

CAPÍTULO 6

EL REALISMO JURÍDICO EUROPEO-CONTINENTAL

Mauro BARBERIS*

SUMARIO: I. *El realismo jurídico europeo-continental*. II. *Tres escuelas*.
III. *Tres tesis típicas*. IV. *Bibliografía*.

I. REALISMO JURÍDICO EUROPEO-CONTINENTAL

Con la expresión “*realismo jurídico europeo-continental*” se hace referencia a algunas corrientes del pensamiento jurídico europeo del siglo XX que pretenden conocer el derecho —no como valor (iusnaturalismo) ni como norma (positivismo jurídico) sino— como hecho; esto es, como realidad empírica situada en el mundo natural y percibida a través de los sentidos. Como veremos en el epígrafe II, a través de una breve historia del realismo jurídico continental, éste se divide en tres corrientes principales: los realismos jurídicos escandinavo (sobre todo el sueco y el danés), el italiano y el francés. En el epígrafe III, mediante la identificación de las tres tesis comunes a estas corrientes, se verá que el realismo jurídico se distingue netamente sólo del iusnaturalismo, pero que cada vez con mayor frecuencia se presenta como una radicalización del positivismo jurídico.

De un realismo específicamente sueco se empezó a hablar ya en los años cuarenta del pasado siglo XX en relación a las tesis de la Escuela de Uppsala y de la Tesis de la realidad propuesta por su fundador: Axel Hägerström. Las teorías suecas comenzaron después a circular en traducciones alemanas e inglesas, terminando por imponerse en el debate internacional gracias a la obra del danés Alf Ross, probablemente el mayor representante del realismo jurídico, y no sólo continental. Ross ha sido el autor cuya obra ha constituido la mayor alternativa a la tradicional división entre iusnaturalismo y positivismo, los cuales hasta aquel momento parec-

* Profesor Ordinario de la Università degli Studi di Trieste, Italia. (Traducción de Álvaro Núñez Vaquero).

ían las únicas alternativas plausibles. Fue este autor –formado primero en Viena con Kelsen, y después en Uppsala con Hägerström– quien hizo salir al realismo jurídico de la región escandinava, influyendo directamente en el realismo italiano y, a través de este último, en el realismo jurídico francés.

II. TRES ESCUELAS

Desde sus orígenes, el realismo jurídico continental se presenta como una crítica a la doctrina jurídica tradicional la cual –en los primeros años del siglo XX, también en el ámbito escandinavo– pretendía presentarse como una auténtica ciencia jurídica (en alemán, *Rechtswissenschaft*). Ésta es precisamente –dicho sea de paso– la principal diferencia entre el realismo continental y el realismo estadounidense, diferencia raramente percibida en los Estados Unidos. A saber: los realistas continentales critican como no científica la doctrina o ciencia jurídica académica que, en la cultura del *civil law*, ha tenido siempre un papel de gran importancia, al menos desde el redescubrimiento del derecho romano; por el contrario, la ciencia jurídica ha tenido una infinitamente menor importancia en la cultura del *common law*, donde siempre ha tenido un mayor peso la jurisprudencia. De hecho, las tres mayores escuelas realistas continentales critican la doctrina tradicional, sobre todo en la versión de la dogmática jurídica alemana. Estas tres escuelas toman su nombre respectivamente de aquel de las universidades donde nacen y se consolidan: la escuela de Uppsala en Suecia, la de Génova en Italia y Nanterre en Francia.

1. El realismo jurídico escandinavo incluye al sueco Axel Hägerström (1868-1939), a sus discípulos también suecos Lundstedt y Olivecrona, y a su discípulo danés Alf Ross. A ellos es necesario que añadir otros estudiosos como el sueco Ingemar Hedenius (1908-1982) y el danés Theodor Geiger (1891-1952).

