

LENGUAJE Y TEORÍA DEL DERECHO. TENSIONES EN UNA VARIANTE DEL REALISMO JURÍDICO*

*Hernán G. Bouvier***

Resumen

El positivismo jurídico como enfoque, en general, y el realismo jurídico en particular siguen al menos tres variantes filosóficas: el empirismo, el naturalismo y el pragmatismo. El realismo jurídico contemporáneo tiene múltiples variantes. Se habla de realismo norteamericano, escandinavo e italiano. Sin embargo, las corrientes del realismo jurídico no suelen seguir completamente a las teorías filosóficas. Más bien siguen algunas tesis, abandonan otras, y desarrollan algunas tesis propias complementarias. El presente trabajo se ocupa de una variante del realismo jurídico (el llamado "genovés") e intenta mostrar que las tesis que éste movimiento sostiene generan numerosas tensiones. Lo que aquí se sostiene sobre el realismo analizado tiene relevancia, a su vez, sobre lo que se conoce como positivismo jurídico en cuanto enfoque.

Palabras clave: lenguaje, teoría del derecho, realismo jurídico

Abstract

Legal positivism in general and legal realism in particular tend to follow at least three philosophical theories: empirism, naturalism and pragmatism. Contemporary legal realism has multiple variants: American, Scandinavian and Italian. The different sorts of legal realism not always form the totality of a given philosophical theory. Rather, they tend to embrace some thesis, to abandon others, adding to the general theory their own ones. This paper analyzes a variant of legal realism (so called "legal realism from Genova") and tries to show that its main thesis generate a cluster of tensions. Some of the tensions that will be noted here are relevant for legal positivism in general.

Keywords: language, philosophy of law, legal realism

* El presente texto constituye una parte de la investigación realizada de abril de 2009 a abril de 2011 como becario postdoctoral de CONICET, bajo la dirección del Profesor Ricardo Caracciolo. Agradezco las consideraciones que realizaron a una versión previa de éste texto las siguientes personas: Ricardo Caracciolo, Jorge Cerdio, Paolo Comanducci, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido.

** CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correo electrónico: hernanbouvier@gmail.com

1. Es bastante fácil corroborar que las teorías del derecho están tan vinculadas de manera estrecha con concepciones filosóficas. De manera esquemática puede sostenerse que las teorías del derecho *coinciden con, siguen a, o se benefician de*, ciertas discusiones en el ámbito filosófico. No es posible decir, sin embargo, que las teorías del derecho sigan en todo a las concepciones filosóficas. Más bien suelen elaborar algunas tesis más o menos propias, y abandonan algunas tesis filosóficas que consideran o bien irrelevantes o bien problemáticas. Una parte importante del positivismo jurídico como enfoque (*approach*), ejemplifica de manera clara este fenómeno. Al menos tres concepciones filosóficas se conectan con el positivismo jurídico: (neo) empirismo, pragmatismo y naturalismo. Por carácter transitivo tales concepciones tienen una influencia importante en el movimiento del realismo jurídico.

En este trabajo me propongo evaluar una variante del realismo jurídico: el realismo jurídico genovés (con especial énfasis en las ideas de Riccardo Guastini). Como se verá, este enfoque ha tenido y tiene que ver con el empirismo y el pragmatismo, pero a su vez ha insistido en ciertas tesis propias acerca del derecho. Trataré de mostrar que tal enfoque debería abandonar algunas tesis que conserva, conservar algunas que pretende abandonar, y revisar o reformular algunas de las que subsisten.

Dos consideraciones previas son relevantes: no voy a apelar a las clásicas críticas al realismo jurídico. Esto es, aquellas que se dirigen contra la circularidad de algunas de sus tesis, o contra la idea según la cual "el derecho es predicción". En segundo lugar, algunas de las cosas que se dirán aquí tocan al positivismo jurídico en general.

2. Existen múltiples formas de caracterizar al positivismo jurídico. Una bastante difundida sostiene que el positivismo jurídico es fruto de la conjunción de dos tesis:

- a) la tesis de fuentes sociales: aquello que cuenta como derecho depende de acciones o hechos sociales;
- b) la tesis de la separación: aquello que el derecho es y aquello que el derecho debería ser son cuestiones conceptualmente separadas.

Suele agregarse a estas tesis la de la discreción que voy a dejar de lado sólo porque excluye –como indica Bulygin– a positivistas como Kelsen, y porque dejaría de lado a la concepción que me interesa analizar: el realismo jurídico.¹

El realismo jurídico es una concepción con múltiples variantes que suele ser dividida de acuerdo a coordenadas espaciales.² Así puede hablarse de realismo norteamericano, escandinavo y también genovés, dado que a partir de la escuela fundada por Giovanni Tarello, existe una corriente importante que defiende una tesis bien definida acerca de la interpretación jurídica.³ Caracterizo a continuación de manera simple el realismo jurídico americano y escandinavo para luego introducirme en el genovés.

