



FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO

Estudios sobre teoría jurídica
contemporánea a partir de las ideas
de Carlos Ignacio Massini Correa

JUAN CIANCARDO
JUAN B. ETCHEVERRY
CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA
PEDRO RIVAS
JAVIER SALDAÑA SERRANO
PILAR ZAMBRANO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO
Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir
de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 776

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Leslie Cuevas Garibay
Cuidado de la edición y formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO

Estudios sobre teoría jurídica
contemporánea a partir de las ideas
de Carlos Ignacio Massini Correas

JUAN CIANCIARDO
JUAN B. ETCHEVERRY
CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA
PEDRO RIVAS
JAVIER SALDAÑA SERRANO
PILAR ZAMBRANO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2016

Clasificación LC	
K230.A2 F55 2016	<i>Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas</i> - México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
	645 p. – (Serie Doctrina Jurídica, 776) ISBN: 978-607-02-8178-5
Clasificación IJ	
C300 C438F	1. Derecho – Filosofía– 2. Derecho natural 3. Derechos humanos 4. Teoría del conocimiento 5. Ciencia Política – Filosofía
	I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Cianciardo, Juan, coordinador; Etcheverry, Juan B., coordinador; Martínez Cinca, Carlos Diego, coordinador; Saldaña Serrano, Javier, coordinador; Rivas, Pedro, coordinador; Zambrano, Pilar, coordinadora.

Primera edición: 15 de agosto de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8178-5

CONTENIDO

Un universitario cabal.....	1
Juan CIANCIARDO	
Retrato de un amigo.....	9
Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA	
De las raíces a los frutos. Recuerdos de un universitario agradecido..	15
Carlos MASSINI CORREAS	

PRIMERA SECCIÓN ESTUDIOS SOBRE EPISTEMOLOGÍA, LÓGICA JURÍDICA Y ANÁLISIS DEL LENGUAJE

Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación.....	53
Pilar ZAMBRANO	
Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad.....	75
Juan CIANCIARDO	
Verdad práctica y ciencia jurídica. Una breve reflexión sobre los tres niveles del conocimiento jurídico.....	99
Guilherme BOFF	
Alfredo de J. FLORES	
Conocimiento práctico y prudencia jurídica en el pensamiento de Carlos Massini. Un argumento en torno a la autoridad del derecho....	113
Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA	

LENGUAJE Y REALISMOS JURÍDICOS*

Oscar Vergara**

su Mari o : I. La naturaleza del lenguaje jurídico. II. La cuestión semántica. III. Verdad o corrección del lenguaje jurídico. IV. Lenguaje “performativo” o magia. V. Aspectos críticos de la teoría empirista del lenguaje jurídico. Hacia una ciencia (verdaderamente) realista del derecho.

Desde la desaparición de sus últimos epígonos, Ross (†1979) y Olivecrona (†1980), el así denominado realismo jurídico escandinavo parece haberse extinguido como movimiento filosófico.¹ Probablemente, su mayor limitación consista en su metodología radicalmente empirista, autodenominada “realismo”, que condiciona notablemente su intento de dar una explicación cabal del derecho. Como ha señalado recientemente Hierro en su libro sobre El realismo jurídico escandinavo,

la construcción de una ciencia empírica del derecho entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente y, por ello, referentes a algún conjunto de hechos psicosociales y la construcción de un concepto de “validez” o

* La parte expositiva de este capítulo ha sido en parte extractada del capítulo correspondiente al lenguaje jurídico de la tesis doctoral del autor; Vergara, Oscar, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio en torno al pensamiento jurídico de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004.

** Universidad de La Coruña (España).

¹ Fuera de sus fronteras, el mayor eco lo ha tenido en Italia, donde Enrico Pattaro intenta mantener encendida la llama. Cfr. Pattaro, E., *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Dordrecht, 2005, p. 88. Elementos realistas inspiran también el que se ha denominado “realismo jurídico genovés”, con Tarello a la cabeza, si bien esta corriente recibe también una fuerte influencia analítica. Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 12 y 13. En España, Rafael Hernández Marín ha mostrado bastante receptividad hacia los postulados del realismo escandinavo. Cfr. Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 99 y 116-118.

“vigencia” que sea empíricamente descriptivo, pierden relieve una vez admitida generalmente la superación del verificacionismo, propio de un estricto empirismo, y ampliados los horizontes de la teoría del significado.²

Ahora bien, sería injusto no señalar las interesantes aportaciones de esta corriente que, como señala el mismo autor, ocasionaron la revisión del positivismo y abrieron paso al normativismo analítico: la crítica de la teoría de la voluntad, la introducción del análisis crítico de los conceptos jurídicos, la explicación institucional del derecho, la definición de las normas jurídicas por su pertenencia al sistema, la introducción de los criterios de corrección o incorrección como propios de los conceptos y proposiciones científico jurídicos, etcétera.³

El tema del lenguaje jurídico resulta un tema muy a propósito para sondear lo que de aportación y de limitación hay en el realismo escandinavo. Karl Olivecrona se ha dedicado a este tema con especial interés.⁴ En estas páginas se pretende analizar su teoría del lenguaje jurídico examinando los siguientes aspectos: la cuestión de su naturaleza, la cuestión semántica, la cuestión de la verdad y la cuestión performativa. Por último, se añaden algunas consideraciones críticas que muestran la insuficiencia de esta clase de realismo, al hilo del pensamiento de Massini.

I. LA NATURALEZA DEL LENGUAJE JURÍDICO

Como se ha dicho, el tema del lenguaje jurídico es crucial en la teoría del derecho de Olivecrona.⁵ Por eso señala que ningún sistema jurídico vigente pue-

² Hierro, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2a. ed., Madrid, Iustel, 2009, p. 24.

³ *Cfr. ibidem*, pp. 24 y 25.

⁴ Bien es verdad que, desde el punto de vista de la lógica formal, su mayor desarrollo proviene de su compañero de escuela Alf Ross. Véase especialmente Ross, A., *Directives and Norms*, Londres, Routledge, 1968. Existe versión castellana, *La lógica de las normas*, trad. de J. S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971. Desde un planteamiento más cercano a Hägerström y a Olivecrona, es célebre e ilustrativo su ensayo “Tû-Tû”, *Festschrift til Professor Henry Ussing*, 1951. Traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

⁵ El interés de Olivecrona por el lenguaje jurídico es creciente y halla su culminación en la segunda edición de *Law as Fact* (1971). La trascendencia del tema del lenguaje jurídico es muy alta, y hay quien lo sitúa en el centro de la definición misma del realismo escandinavo. Así, Hernández Marín sostiene que se trata ésta de una doctrina que afirma que el derecho está sólo formado por entidades lingüísticas factuales, y señala a Olivecrona como el ejemplo más claro y destacado. Según la opinión de este autor, Olivecrona sostiene tres cosas, dos

de ser concebido sin lenguaje.⁶ Asimismo, el lenguaje ordinario está lleno de términos jurídicos, como cabe observar en la vida cotidiana. Habitualmente, en efecto, tenemos que habérnoslas con multitud de negocios jurídicos; por ejemplo, una compraventa, la firma de un cheque, el alquiler de un piso... A su vez, la prensa nos informa de gran cantidad de actos jurídicos de carácter público; por ejemplo, medidas del gobierno, establecimiento de nuevas leyes, subidas de impuestos... Todos esos acontecimientos y muchos más, señala Olivecrona, son descritos habitualmente a través de términos jurídicos.⁷

En apariencia, el lenguaje jurídico refleja la *realidad*. Pero Olivecrona niega que esto sea así porque esa presunta realidad a la que se refiere no forma parte del mundo sensible, sino que pertenece a un presunto plano superior. Por eso, todo intento de localizar esta realidad fracasa siempre. Se hace necesaria, opina, una aproximación crítica a la cuestión del lenguaje jurídico.⁸

Pero esta perspectiva, a su juicio, es incompatible con el iusnaturalismo. Esta doctrina, tal y como la ve Olivecrona, afirma la idea de que el lenguaje jurídico tiene *efectos suprasensibles*; a saber, la creación, modificación y extinción de relaciones morales entre voluntades humanas.⁹ Reconoce que el iusnaturalismo supone un avance en relación con la primitiva interpretación mágica del lenguaje —según la cual, las palabras producen o transmiten poderes fuera de la mente humana—, pero es un avance muy limitado porque sigue afirmando la existencia de efectos suprasensibles. Olivecrona considera que esto no es correcto, porque sólo aquello que pertenece al contexto espacio-temporal, según él, tiene entidad real.¹⁰

Ahora bien, si el derecho no refleja la realidad, si no tiene sentido hablar de supuestos efectos suprasensibles, ¿por qué seguimos utilizando el lenguaje jurídico? Como las creencias mágicas, habría que desterrarlo para dar paso a un lenguaje más realista. Olivecrona no acepta esta consecuencia. La razón está en que, para él, el lenguaje jurídico es una herramienta de *control social* de primer orden.¹¹ Las palabras no sirven solamente para

implícitamente y una explícitamente. Del primer modo sostiene que no hay más derecho que la ley y que la ley es el texto de la ley. Y del segundo modo que la ley es un hecho. Cfr. Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., pp. 121-126.

