

DR 29 577

Ahora en Radio 1 FM, UNED, Radio Educativa. Hola, buenas noches. A partir de este momento y durante dos horas y media estaremos con todos ustedes ofreciéndoles la programación cultural y educativa de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que los viernes se ocupa de las materias jurídicas con el espacio Revista de Derecho, de la información universitaria que nos trae el informativo semanal de la UNED, y el curso de acceso que está dedicado a los alumnos que optarán por la carrera de Derecho con la asignatura de Nociones Jurídicas Básicas.

Estos, pues, serán nuestros espacios en este día y vamos a pasar a ofrecerles sin más dilación el primero de ellos, Revista de Derecho. La Revista de Derecho de esta noche, 24 de enero, se va a ocupar de las materias del último curso. Estos son los títulos de los temas que han preparado los profesores.

En primer lugar sabremos qué es el realismo jurídico, gracias a la intervención del Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho, don Antonio Fernández Caliano. A partir de las 9 y 5, el profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, don Miguel Amores, nos comentará los convenios de Bruselas y Lugano. Seguirá un tema de Derecho Civil, en concreto, la gestión individual de los bienes comunes, por el profesor don José Manuel Martín Bernal.

Y finalizaremos con el proceso administrativo presente y futuro, a cargo del profesor de Derecho Procesal, don Fernando Ibáñez. En esta primera parte de la revista, y hasta las 9 de la noche, como hemos anunciado, vamos a contar con la presencia del Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho, don Antonio Fernández Caliano. En estos minutos veremos el desarrollo del realismo jurídico y sus dos tendencias, la americana y la escandinava.

Buenas noches, profesor Fernández Caliano. Buenas noches. La primera pregunta, y para centrarnos y entrar dentro del tema de esta noche, el realismo jurídico, ¿podría contarnos qué es esto del realismo jurídico? Es una corriente de pensamiento que se ha dado en la filosofía del derecho actual, y que se caracteriza por una especie de llamada de atención, de toque de atención, para que la reflexión sobre el derecho no deje de tener en cuenta que esto es algo que se da en la realidad.

Es decir, frente a un periodo anterior en que, sin duda alguna, la filosofía jurídica pecó de una excesiva atención a los aspectos metafísicos del derecho, haciendo abstracción de algo que es evidente, y es que el derecho se aplica en la realidad, que los casos que el derecho tiene que atender son casos concretos, singulares, que son cosas que nos ocurren a todos todos los días. Pues bien, esta es la intención que tiene el realismo jurídico, poner el acento en esta consideración pragmática del derecho. En este sentido, el realismo jurídico curiosamente tiene una actitud doble en la filosofía jurídica, porque por un lado no es, por supuesto, justnaturalista, se opone a la concepción de un orden jurídico por encima del derecho positivo,

que es la afirmación básica del justnaturalismo, pero en cambio tampoco acepta la posición típicamente positivista de que todo el derecho está en las leyes, sino que el derecho no está en las normas, sino que está en las decisiones de los jueces, como veremos enseguida.

De manera que, curiosamente digo, es una postura que por un lado es positivista en cuanto a que no es justnaturalista, pero por otro lado es antipositivista en cuanto a que no reconoce el trauma fundamental del positivismo jurídico, de que todo el derecho está en las normas jurídicas. Se habla de dos realismos, porque efectivamente ha habido dos corrientes que responden a este mismo nombre, por un lado el realismo jurídico norteamericano y por otro lado el realismo jurídico escandinavo. El primero está representado por una porción de, no me atrevo a decir filósofos del derecho, porque yo creo que no lo fueron estrictamente.

En la mayoría eran jueces, jueces norteamericanos, que aparte de su función judicial sintieron la tentación de dar una explicación, una especie de justificación de esa función judicial. El primero es el celebre Oliver Wendell Holmes, el celebre juez Holmes, Leveline y Jerome Frank, son los tres grandes nombres del realismo jurídico americano, que se caracteriza por una actitud escéptica ante las normas y conduce a esta afirmación capital. El derecho no consiste en normas jurídicas.