El realismo norteamericano puede ser caracterizado como un movimiento de tendencia pragmático y antiformalista que tiene por objeto el análisis de la actividad de los tribunales y utiliza como método, principalmente, los aportes provenientes de las ciencias sociales. Según este punto de vista la ciencia jurídica debe ocuparse de analizar la relación entre las formulaciones normativas y las prácticas. La relación que se establecen entre estos dos elementos no es biunívoca, i.e. resulta inestable y puede cambiar a través del tiempo.⁴ La disciplina jurídica adquiere el *status* de ciencia en la medida en la cual observa los hechos (cómo las prácticas han utilizado e interpretado diversas formulaciones) y formula previsiones acerca de circunstancias futuras. Tres conceptos caracterizan el realismo norteamericano:⁵

1. La crítica del sistema: no existe un sistema jerárquicamente ordenado proveniente de un soberano. El "sistema" no preexiste a la interpretación y aplicación;

¹ Bulygin, Eugenio, *Positivismo Giuridico*, Giuffrè, Milano, 2007, volumen a cargo de Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini y Giovanni B. Ratti, p. 23.

² Tarello indica que bajo el término "realismo jurídico" pueden agruparse diversas teorías: teorías relativas a la definición del concepto de derecho, teorías relativas a la identificación del campo de estudio de los juristas, teorías relativas a la naturaleza de particulares institutos jurídicos y teorías relativas a la interpretación del derecho. Tarello, Giovanni, "Realismo Giuridico", *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, Cap. III, pp. 51-85

³ La lista podría seguir aún más si se agrega a Bologna o se cambia el factor espacial por el nominal.

⁴ Tarello, G., *op. cit.* p. 76.

⁵ Tarello, G., *Realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

2. La crítica al conceptualismo: es necesario ocuparse de aquello que los tribunales *hacen* y no tan sólo de aquello que dicen hacer;
3. La crítica a la argumentación silogística: esto es, la idea según la cual los jueces razonan silogísticamente cuando deciden una cuestión y toman en consideración una ley que les precede.

En los últimos tiempos ha surgido una variante del realismo jurídico norteamericano defendida por Brian Leiter. Voy a dejar de lado el análisis de sus ideas porque resultan irrelevantes para el propósito que persigo.

El realismo escandinavo presenta algunas diferencias. Puede ser definido como un enfoque que parte de una filosofía empirista y anti-metafísica. Existen dos corrientes dentro de este movimiento: por un lado aquello que se conoce como la Escuela de *Uppsala* (cuyo máximo exponente es Hägerström, seguido por Lundstedt y Olivecrona), por el otro Alf Ross.⁶ Tres tesis fundamentales caracterizan al realismo escandinavo:⁷

1. rechazo de las teorías idealistas;
2. inexistencia del derecho natural;
3. el derecho puede ser exhaustivamente descrito a la luz de los principios empiristas.⁸

Hasta aquí llegan las tesis comunes entre la escuela de Uppsala y Alf Ross. La principal línea divisoria entre ellas es la adopción de éste último del positivismo lógico (introducido en los países escandinavos por Jørgensen).

La teoría de Hägerström puede ser vista como un naturalismo *ante litteram*. Para Hägerström la filosofía y teoría del derecho debería disolverse en una *Naturwissenschaft*. Por el contrario, Ross considera, no obstante sus bases empiristas, que existe una tarea teórica importante

⁶ Bjarup, Jes, *Skandinavischer Realismus*, Karl Aber, Freiburg, München, 1978 y Bjarup, Jes, "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", en *Ratio Juris*, Vol. 18, núm. 1, 2005, pp. 1-15.

⁷ Bjarup, Jes, *Skandinavischer Realismus*, cit. cap. II y "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", cit. p. 3.