⁶ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 240.

⁷ Cfr. Olivecrona, "Legal Language and Reality", en Varios autores, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis-Nueva York, Bobbs-Merrill Co. Inc., 1962, p. 151.

⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, cit., pp. 240, 245 y 246.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 246.

¹¹ Cfr. *ibidem*. Aunque su explicación sobre el lenguaje jurídico gira más en torno al derecho privado de obligaciones (particularmente en relación con el derecho subjetivo), su relevancia en relación con la norma jurídica y el derecho objetivo en general no es menor.

describir; decir algo no implica necesariamente afirmar algo.¹² Es más, el lenguaje jurídico no es primordialmente enunciativo; su principal función es, precisamente, la de servir de medio para influir en el comportamiento social.¹³ No pretende reflejar la realidad, sino conformarla. Esto es posible gracias a que las palabras del derecho tienen una poderosa *carga emotiva*. A través de ellas se induce a sus destinatarios a tener o a no tener determinada conducta.¹⁴ El lenguaje jurídico es, en suma, un lenguaje directivo.¹⁵

Esto permite, para Olivecrona, comprender la verdadera naturaleza de la institución legislativa. La ley, afirma, no expresa un deseo; no da consejos ni indica utilidades. La ley no es una razón para la acción, como tampoco lo es el mandato. Ambos son *imperativos* de carácter categórico (no hipotético) y no hacen referencia a valores. Los imperativos son “un modo de expresión usado de modo sugestivo para influir en la conducta de la gente”.¹⁶ Es indiferente, por supuesto, que, desde un punto de vista verbal o lingüístico, el modo empleado sea el imperativo (“¡hágase!”) o el indicativo (“se hará”). Es el sentido global imperativo el que importa.¹⁷ El signo imperativo está dirigido a lo que Olivecrona llama “aspecto volitivo” de la mente del receptor, no al intelectual; si bien, el contenido del imperativo, es decir, la descripción de la conducta a observar, viene dado por el aspecto representativo de la ley o del mandato.

Desde un punto de vista empírico, el signo imperativo es sólo lenguaje, pero no representa nada. En su forma más simple consiste en el modo

¹² Olivecrona utiliza la expresión “falacia constatativa”, de J. L. Austin, para designar este error. Cfr. Olivecrona, “Bentham’s «Veil of Mystery»”, en Varios autores, *Current Legal Problems*, Londres, 1979, p. 235.

¹³ No es, por tanto, un velo que se interponga entre el observador y los contenidos del derecho, dice Olivecrona refiriéndose a Bentham. Cfr. *idem*.

¹⁴ Cfr. Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *cit.*, p. 190. Existen innumerables palabras funcionales o palabras que designan objetos por medio del uso para el que sirven. Cfr. Olivecrona, *The Problem of the Monetary Unit*, Nueva York, Macmillan Co., 1957, p. 12. La unidad monetaria es un ejemplo de ello. Hay muchas teorías para explicar su naturaleza, pero, según Olivecrona, todas fracasan. Al igual que los términos jurídicos, se trata de una noción que carece de significado pero que cumple una importante función social. Ahora bien, ¿cómo es posible pagar algo en dinero si éste no es nada? A juicio de Olivecrona, “la paradoja se resuelve si se tiene en cuenta que la promesa de pagar dinero, a pesar de ser una promesa de transferir cosas inexistentes a otra persona, puede cumplir una función en la organización de la sociedad”. Cfr. *The problem, op. cit.*, p. 17. Esta solución anticipa la solución que ofrecerá para la cuestión del derecho subjetivo.

¹⁵ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact, cit.*, p. 118.

¹⁶ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 118 y 119. Asimismo, Olivecrona, *Der Imperativ des Gesetzes*, Copenhague, Munksgaard, 1942, pp. 7-15.

lingüístico, en la manera de hablar o en la actitud del hablante. Junto a estas formas “espontáneas” hay otras “convencionales” o “estandarizadas”, como, por ejemplo, el uniforme de un mando militar o la palabra que designa su empleo (por ejemplo, sargento, teniente, etcétera). También pertenecen a esta categoría, en el ámbito empresarial, un cargo directivo o determinada posición en el organigrama. El elemento imperativo varía según las circunstancias, pero su función es, en todo caso, hacer que los unos obedezcan a los otros de modo natural.¹⁸

Uno de los signos imperativos más destacables es la palabra “derecho subjetivo” (*right*). Se trata de una palabra que se resiste al análisis teórico, opina Olivecrona. Las razones son dos. Por un lado, existe un vínculo emocional muy intenso entre dicha palabra y el efecto psíquico que produce. Éste crea la falsa apariencia de que la palabra “derecho” se corresponde con una realidad exterior. Por otro lado, se trata de una palabra insustituible en el discurso jurídico.¹⁹ Su función, explica, es la misma que desempeña un semáforo con respecto a la ordenación del tráfico.²⁰ Se trata de un signo —en el caso del derecho, de carácter lingüístico— fácilmente comprensible que discrimina entre las conductas correctas y las incorrectas.²¹ Sin embargo, no tiene contenido semántico; es una palabra vacía que tiene una función directiva, lo que hace un gran servicio al legislador.²²

II. LA CUESTIÓN SEMÁNTICA

Según Moore, es una falacia definir la noción de “bueno” en términos de una noción distinta de ella misma; en particular, en términos de una categoría natural, sensible o suprasensible. Así, por ejemplo, si definimos lo bueno por

¹⁸ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, *cit.*, p. 128.

¹⁹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, Copenhague-Londres, Einar Munksgaard-Humphrey Milford, 1939, pp. 121 y 122. Véase también Olivecrona, *Gesetz und Staat*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1940, pp. 117 y 118.

²⁰ Cfr. Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 183. Cursiva añadida.

²¹ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 189.

²² Cfr. Olivecrona, “The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt”, *Scandinavian Studies in Law*, 1959, p. 144, donde Olivecrona aclara los malentendidos que produjo la crítica de Hägerström del derecho subjetivo, que negaba la existencia de derechos y deberes. Olivecrona trata de hacer compatible la nihilidad del derecho subjetivo con su funcionalidad. En este sentido, véase Olivecrona, *Law as Fact*, *cit.*, pp. 95, 98 y 99; *Gesetz und Staat*, p. 99; “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, pp. 168 y 169; *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 183, 252, 255.

lo placentero, no podemos evitar la pregunta: pero ¿es bueno lo placentero? Para Moore, “bueno” es una noción simple e indefinible.²³

Para Ayer, sin embargo, sí tiene un significado, pero se trata de un significado emotivo. Según este autor, tanto la ética naturalista como la no naturalista —como puede ser la de Moore— parten de una concepción estrecha de significado. Entienden que todo significado ha de ser necesariamente descriptivo. Ayer considera, por el contrario, que los términos éticos, aunque son significativos, carecen de contenido cognoscitivo. Tienen un significado emotivo. Así, la palabra “bueno”, si bien carece de toda función simbólica, es un signo que expresa una emoción.²⁴ De este modo se puede decir que, para Ayer, los juicios éticos son *expresiones del sentimiento*. Esto implica que no hay manera de verificar la validez de esta clase de juicios, aunque sí su eficacia, investigando los hábitos morales de una persona o grupo de personas determinados, especificando la posible *causa* (eficiente) de ellos. La ética, como rama del conocimiento, acaba reduciéndose a una sección de la psicología y de la sociología.²⁵ Con ello pretende haber esquivado la falacia naturalista.

