fuerza representada a través de entidades lingüísticas (prescripciones) y extralingüísticas (fenómenos psíquicos y sociales y comportamientos).

LA CIENCIA JURÍDICA

Ante el tema de la ciencia del derecho, en cuanto que disciplina que ha de estudiar (¿qué es el derecho?)⁽⁶²⁾, y en cuanto éste se manifiesta como una realidad social empírica compleja, de la que forman parte entidades lingüísticas y extralingüísticas, Pattaro se inclina por definir como tal a la sociología jurídica (frente a la Teoría General del Derecho)⁽⁶³⁾. El verdadero conocimiento científico, piensa nuestro autor, es el sociológico en cuanto que es empírico, en cuanto se fundamenta y estudia hechos. La teoría Ge-

scandinave al realismo della Scuola di Uppsala", en "Materiali per una storia della cultura giuridica", diciembre 1985, pp. 327-344. "Sul normativismo di un realista: la critica hägerströmiana del voluntarismo giuridico e il concetto di "diritto valido"", en AA.VV., "estudios de filosofía del derecho y la ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra", Madrid 1985, pp. 153-185. "Pour une théorie des impératifs juridiques: la contribution de Karl Olivecrona", en "Revue de la recherche juridique. Droit prospectif", 2, 1986, pp. 189-208. "Legal Realism or Hägerström Along with Hart", en AA.VV., "Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts", Berlin 1986, pp. 259-268.

(59) PATTARO, E. "La realtà del diritto e la sua conoscenza", en volumen colectivo "Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross", Milán 1984, pág. 103.

(60) Particularmente en "La filosofía del derecho", extracto de "Lezioni sul diritto e la scienza giuridica", Bologna 1977. "Filosofía del derecho, derecho, ciencia jurídica", Bologna 1978 (trad. española: "Filosofía del Derecho, derecho, ciencia jurídica.", Madrid 1980, págs. 13 a 98). Y últimamente "Introduzione al corso di filosofia del diritto", vol. I, Bologna 1986, págs. 9 a 61.

(61) "Una filosofia che si occupi di tutti i rami del sapere e su ognuno di essi rivendichi la propria competenza poteva avere una funzione positiva in epoche in cui le scienze no erano ancora nate o erano molto primitive e rozze: quando e dove non si può conoscere, può servire speculare. Ma una filosofia siffatta, quando e dove le scienze hanno trovato un loro cammino, è soltanto d'intralcio". "Introduzione al corso di...". Op. cit. vol. I, págs. 23-24.

(62) PATTARO. "Introduzione al corso di...". Op. cit. págs. 27-28

(63) Ibidem. págs. 46-47.

(64) Ibidem. pág. 28.

(49). *Ibidem*, pág. 50.

(50). *Ibidem*, pág. 52.

(51). *Ibidem*, pág. 53.

(52). *Ibidem*, pág. 60.

(53). *Ibidem*, pág. 61.

(54). PATTARO, "Introduzione al corso di...". *Op. cit.*, vol II, págs. 26 y ss.

(55). PATTARO, "Filosofia del Derecho, derecho, ciencia jurídica". *Op. cit.*, pág. 149.

(56). *Ibidem*, pág. 162.

(57). *Ibidem*, págs. 160 y ss.

(58). Obsérvese como en estas tesis las opiniones de Pattaro y Olivecrona son coincidentes en extremo. Vid. Olivecrona "Lo imperativo de la ley", en apéndice a la ed. española de "El Derecho como hecho", Buenos Aires, 1959.

(59). "Una norma consiste nella convinzione socialmente diffusa che certi comportamenti siano dovuti: consiste in questi stessi comportamenti e nell'idea che essi siano doverosi". *Introduzione al corso di...*, *Op. cit.*, vol II, pág. 64.

(60). "L'atteggiamento morale, ossia l'associazione tra certi comportamenti e un impulso volitivo immotivato a tenerli o ad evitarli, viene originariamente formato in noi mediante comandi, minacce, o persuasione, o forza dell'esempio, attraverso, cioè, tutti i mezzi in senso lato coercetivi di cui dispongono la famiglia e la società". *Ibidem*, pág. 63.

(61). PATTARO, "Filosofia del derecho. ...". *Op. cit.*, pág. 244.