Adviertan ustedes que esta tesis o esta fórmula rompe con toda la tradición. Antes de estos autores, a cualquiera jurista o no que se le preguntara que si el derecho consistía en normas, diría siempre que sí. Pues bien, aquí se rompe un avance en favor de la tesis negativa, diciendo, insisto, que el derecho no consiste en normas jurídicas.

Ahora bien, para entender esto, y para entender lo que supuso de revolucionario y de innovador esta nueva postura de los realistas norteamericanos, hay que partir de una distinción, la distinción entre los dos grandes sistemas jurídicos, el europeo continental, por una parte, y el anglosajón, o sistema de common law, que nació en Inglaterra, pero que posteriormente se ha extendido a toda Norteamérica y a otros países del área británica. El sistema continental europeo, como todo el mundo sabe, se basa en los códigos, es decir, todo está en los códigos, todo está en la ley escrita, y por ello, en la tradición europeo continental, es decir, pues lo que significa el continente europeo, es decir, Europa, con exclusión de las islas británicas, los juristas han tenido una especial devoción por las normas, porque en esas normas está el derecho, y esto les ha llevado a una especie de formalismo jurídico, es decir, una devoción, en algunos casos, excesiva a la norma jurídica, una atribución al ordenamiento jurídico de una serie de caracteres que lo, bueno, lo engrandecen, lo colocan como algo, como modelo realmente digno de imitar. Los caracteres que este formalismo jurídico europeo continental asigna al ordenamiento jurídico, es decir, al derecho, son los siguientes.

En primer lugar, la precisión, es decir, se dice, el orden jurídico es un orden perfectamente concreto, perfectamente definido, las normas que lo integran son capaces de organizar la vida social, sin que en ningún caso planteen ninguna duda, ni ninguna situación vaga, ninguna situación ambigua. En segundo lugar, la coherencia, el orden jurídico es coherente, esto quiere

decir que el conjunto de normas que integra el ordenamiento jurídico, constituye un sistema, como todo sistema, se trata de un conjunto de unidades relacionadas entre sí y relacionadas coherentemente, de manera que no es concebible que en un ordenamiento jurídico se produzcan colisiones entre las normas. Están perfectamente correlacionadas las unas con las otras y no puede haber colisiones.

Y en tercer lugar, el carácter de completo. El ordenamiento jurídico es completo en el sentido de que con sus normas es capaz de afrontar cualquier situación, es capaz de resolver cualquier conflicto que pueda plantearse dentro del grupo. Por tanto, se niega la posibilidad de unas lagunas legales, no hay lagunas en el derecho, todo está permitido, todo está resuelto en las normas.

Bien, estos tres caracteres que, como digo, han sido atribuidos al ordenamiento jurídico por, tradicionalmente, durante siglos, durante siglos, por la tradición europea continental, hay que reconocer que tienen su crítica y, en ese sentido, no les falta razón a los juristas del otro lado, es decir, los juristas del Common Law, los cuales no cuentan con cuerpos codificados. En el Common Law el derecho se ha ido formando por una acumulación de precedentes integrados o constituidos por los fallos de los jueces, por las decisiones, por las sentencias. Con lo cual, claro, en estos juristas del Common Law no existe ciertamente esa devoción por las normas jurídicas, desconocen esa actitud reverencial que tienen los juristas de la dirección europea continental.

Bueno, ¿qué decir de esas dos posturas antagónicas, de la europea continental y de la británica o de Common Law? Hombre, pues hay que decir que el formalismo jurídico de los europeos continentales es susceptible a alguna crítica. Por lo pronto, el derecho contenido en las normas no es tan preciso como ellos dicen. No es tan preciso sino que al contrario es vago.

El lenguaje jurídico, el lenguaje con que se expresan las normas, es con frecuencia un lenguaje ambiguo, un lenguaje en que hay fallos de sintaxis y que por consiguiente se traduce en una situación nada clara en muchas ocasiones. No es tampoco coherente, o por lo menos tan coherente, como presumen los juristas. Porque efectivamente hay colisión, hay colisión entre las normas, más aún desde siempre, desde una tradición que arranca en Roma en algunas ocasiones, los propios ordenamientos jurídicos han elaborado normas para resolver las colisiones entre los preceptos que puedan producirse dentro de un ordenamiento.