En esta línea, para Stevenson, la palabra “bueno” tiene un significado emotivo “laudatorio” que expresa un interés favorable. Este autor separa nítidamente entre hechos y valores éticos, haciendo hincapié en la antigua idea formulada por Hume de que no es lógicamente posible pasar de los unos a los otros.²⁶ La lógica de la ética, a su juicio, no pertenece ni a la lógica deductiva ni a la lógica inductiva. Es una lógica peculiar en la que la relación entre las premisas y la conclusión es de índole psíquica más que lógica, y es con la lógica de los imperativos con la que presenta una mayor afinidad. Stevenson distingue entre desacuerdos en cuanto a las *creencias*, que cree posible abordar con métodos racionales, y desacuerdos en cuanto a las *actitudes*, los cuales sólo es posible disolver recurriendo a la persuasión.²⁷

No cabe situar a Olivecrona en esta orientación emotivista, pero su pensamiento sobre la materia entronca con ella a través de la Escuela de

²³ Cfr. Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903, pp. 10 y ss.

²⁴ Cfr. Ayer, A. J., *Language, Truth and Logic*, 1936. Aquí se ha consultado la versión española *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971, p. 126.

²⁵ Cfr. *ibidem*, p. 131. Para Alf Ross, destacado realista escandinavo, la ética debe transformarse en “etología”, que es una ciencia sobre el comportamiento empírico. Cfr. Ross, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhague-Leipzig, Levin & Munksgaard-Felix Meiner, 1933, p. 436.

²⁶ Cfr. Stevenson, C. S., *Ethics and Language*, 1944. Se ha manejado la versión española *Ética y lenguaje*, trad. de E. A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, pp. 147-149.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 134.

Uppsala que, dentro de un movimiento antiidealista más amplio, ya había avanzado algunas ideas de esta índole.²⁸ En particular, Stevenson reconoce haber leído a Hägerström.²⁹ Olivecrona, más preocupado por el derecho que por la ética no se interesó por las teorías de Russell, Ayer o Stevenson. Cualquier coincidencia con ellos deriva, pues, de la común aplicación del método empirista a la esfera de la conducta. Por ello no es claro que Olivecrona asumiera la tesis el significado emotivo de las palabras, aunque parece vislumbrarse en alguno de sus escritos. Así, cuando escribe:

Del modo como la palabra [derecho] es usada, parece que significa un poder. Tener un derecho es imaginado como ser capaz de hacer algo, o reclamar algo. Pero tal poder es inaprehensible, y su naturaleza, parece que no puede ser adecuadamente descrita sin la palabra “derecho”. *Algo se pierde cuando otras palabras son usadas.*³⁰

Si hay “algo” que se pierde cuando esta palabra deja de usarse, y si esa palabra carece de referencia a la realidad exterior, ese algo podría tener carácter subjetivo o emotivo.

En otra ocasión escribe lo siguiente:

Cuando, por ejemplo, calificamos las acciones como buenas o malas, aparentemente adscribimos la propiedad de bondad o maldad a ellas. Sin embargo, es obvio que tales propiedades no pueden ser detectadas en las acciones entre sus propiedades naturales. *La cualificación representa nuestra propia actitud emocional; carecería de sentido describir una acción como buena o mala si fuera a dejarnos totalmente pasivos. Las proposiciones sobre la bondad o maldad están provistas de significado [meaning] a través de los correspondientes sentimientos.*³¹

Posteriormente, en 1962, esta idea es expresada de la siguiente manera:

Palabras como padre, madre e iglesia hacen referencia a los hechos; *a esto se añade un significado emocional [emotional significance]*. Pero ¿por qué no podríamos

²⁸ A la cabeza de esta Escuela filosófica, así como de su vertiente jurídica, el realismo escandinavo, encontramos a Axel Hägerström, cuya obra fundacional podría ser Hägerström, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908.

²⁹ Dicho emotivismo puede apreciarse, por ejemplo, en Hägerström, A., “The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law”, en Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (1935), trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1965, p. 303: “ciertas palabras o formas verbales, por otra parte, sirven en el intercambio social como medio para despertar cierta actitud práctica o emocional”.

³⁰ Olivecrona, *Law as Fact, cit.*, p. 121. Cursivas añadidas.

³¹ “Realism and Idealism”, *op. cit.*, p. 130. Cursivas añadidas.

tener nombres sin tal referencia? Esta posibilidad no puede ser excluida *a priori*. Es verdad que, en apariencia, los nombres siempre se refieren a realidades. El objeto referido puede, por supuesto, existir solamente en la imaginación, como un centauro. Pero ¿por qué no podría ser que el objeto no existiese siquiera en la imaginación?³²

En cuanto al lenguaje específicamente jurídico, Olivecrona afirma que para conseguir regular el comportamiento social es necesario “algo más” que la mera comunicación (descriptiva) de la representación de ciertas conductas. Imaginar, ejemplifica, una situación en la que dos conductores van en direcciones opuestas, cada uno por su derecha, no equivale a representarse ninguna regla. Una regla expresa una conducta que *debe ser*. Y éste consiste en el “*sentimiento* de que cierto patrón de conducta tiene que observarse cuando se verifica la ocasión”.³³

Más allá de estas referencias, normalmente Olivecrona se limita a expresar la idea de que las nociones jurídicas no significan nada en absoluto,³⁴ lo que no es necesariamente incompatible con una teoría emotivista del significado del lenguaje jurídico si entendemos que “nada” hace referencia a una realidad extramental objetiva.

III. VERDAD O CORRECCIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO

Por lo que se acaba de decir, parece que si los términos jurídicos nada significan, los enunciados que los contengan carecerán igualmente de sentido, por lo que de ellos no se podrá decir si son verdaderos o falsos. Por ejemplo, si “derecho” no significa nada, “tengo un derecho” será un enunciado que nada dice. Sin embargo, como también se ha dicho, los términos jurídicos tienen una función directiva cuya fuerza radica en el carácter emotivo de dichos términos. Entonces, los enunciados jurídicos sí pueden ser eficaces o ineficaces. La paradoja está en que, para ello, es preciso que se crea que dichos enunciados son verdaderos, lo que, a su vez, implica creer que dichos términos son significativos. En efecto, escribe Olivecrona: “La proposición «ésta es la propiedad de A» puede tener su efecto psicológico solamente si se entiende que es verdadera (*true*)”.³⁵

³² Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 170. Primera cursiva añadida. Aunque la palabra *significance* puede tener el sentido de trascendencia, parece más adecuado en este contexto traducirla por “significado”.

³³ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 115.

³⁴ *Cfr. ibidem*, p. 191.

³⁵ “The Legal Theories...”, *op. cit.*, p. 145.

Pero se trata sólo de una creencia, porque los términos jurídicos nada significan para Olivecrona. Por eso dice que “se entiende” que es verdadera o, más adelante en la misma página, “que se supone verdadera”. La explicación es empírica. Si el lenguaje jurídico ha de guiar la conducta humana es preciso que sus destinatarios *se sientan* emocionalmente interpelados por él.

Un modo de hacer creer que sus enunciados son verdaderos es fundamentarlos en reglas válidas de un sistema normativo. J. L. Austin señala que para “hacer cosas” con palabras —que en su caso es algo más que el mero causar efectos empíricos— es preciso que la dicción de esas palabras se ajuste a determinadas reglas. Así escribe:

(A. 1) Ha de haber un procedimiento convencional aceptado, con un efecto convencional, que incluya la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias, y, además,

(A. 2) las personas particulares y las circunstancias en un caso concreto deben ser apropiadas para la invocación del procedimiento particular al que se ha recurrido.

(B. 1) El procedimiento debe ser ejecutado por todos los participantes tanto correctamente como

(B. 2) completamente.

