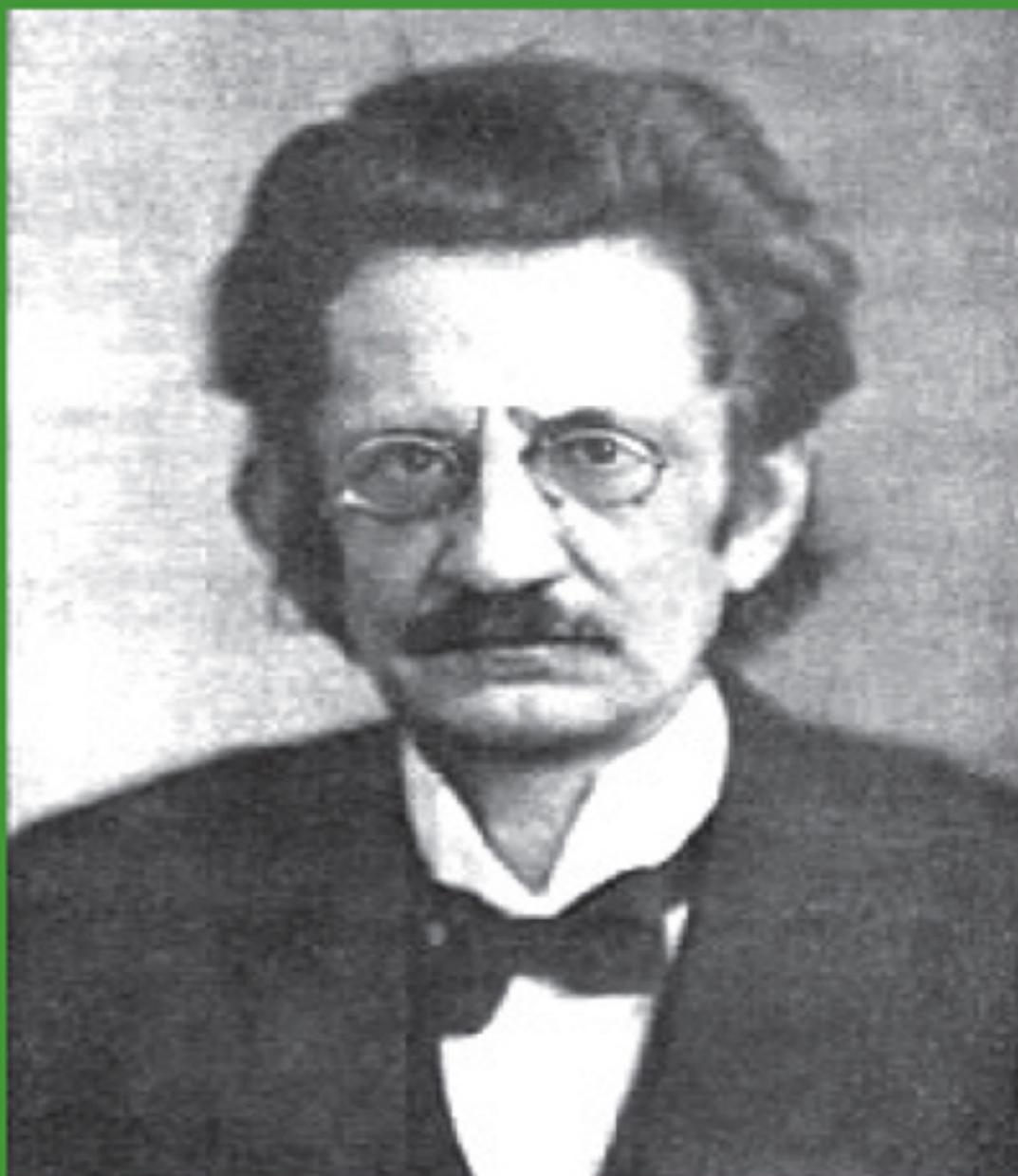


SILVANA CASTIGNONE



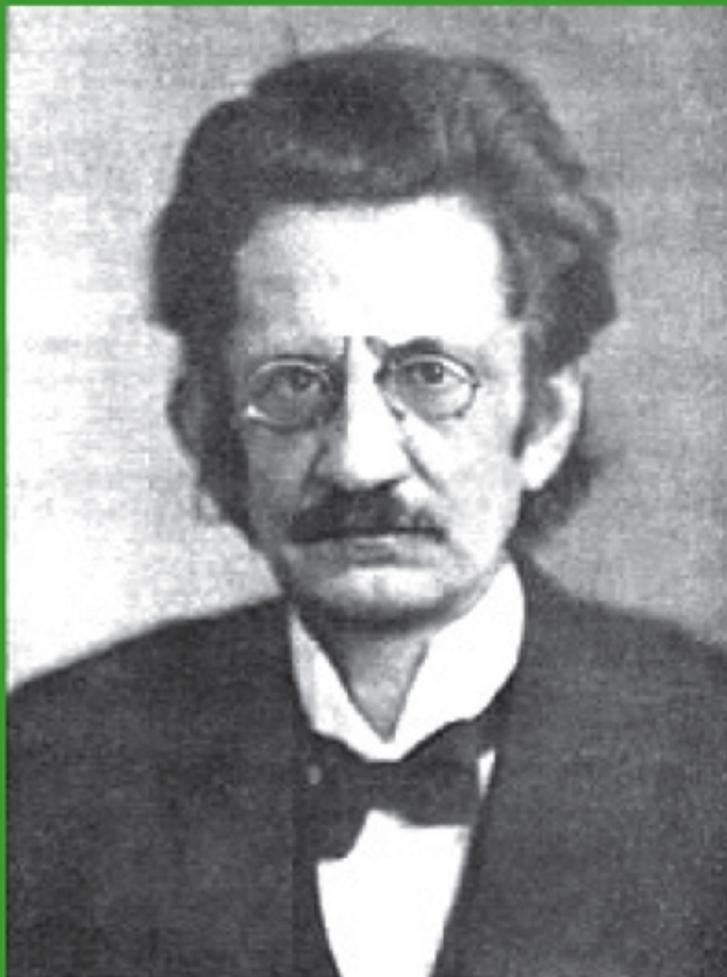
La máquina del derecho La escuela del realismo jurídico en Suecia

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

N^o 45

SILVANA CASTIGNONE



La máquina del derecho
La escuela del realismo jurídico en Suecia

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

SERIE DE TEORIA JURIDICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

N45

Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.º 45

La máquina del derecho

SILVANA CASTIGNONE
PROFESORA UNIVERSIDAD DE GENOVA

La máquina del derecho
La escuela del realismo jurídico en Suecia
(Axel Hägerström, Karl Olivecrona
y Vilhelm Lundstedt)

TRADUCCIÓN Y PRESENTACIÓN
PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ

Universidad Externado de Colombia

Serie orientada por LUIS VILLAR BORDA
Director del Departamento de Gobierno Municipal

Edición: CAMILO CALDERÓN SCHRADER

ISBN 958-710-181-2

ISBN 978-958-710-498-1 E-BOOK

ISBN EPUB 978-958-772-005-1

© **SILVANA CASTIGNONE, 2007**

© **PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ (Trad.), 2007**

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2007**

Derechos exclusivos de publicación y distribución

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia

Tel. (57 1) 342 0288

www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2007

Ilustración de cubierta: *Axel Hagerstrom*, tomada de [www.unipv.it/deontica/Gallpics/storiadeon/Hagerfs.htm]

Composición: Departamento de Publicaciones

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

PRESENTACIÓN

"Se vuelve cruda mentira lo que fue tierna verdad"

ATAHUALPA YUPANQUI

En la historia de la cultura teórico-jurídica colombiana no es posible identificar una escuela o un movimiento que corresponda con alguna de las acepciones de la locución "realismo jurídico" y, en términos más generales, no es posible afirmar que en el escenario jurídico colombiano se haya presentado (al menos en su versión radical) una influencia importante de la llamada "rebelión contra el formalismo"^{1} emprendida tanto por los realistas escandinavos como por los realistas norteamericanos^{2}. (sobre la diferencia entre ambos realismos ver: "El realismo jurídico escandinavo y norteamericano").