Estas reglas existen porque existen colisiones. Luego, no hay una coherencia tan absoluta como se pensaba o como afirmaban algunos. Y en segundo y en tercer lugar, tampoco es completo, o la tercera característica que se atribuye al ordenamiento tampoco es verdad.

No es completo. Por previsión que sea el autor de las normas, es decir, el legislador, por mucho que haya procurado, bueno, echando imaginación al asunto, prever qué situaciones va a presentar la vida, luego resulta que la vida es mucho más sorprendente que todo eso, y luego en la vida se presentan unos casos que ni de lejos han sido previstos por el legislador y por tanto no hay solución expresa en las normas. Tendrá que acudir al procedimiento de

analogía para ir a las lagunas, al procedimiento de una interpretación extensiva de las normas, qué sé yo, pero en cualquier caso lo que es evidente es que las normas no, o el ordenamiento, perdón, no ha sido completo.

Entonces, perdóneme, profesor Fernández Galeano, ¿considera que el ordenamiento jurídico visto por los juristas del Common Law, o sea, lo que es la acumulación de precedentes, es mucho más positiva que la tradición europea continental? Bueno, no es que sea más positiva. Yo he expuesto los dos sistemas y luego he hecho la crítica de la europea continental, hombre, para ver qué parte de razón puede tener el Common Law, tampoco la tiene toda, ¿eh?, tampoco la tiene toda como luego veremos. De cuanto he dicho hasta este momento, se desprende una crítica fácil del formalismo jurídico, pero una cosa es decir que el derecho está constituido por normas, y estas normas no tienen los caracteres que el formalismo les atribuye, y otra cosa muy distinta es decir que el derecho no consiste en normas jurídicas.

Este segundo paso definitivo es el que ha dado el realismo jurídico norteamericano, diciendo que el derecho no consiste en normas, sino que consiste, ahora aclararemos qué quiere decir esto, en la predicción sobre lo que van a hacer los jueces. Hay un autor, Leveline, que tiene una expresión muy breve pero contundente. Dice, las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces.

Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos. Es decir, las normas jurídicas son, para Leveline, juguetes vistosos. En suma pues, preguntamos a nosotros, si el derecho no está constituido en las normas, sino en la actividad de los jueces, ¿esto qué quiere decir? Hay un discurso que produjo Holmes en mil ochocientos ochenta y tantos, Holmes vivió, lo digo tres veces, noventa y cuatro, noventa y cinco años, de manera que tuvo una experiencia muy diletada, que pronunció en la Universidad de Boston, y que se llamaba, si no recuerdo mal, la Hacienda del Derecho, y hay un párrafo muy bonito en el que quiere explicar a los alumnos en qué consiste esto de la decisión de los jueces como elemento constitutivo del derecho.

Y dice él, al hombre malo, literalmente, al hombre malo no le interesa qué sea el derecho, sino lo que le interesa es lo que vayan a decidir los jueces de Massachusetts en el caso de que él cometa una infracción. Es decir, para el hombre malo, desde Holmes, lo verdaderamente importante en el derecho es predecir qué va a decidir el juez ante esta situación concreta que se vaya a producir en la vida. Y nada más, y eso es realmente lo que constituye el derecho.

Bien, esta curiosa tesis hay que analizarla con un poco de cuidado. Yo no digo que no tengan razón los realistas jurídicos cuando critican esa ciencia jurídica que durante siglos se ha ocupado en buscar un sistema de normas universales, inmutables, etc. Es verdad que hay que traer el derecho a la tierra, es verdad que hay que hacer que los juristas atiendan más a la realidad cotidiana sobre la que ese derecho se aplica.