⁸ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991.

en el análisis del lenguaje normativo y de lo que él llama *directives*.⁹ Las *directives* eran definidas como “*utterances with no representative meaning but with the intention to exert influence*”. Esta forma de entender el lenguaje normativo (jurídico) reproduce en cierta forma el enfoque de las metaéticas no-cognitivistas/emotivistas. Tanto Stevenson como Ayer han tenido una influencia importante en las concepciones prácticas de Alf Ross.¹⁰

Caracterizados de manera esquemática el realismo americano y el escandinavo, pasemos al realismo genovés el cual –como reconocen expresamente algunos de sus integrantes– ha sido influenciado por las dos concepciones anteriores.¹¹

La diferencia fundamental entre el realismo americano y el genovés radica en que para éste último entre el texto y la decisión judicial se encuentra un intermediario (el intérprete doctrinario, el dogmático). Este intermediario influye en la actividad judicial, de manera tal que la producción jurídica no se encuentra (necesariamente) en la producción de sentencias, sino en la conjunción entre dogmática y decisión de casos judiciales.¹²

En lo que respecta a la teoría de la interpretación, no sería tarea de la teoría del derecho preguntarse qué interpretación (enunciado interpretativo) sea *verdadero*, sino más bien *qué se está haciendo con ellos*. Lo importante es observar qué hacen los juristas con los textos “normativos” (leyes, decretos, etc.). Bajo este punto de vista el derecho no proviene directamente de la ley sino de las construcciones conceptuales de los juristas.¹³ Tras esta breve caracterización se encuentran una serie de

⁹ Ross, Alf, *On Law and Justice*, Steven & Sons, London, 1958, p. 8.

¹⁰ Ross modificó su teoría sobre la semántica de los enunciados normativos en *Directives and Norms* (Routledge and Kegan Paul, London, 1968). Su giro es complejo. Presta atención a la pragmática de manera decidida y otras propuestas como la de Saussure en lingüística (p. 3). Sin embargo, entiende el análisis del lenguaje pragmático como el análisis del “*act of discourse considered as a human act aimed at the production of certain effects*” (p. 6). Por ahora voy a continuar con la caracterización que abarca las ideas “clásicas” de Ross. El punto es importante, sin embargo, porque el tono general de *Directives and Norms* es pragmatista y se aleja del empirismo clásico.

¹¹ Comanducci, Paolo, “Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali”, en *Analisi e Diritto*, 2002-2003, p. 318.

¹² Guastini, Riccardo y Giorgio Rebuffa, “Introduzione”, en Giovanni, Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

¹³ Guastini, R., Rebuffa, G., *op. cit.*, p. 10.

distinciones que permiten identificar las bases conceptuales del realismo genovés.

En primer lugar una distinción teórico lingüística según la cual es necesario distinguir entre formulación/disposición (texto) y significado (o bien entre texto sin interpretación y texto interpretado).¹⁴ Esto da lugar en el análisis del derecho a una distinción entre enunciados normativos y normas (o formulación vs. norma). A esta tesis se suma la idea según la cual los textos o formulaciones normativas no tienen una interpretación *verdadera* y, consecuentemente, no tienen un significado *verdadero*. Tarello niega explícitamente que se pueda distinguir entre una interpretación verdadera y una interpretación falsa.¹⁵ Bajo éste punto de vista la actividad interpretativa (desarrollada por jueces y juristas) no se dirige a normas que poseen un significado objetivo, sino que tiene por objeto enunciados normativos y *produce* normas.¹⁶ De este modo:

la norma no antecede como dato, sino que resulta el producto del proceso interpretativo [la norma non precede come dato, bensì segue come prodotto, il processo interpretativo].¹⁷

Dos consecuencias básicas se siguen de estas consideraciones: en primer lugar la expresión "interpretación *del* derecho" resultaría una frase mal formada o equívoca; en segundo lugar, el derecho sería una variable dependiente de la actividad doctrinal y jurisprudencial (y no de la actividad legislativa). Los instrumentos paradigmáticos a través de los cuales la doctrina y la jurisprudencia producen derecho son los enunciados interpretativos.¹⁸

¹⁴ Tarello, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. op. cit.*, pp. 393-395.

¹⁵ *Diritto, enunciati, usi*, p. 393.

¹⁶ *Diritto, enunciati, usi*, pp. 140, 141, 169, 176 e 177, 215, 268.

¹⁷ *Diritto, enunciati, usi*, p. 395.

¹⁸ Corresponde decir que la expresión "enunciado interpretativo" es ambigua. Existe un tipo de enunciado interpretativo que sería susceptible de verdad o falsedad. Este tipo de enunciado interpretativo admite, a su vez, una distinción entre enunciados relevativos y predictivos (v.g. "X ha sido utilizada en el sentido Z por la comunidad o sujeto S" o "X será utilizada en el sentido Z por la comunidad S"). Para los enunciados interpretativos propiamente adscriptivos no existiría esta posibilidad. En lo que sigue utilizo "enunciados interpretativos" en el sentido adscriptivo. Estos serían los que paradigmáticamente producen derecho. Un catálogo altamente sofisticado de los diversos tipos de "enunciados interpretativos" partiendo de esta base