Su fundador, Hägerström, fue un filósofo moral. De carácter filosófico, y no jurídico, es también su *Tesis sobre la realidad* según la cual la única realidad cognoscible son los hechos naturales, mientras que los valores deben ser considerados metafísica. El lema de Hägerström es precisamente “*Preterea censeo metaphysicam esse delendam*” (“ante todo creo que se debe destruir la metafísica”), aunque no está del todo claro en que sentido rechazaba la metafísica. Si “metafísica” significa sólo ontología (concepción de la realidad), entonces la ontología realista es sólo una metafísica entre muchas otras disponibles; si por el contrario “metafísica” significa confusión entre

las diferentes esferas de la realidad, entonces Hägerström confunde hechos y conceptos, del mismo modo que los iusnaturalistas confunden hechos y valores. La cruzada antimetafísica de los suecos se dirige contra la ética y la doctrina jurídica tradicionales, considerados por estos realistas el último refugio de la metafísica.

En particular, según Hägerström, en el mundo sólo existirían hechos, y no otras entidades como los valores. Las valoraciones o los juicios de valor como “x es bueno” o “y es justo” no tendrían como parámetros valores objetivos, como siempre han pretendido los iusnaturalistas. Antes bien, aquellos se limitarían a expresar las emociones de los sujetos que los profieren (tesis del emotivismo ético, cfr. 2.3).

Por otro lado, también los conceptos usados por la doctrina jurídica positivista —“derecho subjetivo”, “voluntad del Estado”, “deber”, etc.— son acusados de metafísicos por Hägerström. Según este autor, tales conceptos derivarían de las fórmulas mágico-religiosas usadas por los juristas romanos para evocar fuerzas sobrenaturales. Parece claro que Hägerström no pretendía obtener el consenso de los juristas en general, ni de los romanistas en particular.

Estas mismas tesis son ulteriormente radicalizadas por Wilhelm Lundstedt (1822-1955) para quien no sólo expresiones como “derecho subjetivo”, “propiedad” o “Estado” no designan absolutamente nada, sino que deberían ser expulsadas del lenguaje científico. No obstante, resultando imposible tal tarea, el propio Lundstedt termina usándolos entrecomillados.

Por otro lado, Lundstedt explica la creencia tradicional en la obligatoriedad o validez del derecho mediante un mecanismo psicológico: el funcionamiento regular de la máquina del derecho (en alemán, *Rechtsmechanismus*) —en particular, su sistemático castigo de los crímenes por parte de los funcionarios estatales— produce en los miembros de la sociedad un sentimiento de obligatoriedad. Ésta sería la única cosa que correspondería en la realidad a lo que los juristas llaman “validez” u “obligatoriedad” de las normas.

Por último Lundstedt es también conocido por su propuesta de un método utilitarista para la gestión del bienestar social (en inglés, *social welfare*). Sin embargo, estas tesis de Lundstedt hicieron que se ganara fuertes críticas por parte de Alf Ross, emotivista mucho más coherente.

Más moderadas parecen las posiciones de Karl Olivecrona (1897-1980) quien, pese a continuar considerando que las expresiones jurídicas son palabras vacías, considera —a diferencia de Lundstedt— que no podemos prescindir de dichas expresiones. Del mismo modo que Ross, Olivecrona se aleja de la crítica a la metafísica elaborada por sus maestros para acercarse

al análisis del lenguaje ético y jurídico, desarrollando la crítica de Hägerström a la teoría del positivismo jurídico que concebía las normas como órdenes producto de la voluntad del Estado. Al contrario de cuanto afirmado por el positivismo teórico, según Olivecrona, las normas son *imperativos independientes*; esto es, órdenes en cualquier caso, pero que hacen abstracción de cualquier relación entre quien ordena y el destinatario de tal orden.

Por otro lado, y de nuevo de manera similar a Ross, Olivecrona radicaliza la tesis del positivismo jurídico según la cual el derecho se distingue de la moral porque sus normas están protegidas o garantizadas por sanciones. Mejor dicho, no se trata de que el derecho sea un conjunto de órdenes respaldadas por sanciones sino que el derecho consiste exclusivamente en un conjunto de normas sobre sanciones.

