ASTURIAS
Corporación Universitaria

Realismo Jurídico Norteamericano y Escandinavo

© Asturias Corporación Universitaria

Índice

1 Introducción 3

1.1 Realismo Jurídico Norteamericano 3

1.1.1 Oliver Wendell Holmes (1841-1935) 4

1.1.2 Roscoe Pound (1870-1964) Fundador de la jurisprudencia sociológica. 5

1.1.3 Axel Anders Theodor Hagerstrom (1868-1939) 6

1.1.4 Alf Ross (1899-1979) Danés 7

2 Conclusiones 9

3 Bibliografía Recomendada 10

Red SUMMA ©

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Objetivos

- **Objetivo 1.** Exponer las ideas centrales del Realismo Jurídico.
- **Objetivo 2.** Presentar las ideas centrales del Realismo Jurídico Norteamericano y sus máximos representantes
- **Objetivo 3.** Presentar las ideas centrales del Realismo Jurídico Escandinavo y sus máximos representantes.

1 Introducción

El Realismo Jurídico es una doctrina filosófica que identifica a la ciencia del Derecho con la eficacia de la norma jurídica, la fuerza estatal y las decisiones judiciales. También se conoce como una teoría que permite comprender que es la adjudicación judicial y la comprensión del Derecho en tanto hecho social que sitúa las conductas en un tiempo y espacio. El Realismo jurídico usa las teorías y los métodos de las ciencias sociales para explicar los fenómenos jurídicos que también son fenómenos sociales. Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal.

Esta doctrina filosófica ha tenido diversas manifestaciones en diferentes países, adquiriendo características propias, eso es muy importante conocer cuáles son estas discusiones filosóficas que le dan existencia a estas nuevas formas de pensar el Derecho.

Vamos a conocer el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavos a través de los teóricos más representativos.

1.1 Realismo Jurídico Norteamericano

A finales del siglo XIX y comienzos del XX hay un grupo de pensadores que cuestionan la cultura jurídica estadounidense hegemónica. Cuestionan las bases de la función jurídica declarativa y lógico deductiva, muy mecánica. Una de sus consecuencias es el cambio en la manera de pensar el Derecho para los jueces, abogados, juristas y académicos que se ven motivados a modificar y revisar sus propias teorías y prácticas. Pasar de una concepción formalista a una informalista.

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Tesis centrales:

a. La concepción del Derecho dinámico, en movimiento.

b. La concepción del Derecho como un medio para fines sociales.

c. La sociedad también es dinámica y cambiante, así que se debe estar en constante revisión para saber en qué momento se debe adecua a la sociedad.

d. No confían en que las reglas prescriptivas sean el factor operativo predominante en la producción de decisiones judiciales.

e. Los valores son importantes porque reflejan las preferencias de los grupos que tienen poder dentro de la sociedad y por eso los principios morales son relevantes para formular el Derecho.

Ahora, vamos a indagar algunos de los representantes más importantes para el pensamiento del Derecho Moderno y su influencia en las formas de pensar los problemas de la filosofía jurídica.

1.1.1 Oliver Wendell Holmes (1841-1935)

Profesor y magistrado, considerado uno de los teóricos más influyentes en la sociedad norteamericana del siglo XX. Para este gran pensador el Derecho es el reflejo de la historia de una Nación y sólo se puede conocer su esencia a través de los estudios de las teorías jurídicas y de los estudios históricos.

Trabajó en Harvard y lo primero que encontró fue un ambiente formal. Y por eso en sus clases proponía que el formalismo y la rigidez del Derecho debían de adaptarse a las nuevas condiciones de la sociedad. Y sostiene que el Derecho no es un conjunto de reglas lógicas desarrolladas por teóricos de la ley, sino es un cuerpo que crece, cambia y se moldea con el tiempo. Pero renuncia para aceptar el cargo de presidente del Tribunal Superior de Massachusetts que mantiene por tres décadas.