Así, para la lectura de los artículos que componen la presente compilación, resulta de suma importancia precisar

conceptualmente no sólo las diferentes acepciones de la locución "realismo jurídico", sino también establecer cuáles de ellas pueden ser atribuidas a los postulados teóricos de los realistas suecos^{3}.

GIOVANNI TARELLO, mediante un estudio detallado^{4} de los diferentes usos de la locución "realismo jurídico", identifica sus diferentes acepciones en la literatura jurídica^{3}. Resalta cómo dicha locución puede ser empleada (1) para designar teorías relativas a la definición del concepto de derecho; (2) para designar teorías relativas a la identificación del campo de estudio de los juristas; (3) para designar teorías relativas a la naturaleza de particulares institutos jurídicos; y (4) para designar teorías relativas a la "interpretación del derecho", o mejor, a la individualización de los preceptos jurídicos por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos^{4}.

Cada uno de estos cuatro usos da lugar, respectivamente, a cuatro acepciones. Así, el primer uso designa aquellas teorías que definen el concepto de derecho por medio de una definición real, es decir, definición en la forma de "el derecho es."^{7} El segundo uso designa las teorías que identifican el campo de estudio de los juristas en los "hechos" o en la "realidad"^{8}. El tercer uso designa las teorías que identifican la naturaleza de institutos y fenómenos jurídicos particulares con las realidades que subyacen^{9}. Por último, el cuarto uso designa aquellas teorías que hacen énfasis en que la individualización de los preceptos en función de la "aplicación" de las normas a los casos concretos no es y no puede ser (del todo)

preordenada por datos normativos preconstituidos (es decir, por los enunciados normativos preexistentes) y, en consecuencia, la "individualización" y la "aplicación" de las normas a los casos concretos son siempre (al menos en parte) una creación de normas^{10}.

Respecto al realismo jurídico en Suecia, en particular de HÄGERSTRÖM, LUNDSTEDT y OLIVERCRONA, TARELLO precisa cómo la locución "realismo jurídico" ha sido empleada con referencia a tres de los cuatro usos mencionados y, en ese orden de ideas, referida a tres de las acepciones de la locución "realismo jurídico". En primer lugar (primera acepción) para los realistas suecos *el derecho es real* no porque exista en los hechos como realidad distinta, sino porque existe en las creencias como realidad distinta. "Una definición del derecho debe ser una definición real, que pone en el *definiens* una creencia que da lugar al sentimiento de obligatoriedad y permite aquellas técnicas de convivencia y de decisión en las que consiste la realidad del derecho"^{11}. En segundo lugar (segunda acepción) para los realistas suecos, el objeto del conocimiento jurídico es la manipulación de una realidad naturalista (los comportamientos y las costumbres de los hombres) mediante una técnica particular constituida por el uso de palabras, denominaciones y procedimientos rituales de carácter jurídico, que tendrían su origen en creencias religiosas o mágicas de vínculos invisibles considerados como "existentes" y puestos en funcionamiento por medio de rituales. A estos vínculos invisibles se les conecta "el

sentido de obligatoriedad" que permanece como consecuencia de la fuerza de la costumbre, o debido a su relevante importancia en la formación de técnicas de convivencia, a pesar de que la creencia en el mundo mágico se haya perdido en la memoria del origen de los vínculos jurídicos^{5}. Por último, en tercer lugar (cuarta acepción) para los realistas suecos, en la "individualización" y "aplicación" de los enunciados preceptivos intervienen e interfieren (perfil teórico) y deben intervenir y deben interferir (perfil ideológico) consideraciones externas de diversa naturaleza, muchas veces arbitrarias, donde la conexión entre la aplicación individualizada y el enunciado normativo preexistente se presenta bajo el perfil del carácter mágico, que caracteriza toda calificación jurídica^{6}.