(Γ. 1) Donde, como a menudo, el procedimiento es designado para el uso por personas que tienen ciertos pensamientos o sentimientos, o para la creación de cierta conducta por parte de algún participante, entonces una persona que participa y recurre así al procedimiento debe, de hecho, tener esos pensamientos o sentimientos, y los participantes deben tener la intención de conducirse así, y, además,

(Γ. 2) deben realmente conducirse así en lo sucesivo.³⁶

Olivecrona tiene en cuenta ambos tipos de condiciones: formales (las encabezadas por Austin con la letra A) y de eficacia (las agrupadas por Austin bajo la letra Γ), pero sólo considera esenciales las segundas. Así, un enunciado legal producirá efectos sobre el comportamiento social si, por un lado, se han seguido “ciertas formalidades que acaban con la firma del texto [promulgación] por la persona encargada de esta función”,³⁷ y si, por otro lado, existe un hábito (psicológico) de obedecer las normas jurídicas.³⁸ Pero lo esencial es lo segundo. Para que se produzcan los efectos correspon-

³⁶ Austin, J. L., *How to do Things with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962, pp. 14 y 15. Aunque aquí se ha manejado el texto en inglés, existe versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990.

³⁷ Olivecrona, “The imperative Element in the Law”, *Rutgers Law Review*, 1963-1964, p. 806.

³⁸ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, *cit.*, p. 154.

dientes no es preciso que los enunciados jurídicos sean verdaderos, sino que *se crea* que son verdaderos.³⁹ Esto no es suficiente para Austin. Para él, una expresión inadecuada que quebrante el procedimiento convencional establecido al efecto *impide* la realización del acto pretendido.⁴⁰

La razón por la que esto es así arroja luz sobre la fundamental diferencia que existe entre ambos. Para Austin, las palabras producen tres clases de efectos: *locucionarios*: el mismo decir algo; *perlocucionarios*: causados *por* decir algo (por ejemplo, la alegría de mis herederos), e *ilocucionarios*: lo que se *hace* cuando se dice algo (por ejemplo, un testamento, una promesa, una amenaza, un préstamo, etcétera). Es decir, para Austin, uno no sólo *dice* y, eventualmente, *ocasiona*, sino que también *hace* algo.⁴¹ Pero Olivecrona no considera esta última dimensión del lenguaje, y sólo tiene en cuenta los efectos psicosociales de las palabras (o sea, los perlocucionarios). Pensar que se hacen cosas con palabras (por ejemplo, hacer a alguien rey) es, para él, creer en la magia. Los efectos jurídicos, según Olivecrona, no son efectos ilocucionarios, sino psicofísicos (por ejemplo, el hijo romano vendido tres veces no *se hace libre*, sino que *es considerado libre*).⁴²

Posteriormente, en 1971, Olivecrona afina su terminología y deja de hablar de «verdad», para pasar a hablar de “corrección”. Esto le permite distinguir entre ambos términos. A su juicio, no se puede hablar de verdad en relación con el derecho: “La cuestión de la verdad es tan inútil en relación con las oraciones emotivas como en relación con las oraciones que tienen por fin inducir a cierto comportamiento, como las órdenes”.⁴³

Una afirmación acerca de la composición mineral de una roca puede ser verificada examinando la roca, pero una afirmación acerca de su titularidad no puede realizarse examinando la roca. La verificación, en este caso,

³⁹ Además de la cita anterior, *cfr.* “Legal Language...”, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰ *Cfr.* Austin, *How to do Things with Words*, *cit.*, pp. 15 y ss.

⁴¹ *Cfr. ibidem*, p. 101.

⁴² *Cfr.* Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 221 y ss. Olivecrona no maneja las nociones wittgensteinianas de “seguir una regla” y “juego de lenguaje”. Sobre estos conceptos, *cfr.*, por ejemplo, Sánchez Cámara, I., *Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart*, Universidad de La Coruña, 1996, pp. 28 y ss. Parafraseando a Wittgenstein, el error de Olivecrona podría estar en “buscar una explicación allí donde deberíamos ver los hechos como «protofenómenos». Es decir, donde deberíamos decir: *éste es el juego de lenguaje que se está jugando*”. Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, Anscombe, G. E. M. (ed.), 1945. Aquí se ha manejado la versión castellana *Investigaciones filosóficas*, trad. de la 3a. ed. (1967) de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, par. 654. En otras palabras, es una manera de hablar, y su veracidad no se puede establecer empíricamente, sino atendiendo al juego del lenguaje propio del derecho. Esto es lo que lo lleva a introducir la noción de “corrección”, de la que se trata a continuación.

⁴³ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 184.

atiende a las normas jurídicas y a los títulos que permiten realizar la atribución. Si, de acuerdo con ellas, Ticio es propietario de la roca, la afirmación es *correcta, pero no verdadera*: “Corrección —escribe— significa estar de acuerdo con el derecho”.⁴⁴ Se trata de comprobar que Ticio haya adquirido la roca según uno de los modos de adquisición previstos en la ley; que tenga capacidad de obrar; que la roca está libre de cargas, etcétera.

De acuerdo con este sentido, las afirmaciones acerca de la “existencia” de derechos, deberes y otras cualidades jurídicas que son realizadas con el fin de dar información pueden valorarse como correctas o incorrectas. Si se entiende que son correctas, se confía en ellas, y se cree haber adquirido cierta información, con arreglo a la cual se actúa: “la corrección —escribe— se requiere para que tales enunciados tengan influencia en el comportamiento. Frases como «esto es mío» o «esto pertenece a A» no pueden ser influyentes si no son vistas como correctas”.⁴⁵ No es un hecho empírico que yo posea una casa, o que una pareja esté casada, o que alguien sea juez o presidente.⁴⁶ Así, dado el enunciado “N. es presidente del país P”, si queremos determinar su corrección, recurrimos a la constitución de P, donde se establece cierto modo de elegir presidente. Posteriormente comprobamos que N. ha sido elegido por este camino y que todo el mundo le toma como tal presidente, de tal forma que la sociedad actúa de acuerdo con esta creencia.

Olivecrona se plantea qué pasaría si este lenguaje con estas consecuencias no existiera. Ello supondría —responde— que el enunciado “N. es presidente de P” perdería todo significado, y equivaldría al de un lunático que se creyera el emperador de la China. La cualidad de ser presidente —concluye— no existe, “únicamente hay un uso regularizado del lenguaje según el cual N. es presidente y una serie de consecuencias sociales”.⁴⁷

Esta función sociolingüística del derecho es una de las piezas clave de la maquinaria jurídica. Corrientemente se piensa que el titular de un derecho o potestad tiene realmente ese derecho o potestad, como el de ser presidente. Se *cree* que N. es efectivamente presidente de P. La confirmación se puede realizar a través de las reglas constitucionales. Pero esto, al historiador, objeta Olivecrona, no le interesa. A él no le interesa este tipo de *verdad*. A él, lo que realmente le importa es si durante cierto periodo el poder fue *efectivamente* ejercido por N. Lo que tiene que hacer el historiador, por tanto, es describir cómo funcionaba de hecho la maquinaria jurídica. ¿Era Napoleón legítimo emperador de Francia o simplemente detentaba el

⁴⁴ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 197.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 266.

título? Como emperador fue efectivamente considerado desde 1804 hasta 1815. Sin embargo, para los borbones y para los exiliados era un usurpador. Según Olivecrona, no se puede decidir quién tenía razón. Únicamente cabe describir qué decía y hacía la gente. La distinción entre verdad y corrección es fundamental, opina, cuando se quiere realizar una aproximación *científica* a la cuestión, tratando de poner en armonía los datos del mundo jurídico con los que provienen del mundo de los hechos.⁴⁸

IV. LENGUAJE “PERFORMATIVO” O MAGIA

La teoría de las expresiones “performativas”,⁴⁹ a la que se ha hecho mención en el epígrafe anterior, fue formulada por J. L. Austin en 1946, en un artículo que llevaba por título “Other Minds”.⁵⁰ No obstante, se trata de ideas que habían venido gestándose desde 1939 y que fueron objeto de las clases que impartió aquel profesor en Oxford desde 1952 hasta 1954. Un año después, en 1955, el profesor inglés dictó en Harvard una serie de conferencias, que fueron recogidas en el libro *How to do Things with Words*, publicado más tarde, en 1962.⁵¹ No obstante, un año antes de la publicación de este trabajo apareció un avance suyo en el libro *Philosophical Papers*,⁵² que recogía un debate que fue emitido radiofónicamente en 1956, el cual es citado por Olivecrona en el artículo “Legal Language and Reality” (1962). El profesor sueco pronto mostró interés por la teoría de las expresiones performativas, aunque él afirmaba haber avanzado estas ideas en 1943 siguiendo a Hägerström.⁵³

Una de las tesis principales de *How to do Things with Words* consiste en la afirmación de que un enunciado (*statement*) no sirve únicamente para describir o constatar cierto estado de cosas —descripción o constatación que podría ser verdadera o falsa—, sino que puede también *hacer* otras muchas cosas, tales como expresar deseos, formular preguntas, dictar órdenes, etcétera.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 266 y 267. Sin embargo, esta distinción es relativa, pues la corrección que nos muestra no es el resultado de un proceso demostrativo, sino la que es tenida por tal. Es decir, lo que importa no es tanto que la elección de N. haya sido objetivamente correcta, sino que sea considerada como correcta, lo cual se puede comprobar empíricamente.