Derecho es el reflejo de la historia de una Nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y de los estudios de la historia, es posible descubrir su esencia. (Holmes)

En 1897 publica el ensayo The Path of the Law que traduce El camino de la Ley, Aquí expone el desarrollo normativo como un concepto de Derecho impulsado por las costumbres sociales y las decisiones políticas que son la base de dicho concepto. Defiende una normativa social que garantice un salario mínimo, limitar el horario del trabajo y legalizar los sindicatos obreros, y todo lo hace en contra de la opinión mayoritaria del Tribunal. (Leer el caso Vegelahn vs Guntner)

Red SUMMA ©

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Holmes propone que el Derecho es el reflejo de la historia de una Nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y de los estudios de la historia, es posible descubrir su esencia.

Hay algo que deben saber, Holmes defendió la "restricción judicial" ya que para él un juez no debe involucrarse en las decisiones de la asamblea legislativa en función de su opinión sobre determinadas leyes.

1.1.2 Roscoe Pound (1870-1964) Fundador de la jurisprudencia sociológica.

Fue decano de la facultad de derecho de Harvard entre 1916 y 1936 en esta universidad realizó sus investigaciones.

Tesis centrales:

a. El derecho es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos.

b. El juez debe ser libre de la voluntad del legislador y poder buscar la solución más justa que esté acorde a las nuevas realidades que la sociedad va enfrentando.

c. El Derecho debe existir para que proteja los intereses de la sociedad.

d. Minimizan el elemento normativo y prescriptivo del Derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del Derecho.

Pound sostiene que hay un elemento común entre la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley. Para entender mejor: La doctrina de los precedentes significa que las causas deben ser juzgadas por los principios alcanzados inductivamente en la experiencia judicial del pasado. Y la doctrina de la supremacía de la ley significa que la figura del soberano y de todos sus agentes deben actuar conforme a la razón, es decir actuar de acuerdo a los principios y no a la voluntad.

existe un elemento común entre las doctrinas fundamentales del Common Law, la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley.

Entonces, la doctrina del Comon Law está aplicada a la experiencia y justifica que el Derecho debe ser descubierto por la experiencia judicial de las reglas y principios que en el pasado han alcanzado o han fallado en alcanzar la justicia. Por eso está seguro de que todo lo que se estudia en torno al Derecho deberá reconciliar el conflicto o la contradicción que se presenta entre dos leyes, principios racionales, ideas o actitudes; por ejemplo, el conflicto entre la moral y la política. Esto porque la vida social es cambiante y así mismo exige nuevas adaptaciones ante los intereses sociales, de manera que demanda que el ordenamiento jurídico sea flexible, pero al tiempo estable.

RED SUMMA ©

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Pound defiende el Common Law norteamericano, expresa que **existe un elemento común entre las doctrinas fundamentales del Common Law, la doctrina de los precedentes y la doctrina de la supremacía de la ley. Es decir:**

a. **La doctrina del Common Law es aquella donde la razón está aplicada a la experiencia,**
b. **La doctrina de los precedentes significa que las causas deben ser juzgadas por los principios alcanzados inductivamente en la experiencia judicial del pasado, no por la deducción de reglas establecidas arbitrariamente por la voluntad soberana.**
c. **La doctrina de la supremacía de la ley, en la que el soberano y sus agentes, actúan acorde al mandato de la razón y no al del capricho, acorde a los principios Y no a la sola voluntad.**

Cómo se dan cuenta el elemento común de las tres doctrinas es la razón que da contenido a la decisión.

Realismo Jurídico Escandinavo

Se llama realismo escandinavo a la escuela escandinava, denominada también como escuela de Upsala (ciudad de Suecia), surgió a raíz de la obra de Axel Hagerstrom, un filósofo sueco. Esta corriente de teoría jurídica surge en Suecia y Dinamarca comenzando el siglo XX. Rechaza al iusnaturalismo, al positivismo normativista y formalista.

Dice (Guidó, 1980) "Para esta escuela, el Derecho es un fenómeno psíquico colectivo, que consiste en la existencia de derechos subjetivos y deberes como algo diferente de la realidad empírica, los que caben sólo dentro del imaginario humano, de donde deriva su fuerza vinculante" (p.239).

1.1.3 Axel Anders Theodor Hagerstrom (1868-1939)

Estudió teología y filosofía en la Universidad de Uppsala en Suecia. Fue profesor de la misma universidad desde 1893 hasta 1933.