El realismo jurídico escandinavo se consolida definitivamente con la obra de Alf Ross (1899-1979). En su famoso ensayo *Tú-tú* (1951), utilizando como ejemplo a los habitantes de una imaginaria isla del Pacífico, Ross considera que los conceptos jurídicos son palabras carentes de referencia empírica, ironizando en este punto sobre la obra de Lundstedt. No obstante, observa Ross, se trata de instrumentos irrenunciables para el jurista, como demuestra en relación al concepto de propiedad, el cual cumple una función sistemática imprescindible. Es más, su ausencia obligaría a la doctrina jurídica a conectar singulares hechos jurídicos –como la ocupación, la usucapión o la compraventa– a singulares consecuencias jurídicas– como la facultad de disfrutar, alienar o reivindicar el bien. De este modo, nos encontraríamos con tantas normas como número de hechos, multiplicado por el número de consecuencias jurídicas.

Ross también elabora una crítica a la teoría positivista de la validez, la cual había sido criticada no sólo por los suecos –en cuanto residuo de creencias mágico-religiosas– sino también por parte de los iusnaturalistas tras la II Guerra mundial, quienes la habían incluido entre las causas de los campos de exterminio nazi por su pretensión de que el derecho debía ser obedecido aunque fuera injusto. En un ensayo de 1961, Ross acusa a Kelsen de haber usado “validez” como obligatoriedad, por lo que tampoco la Teoría pura kelseniana se limitaría a conocer el derecho sino que, además, prescribiría su obediencia. Así pues, la Teoría pura se mostraría no como una auténtica teoría (cognitiva) sino como una ideología. Según Ross, Kelsen sostendría únicamente un “casi positivismo”, una “ideología que respalda la autoridad del Estado”, “una variante del iusnaturalismo”, llamado por Norberto Bobbio positivismo ideológico.

Ross propone su propia teoría de la validez en *Sobre el derecho y la justicia*. Este libro –publicado en 1953 en danés, y más tarde reeditado en 1958 en inglés– consta de dos partes dedicadas respectivamente al derecho y a la justicia. Esta teoría de la validez está inspirada más en las tesis del positivismo lógico que en las de Herbert Hart, cuya obra es hoy objeto de un vano intento de acercamiento a las posiciones realistas bajo la etiqueta “realismo normativista”.

En la parte dedicada al *derecho*, Ross reduce la teoría del derecho (en inglés, *jurisprudence*) a meta-doctrina (reflexión sobre el método de la doctrina jurídica). Además, Ross propone un modelo de doctrina que la convertiría en una auténtica ciencia empírica. Los juristas, si desean convertirse en auténticos científicos del derecho, deberían observar el comportamiento pasado de los jueces para prever su futuro comportamiento. De este modo, los juicios de validez se convertirían en auténticas previsiones científicas, verificadas o falsificadas por el efectivo comportamiento de los jueces. Si se piensa que el modelo de ciencia de Hägerström era la botánica y el de Ross la física, se puede apreciar la distancia que separa a ambos autores.

Pero, y sobre todo, Ross propone una articulada teoría de la interpretación: una teoría escéptica para la cual una misma disposición podría presentar siempre diversos significados (cfr. 3.3). La interpretación es considerada una actividad de atribución de significado (norma) a un enunciado jurídico (disposición): las disposiciones son ambiguas, es decir, pueden significar diferentes normas, cada una de las cuales puede resultar a su vez vaga, esto es, aplicarse con dificultad a los casos concretos. Por esta razón, toda interpretación tendría que ser argumentada, aduciendo justamente uno o más *argumentos* (literal, analógico, *a contrario*, etc.) para justificar la interpretación adoptada. El escepticismo de Ross es, no obstante, moderado. En particular, las tesis escépticas, en lo relativo a la interpretación judicial, sólo estarían “más cerca de la verdad” que las tesis formalistas según las cuales cada disposición tiene un solo y único significado.

Como muestra también en su sucesivo *Directives and Norms* (1968), las tesis de Ross se alejan del neopositivismo lógico, y se acercan progresivamente a la contemporánea *jurisprudence* analítica. Sin embargo, en la parte dedicada a la justicia, Ross permanece en el campo del emotivismo y del subjetivismo kelseniano, de los neopositivistas y de otros realistas. El propio término “justicia” tendría, según Ross, como único significado el mismo que dar un emotivo puñetazo encima de la mesa. Usar tal término serviría de este modo para reivindicar la validez objetiva de las propias opiniones, teniendo estas últimas en realidad carácter subjetivo. Ross, por otro lado, distingue entre un núcleo del concepto de justicia –relativo al igual trata-

miento de los casos similares— y las diferentes fórmulas de la justicia (a cada cual según su mérito, según sus necesidades, su suerte, etc.) que indicarían, por su parte, bajo qué condiciones los casos deberían ser considerados iguales. Esta última distinción es más tarde retomada por Hart y, a través suya, por el propio John Rawls.