A lo largo del presente libro, el lector se encontrará con una serie de ensayos, donde SILVANA CASTIGNONE presenta de manera detalla y crítica la teoría del realismo jurídico en Suecia, no sólo respecto a los antecedentes y los fundamentos filosóficos de la escuela, sino también, obviamente, en relación con sus postulados teórico-jurídicos y sus respectivas consecuencias en las diversas áreas del derecho (penal, civil, internacional, etc.).

CASTIGNONE, profesora ordinaria de filosofía del derecho en la Universidad de Génova, fuertemente interesada e influenciada por el enfoque empirista en el estudio del derecho (en 1964 publicó su obra *Giustizia comune in David Hume*^{7}), encontró en el realismo jurídico escandinavo una serie de postulados teórico de carácter anti-metafísico que

despertaron su interés investigativo. La labor habría de concretarse en un conjunto de obras dedicadas a dicha escuela; en la traducción de la primera edición de *Law as Fact* de OLIVERCRONA, (1939) con el nombre *Il diritto come fatto* (1967) y en la divulgación de los postulados realistas en la Universidad de Génova y, en general, en el ambiente científico-jurídico italiano^{8}.

Esta importante labor de la profesora Castignone se sumó ciertamente a la labor científica, didáctica y crítica de Giovanni Tarello -quien a su vez dedicó parte de sus estudios al realismo jurídico norteamericano^{16}- aportando algunos elementos para la formación^{17} del así llamado realismo jurídico italiano^{18}. Esta escuela de matriz *antiformalista*, estructurada sobre la base de la distinción entre disposición (enunciado) y norma (significado atribuido a la disposición), formula una teoría escéptica de la interpretación (*iusrealismo moderado*), en oposición al *formalismo interpretativo*^{19} y, en general, al *formalismo jurídico* elaborado a partir de las codificaciones del siglo XIX, así como en contraste con el *iusrealismo radical o extremo*^{9}. En pocas palabras y en términos muy generales, el realismo jurídico italiano afirma (describe) que los jueces *participan* necesariamente en la creación del derecho, en el sentido de que en última instancia es el juez quien elige (al momento de la interpretación) entre los diversos significados atribuibles^{10} a un determinado enunciado legislativo.

El realismo jurídico de Suecia, en especial la filosofía hagerstromiana, se revela de suma importancia al interior del discurso iusfilosófico del siglo XX^{12}, en tanto protagonista y pionero (consciente e inconsciente) del debate neoempirista europeo de las primeras décadas del siglo XX^{13}.

Sus grandes aportes e intuiciones en el estudio de los diversos conceptos y fenómenos jurídicos a partir de un enfoque *antiformalista* e interdisciplinario, en tanto referido a la sociología, a la antropología, a la historia^{14}, a la psicología y al análisis lingüístico, reflejan la idea (al menos) desconcertante según la cual el derecho, en cierta medida, no sería más que la errada creencia de que el derecho existe, no sería más que un hecho de la imaginación, un fenómeno sicosocial y, no por ello, capaz de menores efectos que un hecho de la realidad natural^{15}. Así, HÄGERSTRÖM,, LUNDSTEDT y OLIVERCRONA,, los dos últimos bajo el manto de la filosofía empírica -anti-metafísica-hagerstromiana (cuyos antecedentes, influencias y fundamentos esenciales, particularmente la "tesis de la realidad" y su relación con el neopositivismo europeo, son presentados aquí en el ensayo "La escuela realista sueca"), elaboran, con enfoques particulares e importantes diferencias, una lectura crítica del derecho y de la moral con base en la tesis de la realidad^{16}.