⁴⁹ Aunque en ocasiones se han traducido como “expresiones realizativas”, se ha generalizado el uso del neologismo “performativo”. Esta palabra (*performative*) también es nueva en la lengua inglesa.

⁵⁰ Austin, J. L., “Other Minds”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 20, 1946, pp. 148-187.

⁵¹ Austin, J. L., *How to do Things with Words*, *cit.*

⁵² Austin, J. L., *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

⁵³ En Olivecrona, *Domen i twistemål*, Lund, 1943, p. 69 (citado en Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 134). Se refiere a lo que entonces denominó “imperativos de existencia”, cuya función era crear derechos y obligaciones.

Olivecrona adopta esta tesis para dar más clara expresión a la suya, pero sin abandonar la perspectiva psicosocial. El profesor sueco, en su particular interpretación, equipara el lenguaje performativo con el lenguaje mágico. Olivecrona afirma que el derecho surge originalmente en un contexto mágico-religioso. En su opinión, “el sentido de todo enunciado performativo es, de hecho, mágico”,⁵⁴ porque su propósito es el de crear relaciones de carácter no físico y, por ende, no real a través de la pronunciación de ciertas palabras.⁵⁵ Este lenguaje no busca describir nada y a nada hace referencia. Únicamente pretende hacer cosas a través de palabras. Éstas, en consecuencia, no pueden ser ni verdaderas ni falsas.⁵⁶ Tomando ejemplos de Austin, Olivecrona apoya también la idea de que el que bautiza una embarcación mediante las palabras “yo bautizo este barco como Queen Mary” no está describiendo lo que hace, sino que simplemente *está bautizando* el barco, esto es, está haciendo algo. Análogamente, cuando alguien pronuncia en una boda el “sí, quiero”, no está informando acerca de un matrimonio, sino que *está contrayéndolo*. Por último, cuando se dice “te hago entrega de este reloj”, el donante no está describiendo el acto de la donación, sino que *está donando*. Para Austin, estas palabras tampoco son ni verdaderas ni falsas, pero eso no quiere decir que carezcan de sentido.⁵⁷

Olivecrona se pregunta acerca de su significado y lamenta que Austin no se ocupe específicamente de esta cuestión. También echa de menos un tratamiento de la naturaleza de los supuestos efectos no psicológicos de los actos rituales. Olivecrona critica que Austin no se plantee qué significa que haya sido bautizado un barco, casado una pareja o regalado un reloj. Ésta ha sido la causa, en su opinión, de que el profesor de Oxford haya perdido de vista un elemento fundamental en este tipo de actos: el que su finalidad es producir una serie de supuestos efectos no psicológicos. Por eso, critica Olivecrona, Austin acaba admitiendo como performativas expresiones como “te felicito”, “te advierto” y otras, que no están llamadas a producir tales supuestos efectos no psicológicos, por lo que la categoría de las expresiones performativas se acaba diluyendo.⁵⁸

A pesar de que Olivecrona se vale de la teoría austiniana de las expresiones performativas para explicar su teoría, señala a su maestro Hägerström en el origen de ella: “él hablaba —escribe— de magia donde otros

⁵⁴ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 168 y 169, 187 y 188.

⁵⁷ *Cfr. Austin, How to do Things with Words, cit.*, p. 4.

⁵⁸ *Cfr. Olivecrona, Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 234-237.

hablan ahora de expresiones performativas”.⁵⁹ Para maestro y discípulo, “la creencia en la magia es común a todos los pueblos «primitivos»”:⁶⁰ mágica es la explicación de la creación del mundo (“¡hágase la luz!”); mágicas son las ceremonias para conseguir la fertilidad del suelo; para curar enfermedades; para infligir el mal en el enemigo; para aplacar la ira de los dioses; para producir efectos invisibles; para investir de poderes misteriosos a una persona; para hacer peligroso atravesar un límite, etcétera.⁶¹

Olivecrona analiza diversos ejemplos históricos. Cuando los noruegos colonizaron Islandia, en el siglo XIX, tenían un modo mágico de determinar el lugar en que cada familia debía afincarse. Este modo consistía en echar al mar, desde sus embarcaciones, los simulacros de madera en que se creía que sus respectivos dioses domésticos moraban. El lugar en que recalaban era el indicado para que cada familia se instalara. Del mismo modo, el procedimiento para asignar lotes de terreno tenía también carácter mágico. Se realizaba disparando flechas encendidas sobre el terreno que iba a ser apropiado. El sentido de este acto radicaba en la creencia en que, de este modo, se adquiría un poder mágico o místico sobre la cosa. Olivecrona no tiene duda acerca del carácter mágico de todas estas ceremonias.⁶²

Hay, a su juicio, numerosos ejemplos de adquisiciones jurídicas a través de ceremonias mágicas. Otro ejemplo son los Kikuyu, de Kenia. Esta tribu, nos informa Olivecrona, era vecina de una tribu nómada, que era muy exigua y podía ser fácilmente despojada. Pero los Kikuyu no la despojaron porque estaban convencidos de que los dioses les dispensaban protección. Lo que hicieron fue, por el contrario, llegar a un acuerdo por el cual se daban a los respectivos dioses en mutua adopción, con el fin de hacerlos comunes. Una vez hecho esto, se procedió al deslinde de los campos, lo que se verificó con los correspondientes sacrificios a los dioses y a los antepasados.⁶³

Los romanos, en su opinión, también compartían este tipo de creencias mágicas. La compraventa, en particular, constituía un contrato solemne que exigía el cumplimiento riguroso del procedimiento establecido. Entre otros requisitos formales, el adquirente debía pronunciar las palabras “mihi emptus esto”, de carácter claramente imperativo. Para Olivecrona, nos encontramos ante un caso claro de magia verbal: “¿qué otra cosa —se pregunta—

⁵⁹ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁰ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 226.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Cfr.* “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 176.

⁶³ *Cfr.* Leakey, L. S. B., *Mau-Mau and the Kikuyu*, 1953, pp. 2 y ss., *cit.* en Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 226.

sino la magia va a producir un efecto a través de palabras solemnemente recitadas durante un acto ritual?”⁶⁴

En cuanto al derecho medieval, Olivecrona menciona cierta ceremonia matrimonial sueca, que analiza para confirmar su tesis. Entre otros elementos, dicha ceremonia contaba con una parte que consistía en recitar una fórmula aliterativa, en cuya virtud la novia era entregada al novio y recibía todos aquellos bienes matrimoniales que en la época se estimaban propios del ama de casa (*Hausfrau*). Esto se producía junto con el banquete de bodas, que a buen seguro, interpreta Olivecrona, tenía originalmente un carácter ritual, como indica el hecho de que la novia debía ocupar el llamado asiento de la novia (*Brautsitz*), que se consideraba como sagrado.⁶⁵ La ceremonia matrimonial sueca, explica, era originalmente una ceremonia pagana que posteriormente fue cristianizada añadiendo la mención de la Santísima Trinidad. En su opinión, si la ceremonia hubiera sido creada bajo el influjo del cristianismo, habría tenido, sin duda otro carácter, y el oficiante habría sido un sacerdote. La Iglesia, en su opinión, sólo pudo añadir la aludida mención.⁶⁶

Este carácter mágico también está presente en la institución sueca de la *taga konung* (elección real). Las semejanzas con la ceremonia matrimonial son muchas. Así como en ésta una mujer es investida en la condición de ama de casa, análogamente, en aquélla, un hombre es “tomado” o elegido para ser investido como rey. Si la novia se sitúa en un asiento especial, el príncipe electo se sienta en el trono (a veces sobre la piedra sagrada). A la novia se le confiere el nombre de “ama de casa” y al príncipe electo el de “rey”. Las fórmulas rituales son fáciles de retener en la memoria, e indican los deberes que conlleva el nuevo estatus: en el caso de la mujer se insiste en su condición de ama de casa y en la participación en los bienes del matrimonio; en el caso de la coronación se pone el acento en que el reinado sea en beneficio del pueblo. Por último, la remoción del rey se hace mediante un *actus contrarius*, y ése parece ser también el caso del matrimonio.⁶⁷

Los realistas escandinavos recurren a estos presuntos orígenes mágico-religiosos para explicar la fuerza sugestiva del lenguaje jurídico. Según Hägerström, la señora que compra pescado en el mercado realiza un acto

⁶⁴ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 229 y 230.