2. El *realismo jurídico italiano* se desarrolla sobre todo en Génova en torno a las figuras de Giovanni Tarello (1934-1987), estudioso del realismo jurídico estadounidense, y de Silvana Castignone (?), estudiosa del realismo jurídico escandinavo, tema del que también se ha ocupado, independientemente, Enrico Pattaro (1941). La Escuela de Génova nace a partir de la teoría de la interpretación de Tarello. Según este último, hasta el siglo XVIII la producción judicial del derecho era pacíficamente admitida también en el continente; tras la codificación, la jurisprudencia fue expulsada de las fuentes del derecho. Tarello retoma, para el derecho legislativo, la distinción de Ross entre enunciado (disposición) y significado (norma). En este sentido, el legislador sólo produciría los textos legales (es decir, los enunciados o disposiciones), mientras que los significados (o normas) serían producto de los intérpretes; en particular, producto de la obra de los jueces (jurisprudencia) y de los estudiosos del derecho (doctrina).

La teoría de la interpretación de Tarello es radicalmente escéptica (cfr. 3.3): a cada enunciado se le pueden atribuir diferentes significados, a cada disposición más de una norma. Según dicha teoría, enunciados y disposiciones parecen carecer de significado, siendo éste atribuido por los intérpretes. Tal defecto es corregido por el mayor discípulo de Tarello: Riccardo Guastini (1940), quien recurre a la teoría kelseniana del marco (alem. *Rahmen*) según la cual toda norma superior del ordenamiento proporciona solo un marco de significados entre los que el intérprete autorizado —el legislador en el caso de la constitución, el juez en el caso de la ley— elige la norma inferior. El intérprete científico —la doctrina— debe, por su parte, limitarse a enumerar tales posibles significados. Guastini sostiene precisamente que cada enunciado (disposición) —lejos de carecer de significado antes de la interpretación— expresa un marco de significados entre los que el intérprete debe elegir, produciendo de este modo la norma.

Ahora bien, aunque Guastini distingue entre interpretación como producción de normas abstractas, por un lado, y aplicación como uso de tales normas para resolver casos concretos, por el otro, su teoría privilegia la interpretación, no prestando suficiente atención a la aplicación. Como observan otros genoveses —Paolo Comanducci (1951) y Mauro Barberis (1956)— tal teoría parece plausible, sobre todo, para la interpretación *doctri-*

nal, la cual efectivamente se resuelve en la atribución de significado a los enunciados, prescindiendo de los relativos problemas de la aplicación. La misma teoría, por el contrario, es menos plausible en relación a la interpretación *judicial*, donde la interpretación es funcional a la aplicación. El juez elige como significado de la disposición la norma abstracta susceptible de ser aplicada en el caso concreto. Esto, a diferencia de lo que se cree, no hace que la interpretación judicial sea más discrecional que la interpretación doctrinal, sino precisamente menos.

3. El *realismo jurídico francés* se concentra en la parisina universidad de Nanterre, donde ha desarrollado su labor docente Michel Troper (1938). Siguiendo una tradición de positivismo jurídico anterior a la codificación, en Francia, la Filosofía del derecho nunca ha sido enseñada de manera autónoma respecto al propio derecho positivo. En este sentido, el propio Troper ha enseñado también derecho constitucional. De hecho, su teoría combina tres ingredientes: i) la idea de Kelsen de que las normas superiores –en particular la constitución– delega en órganos la producción de normas inferiores, como leyes y sentencias; ii) la teoría escandinava y genovesa según la cual la interpretación es en realidad producción de derecho (producción potencialmente ilimitada, al menos en los casos de los tribunales superiores); iii) la idea –original aunque típicamente realista– según la cual las relaciones político-constitucionales limitan de hecho este poder potencialmente ilimitado.