Quizás el postulado teórico que estructura los diferentes artículos que componen la presente publicación es el referido a la noción de deber elaborada por HÄGERSTRÖM, en

su obra *Inquiries into the Nature of Law and Morals*²⁵. Señala Castignone cómo para el filósofo sueco el deber no existiría como cualidad objetiva de la acción, sino como consecuencia de la asociación simultánea de un sentimiento de constricción experimentado por el sujeto (que consiste en el impulso a cumplir -o no- una acción independientemente de cualquier tipo de elección o valoración) y la idea de una acción que debe -o no- ser realizada. Sin embargo, el hecho de que la expresión "yo tengo el deber de." sea formulada con el vestido de las proposiciones indicativas (descriptivas) hace que el sentimiento de constricción no logre mantener su independencia, generando así la percepción del deber como una realidad objetiva (ver : "AXEL HÄGERSTRÖM, y la noción de deber").

Con fundamento en la noción de deber elaborada por HÄGERSTRÖM, (que a su vez se extiende a los conceptos de derecho subjetivo, y en general a los diferentes conceptos del lenguaje jurídico) y a partir, tanto de la crítica a las teorías voluntarista e imperativista²⁹ del derecho y, en general, al contenido metafísico de positivismo jurídico, como de la concepción según la cual el lenguaje jurídico es un típico lenguaje directivo (no descriptivo), en el que una de sus características más importantes es la utilización de términos que no tienen un referente semántico, OLIVERCRONA, describe las normas, entre las cuales incluye la sentencia judicial (ver "'El legislador de complemento'. Observaciones sobre la naturaleza de la sentencia en el realismo

escandinavo"), como imperativos independientes, es decir, en pocas palabras, como un conjunto de signos que, ejercitando una función directiva (prohibitiva o permisiva), prescinden de la relación personal y de la transmisión volitiva de un sujeto a otro y cuyo poder sugestivo (constrictivo) depende ya no del emisor, sino de la máquina del derecho, de la organización de la fuerza y de las sanciones, así como del sentido de respeto a las constituciones desarrolladas en el curso de la historia. Igualmente, explica Castignone cómo OLIVERCRONA, formuló una concepción del concepto de validez (juicio de valor no empírico) y de eficacia (juicio de hecho), así como una crítica fuerte en contra de la noción de derecho subjetivo (ver: "El lenguaje del derecho. Karl OLIVERCRONA,", publicado en *La machina del diritto. Il realismo giuridico in Suecia*, Milano, 1974).

Bajo la misma línea, los realistas suecos extendieron estos postulados teóricos al derecho internacional (ver: "'¿El derecho internacional, peligro de muerte para los pueblos?' Consideraciones críticas sobre el realismo jurídico sueco"). En este caso Castignone, por medio del estudio de los argumentos del realismo sueco en relación con esta área del derecho, formula un estudio crítico de los postulados generales de la escuela, especialmente en relación con la contradicción que surge a partir del hecho de que en definitiva HÄGERSTRÖM,, LUNDSTEDT y OLIVERCRONA,, consideran que la máquina del derecho funciona con base en un engaño y que descubrir su maquillaje significaría

desarmarla. Así señala como, si bien partieron de la idea de desnudar los conceptos jurídicos de su connotación metafísica para resaltar su dimensión psicológica, también es cierto que la creencia en el derecho (la creencia en los derechos y los deberes como entidades objetivas), imprescindible para el funcionamiento de la sociedad, requiere, a su vez, ignorar la crítica antimetafísica que se presenta como el punto central del análisis realista. En segundo lugar, Castignone critica la idea de los realistas suecos según la cual la noción de soberanía es un "fantasma" generador de simples analogías, que ejerce una carga psicológica incontrolada dirigida no a la paz, sino a la guerra y a la destrucción entre los pueblos.