⁶⁵ *Cfr.* Olivecrona, *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, trad. de K. Wührer, Lund, Gleerup, 1947, pp. 23 y 24.

⁶⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 24 y 25.

⁶⁷ *Cfr. ibidem*, pp. 25 y 26.

de magia.⁶⁸ El lenguaje jurídico no describe nada, pero sí pretende hacer cosas con palabras.⁶⁹

Tomemos nuevamente el ejemplo del matrimonio. ¿A qué realidad se refiere la palabra “matrimonio”? Podría pensarse que se corresponde con una situación en la que un hombre y una mujer viven juntos. Pero un hombre y una mujer pueden vivir juntos no estando casados, y viceversa, pueden estar casados y vivir separados. Así, pues, el matrimonio es algo que está más allá de la efectiva o inefectiva vida marital. Se trata, afirma, de una unión espiritual, “un ejemplo entre otros de la idea de una entidad metafísica creada por algunos hechos jurídicos”.⁷⁰ Pero esto es lo mismo que decir que carece de realidad —si bien no de función—.

Para Olivecrona, las expresiones performativas son imperativos formulados en modo indicativo. Su finalidad no es constatar algo, sino hacer que suceda algo. En el ejemplo anterior, *se casa* a dos personas. La fórmula “yo os declaro marido y mujer” es, por tanto, un imperativo velado.⁷¹ Tiene carácter impersonal, es un imperativo no dirigido a nadie. Cuando se bautiza un barco como *Queen Elizabeth* no se ordena nada a nadie. Tampoco cuando se dona un reloj.⁷² Simplemente se actúa sobre la realidad.

Esto suscita dos cuestiones: *a)* si es posible la existencia de un imperativo no dirigido a nadie, y *b)* cuál es la naturaleza de los efectos producidos por esta clase de imperativos.

a) En lo que se refiere al destinatario, para Olivecrona es un prejuicio pensar que un imperativo siempre tiene por objeto una conducta.⁷³ El lenguaje muestra muchos ejemplos de casos en que esto no es así. Así, los que imponen un sentimiento (por ejemplo, “ama al prójimo”)⁷⁴ o los que carecen de destinatario (por ejemplo, “haya luz”). Este tipo de lenguaje no es exclusivo del lenguaje religioso. Son comunes también en el lenguaje jurídico. La ley de las XII Tablas establecía: *si pater filium ter venum ducit, filius a patre liber esto*. Según Olivecrona, estamos ante un precepto que no se dirige a nadie. Ni se refiere al padre ni se refiere al hijo; sólo dispone un cambio

⁶⁸ Cfr. Hägerström, “Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und modernen Kulturvölker”, *Festschrift für Grotenfält*, Helsinki, 1933, p. 84, citado en “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁹ Cfr. “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁰ *Law as Fact*, *cit.*, p. 549.

⁷¹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 218.

⁷² Cfr. *ibidem*, p. 219.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

en el estatus del hijo. Éste se convierte en libre si se verifica que su padre lo ha vendido tres veces. En la misma ley se dice: *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Este precepto tiene como finalidad convertir al patrón que defrauda en *sacer*, que es una especie de proscripción. Por último, en esta misma fuente, se dispone: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto*. Con esta fórmula se pretende, sin mandar a nadie en concreto, otorgar imperativamente fuerza jurídica a determinadas declaraciones hechas con ocasión de la *mancipatio*.⁷⁵

Olivecrona pone más ejemplos. Según Gayo, la fórmula adecuada para la institución de heredero es *Titius heres esto!* Esta fórmula no se dirige a nadie, sino a la misma institución de heredero. Igualmente, la mencionada ceremonia sueca de elección real (*taga konung*) tiene por fin investir al elegido en la regia condición. La Constitución de los Estados Unidos, a su vez, dispone indeterminadamente que el Poder Legislativo residirá en el congreso y que el Poder Ejecutivo recaerá en el presidente. Se trata de disposiciones que no constituyen órdenes, pues no se dirigen a nadie, sino que se limitan a atribuir ciertos poderes. Los ejemplos se multiplican. En el nombramiento de juez, se dice: “N. será juez”, lo que tiene la virtud de investir a N. en esta nueva condición, de que carecía hasta ese momento. La conclusión que extrae Olivecrona es que no sólo es posible, sino muy habitual, la existencia de imperativos sin destinatario.⁷⁶

b) Por lo que se refiere a la *naturaleza* de los efectos producidos, es claro para Olivecrona que sólo puede tratarse de efectos de orden psicosocial. La ley no tiene la virtud de conformar directamente por sí misma el orden social, sino que opera mediante mecanismos psicológicos, a través de la mente de los ciudadanos.⁷⁷ La Ley de las XII Tablas gozaba de gran veneración entre los romanos. En consecuencia, éstos creían realmente que la triple venta del hijo le hacía libre; que el patrón fraudulento se convertía en proscrito y que una simple declaración instituía herederos. Para ellos se trataba de cualidades reales y efectivas, por lo que modulaban su comportamiento en función de ellas. Es sólo una cadena de causas y efectos:

Las palabras de la ley están visibles en las tablas expuestas en el foro. Existe una reverencia general hacia esta ley. Todo el mundo se siente obligado a obedecer el Derecho. Se producen ciertos acontecimientos, como las tres man-

⁷⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 219 y 220.

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 220 y 221.

⁷⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 221 y 222.

cipaciones de un hijo. Se considera que la situación jurídica ha sido modificada. Por tanto, uno debería obrar de cierta manera [respecto de ese hijo].⁷⁸

Ahora bien, lo curioso es que todavía hoy esas creencias mágicas permanecen de algún modo. Porque hoy en día, explica Olivecrona, sigue siendo habitual creer que los derechos, obligaciones y otras cualidades jurídicas son creados, modificados o extinguidos a través de determinados hechos operativos, que dan lugar a un mundo suprasensible de derechos, obligaciones y cualidades jurídicas. Esto nos parece de lo más natural porque estamos acostumbrados a esta manera de pensar y de hablar. El caso es que no nos paramos a reflexionar sobre esta clase de lenguaje performativo. Nos limitamos a usarlo con fines prácticos. Sólo los filósofos y los científicos del derecho tienen que habérselas, añade, con las enormes dificultades teóricas que envuelve esta cuestión.⁷⁹

Como es fácil de suponer, Olivecrona no puede aceptar que la naturaleza de los mencionados efectos jurídicos sea de carácter suprasensible. Desde un punto de vista realista sólo puede tratarse de efectos de carácter psicosocial. Pensemos en el mencionado ejemplo del bautizo del barco. El acto consiste en que la esposa del presidente de la compañía deja caer la botella de champán sobre el casco, de manera que el barco, al romper aquélla, toma el nombre *Queen Elizabeth*. En virtud de este acto, todo el mundo pasa a llamar al barco *Queen Elizabeth*. Pero imaginemos la hipótesis de que un activista arrebate la botella en el último momento y la estrellé contra el barco diciendo: “bautizo este barco como Generalísimo Stalin”. En este caso, la gente no se sentiría concernida con el falso bautizo y no llamará al barco Generalísimo Stalin. Para Olivecrona, “la diferencia radica en el efecto de la oración performativa en otras mentes”. Mientras que todo el mundo está condicionado para aceptar el nombre oficial, no sucede lo mismo en el otro caso. Existe una costumbre establecida según la cual sólo la persona autorizada puede bautizar el barco.⁸⁰ Por tanto, escribe, “el efecto es psicológico; depende de la predisposición de las personas a responder de modo uniforme al acto; a saber: a usar un cierto modo de hablar en relación con el barco”.⁸¹ No hay una vinculación objetiva entre el nombre y el barco. El único fenómeno real es la efectiva conducta de las personas que usan el nombre para referirse al barco. Lo mismo sucede con el matrimonio. Tras la

⁷⁸ *Ibidem*, p. 222.