Ahora bien, aceptando la parte positiva que puede tener esta tesis, esta línea de pensamiento, tiene también su crítica. Porque cuando Holmes habla de que al hombre malo lo que le interesa solo es predecir lo que van a decidir los jueces, bueno, la pregunta y la respuesta es ¿y el

hombre bueno a qué? El derecho está pensado solo para el hombre malo, y el hombre bueno que lo que quiere únicamente es arreglar su vida, convivir pacíficamente con los demás, establecer con ellos unas relaciones, crear unos instrumentos de carácter jurídico, entonces también son las decisiones de los jueces el derecho, o es que este hombre se encuentra sin derecho ninguno porque no es hombre malo sino que es hombre bueno. Aparte de que si el derecho consiste en profetizar las profecías sobre lo que van a hacer los jueces, bueno, reflexionemos.

¿Lo que van a hacer los jueces? ¿Quiénes son los jueces? Hombre, los jueces son unos señores, se contestará que tienen unas competencias que les facultan, les autorizan para dictar sentencias. Muy bien, pero ¿quiénes son esas competencias? Esas competencias procederán de unas normas que les atribuyen la facultad de juzgar. Luego ya, por lo menos esas normas existen.

Es decir, es difícil sustraerse, como quieren hacer los realistas jurídicos, a la idea de que hay unas normas, porque, insisto, si no los jueces se apoyarán sobre el vacío en su función judicial. Y hay una tercera crítica que es la siguiente. Bien, el derecho consiste en la predicción sobre lo que van a hacer los jueces, sobre la conducta de los jueces, sobre la actividad de los jueces, pero dicho así esto nada más es decir poco o decir mucho según se mire.

Porque, vamos a ver, por ejemplo, cuando un juez se sienta delante de un folio y se pone a escribir, a escribir una sentencia. Esa es una actividad que hace el juez. ¿Consiste el derecho en predecir los movimientos de la mano del juez cuando escribe y cuando firma la sentencia? Hombre, evidentemente que no.

Se dirá inmediatamente, no hombre, lo que interesa no es el acto de la escritura, lo que interesa es lo que dice ese folio. Bueno, pero lo que dice ese folio no es una actividad del juez, es el resultado de una actividad del juez. De manera que, como se ve, bueno, por un lado y por otro, insisto, hay críticas muy razonables que hacen a este sistema de realismo jurídico norteamericano.

Nos coloca en situaciones ciertamente de salida muy difíciles. Y para obviar ciertos inconvenientes del realismo jurídico norteamericano surge el realismo jurídico escandinavo, que se llama así porque está mantenido por una porción de autores daneses y suecos especialmente, y que se ha desarrollado de modo principal en la Universidad de Uppsala, en Suecia. Bueno, quizá por concretar, ya no nos queda mucho tiempo, me voy a referir muy brevemente nada más a un autor danés, Alfred Ross, que es además el que más ha desarrollado esta doctrina.

Alfred Ross hace una crítica tanto del justnaturalismo como del positivismo jurídico, es decir, comienza lo mismo que comenzaron los realistas jurídicos norteamericanos. No hay un derecho emanado de la voluntad de Dios, dice Ross, escrito en nuestra naturaleza, pero tampoco procede el derecho de una voluntad del Estado, ni de una voluntad popular. Es decir, ni se pone de parte del justnaturalismo, ni se pone de parte del positivismo jurídico, el

arranque, por concreto, es el mismo de los norteamericanos.

¿Qué es entonces el derecho? ¿En qué se sustenta eso que llamamos derecho? El derecho se sustenta, dice Ross, en hechos, hasta que hay una posición realista, muy parecida, aparentemente idéntica a la de los norteamericanos, pero verán ustedes cómo enseguida se separa de ellos. Porque los hechos en que el derecho consiste no son sino la aplicación que los jueces hacen de las normas. Fíjense ustedes que se vuelve a hablar de los jueces, pero ya el derecho no consiste en la predicción sobre la conducta de los jueces, sino la predicción sobre las normas que van a aplicar los jueces.

