

DR 29 1177

No, yo pienso que sería una buena manera de verlo, y desde luego que no sería demasiado simplificadora, y además hay que tener en cuenta efectos didácticos que este tipo de disposiciones gráficas o espaciales ayudan a comprender mejor estos temas. Pero es que además, en el fondo, esa es la clave. El realismo, efectivamente, como una tercera vía entre los que piensan que la cientificidad está en el discurso sobre los hechos, siempre son los hechos con relevancia jurídica, claro está, y los que creen que está en el discurso sobre las normas, o como he dicho antes, al modo claseniano, entre los que proponen una ciencia jurídica del ser o de los hechos, que serían los sociologistas, y los que defienden una ciencia jurídica del deber ser o de las normas, que son los normativistas.

De todas maneras, voy a desarrollar esto un poco más, sin salirme de esa clasificación tripartita para que el alumno siempre tenga una sidero. El realismo jurídico, esto yo creo que es determinante para entenderlo, se centra en la figura del juez. En el sentido general, de funcionario encargado de aplicar normas, es decir, no solamente el juez como juez estricto senso o como magistrado, todo aquel funcionario que tiene que aplicar normas, y una buena parte, una enorme cantidad de los funcionarios tienen que aplicar normas, aunque no sea en el sentido judicial estricto.

Bueno, pues el juez, en esta acepción que le hemos explicado, es precisamente el punto, esto yo creo que es muy importante, el juez es el punto en el que el sistema normativo, es el aparato normativo, el sistema de normas o el ordenamiento jurídico, como queramos llamarlo, que es la clave del discurso normativista, engrana con la realidad social, que es la clave del sociologismo. Por eso la concepción de la ciencia jurídica del realismo escandinavo, y en particular la de Ross, se centra en el juez. De tal manera que cuando Ross define el concepto de derecho válido, que es un concepto fundamental en toda teoría del derecho, nos dice que el derecho válido es aquel que es vivido por los jueces como socialmente obligatorio.

Fíjese lo que esto comporta. El derecho válido no sería en esta definición, como sostiene el normativismo, el que ha sido creado de acuerdo con el procedimiento establecido por una norma superior, que es el criterio típicamente kelseniano de la validez formal. El derecho válido tampoco sería, como afirman los sociologistas, el que es observado de hecho por los ciudadanos, que es el criterio de la pura y simple eficacia social, sino que el derecho válido es el que en la práctica aplican los jueces.

Es decir, aquí están los dos elementos. Hay evidentemente una perspectiva sociologista, en la medida en que se está teniendo en cuenta lo que de hecho ocurre. Esto tiene un arraigambre sociologista fuerte.

No se rompe totalmente con la perspectiva normativa, sí con la normativista, en la medida en que el punto de enlace con esa realidad social tiene que ser el juez que es parte del sistema jurídico y que tiene con respecto a él lo que Hart llamó el punto de vista interno. Porque es un

operador de él. Pero los dos criterios se complementan y se traban íntimamente componiendo frente al derecho puramente válido o al derecho eficaz que representan respectivamente los criterios, repito, del normativismo y del sociologismo, ese tertium genus o esa vía intermedia o esa tercera vía, como decía usted hace un momento, de lo que llamamos derecho vigente.

Es decir, el que es vivido por los juzgadores como socialmente obligatorio. Pero lo que acaba de decirnos que el derecho válido es el que aplican los jueces ¿no es un argumento sociologista? Sí, efectivamente. Algo de esto he dicho hace un momento, pero yo creo que hay que insistir, porque claro, en la medida en que se está recurriendo aquí a un dato de hecho parece que se está actuando en todo de una manera sociologista.

No. Esto es una simple apariencia. Un sociologista, vamos a expresar esto en frases, que son siempre muy concisas y muy terminantes y que permiten contraponerse mutuamente y así se ve más la diferencia.

Un sociologista puro, como Erlich o Kornfeld, diría Derecho válido, él diría fundamentalmente derecho eficaz, es el que observan y cumplen los ciudadanos. Fíjese que aquí el dato empírico se refiere a la totalidad social. Esta es precisamente la característica fundamental del sociologismo, como su propio nombre indica.

Mientras que el realismo de Rawls, aunque tenga un punto de partida similar, lo importante es lo que realmente ocurre, no se centra en el puro dato de lo que hacen los jueces, sino también en el porqué lo hacen los jueces. Y desde luego no se centra en lo que hacen los ciudadanos. Por lo tanto la diferencia es importante.

Lo que importa no es tanto lo que hacen, de hecho, los ciudadanos con respecto al sistema jurídico, sino lo que hacen los jueces. Y no solamente lo que hacen los jueces, sino también el motivo por el cual lo hacen. Rawls, como he dicho antes, hace descansar su concepto de validez en el motivo de la observancia de las reglas por los jueces.