(62). A nuestro juicio la cuestión quedaría mejor planteada si se cuestionara con esta otra pregunta ¿cuál es el Derecho?.

(63). "Conseguentemente, non la teoria generale del diritto formalistica, ma la sociologia giuridica in senso lato, la scienze del linguaggio e del comportamento

neral del Derecho no estudia hechos, sino conceptos ideales, (derecho subjetivo, deber, etc.). Pattaro no va a considerar, portanto, científica la actividad interpretativa del derecho, que aún cuando pueda ser denominada como "ciencia del significado" (en tanto que pretende averiguar el significado de las prescripciones jurídicas) adolece de la certeza que para las ciencias exige el neoempirismo (64). "L'attività dei giuristi non è scienza, è eventualmente una tecnica: una tecnica di interpretazione (attività), che è una tecnica per la produzione del diritto, onde la scienza del diritto è fonte del diritto" (65). La actividad de los juristas está pues sustraída del ámbito de la ciencia, para quien, como Pattaro, parte de los criterios de la epistemología neoempirista (66).

ETICA, MORAL Y DERECHO

El tema de los valores, de lo valioso, es, para nuestro autor, un tema metaético (67), que a tratado en varias ocasiones en relación al Derecho. Hemos, no obstante, de advertir que aún cuando los términos ética, moral y derecho guardan cierta relación en la obra de este autor, sin embargo responden a distintos significados, de forma que aparecen nitidamente definidos y diferenciados.

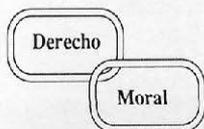
La ética, como concepto, cobra un doble significado en la doctrina del realista italiano. "Etico" es aquello que, de alguna manera, hace alusión a juicios de valor subjetivos. Un juicio de valor expresa la opinión acerca de algo que "debe ser", pero ese "debe ser" constituye siempre una opinión subjetiva (68). La ética en cuanto representa juicios de valor, en cuanto se refiere a lo valioso, tiene un carácter subjetivo, por tanto no cabe un conocimiento científico (objetivo) de la ética, ni tampoco cabe hablar de una ética (material) objetiva (absoluta). Sin embargo Pattaro no renuncia a presentar de hecho un modelo universal ético, si bien cuando lo hace, nos recuerda al

modelo moral kantiano. Efectivamente, el profesor italiano, propone una norma fundamental de, lo que denomina en términos maxweberianos, una ética de la responsabilidad (69), esta norma responde a la siguiente formulación "El primer deber del hombre es renunciar a la pretensión de hacer de las propias creencias personales un modelo universal del obrar" (70). Piensa Pattaro que con esta norma se favorece la preeminencia de la autonomía del sujeto y, a la vez, se lucha contra aquella otra, por él criticada, ética que, admitiendo como objetivos los valores, favorece "el fanatismo moral" (71). Esto permite a Pattaro calificar a los hechos moralmente como: a) indiferentes, ni buenos ni malos, naturalmente ilícitos, el comportamiento que no interfiere directamente la libertad de otros (72); b) malos, naturalmente ilícitos, el comportamiento que interfiere directamente en la libertad de otro; c) bueno, el comportamiento con el que un sujeto previene, impide o evita interferencias directas de sujetos terceros o indirectas propias o de terceros en la libertad de otros (73).

En consecuencia, y pese a que Pattaro, como realista-neoempirista, niega la existencia de valores absolutos valederos por sí mismos como instancias objetivas de comportamiento, admite, sin embargo, la existencia de un concepto (instancial) ético objetivo que permitiría, si bien con carácter formal, calificar los hechos (como buenos o malos) desde la ideología liberal del mutuo respeto y la libertad.