Troper lleva la *primera* idea –la nomodinámica de Kelsen– hasta sus últimas consecuencias en su propia teoría de la supra-legalidad constitucional. Kelsen había admitido que las leyes contrarias a la constitución –y sentencias contrarias a la ley– podían ser igualmente válidas en la medida en que fueran producidas por órganos competentes. Troper va más lejos y admite que las propias competencias pueden ser modificadas por los órganos mediante la interpretación; más aún si se trata de tribunales constitucionales o supremos, es decir, cuya competencia no está sujeta a ninguna jurisdicción superior. Según Troper, una jerarquía normativa solo es tal si es reconocida por los tribunales, quienes pueden cambiar las competencias de los otros órganos e incluso las propias. Precisamente, cuando Troper hablaba de supra-legalidad, el Tribunal Europeo de Justicia estaba creando el ordenamiento comunitario.

Esta primera tesis realista es en realidad consecuencia de una *segunda*: quienes producen el derecho, en realidad, son sus intérpretes. Esta tesis había sido formulada por Tarello en su versión extrema, que ya había aparecido anteriormente entre los realistas americanos: el legislador produce sólo el texto de la ley, mientras que las normas son producidas por los jue-

ces. Mientras que los discípulos de Tarello iban progresivamente rebajando esta tesis, Troper la ha mantenido firmemente, extendiéndola a la jerarquía del propio ordenamiento jurídico. También las jerarquías internas del propio derecho *pueden* ser producidas por la interpretación judicial cuando quienes interpretan son los tribunales superiores, cuya discrecionalidad interpretativa es *potencialmente* ilimitada.

Esta idea genera un problema sobre por qué un poder potencialmente ilimitado actualmente no sea ejercido: ¿qué impide a los tribunales superiores adquirir el monopolio de la producción del derecho? A esta pregunta Troper y sus discípulos responden con una teoría de las *contraintes** jurídicas. Dicha teoría desarrolla la idea del siglo XVIII de la constitución como máquina: los primeros constitucionalistas concibieron la constitución (no como norma, sino) como una máquina ideada de modo tal que constriñera a los gobernantes a respetar sus propias competencias. Del mismo modo, también el derecho constriñe a los órganos judiciales –incluidos los tribunales superiores– a respetar sus propias competencias, absteniéndose de usar sus propios poderes interpretativos hasta sus últimas consecuencias. La idea es similar a aquella de Lundstedt de la máquina del derecho, pero presenta la misma dificultad. A saber: bien las normas funcionan solo como razones (como sostienen los filósofos), o bien también como causas. El problema es que no es del todo claro si los realistas defienden o no esta última tesis.

III. TRES TESIS TÍPICAS

El realismo jurídico ha irrumpido en la discusión internacional –hasta ahora limitada al debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico– radicalizando las tesis positivistas, hasta el punto de hacer dudar de que se lo pueda distinguir del positivismo jurídico. De hecho, el Kelsen “americano” había terminado por presentar su propia teoría como “radicalmente realista”; y hasta el propio Ross pretende ser más positivista que Kelsen, tachando la Teoría pura de “casi positivismo”. El único modo de responder a esta pregunta –¿no es el realismo jurídico sólo una forma radical de positivismo jurídico?– es confrontando las tesis de ambas teorías. En el caso del realismo jurídico, se trata de tres tesis, brevemente presentadas a continuación.

* N. de T: no hay un término que funcione bien en todos los lugares en que aparece *contrainte* en los textos troperianos. Además, hasta donde entendí, *contrainte* tiene en francés una ambigüedad inquietante entre normativo (significa algo así como obligación) y lo empírico (significa también algo así como fuerza que acciona sobre algo).

Las dos primeras tesis se refieren a la vieja discusión entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos, mientras que la tercera es típica de la discusión entre realismo y positivismo del pasado siglo XX:

- 1) Tesis de la separación: derecho y moral no tienen ninguna relación.
- 2) Emotivismo ético: los juicios de valor no son sino expresión de sentimientos o emociones.
- 3) Escepticismo interpretativo: cada disposición jurídica puede tener diferentes significados, y cualquier caso judicial puede revelarse como un caso difícil.