Los valores que el hombre atribuye a las cosas o a las acciones nacen y mantienen de hecho una dimensión absolutamente psicológica.

> Reaccionó frente al idealismo metafísico dogmático, porque la metafísica implica falsas abstracciones, e induce errores groseros en el análisis de toda realidad, incluida la legal. Para él es muy importante el análisis de la psique del individuo para desempeñarse en el campo moral y jurídico. Los valores que el hombre atribuye a las cosas o a las acciones nacen y mantienen de hecho una dimensión absolutamente psicológica. Ya que los

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

valores no hacen referencia a ninguna realidad objetiva, sino expresan sentimientos o deseos de uno o más sujetos y por eso no se puede predicar sobre ellos la verdad o falsedad.

Así mismo, el Derecho constituía una idea de poderes suprasensibles de carácter mágico, de manera que los conceptos de los que se sirve la ciencia jurídica son entidades místicas o metafísicas a las que no corresponde ninguna realidad.

Diferencia el lenguaje valorativo que sirve para expresar sentimientos del lenguaje prescriptivo que, además de expresar sentimientos, tiene el objetivo de influir en los comportamientos de los sujetos. De ahí que los juicios de valor tienen un contenido imperativo.

En síntesis, el Derecho es para Hágerström, un conjunto de formulaciones imperativas de ciertas líneas de comportamiento referidas a un determinado grupo social, que se imponen en virtud de una serie de factores combinados internos a ese grupo. Y Las normas jurídicas no tienen más existencia que la de operar, en un grupo social, como pautas de conducta generalmente admitidas como obligatorias. Entonces, la realidad de las normas jurídicas viene determinada por su efectividad.

1.1.4 Alf Ross (1899-1979) Danés

Pupilo de Hágerström, su pensamiento estuvo marcado por el realismo jurídico escandinavo y el pensamiento angloamericano. Plantea dos presupuestos:

1. Desde el punto de vista metodológico, a someter el conocimiento del derecho a los patrones de observación y verificación propios de la ciencia empírica moderna.
2. Desde el punto de vista analítico, a exigir que los conceptos jurídicos sean interpretados y entendidos como modos de comprender la realidad social y el comportamiento del hombre en la sociedad.

La ciencia del Derecho es, pues, un conocimiento referente a normas, no un conocimiento normativo. (Ross 1970).

Para Ross el Derecho tiene naturaleza normativa en cuanto está compuesto por normas que son definidas como proposiciones directivas, es decir, como proposiciones que no describen la realidad, sino que tienen la misión de dirigir las conductas humanas en una determinada dirección. La ciencia del Derecho es, pues, un conocimiento referente a normas, no un conocimiento normativo. Así lo explica Ross (1970) “Cuando la ciencia jurídica describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales. . . si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de lo que es y ciencia de lo que debe ser se derrumba” (p.26).

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Quiere decir que, el Derecho válido sólo puede ser determinado atendiendo a las conductas de los jueces y tribunales. Por tanto, Ross se distancia del realismo americano, para quien el Derecho es lo que los jueces disponen, esto es las decisiones judiciales.

Ahora bien, el camino elegido por Ross no es negar la fundamental significación de las distintas nociones de validez, sino reinterpretarlas como racionalizaciones de ciertas experiencias emocionales e incluirlas así en el mundo de los hechos. De este modo se reconduce la noción de validez a donde únicamente puede ser defendida y verificada, en la realidad, en los hechos.

Ross se propone descubrir el verdadero significado del derecho subjetivo, para tal fin lo expone en un artículo que se titula Tú-Tú. A través del término "Tú-Tú" muestra el carácter simbólico del lenguaje, así como su doble función descriptiva (aserciones) y prescriptiva (directivas). A continuación, cito textual del artículo para que conozcan en qué consiste la propuesta:

> A partir de unas imaginarias investigaciones etnográficas realizadas por el doctor Nadie, en las islas Ilusión, sobre el pueblo Ficción, Ross nos presenta el término «Tú-Tú», término que, en un primer momento, carece de sentido para el doctor Nadie, pero que a medida que descubre las costumbres y los ritos del pueblo Ilusión comprueba que con él se hace referencia a la situación que surge como resultado de haber sido violado un tabú. Tú-Tú describe no sólo la situación, de la que se derivarán una serie de consecuencias desgraciadas fruto de la violación del tabú, sino también transmite una prescripción: ha de realizarse una ceremonia de exorcismo para evitar las consecuencias desgraciadas que genera la violación del tabú. (p.171)

Este término que carece de sentido fuera del contexto de las islas Ilusión, produce importantes efectos entre aquellos que conocen su significado. "Esta situación imaginaria tiene el propósito de ejemplificar las funciones que desempeña el lenguaje jurídico" (p.172). Ross afirma que la mayoría de los enunciados jurídicos son semejantes al término «Tú-Tú». Para probar esta afirmación toma como ejemplo la siguiente frase del lenguaje jurídico:

1. Si se concede un préstamo, nace una pretensión.
2. Si existe una pretensión, el pago ha de ser hecho en el plazo acordado.
3. Si se concede un préstamo el pago ha de hacerse en el plazo debido (p. 172)

RED SUMA ©

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

Y explica:

> El término «pretensión» que aparece en los apartados uno y dos, tiene el mismo sentido que el término «Tú-Tú». Con él no se describe ninguna situación real, ningún hecho. El término «pretensión» aparece como un fenómeno intermedio que se sitúa entre el hecho y la consecuencia jurídica, pero es un fenómeno que no existe, sólo cumple la función de reforzar, invocando una especie de poder sobrenatural, que el pago ha de hacerse en el plazo acordado. Esto muestra la semejanza estructural que el lenguaje jurídico guarda con el pensamiento mágico primitivo. (p. 173)

En síntesis: "el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses" (p.171).

Para cerrar este tema algunas ideas generales:

- La eficacia de las normas jurídicas es su propiedad determinante por encima de la validez que es solo formal y del contenido moral de las mismas.
- Las normas jurídicas sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales.
- Las normas son obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias.

Red SUMMA ©

2 Conclusiones

- El Derecho para el Realismo jurídico se convierte en un conjunto de hechos y no en un conjunto de normas.
- Las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.
- Tanto el realismo jurídico escandinavo como el norteamericano comparten la actitud empirista hacía la vida humana y hacía el Derecho.
- Los autores del realismo jurídico mantenían que los hechos debían ser el centro del Derecho, en lugar de las leyes. Lo importante, de esta forma, era

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.

que los conjuntos normativos fueran acordes a los comportamientos sociales y tuvieran en cuenta los valores e intereses de los ciudadanos.

- La voluntad del legislador o del parlamento es un elemento secundario relativo al momento de la formulación de las conductas.

3 Bibliografía Recomendada

- Malminen, T.(2019).Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (50), 151-173. https://doi.org/10.5347/isonomía.50.2019.161
- Barberis, M. (2015). Capítulo 6 El realismo jurídico europeo-continental. En Fabra, Z.J.L. & Núñez, V.A. (Eds), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho volumen uno, 1, (pp. 227-240).

  https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno
- Leiter, B. (2015). Capítulo 7 Realismo jurídico estadounidense. En Fabra, Z.J.L. & Núñez, V.A. (Eds), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho volumen uno, 1, (pp. 241-276).

  https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-
- Martin, N.B.M. y Rodrigues, S.T. (2015). El fundamento del derecho en el realismo jurídico americano. Revista Videre, Dourados,7 (14), 10-24. http://ojs.ufgd.edu.br
- Marzocco, V. (2018). El realismo jurídico americano. perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas. Derechos y libertades, (39), 157-176. DOI: 10.14679/1085
- Reyes, S. (2016). Realismo jurídico estadounidense y los hechos en el derecho. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, (10), 265-293.

  https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3063
- Solar, C.J.I. (2012). Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, (2), 176-226.

  https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5130379

Red SUMMA ©

ASTURIAS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA®

Nota Técnica preparada por Asturias Corporación Universitaria. Su difusión, reproducción o uso total o parcial para cualquier otro propósito queda prohibida. Todos los derechos reservados.