Lo ético, es por tanto algo perteneciente al ámbito subjetivo del individuo identificable con lo que podríamos llamar moral individual. Frente a ella aparece en Pattaro otra idea de moral, como medio de control social, es decir como fuerza social, que en este caso manifiesta un mayor parentesco con el Derecho. La moral, piensa Pattaro, es una fuerza que se manifiesta a través de diferentes medios de presión psicológicos, en los distintos ámbitos de la vida social y desde nuestro nacimiento

to, de forma que van originando hábitos de comportamiento que son calificados por ello como moralmente buenos o malos (64). Estos hábitos de comportamiento, son los que a su vez producen en el individuo, como un impulso inmotivado a obrar, la idea del deber (65). Admite Pattaro que su definición es ambigua, pero insiste en que son esas las características que marcan la diferencia con el concepto ideológico moral (66). La función de los preceptos morales es desencadenar los mecanismos psíquicos ya predisuestos por la educación y el condicionamiento social, y ello se consigue a través de términos con significado preceptivo (67) que responden hasta cierto punto, a los definidos para el Derecho. Derecho y moral se manifiestan así como dos fuerzas sociales de carácter psicológico que actúan sobre los individuos, en distintos ámbitos, modelando su conducta, de manera que pueda ser denominada como moralmente aceptable o jurídicamente lícita. Piensa el profesor de la Universidad Bolonhesa, que derecho y moral están relacionados de hecho en la realidad social, muchos comportamientos que son prescritos por el derecho, son todavía tenidos, por la gran mayoría, como comportamientos morales y desde este punto de vista, moral y derecho se pueden representar gráficamente como dos áreas intersecantes:



La moral y el derecho tienen, pues, contenidos comunes y una en otra ejercen una mutua interacción de forma que, puede deducirse de la obra de Pattaro, una y otra se nutren mutuamente en un complejo proceso de recíproco auxilio y fortalecimiento (68).

UNA ALTERNATIVA

Ya hemos indicado como Pattaro

ha manifestado que el realismo jurídico puede ser considerado como una "tercera vía" respecto al iusnaturalismo y al positivismo jurídico, una alternativa a los dos colosales del pensamiento jurídico (69). También hemos podido observar que estamos ante un autor neoempirista, que se sirve del método analítico para exponer una concepción realista del derecho. Estamos pues ante un autor realista que posee el mérito de haber estudiado y cultivado las corrientes escandinavas (80) en una etapa en la que en Italia predominaba el análisis formalista, representado por autores como Bobbio o Scarpello (81). Autor que llevado por una actitud de rechazo a la metafísica, que se refleja en su preferencia por el elemento empírico y el análisis del derecho, ha elaborado una teoría del derecho "realista-normativista" sobre las bases metodológicas de la escuela de Upsala (82), llegando a conclusiones que hemos señalado y que a modo de síntesis resumimos. Las normas son nociones-ideas en las que se apoya el precepto moral, que no han de ser confundidas con las disposiciones jurídicas recogidas en los textos legales (que no son normas sino expresiones lingüísticas emitidas a propósito de "hacer hacer"), que pueden tener y de hecho tienen una alta dosis de eficacia social, supuesto que llevan a la convicción de que, socialmente, hay conductas que "deben" realizarse. Todo lo cual nos da una visión del derecho como un fenómeno de fuerza psicológica que se ejerce sobre el colectivo social. En consecuencia la verdadera ciencia del derecho es sociológica, quedando la actividad de los juristas reducida a la mera categoría de técnica (83).

Es importante destacar como el pensamiento y la investigación del profesor bolonhés no ha renunciado, lo que supone una novedad respecto al tradicional realismo jurídico, al ámbito deontológico (valorativo). Cierto es que Pattaro es un detractor de lo que podría denominarse, utilizando un término por él acuñado, "fanatismo moral"; no admite la posibilidad de la

ci fanno conoscere 'che cos'è il diritto'.", "Introduzione al corso de...". Op. cit. vol. II, pág. 243.

(64). PATTARO. "Filosofía del derecho, derecho...". Op. cit. pág. 378.

(65). PATTARO. "Introduzione al corso di...". Op. cit., vol II, pág. 318.

(66). De ahí la crítica que dirige a Ross, en cuanto que asigna al jurista una actividad que en realidad no le es propia (la de científico), y a Bobbio, en cuanto crea un concepto de ciencia que en realidad no es empírico. Vid. "Introduzione al corso di...". Op. cit. vol II, págs 246 y ss. y "Filosofía del Derecho, derecho..." Op. cit. págs. 257 y ss.

(67). Como el estudio lógico-analítico de los juicios de valor empleados en las varias concepciones de la justicia. Vid. "Introduzione al corso di...". Op. cit. pág. 27.

(68). Vid. "Presupposti metafisici e metaetici di un'etica della responsabilità", en "Rivista di filosofia", 25-27, 1983, pág. 121.