1. La *tesis de la separación* debe ser distinguida de la *tesis de la separabilidad*, propuesta por Hart como criterio distintivo entre IUSNATURALISMO y POSITIVISMO jurídico. Según Hart, los iusnaturalistas sostienen la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral (el derecho injusto no es verdadero derecho), mientras que los positivistas suscribirían la Tesis de la separabilidad. Dicho en extrema síntesis, según la Tesis de la separabilidad, derecho y moral están *empíricamente* conectados pero *conceptualmente* separados. Es decir, por muy injusto que sea, el derecho injusto sigue siendo derecho.

Ahora bien, ningún realista jurídico se ha planteado nunca el problema en estos términos. Únicamente Theodor Geiger —polemizando con los suecos— sostuvo modernamente que derecho y moral se habían escindido: la moral interiorizándose en la conciencia de los individuos, y el derecho exteriorizándose en instituciones políticas. Así pues, los realistas jurídicos sostienen la Tesis de la separación (derecho y moral son cosas *empíricamente* diferentes) y no la Tesis de la separabilidad (derecho y moral son *conceptualmente* distinguibles).

Otra manera de reconstruir su posición es recurriendo a la tripartición de Norberto Bobbio entre los positivismos teórico, ideológico y metodológico. Los realistas critican el positivismo *teórico* (el conjunto de las tesis teóricas defendidas por los positivistas) y el *ideológico* (la idea de que el derecho debe ser siempre obedecido), pero adoptan el positivismo *metodológico* según el cual se debe distinguir entre el conocimiento del derecho y su valoración. Pues bien, esta tercera idea —ya clara en el precursor directo de Hart, John Austin— se ha convertido en la interpretación más común de la Tesis de la separabilidad: el conocimiento del derecho debe ser diferenciado de su valoración moral. Todos los realistas jurídicos continentales sostienen la Tesis de la avalutatividad de Max Weber: el conocimiento del derecho debe ser avalorativo (alem. *Wertfrei*), y la valoración moral no es conocimiento. Los realistas jurídicos continentales se distinguen en este plano de los realistas estadounidenses precisamente porque se toman en serio el pro-

blema continental de la cientificidad. En particular, los escandinavos se toman tan en serio esta idea hasta el punto de, en primer lugar, someter a la doctrina jurídica a la crítica destructiva de los suecos para, a continuación, intentar reconstruirla según los cánones de la física neopositivista, a propuesta de Ross. Italianos y franceses, por el contrario, parecen admitir que la doctrina jurídica no puede ser científica en el mismo sentido que las ciencias naturales. Precisamente esta constatación, por lo demás, es para muchos de ellos una muestra de que la auténtica *teoría del derecho* —diferente de la doctrina porque toma por objeto precisamente la propia doctrina jurídica— efectivamente puede respetar el postulado metodológico de la avalutatividad.

2. El *emotivismo* ético es la tesis meta-ética —esto es, relativa a la ética— según la cual los juicios de valor sólo serían expresión de las emociones de quienes los profieren. El emotivismo es con frecuencia considerado una forma radical de *subjetivismo ético*: la tesis según la cual los juicios de valor no son objetivos como los juicios de hecho sino meramente subjetivos. Sin embargo, es difícil considerar el emotivismo ético como una radicalización del subjetivismo ético, en primer lugar, porque el primero ha sido sostenido antes que el segundo. Las tesis emotivistas de Hägeström se anticiparon veinte años a las tesis de los neopositivistas, que a su vez son anteriores respecto al subjetivismo ético de los filósofos analíticos. En efecto, el emotivismo ético típico de los realistas jurídicos puede ser considerado como el predecesor directo del subjetivismo ético, típico de los positivistas jurídicos del siglo XX. A su vez, ambos pueden a su vez ser considerados como una reacción al *objetivismo ético* típico de los iusnaturalistas. Estas tres posiciones meta-éticas son todavía hoy defendidas, si bien pertenecen a tres fases diferentes de la historia de la ética.