LUNDSTEDT también aplicó la teoría del realismo jurídico sueco al área del derecho penal, particularmente al tema de la filosofía de la pena (ver: "Retribución y prevención en la teoría penal de Vilhem LUNDSTEDT"). Afirmó que la teoría preventiva de la pena es la única aceptable, argumentando que la función de la ley penal consiste en influir sobre el comportamiento general de la colectividad para garantizar el bienestar de la sociedad. su postulado parte de una crítica fuerte a la "ideología de la justicia", caracterizada por la convicción de que existen derechos y deberes objetivos y que las normas jurídicas surgirían en un segundo momento para tutelarlos. Por el contrario LUNDSTEDT, señala Castignone, afirma que no existen derechos y deberes objetivos, sino que la creencia en la existencia de esas entidades objetivas ha suscitado una

inversión en el orden de los fenómenos (se confundió el efecto con la causa). En otras palabras, la ley sería la base de la sanción penal, mientras que, tanto el "sentido de deber" como el instinto moral serían su consecuencia, la cual se verifica a raíz del fenómeno de la falsa objetivación de sentimientos de repugnancia frente los actos que la ley considera como criminales.

Por último, uno de los aspectos más importantes de la teoría del realismo sueco (y en general escandinavo) evidenciado por Castignone a lo largo del presente libro, es la crítica radical no sólo en contra del iusnaturalismo racionalista sino, y sobre todo, en contra del iuspositivismo. En efecto, HÄGERSTRÖM, LUNDSTEDT y OLIVERCRONA, afirmaban que el iuspositivismo jurídico superó únicamente con palabras, pero no en la sustancia, los conceptos iusnaturalistas que querían desterrar en nombre de la ciencia. sin embargo, en relación con esta crítica, es importante hacer notar (afirman algunos) que *con el paso del tiempo*, la crítica del realismo sueco y, en general, del escandinavo y del norteamericano, se revela como una profundización de la teoría del derecho iuspositivista y no como una teoría alternativa. sostienen que si el iusrealismo (en términos generales) puede ser considerado como una filosofía del derecho, que puede diferenciarse de las demás filosofías del derecho, en particular del positivismo jurídico, únicamente en relación con la teoría de la interpretación. Respecto a los demás problemas (relación entre el derecho y la moral y la teoría de la ética, o de la metaética) [...] el

iusrealismo se presenta sólo como una variante más radical del iuspositivismo, una variante aún más dedicada a una crítica del derecho natural y del iusnaturalismo^{17}.

En fin, no quisiera concluir sin agradecer a la profesora Silvana Castignone por su generosidad al autorizar la traducción de los diferentes artículos que componen esta publicación, así como por sus comentarios en relación con esta presentación. Igualmente agradezco a la Universidad Externado de Colombia, en particular, a su rector, profesor FERNANDO HINESTROSA y al profesor Luis Villar Borda por el apoyo y estímulo que me han dado. Por último, un agradecimiento especial a Isabel Fanlo Cortés, por sus atinadas críticas y sugerencias.

PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ

LA ESCUELA REALISTA SUECA^{*}

1. En los orígenes del realismo escandinavo: la escuela de Uppsala

Es posible afirmar que el realismo jurídico escandinavo tuvo origen en 1908 con la publicación del trabajo de AXEL HÄGERSTRÖM, (1868-1939, considerado el fundador del movimiento), *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logischerkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität*, que contiene las bases teóricas del realismo HÄGERSTRÖMiano y del movimiento en general^{18}.

En *Das Prinzip der Wissenschaft* se presenta la llamada "tesis de la realidad", de donde deriva el nombre de *realismo*, que a su vez será utilizado para caracterizar toda la escuela, incluso, como se verá más adelante, en una acepción modificada respecto al significado que HÄGERSTRÖM,

atribuyó al término realidad. Esta tesis busca la afirmación del dualismo sujeto-objeto. sostiene que en el acto cognoscitivo se establece contacto no sólo con una modificación de la propia conciencia, sino también con un objeto, con una realidad distinta a la realidad del sujeto. Esta teoría nace como reacción al subjetivismo epistemológico, fundamento de la filosofía idealista entonces imperante en Suecia, cuyo representante oficial fue Jacob Christopher Boström (1797-1866).