Y este motivo ha de ser que las consideren socialmente obligatorias. Esto es positivista, en el sentido del positivismo filosófico, porque se centra en los hechos, en los datos positivos, constatables, medibles. Y desde luego la observancia o no observancia de ciertos criterios por los jueces es una cuestión de hecho, hasta cierto punto, porque puede constatarse en gran medida si los observan o no.

Luego esto, como decíamos antes, encaja dentro del marco general del positivismo filosófico y encaja también dentro del positivismo jurídico, porque no admite la especulación y es naturalista, pero no es un positivismo normativista, porque lo decisivo no son las normas, sino la respuesta de los jueces con respecto a ellas, ni tampoco es un positivismo sociologista, porque los hechos en los que se basan, los hechos a los que da beligerancia, no son hechos sociales, sino hechos relativos al comportamiento judicial, en la medida, por supuesto, en que este comportamiento judicial es reflejo de lo que el juez estima que es la realidad social existente. Es decir, es una trabazón muy delicada y más compleja incluso de lo que parece

entre los dos ámbitos, entre el ámbito, como he dicho antes, de una manera un tanto gruesa, el ámbito del ser y el ámbito del deber ser, que tiene como referente inexclusable la figura del juez. ¿Entonces la clave de la teoría de Ross es la posición del juez? Sí, no es más que eso, o sea, yo creo que se puede reducir a eso, hombre, es muchas más cosas que eso, pero si hay un dato que pueda explicarlo todo de una manera más o menos rápida y concisa, sería eso.

En este punto además es donde, lo que decía antes, que iba a explicar también alguna de las analogías, a referir solamente a una, las analogías con el normativismo. Bueno, pues que Ross, al igual que Kelsen, piensa que el derecho, fíjese, porque esto es importante, porque el derecho no es un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos y que están protegidas por la posibilidad de utilizar la fuerza en el caso de que estas normas sean incumplidas, sino un conjunto de normas dirigidas a los funcionarios directamente, como destinatarios, para que esto se aplique en la fuerza. Lo repito, no es la idea típica del imperativismo anglosajón, señaladamente la de John Austin, de que el derecho se dirige a nosotros, a los ciudadanos, para que nosotros obedezcamos las normas, y si no las obedecemos, entonces vienen los jueces y nos castigan por no haber hecho lo que decía la norma.

Sino que tanto Ross como Kelsen, en este sentido, tanto el positivismo normativista como el realista, estiman que el derecho es un conjunto de normas que van dirigidas a los jueces y que les dicen a los jueces cómo tienen que utilizar la fuerza. Luego la norma no le manda al ciudadano lo que debe hacer, y en caso de que no lo haga se le castigará, sino que la norma directamente manda al juez lo que debe hacer en el caso de que ciertos ciudadanos observen conductas opuestas a lo moralmente deseable, a lo jurídicamente deseable, ellos no entran en esta cuestión. Esta concepción del derecho como reglas atinentes al uso de la fuerza por los ciudadanos es común a Kelsen y Ross.

Y esto además se explica porque ambos, como positivistas que son, positivistas en sentido amplio, como hemos visto antes, noyos naturalistas, si se quiere, unen los conceptos de derecho y fuerza principalmente debido a que esto, esta unión de los conceptos de derecho y fuerza, es la que les permite deslindar el discurso jurídico del discurso puramente moral, que es otra de las características también inexcusables de cualquier positivismo. Y ya para finalizar, profesor Muñoz de Baena, una última pregunta. Aunque la filosofía del derecho no tiene una utilidad inmediata, ¿cree usted que este tipo, digamos, de especulación, tiene algún tipo de aplicación a problemas actuales? Yo pienso que sí.

Y suelo utilizar además un ejemplo en las clases, un ejemplo referido a esto, que yo creo que es bastante sencillo de entender. Es que cuando una norma es contestada socialmente, cuando hay un cierto grado de rechazo social a esa norma, esto suele repercutir de una forma inmediata en la actitud que tienen los jueces, ya los jueces en sentido estricto con respecto a ella. Fíjese, por ejemplo, en el problema que generó hace algunos años la absolución de los insumisos, que últimamente en los últimos meses también ha vuelto a estar en actualidad, pero de otra manera.