Ya hablan de normas otra vez, ya el derecho consiste en normas. Un ordenamiento jurídico, dice Ross, es el conjunto de directivas o pautas de conducta, léase, normas, que probablemente aplicarán los jueces para fundamentar sus decisiones. De manera que se separa así del realismo jurídico norteamericano, las normas ya no son los juguetes vistosos que decía Levelin, sino que el derecho puede definirse como un conjunto de normas.

Ahora bien, ¿qué criterio hay para determinar cuáles son las normas que integra un ordenamiento? Aquí está, digámoslo así, la especificidad de esta línea de pensamiento. En el sistema continental, fíjense ustedes, las normas que integra un ordenamiento son las que poseen validez y fuerza obligatoria. Pues Ross dice exactamente lo contrario.

Las normas poseen validez o fuerza obligatoria cuando son aplicadas por los jueces y, por tanto, forman parte de un ordenamiento jurídico. Se ha cambiado por contrario la primitiva concepción del ordenamiento como conjunto normativo. Es conjunto normativo, pero ahora el acento se pone sobre las normas en lugar de sobre el ordenamiento.

¿Qué crítica puede merecer esta postura? Muy brevemente diré que si los jueces se basan en normas para tomar sus decisiones no será porque en ellas advierten razones de justicia o de conveniencia o de oportunidad. En todo caso, se está, por consiguiente, apelando unos valores externos a las normas. Unos valores que, como tales, no están en la esfera de los hechos.

Y, por tanto, queda con esto contradicho el principal principio del realismo jurídico. Los hechos tienen su importancia, pero por encima de los hechos hay toda una constelación de realidades de carácter valorativo, etcétera, que, en definitiva, son las que priman a la hora de la consideración de las normas. Esto es, en líneas generales, lo que podría decirse estas dos direcciones contemporáneas.

Pues ya para finalizar su intervención esta noche, Profesor Fernández Galeano, como sabe, ya el lunes comienza la semana de exámenes. ¿Podría dar alguna última orientación también a los alumnos de Filosofía del Derecho? Bueno, sí, la orientación es, en el orden práctico, digámoslo así, recordar, aunque supongo que lo saben de sobra, por las orientaciones que comunicamos a los centros, que el examen consiste en que se proponen cuatro preguntas y el alumno elige tres para su desarrollo. Con lo cual, pues, hay una facilidad para el alumno.

Y yo lo que recomiendo siempre a todos es que, por favor, sean concretos. Ser concreto no es ser siempre ni necesariamente limitado ni breve. Ser concreto es sencillamente ceñirse de un modo riguroso a aquello que se pregunta.

Y no hablar de cuestiones que pueden ser vecinas a lo que se pregunta, pueden tener relación con ello, pero que no son, no forman parte del tema y por consiguiente no tiene sentido extenderse sobre ellas. Los exámenes tienen que ser concretos, ceñidos, insisto, de un modo riguroso a lo que se pregunta. Y luego no tengan ustedes excesiva angustia por el dato concreto.

No recuerdo una fecha, se me escapa la ortografía de un autor, cómo se escribe este nombre... No se preocupe, señor ministro, nosotros en la Cártel la juzgamos más que por el dato concreto, por la cuestión minuciosa. No, no, nosotros la juzgamos ante lo que dice este alumno. Conoce verdaderamente el tema, tiene la cultura jurídica suficiente para afrontar ese tema.

Hombre, pues si lo tiene, se ha olvidado de cosas, no dice determinadas cuestiones, eso es lo de menos. Para nosotros lo que importa es la tónica general del ejercicio, porque concebimos la asignatura de obvio derecho como una asignatura que presta o recubre culturalmente al alumno y eso es lo que realmente nos interesa y no otra cosa. Muchísimas gracias, profesor Fernández Galeano, como siempre, por su intervención en Revista de Derecho.

Gracias a ustedes. Antes de dar paso a las noticias, les recuerdo que la Revista de Derecho continuará tras el boletín con el desarrollo de los temas que aún nos restan correspondientes a las disciplinas de Derecho Internacional Privado, Derecho Civil 4 y Derecho Procesal 2. Les esperamos. Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org