HÄGERSTRÖM, parte de esta premisa y desarrolla una complicada teoría con fundamento en el principio lógico de la no-contradicción, para afirmar que la realidad objetiva que experimentamos al momento del acto de conocer, o mejor en los singulares (o en la pluralidad de los) actos cognoscitivos se identifica necesaria y exclusivamente con la totalidad de los fenómenos inscritos en las coordenadas de tiempo y espacio, es decir, con el mundo sensible. Toda afirmación relativa a una realidad de tipo diverso, espiritual o suprasensible en general, carece de sentido. En efecto, el principio de no-contradicción sólo es aplicable respecto a objetos determinados, idénticos a sí mismos y distintos entre ellos (características que sólo se obtienen mediante la diferenciación en el espacio y en el tiempo). Lo indeterminado, lo indiferenciado, ni siquiera serían concebibles; se podría hablar de ellos tan solo en sentido negativo, como aquello que no es determinado y entonces, para HÄGERSTRÖM, no real.

En la tesis de la realidad, la identificación de una única realidad posible con el mundo del espacio y del tiempo, y la consecuente afirmación según la cual toda proposición que no se refiera a un fenómeno empírico (o que no tenga carácter lógico-deductivo) carece de sentido, lleva a considerar la tarea de la filosofía como una actividad de tipo analítico, aplicada a los conceptos fundamentales de cada disciplina, con el objetivo de individualizar y desechar toda noción "metafísica". Las diferentes teorías y nociones, no únicamente en el campo filosófico, sino también en el moral y en el jurídico, así como en el de las ciencias naturales (recordemos que HÄGERSTRÖM, se ocupó, entre otros, de los conceptos de "movimiento" y de "energía") deben superar el control de la verificación empírica. Si no superan dicho control, querrá decir que se trata de construcciones arbitrarias, nacidas de usos equivocados del lenguaje, de la falsa objetivación de sentimientos e incluso de residuos de carácter mágico. En cualquiera de estos casos, la tarea del filósofo realista es la de rastrear el origen y las causas del error e individualizar el momento en el que se presentó de manera oculta o velada el paso del mundo empírico al suprasensible, el cual, por cuanto nos es posible conocer, existe únicamente en la imaginación humana.

En la base de esta exigencia se encuentra la definición de realidad como auto-identidad (*self-identity*) y determinatividad (*determinateness*), por medio del principio lógico de la no-contradicción. Sin embargo, este aspecto, extremadamente ligado a la polémica anti-idealista ha sido

relegado, mientras en primer lugar sobresale el principio de la verificación empírica. Esto sucede sobre todo con los representantes del realismo jurídico posteriores a HÄGERSTRÖM, probablemente porque se trata de juristas más que de filósofos, quienes no se ocuparon sino marginalmente de los problemas gnoseológicos y se limitaron a la aplicación del principio de la verificación empírica en el campo que a ellos interesaba, es decir, el jurídico, para controlar la validez científica de las principales nociones. En consecuencia, en la expresión "realismo jurídico escandinavo" el término realismo (si bien deriva de la tesis de la realidad hagerstromiana y en consecuencia del realismo gnoseológico de la escuela de Uppsala) se refiere a un comportamiento filosófico general de carácter empírico, que expresa ante todo la exigencia de regresar a los hechos, regresar a la realidad entendida como realidad sensible y así "lograr pasar *from sounds to things* y ver más allá de la niebla de las palabras", que se ha ido formando por efecto de asociaciones inexactas y de sentimientos erróneamente intercambiados como realidad objetiva externa al sujeto que los experimenta^{19}.

2. Realismo y neopositivismo

El comportamiento antimetafísico aproxima el realismo de Uppsala al neopositivismo lógico, aun cuando entre ambos movimientos no haya existido ningún tipo de influencia (es importante resaltar que las obras de los realistas de