En una *primera* fase, que abarca milenios de historia occidental, los juicios de valor no eran considerados diferentes de los juicios de hecho. Se trataba, en ambos casos, de proposiciones verdaderas o falsas (apofánticas), según correspondieran o no a parámetros objetivos como la naturaleza de las cosas o la razón humana. En esta larga época —el tiempo del iusnaturalismo— se admitía implícitamente un único tipo de significado, y éste era de tipo cognitivo. Valoraciones y prescripciones eran consideradas pacíficamente significativas (portadoras de significado), pero precisamente como proposiciones cognoscitivas. En una *segunda* fase de la historia de la ética — que comprende la primera mitad del siglo XX— se excluyó que valoraciones y prescripciones fueran significativas, es decir, que tuvieran un signifi-

cado cognoscitivo. De esta manera, han sido considerados insensatas o dotadas sólo de un significado expresivo o emotivo.

El emotivismo pertenece a esta segunda fase, todavía marcada –como la anterior– por aquella que John Langshaw Austin llamó falacia descriptivista (ingl. *constative fallacy*). En este sentido, tanto para iusnaturalistas como para los realistas jurídicos existe un sólo tipo de significado: el significado cognitivo (aunque para los iusnaturalistas prescripciones y valoraciones poseen valor cognitivo, mientras que para los realistas carecen de aquél). El emotivismo ha sido superado en la *tercera* fase a la que pertenecen muchas teorías positivistas contemporáneas. Los filósofos analíticos han abandonado el descriptivismo en favor del prescriptivismo, es decir, han admitido dos tipos de significado: cognitivo o descriptivo (proposiciones), y normativo o prescriptivo (normas). El realismo escandinavo es emotivista hasta el Ross de *Sobre el derecho y la justicia*, mientras que el Ross de *Directives and Norms*, y los realismos italiano y francés, son por el contrario subjetivistas.

3. El *escepticismo interpretativo* es en realidad una tesis doble: en primer lugar, una tesis respecto a la interpretación (atribución a una disposición de un significado, es decir, de una norma abstracta) según la cual toda disposición jurídica tiene más de un significado; en segundo lugar, una tesis sobre la aplicación (uso de la norma abstracta obtenida mediante la interpretación para resolver los casos concretos) según la cual todo caso es, o puede convertirse, en un caso difícil. En la conocida clasificación de las teorías de la interpretación trazada por Hart, el escepticismo interpretativo se opone tanto al *formalismo interpretativo* –la tesis según la cual toda disposición tiene un sólo significado, y que todos los casos son claros– como a la *teoría mixta* del propio Hart. Según la teoría mixta, en primer lugar, las disposiciones tienen en algunos casos un sólo significado, otras veces más de un significado; en segundo lugar, los casos en ocasiones son fáciles mientras que otras veces son difíciles.

Pese a que no todos los realistas jurídicos continentales suscriben claramente ni a la primera tesis (Tesis de la separación) ni a la segunda (Tesis del emotivismo meta-ético), todos ellos defienden la tercera: el escepticismo interpretativo. El escepticismo interpretativo es hoy la única tesis verdaderamente distintiva y definitoria del realismo jurídico, y no sólo del continental. Además, es necesario no olvidar que esta tesis es también sostenida por el propio Kelsen, quien podría ser considerado realista, al menos en lo que a su teoría de la interpretación se refiere. En realidad, mientras que el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son definidos por sus respectivas tesis sobre la separación entre derecho y moral, el realismo jurídico tal vez puede ser definido como la variante del positivismo jurídico que privilegia

la teoría de la interpretación (lo que no podría decirse de Kelsen). El hecho de que todos los realistas jurídicos sean, por definición, escépticos interpretativos no debe confundirnos acerca de los tres tipos de escepticismo por ellos sostenidos: escepticismo genérico, radical y moderado.

El escepticismo *genérico* es defendido sobre todo por los realistas jurídicos suecos, quienes manifestaron en relación a la interpretación sólo un genérico interés en el plano cognitivo, y un genérico favor –como todos los movimientos anti-formalistas– en el plano normativo. En efecto, los filósofos de Uppsala se distinguen de los realistas estadounidenses –y de los propios teóricos antiformalistas continentales– en cuanto privilegian la interpretación doctrinal en detrimento de la judicial, ocupándose sobre todo del típico problema continental de la ciencia jurídica. El escepticismo *radical*, por el contrario, es sostenido –debido en parte a la influencia de algunos realistas estadounidenses– por Tarello y por Troper. Para estos últimos, la interpretación *crea* el significado de las disposiciones, como si éstas –en ausencia de interpretación– carecieran de significado.