Bueno, pues en aquellos casos, unos jueces en nombre de la aplicación directa de la Constitución, que era el argumento que aquí se daba, dictaron, como recordarás, sentencias absolutorias. Bueno, pues yo pienso que la tesis rossiana de que el derecho vigente es el que los jueces aplican por estimarlo socialmente aceptado, pues tiene una cierta cancha aquí, porque realmente si algunos jueces se negaron a aplicar la norma penal que castigaba la insumisión con la cárcel, como saben, la insumisión ya está despenalizada, aunque sigue teniendo una sanción, pero vamos, la sanción ya no es de cárcel, pues si algunos jueces se negaron a aplicar esta norma penal fue, entiendo yo, porque estimaban que dicha norma no debía considerarse como socialmente vigente o como suficientemente respaldada. Otra cosa es el argumento que de hecho utilizaron, que fue el de la aplicación directa de los principios constitucionales.

Esto me parece algo interesante, aunque ahora hay un debate tremendo en la filosofía jurídica de los últimos años en relación con el tema tan de actualidad, de la relación entre los principios y las normas. Hay un debate, digo, sobre este tema que resulta muy interesante, porque hay muchas personas, muchos profesionales en la materia que consideran bastante peligroso este tipo de actuación, es decir, que el juez se meta en si una norma es o no socialmente vigente o si contradice o no los principios constitucionales, porque para eso se piensa que ya está el Tribunal Constitucional. Y aquí lo que tenemos en el fondo es siempre una división de opiniones muy antigua y muy clásica.

Es que si identificamos la validez de una norma con su posición en el sistema, entonces estamos adoptando una postura segura pero bastante insatisfactoria. Mientras que por el contrario, si traducimos la validez en términos de pura aceptación social, entramos en un terreno bastante resbaladizo y bastante inestable, aunque se pueda satisfacer mejor algunas de las exigencias de la justicia material. Y en el caso de Ross, pues si lo que estamos haciendo es, ni lo uno ni lo otro, sino situarla otra vez la tercera vía, en la ideología de los que aplican las normas, que son los jueces, pues entonces estamos en un ámbito intermedio entre lo que es lo puramente normativo y lo sociológico.

Por lo tanto, ¿aceptación social? Pues sí. ¿Incarnación de la norma en el sistema jurídico? También. Pero la forma de que los dos sistemas se puedan unificar en uno solo es una postura como la rossiana, que no deja de referirse al juez como intérprete del sistema jurídico ni tampoco a la realidad social, pero que lo que hace es traducir dicha realidad social en términos de la posibilidad de constatar efectivamente la conducta del juez con respecto a las normas que interpreta y sobre todo los motivos que están provocando dicha conducta.

Profesor Muñoz de Baena, antes de terminar ya del todo, y puesto que este es el último programa antes de las primeras pruebas presenciales que comienzan el próximo lunes, ¿si tiene alguna última recomendación que hacer a los alumnos de Filosofía del Derecho? Pues sí. Aprovechando la ocasión les diré que no les voy a decir algo tan obvio como que no se pongan nerviosos porque sé que eso es imposible y además yo tampoco puedo predicar con el ejemplo, si recuerdo mis años de estudiante, pero sí les diría que estudiaran todo en relación,

es decir, que no se obsesionen por pensar que toda esta secuencia de autores que a veces parece interminable como figura de la historia de la filosofía jurídica hay que estudiarla de manera separada, hay que estudiar por grandes épocas y de hecho los alumnos podrán ver que en el racionalismo hay muchos autores que tienen muchas similitudes entre ellas, hay que estudiar haciendo esquemas y comparándolos y sobre todo no hay que obsesionarse especialmente con los autores como tales sino sobre todo como miembros de corrientes. Por eso yo a la hora de explicar esto he tratado de insistir en las relaciones, las analogías y las diferencias que existen entre el realismo y el normativismo.

Hay, por cierto, un proyecto, quizá algunos alumnos lo sepan ya, para modificar las unidades didácticas de la parte histórica de Quinto pero eso es una cuestión que como mínimo ya entraría en vigor el año que viene y para entonces esperemos y deseemos que ninguno de los alumnos que están matriculados necesite recurrir a los posibles nuevos materiales didácticos. No les afectaría, eso esperamos. Esperemoslo todo.

Bueno, pues estos minutos que nos ha dedicado el profesor Muñoz de Baena a la revista Derecho, nos ha hablado de Kelsen y Ross y especialmente se ha centrado en la postura de Ross de realismo jurídico. Muchísimas gracias por haber estado aquí con nosotros en la revista Derecho. Gracias, Charo.

Buenas noches. Pues bien, esperamos que este tiempo de radio que hemos dedicado esta noche al análisis y desarrollo de los temas de quinto curso de la carrera de Derecho haya sido especialmente provechoso y de su agrado. Si es así, les esperamos la semana que viene aquí en Radio 3 FM de Radio Nacional de España.

Gracias por estar ahí y muy buenas noches.