(69). Vid. PATTARO, "Individuo, libertà, Stato", en "Nuova civiltà delle macchine", anno I, n° 2, 1983, pág. 23.

(70). PATTARO, "Presupposti metafisici e...". Op. cit. pág. 131.

(71). PATTARO, "Individuo, libertà...". Op. cit. pág. 24.

(72). PATTARO define "interferencia en la libertad de otro" de la siguiente manera: "Ogni comportamento con cui un soggetto pone limiti determinati ed individuabili alla decisione o all'azione di un altro soggetto senza il consenso consapevole di quest'ultimo". "Individuo, libertà..." Op. cit. pág. 24.

(73). PATTARO, "Individuo, libertà...". Op. cit. pág. 24.

(74). La moral viene inculcada mediante preceptos que no son morales. En origen, los

comportamientos, que aparecen como morales, es decir debidos en cuanto tales, porque producen en nosotros un sentido del deber, se forman en nosotros mediante mandatos, amenazas, persuasión, fuerza del ejemplo, esto es, a través de todos los medios coercitivos, en sentido lato, de que dispone la familia y la sociedad. Vid. Pattaro, "Sui mezzi di controllo...". Op. cit. pág. 420.

(75). "Se cerchiamo di definire la morale, diremo che essa è l'insieme dei comportamenti che una società vengono tenuti perché dovuti, o - che è lo stesso - che vengono tenuti perché un impulso volitivo immotivato (che non trova radice nei desideri o negli interessi di chi lo prov, e anzi può essere in contrasto con essi) spinge a tenerli: si agisce in un certo modo, perché così si deve agire". Vid. Pattaro, "Sui mezzi di controllo sociale: Diritto, morale e politica", en "Politica del Diritto", nº 3/4, maggio-agosto 1976. pág. 418.

(76). Ibidem.

(77). Vid. PATTARO, "Sui mezzi di controllo...". OP. cit. pág. 419.

(78). Ibidem. págs. 424 y ss.

(79). PATTARO, "La realtà del diritto e la sua conoscenza", Op. cit. pág. 103.

(80). Frente a las dificultades que ello implica, resaltadas por él mismo en "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico". Op. Cit. págs. 104-105.

(81). La importancia que en la Italia de la postguerra cobran las doctrinas formalistas ha sido expuesta, por Ignacio Ara, en el estudio preliminar, con el título "La tensión positivismo-realismo en la filosofía jurídica italiana contemporánea", de la traducción al español de "Elementos para una teoría del Derecho" Op. cit.

(82). Como realista de cuño escandinavo ha sido, Pattaro, considerado en España por A. Ruiz Miguel ("Bobbio y el positivismo jurídico italiano", estudio preliminar de "Contribución a la teoría del derecho", Valencia, 1981, pág. 42.) y G. Robles ("Epistemología y derecho", Madrid 1982. pág. 77).

(83). Frente a la opinión que acerca de la ciencia Jurídica tiene Alf Ross.

(84). "Individuo, libertà...". Op. cit. pág. 26.7

ética en sentido absoluto, lo que sin embargo no supone un escepticismo, o falta de preocupación por el tema de los valores (lo valioso); en efecto, Pattaro nos habla de la ética de la responsabilidad, basada en el relativismo acerca de las propias creencias y en el, consecuentemente, respeto a las de los demás; la ética de la responsabilidad se erige, por encima de las éticas subjetivas, en instancia objetiva, de acuerdo con la que los hechos (y por ello el derecho) pueden calificarse moralmente indiferentes, buenos o malos, en la medida en que interfieran o no la autonomía del sujeto; en este acercamiento al mundo de los valores, Pattaro incluso llega a proponer un principio ético universal "El primer deber del hombre: el deber natural de no interferir" (84). Estamos pues ante una manifestación del realismo jurídico que, en el panorama filosófico-jurídico de nuestros días, podemos, por muchos motivos, considerar original; cierto es la influencia que los escandinavos han ejercido en este autor, pero el admitir esto no supone menoscabar la originalidad de sus planteamientos, que como hemos podido comprobar, le hacen acreedor de ser considerado, en el plano teórico, al mismo nivel que el conjunto de componentes de la escuela de Upsala.