Finalmente, el escepticismo interpretativo *moderado* es defendido por Alf Ross y por la Escuela de Génova, excepto por Tarello. Según esta última tesis, la interpretación no es creación (del significado) sino participación en la producción del derecho. El derecho, desde este punto de vista, sería producido en formas diversas, pero complementarias, por parte del juez y también del jurista. Con todo, el escepticismo interpretativo moderado se distingue, al menos inicialmente, de la teoría mixta de Hart, aunque la diferencia depende del peso que cada autor atribuye a la interpretación doctrinal y a la interpretación judicial. Allí donde es privilegiada la interpretación doctrinal, el escepticismo moderado continúa distinguiéndose de la teoría mixta; cuando en cambio aquello que se privilegia es el momento de la aplicación judicial, el escepticismo moderado y la teoría mixta tienden a confundirse.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V. “Droits”, número monográfico sobre la obra de Michel Troper, 2003.
- BJARUP, J., *Skandinavisk Realismus: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ross*, Freiburg-München, Aeber, 1978.
- _____, *Reason, Emotion and the Law. Studies in the Philosophy of Axel Hägerström*, Aarhus, Press of the Faculty of Law, 1982.

- _____, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, in «Ratio Juris», 2005.
- CASSIRER, E., *Axel Hägerström. Eine Studie zur schwedischen Philosophie der Gegenwart* (1939), ora in Id., *Gesammelte Werke*, Bd. 21, Hamburg, Meiner, 2005.
- _____, *Filosofía moral, derecho y metafísica: un diálogo con Axel Hägerström*, Editorial Herder, Barcelona, 2010.
- CASTIGNONE, Silvana, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1995.
- _____, *La máquina del derecho*, Universidad del Externado, Colombia, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RATTI, Giovanni Battista, (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- HART, Herbert, *Scandinavian Realism* (1959), en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 161-169; trad. esp. “Realismo escandinavo”, en Moreso, Jose Juan y Casanovas, Pompeu (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.
- GEIGER, Theodore, *Debat ned Uppsala om moral och ret* (1946), trad. cast. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, México, Fontamara, 1992.
- GUASTINI, Riccardo, *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad del Externado, Colombia, 2012.
- _____, “Ross sul diritto giurisprudenziale”, en *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2004.
- _____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.
- HIERRO, Liborio, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Iustel, Madrid, 2008.
- LUNDSTEDT, Vilhelm, *Law and Justice*, Almqvist&Wiksell, Uppsala, 1952.
- _____, *Legal Thinking Revised*, Almqvist&Wiksell, Stockholm, 1956.
- MINDUS, Patricia, *A Real Mind. A Realist Awakening: the Hidden Clockwork of Law*, Springer, Berlin, 2009.
- _____, *L’impatto del giusrealismo sul modello sociale scandinavo: Axel Hägerström fra diritto, morale e politica*, in «Il Bigiavi», 2, may 2010.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Labor, Barcelona, 1980.
- _____, *La realtà del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.
- PATTARO, Enrico, *Il realismo giuridico scandinavo I: Axel Hägerström*, Cooperativa Libreria, Bologna, 1974.;
- _____, (ed.), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, London, 1968 [trad. it. *Direttive e norme*, Comunità, Milano, 1978].
- _____, *Hacia una ciencia realista del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

- _____, *Lógica de las normas*, Comares, Granada, 2000.
- _____, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- _____, *Tú-tú*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SERPE, Alessandro, *Realismo nordico e diritti umani*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2008.
- SPAAK, Torben, *Karl's Olivecrona Legal Philosophy. A Critical Appraisal*, in «Ratio Juris», 2011.
- STRÖMHOLM, S., Vogel, H. H., *Le "Réalisme scandinave" dans la philosophie du droit*, L. G. D. J, Paris, 1975.
- TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Comares, Granada, 2003.
- _____, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- _____, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.
- _____, *Teorías e ideologías en el derecho sindical*, Comares, Granada, 2002.
- TROPER, Michel *Ensayos de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2004
- _____, *La Filosofía del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004.
- _____, *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001.