⁷⁹ *Cfr. ibidem*, p. 224.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 225.

ceremonia, la consideración social de los novios cambia. Se trata de un efecto psicológico “instantáneo y de gran alcance”. En realidad, no se ha creado ningún vínculo místico ni suprasensible. El matrimonio, escribe Olivecrona, tan sólo “consiste en cierto lugar en el contexto social, que depende de la reacción uniforme de la gente hacia la ceremonia matrimonial. Elimínese esta reacción, y las palabras performativas resultarán vanas”.⁸² Ningún efecto jurídico como tal surge de la ceremonia matrimonial. Simplemente, se aplica otro juego de reglas: las referidas a las personas casadas. “En último término —escribe— todos los efectos reales son psicológicos”.⁸³

La exposición concluye de este modo:

Es evidentemente un sinsentido atribuir efectos psicológicos a expresiones verbales. Pero, desde un punto de vista moderno, sería absurdo afirmar que las palabras pudieran tener el poder de crear efectos de cualquier otra clase. No creemos que sea posible “hacer cosas con palabras” en tal sentido. Ésta es, al menos, la opinión científica.⁸⁴

En resumidas cuentas, se afirma que con palabras se hacen cosas. Se trata ésta de una efectiva aportación del realismo jurídico escandinavo a la teoría del derecho. Pero la teoría de las expresiones performativas de J. L. Austin poco tiene que ver con el enfoque adoptado por los escandinavos, sino que requiere un enfoque institucional para ser entendida y desarrollada. Para los escandinavos, “hacer” se reduce a causar.

Por último, conviene aclarar que si bien Olivecrona explica la función de las expresiones performativas al hilo de la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas *subjetivas*, no deja de ser cierto que el lenguaje performativo desempeña también una relevante función en el ámbito del derecho *objetivo*.⁸⁵ En la legislación, por ejemplo, la promulgación tiene importantísimos efectos. A través de ella, un mero texto es transformado en una ley válida y vinculante. Cuando un jefe de Estado pone su firma en un proyecto de ley, además de escribir en él su nombre de propia mano, lo transforma en ley. También en este caso se trata de efectos psicológicos, que

⁸² *Idem.*

⁸³ *Ibidem*, p. 226. Aunque se refiere al acto de matrimonio, puede extenderse a todo acto jurídico en general.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 238.

⁸⁵ *Cfr.* Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 89, 95, 216; “The Imperative Element in the Law”, *op. cit.*, pp. 805 y 806.

dependen de la predisposición de los destinatarios de la ley a sentirse vinculados por ella.

V. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA TEORÍA EMPIRISTA DEL LENGUAJE JURÍDICO. HACIA UNA CIENCIA (VERDADERAMENTE) REALISTA DEL DERECHO

Según Ross, el derecho tradicionalmente ha sido interpretado como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios a priori de justicia. El resultado ha sido un “típico dualismo”, según el cual el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las “ideas eternas” o “reino de la validez”.⁸⁶ Ross aboga por hacer derivar la ciencia jurídica hacia un realismo, en sentido empirista, que supere esta dualidad, al reducir todas las categorías jurídicas al mundo del ser.

Pero este proyecto no es en el fondo tan realista como pretenden Ross y el resto de los escandinavos. En última instancia, el sedicente realismo escandinavo acaba chocando con la realidad de las cosas. Tomado en serio, esto es, hasta sus últimas consecuencias, aboca irremisiblemente al absurdo. Por eso, como ha señalado agudamente Ollero, el empirismo escandinavo es —tiene que ser— un realismo “a medias”.⁸⁷

Por lo tanto, como se ha visto, los términos jurídicos nada significan, de modo que los enunciados jurídicos que los usan nada dicen. Los términos jurídicos tienen que ver con el mundo del deber ser, pero he aquí que este mundo no existe. Y reducidos a un mero ser fáctico, nada significan. El problema es que esta conclusión es demasiado radical, porque entonces no se justifica en absoluto la función directiva del derecho a través del lenguaje jurídico, como vamos a tratar de indicar siguiendo a Massini.

En efecto, el realismo escandinavo, se afirma desde sus filas, retira el «velo de las palabras» desposeyéndolas de todo su misticismo, negando la existencia de presuntos vínculos o poderes sobrenaturales. Lo que queda tras el análisis es sólo una compleja maquinaria que funciona porque los sometidos a ella la hacen funcionar bajo la *falsa creencia* de que dicha máquina *debe* funcionar. Pero, como ha señalado Ollero, esto lleva a que el derecho funciona mientras que los que lo hacen funcionar sigan engañados y no se

⁸⁶ Cfr. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 12.

⁸⁷ Ollero, Andrés, “Un realismo a medias: el empirismo escandinavo”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 25, 1984, *passim*.

comporten de un modo *realista* —en sentido empiricista—. ⁸⁸ Por eso, sus mayores exponentes (Hägerström, Lundstedt, Ross y Olivecrona) llegan a la conclusión de que es mejor que la máquina del derecho siga funcionando. ⁸⁹ En consecuencia, conviene que nadie se pregunte por qué tiene que seguir funcionando, ironiza Ollero. La razón es clara. Si observamos cierta conducta porque creemos que debemos observarla, pero resulta que en el fondo no tenemos ese deber, ¿por qué seguir observándola? Sólo queda la razón de la coacción, pero esta razón es operativa mientras esa coacción es eficaz y eso depende justamente del grado de adhesión al sistema. Si éste cae en bloque, la coacción es impotente.

Si las radicales consecuencias prácticas del realismo escandinavo no son siquiera asumidas por sus propios exponentes, ello puede ser señal de que su enfoque no es el correcto. No podemos plantear en estas líneas una ontología alternativa, pero sí que resulta posible efectuar algunas consideraciones acerca del lenguaje jurídico que eventualmente nos sitúen en el camino de salida de esta aporía.

Olivecrona maneja una noción limitada de significado. Significar para él significa designar, y designar para él significa referencia a una realidad de carácter meramente empírico. Esto es un realismo *a medias* porque no capta toda la realidad. Como señala Massini, siguiendo a Kalinowski, el lenguaje puede estar referido tanto a entes sensibles, como a entes intencionales o de pensamiento. ⁹⁰ Estos entes intencionales, a su vez, pueden ser de dos tipos: o bien meros entes de razón, que sólo existen en el entendimiento (por ejemplo, la sirena o el unicornio), o bien entes intencionales cognoscitivos, que se corresponden con una cierta forma o estructura existente en la realidad extramental. Las normas son de este segundo tipo, puesto que son el producto de la actividad *cognoscitiva* del entendimiento. ⁹¹ No designan tanto una cosa material, cuanto una relación formal igualmente real.

⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 121.

⁸⁹ En Vergara (“Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de La Coruña)*, 8, 2004, pp. 921-940), se ha hecho hincapié en que, a pesar del intento de reducir el derecho a un fenómeno de pura fuerza, los escandinavos en última instancia lo hacen orbitar alrededor de ciertos valores, por lo que acaban abogando por él.

⁹⁰ Se trata de entes que no son ni sustancias que existan por sí mismas, ni los meros actos psicológicos por el que éstos son pensados ni objetos que tengan una existencia ideal en el sentido de la fenomenología. Cfr. Massini, Carlos Ignacio, “Lenguaje normativo y derecho natural”, apéndice a Massini, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Idearium, p. 126.

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 123-127.

Entenderlo así es el único medio de evitar el absurdo. De otro modo, no hay forma de justificar la obligatoriedad de las normas. Se trata ésta de una cuestión esencialmente moral. Obligatoriedad no equivale a validez. Bulygin y Mendonca, en referencia a Kelsen —que incurre en el error de identificar validez y obligatoriedad—, indican claramente el dilema: o bien se preserva el concepto normativo de validez, pero en tal caso la norma básica ha de ser sustituida por normas o principios *verdaderos*, lo que implica *caer* en el iusnaturalismo; o bien, del lado del positivismo, se rechaza la idea de validez como obligatoriedad. Interpretada de este segundo modo la teoría pura de Kelsen, la ciencia jurídica puede establecer, sí, qué normas pertenecen al sistema jurídico dado, pero *no* prescribir la obligación de obedecer esas normas.⁹²

Massini opta por la primera salida del dilema. Las normas, como se acaba de decir, son producto de la actividad cognoscitiva del entendimiento. Pero si hay conocimiento, indica Massini, hay referencia a la realidad, puesto que sólo se puede construir a partir de algo ya conocido de antemano. Esto significa que las normas también tienen una función designativa y que tienen una referencia a estados reales de cosas, que en este caso están constituidas por relaciones actuales o posibles entre personas y acciones. Por ejemplo, la relación entre una persona con la tortura es de radical disconformidad. La razón tiene la capacidad de captar esta disconformidad y formular el correspondiente juicio de prohibición, que se expresa lingüísticamente a través del correspondiente enunciado “prohibida la tortura”. En este sentido, hay relaciones deónticas que existen por sí mismas, como la mencionada. Por supuesto, esto no excluye las relaciones deónticas establecidas por la ley humana en atención al bien común.⁹³

Esto entronca con lo que señala Tomás de Aquino acerca de las relaciones entre la ley humana y la ley natural. La ley humana puede recoger y concretar las relaciones deónticas naturales, así como determinar a través de una legítima opción las relaciones naturalmente indiferentes.⁹⁴ En el ejemplo de Kalinowski, el legislador puede optar por obligar a circular por la derecha o por la izquierda, pero la disyunción es verdadera en atención a su obligación de velar por el bien común: es bueno circular *o* por la derecha *o* por la izquierda. Es verdad que las relaciones normativas no son de carácter material, pero no por ello dejan de ser reales. Nótese que no es verdad

⁹² Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 88.

⁹³ *Cfr.* Massini, *op. cit.*, pp. 129-132.

⁹⁴ *Cfr.* Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, Madrid, ed. Regentes EPDE, BAC, 1988-1994, I-II, q. 95, a. 2 c.

que la tortura sea mala porque así lo pensemos, sino que así lo pensamos porque es mala. Es un error, como señala Massini, reducir la significación de las normas a su referencia a hechos empíricos. De este modo se deja sin justificación la función que ellas cumplen.⁹⁵ En efecto, bajo una óptica empirista, una norma que obliga no obliga en realidad, sino sólo *dice* que obliga. Por eso, los *realistas* tienen que reducir el derecho a mera coacción. Pero el empirismo no consigue explicar el porqué de esa coacción. Si el derecho se presenta como obligatorio, en realidad miente. Y si miente, la obligación será más bien desenmascarar el derecho, arrancar el velo al que se refieren Bentham y Olivecrona, pero con el fin de destruir a aquél. Al fin y al cabo, si se autodenominan *realistas*, ello es porque al menos tienen un compromiso ético con la verdad o con lo que ellos creen que es verdad. Significativamente no es éste su único compromiso ético, pues también muestran tenerlo con el orden y la paz sociales.⁹⁶

Pero el compromiso ético reclama imperativamente un fundamento. Como indica Massini, es necesario escoger entre una fundamentación de las normas morales o jurídicas objetiva y trascendente al sujeto o la aceptación del carácter ilusorio y artificial de todas las normas éticas. Pero para optar por lo primero es necesario que las normas se fundamenten de algún modo en una realidad objetiva diversa de ellas mismas, por lo que es preciso que las expresiones que las significan designen, esto es, se refieran a esa realidad trascendente. Las expresiones normativas significan inmediatamente una proposición normativa, que es un juicio de naturaleza racional, pero mediatamente se refieren a la realidad de donde esa proposición ha sido abstraída.⁹⁷

En consecuencia, afirma Massini, no es posible justificar racionalmente la fuerza normativa de una regla de conducta que remite sólo a una afeción del propio sujeto o de un conjunto de ellos. Una norma cuya fuerza descansa en el propio sujeto carece de fuerza normativa alguna. Los diversos expedientes para justificar su normatividad, tales como el test de universalizabilidad, el del equilibrio reflexivo, los principios liberales, el auditorio universal, diversas versiones del contrato social, etcétera, son sólo intentos de “mediatizar la referencia final ineludible a la actividad del sujeto: lo que se somete a los diversos test justificadores es siempre y en la última instancia las decisiones o afecciones de los mismos hombres que han de quedar sujetos a las normas así justificadas”.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. Massini, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁶ Cfr. Vergara, *op. cit.*, pp. 929-939.

⁹⁷ Cfr. Massini, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁸ *Idem.*

Obviamente, todas estas consideraciones son imposibles sin una consideración teleológica de la naturaleza humana. El *designatum* de las normas es, en efecto, la relación de conveniencia o inconveniencia de determinada acción con el bien humano considerado teleológicamente. Se trata de relaciones reales que son aprehendidas por la razón y formuladas en términos de obligación y de permiso. Como nota Massini, esto equivale a afirmar que no hay salto ilegítimo alguno del ser al deber ser. En efecto, si hay cosas que son buenas o malas en sí mismas por referencia a la mencionada naturaleza, entonces va de suyo que las cosas buenas hay que hacerlas y las malas evitarlas. He aquí el primer principio del obrar humano. Como escribe Tomás:

De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien y se formula así: “el bien es lo que todos apetecen”. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: “El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano.⁹⁹

Con el ejemplo anterior, a la luz de la naturaleza humana, la tortura es mala, luego ha de evitarse. El enunciado normativo que recoja el mencionado juicio deóntico será verdadero y justo; falso e injusto si eventualmente manda la tortura.

He aquí una visión auténticamente *realista* del derecho. Massini ha sintetizado magistralmente esta clásica aproximación al derecho en su libro *Sobre el realismo jurídico*.¹⁰⁰ Frente a una visión sesgada de la realidad jurídica, que queda reducida a puros hechos materiales, el realismo jurídico clásico engloba sin exclusiones toda la multiplicidad de realidades que se manifiestan en el fenómeno jurídico, como pueden ser las leyes, aquello que nos es debido, la facultad de reclamarlo, las sentencias de los jueces, el saber que conoce estas realidades, etcétera. Todo ello es jurídico. Pero, al mismo tiempo, esta aproximación es capaz de captar que no todas estas realidades son jurídicas en el mismo sentido, sino que todas lo son analógicamente o bajo cierto aspecto. Y es capaz de captar al mismo tiempo que de todas esas acepciones hay una que lo es de manera principal, de tal modo que el resto de acepciones son derecho en función de la relación que guardan con ella. Así, el analogado principal del derecho surge de la consideración del dere-

⁹⁹ Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, cit., I-II, q. 94, a. 2 c.

¹⁰⁰ Cfr. Massini, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

cho como realidad práctica. Pero realidad práctica no quiere decir sólo realidad *empírica*, sino esencialmente realidad *justa*. La justicia está en la base del derecho y la justicia se realiza a través de actos concretos y circunstanciados, singulares e históricos. Massini recoge la cita de Hermogeniano, según la cual “es por causa del hombre que existe el derecho”, queriendo significar que el *ius* no tiene su fin en sí mismo, sino en la vida buena del hombre, de modo que al margen de esta función esencial, el derecho pierde el fundamento de su existencia.¹⁰¹ Esto significa que cuando la ley prohíbe la tortura lo hace porque es *verdad* que debe prohibirla.

En definitiva, una visión realista del lenguaje jurídico pasa irremisiblemente por aceptar el carácter realista del lenguaje jurídico.

978-607-02-8178-5

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*, pp. 13-17.