Estas consideraciones determinan en diversos aspectos la metodología genovesa. En particular delimitan el objeto de análisis de la teoría del derecho y la metodología que ésta debería adoptar para analizar tal objeto. Puede contarse entre las premisas básicas de la escuela genovesa las siguientes tesis:¹⁹

1. Distinción entre formulaciones normativas (textos) y normas (o formulaciones interpretadas),
2. Una formulación normativa se transforma en una norma a través de los enunciados interpretativos (adscriptivos) desarrollados por juristas y jueces,
3. Las formulaciones normativas toleran más de una interpretación,
4. Los enunciados interpretativos (adscriptivos) son similares a definiciones estipulativas,²⁰
5. Los enunciados interpretativos *producen* normas y suponen ideologías,
6. *Approach* teórico-pragmático: es tarea de la teoría del derecho revelar qué servicio prestan los enunciados interpretativos a quien los utiliza o qué se está haciendo con ellos,
7. Las consideraciones generales de teoría del significado, por ejemplo sobre el lenguaje ordinario (los juegos lingüísticos) no son necesariamente iluminantes en el ámbito de la teoría del derecho,
8. Resulta conveniente practicar una filosofía jurídica de los *juristas*, en el sentido de que siga de cerca el trabajo de los juristas,

descriptivo/adscriptivo se encuentra en Chiassoni, Pierluigi, "L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese'", en *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 21-75.

¹⁹ Sigo en esta caracterización, además de los textos citados en las notas precedentes, los siguientes textos: Barberis, Mauro, "L'ideologia e lo spazio della teoria", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 1987, pp. 317-355; Chiassoni, Pierluigi, "L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese'", *op. cit.*; Gianformaggio, Letizia, "Realismi giuridici italiani" in *Analisi e Diritto*, 1991, pp. 159-176; Guastini, Riccardo, "Questione di Stile", in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, No. 2, 1987, pp. 479-528; Guastini, Riccardo e Rebuffa Giorgio, "Introduzione", en Giovanni Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto y Diritto, enunciati, usi. op. cit.*

²⁰ La idea de definición "estipulativa" y su relación con los enunciados interpretativos admite una distinción entre, al menos, cuatro tipos diversos de enunciados (estipulaciones adhesivas, redefiniciones, redefiniciones selectivas, redefiniciones explicativas, estipulaciones *quoad significationem*) Chiassoni, *op. cit.*, p. 34.

9. Las discusiones de *meta* metodología son, en cierto sentido, estériles.²¹
10. La filosofía jurídica de los juristas está relacionada con la concepción de la filosofía que es propia del empirismo y de las corrientes analíticas del siglo XX.²²

Como puede verse, las ideas son múltiples. Sólo voy a quedarme con alguna de ellas, y agregaré algunas que son consecuencia de 1-10. Las tesis que me interesan son, básicamente cinco:

1. Las consideraciones sobre teoría del significado y teoría del lenguaje no son importantes para la teoría del derecho;
2. La distinción entre formulación y norma (o texto vs. significado);
3. No hay norma sin interpretación, la interpretación es una actividad primordialmente volitiva/atributiva desarrollada por jueces y/o doctrina que arroja como producto una norma;
4. Los análisis de los estados psicológicos son irrelevantes para la teoría del derecho²³;
5. Es necesario ocuparse de lo que los juristas hacen.

De ahora en adelante, al utilizar los numerales 1-5, me referiré exclusivamente a las tesis que acabo de elencar.

3. La teoría genovesa parece partir de una intuición muy simple para afirmar que los jueces y/o la doctrina contribuyen a la creación de (y/o determinan la existencia de) una norma jurídica. Basta ver las múltiples interpretaciones que reciben los textos jurídicos (leyes, decretos etc.). Esto, *prima facie*, dispensaría a tal escuela de contar con altas so-

²¹ Sobre las últimas premisas corresponde decir que se refieren a la "filosofía del derecho" y "teoría general del derecho" en sentido lato. La teoría general del derecho, en realidad, podría dividirse en tres nociones: la teoría del derecho, la meta-jurisprudencia y la meta-teoría. Estas nociones, su vez, admiten un approach, dependiendo del caso, más o menos filosófico. Un análisis de esta tripartición de la teoría general del derecho y de las diversas actitudes o enfoques se encuentra en Guastini, Riccardo, "Questione di stile", *op. cit.* Guastini contrapone el estilo filosófico al "giuristico".

²² Guastini, Riccardo, "Questione di stile", *op. cit.*, p. 480.

²³ Esta tesis es una consecuencia de la tesis 10 indicada más arriba. Volveré sobre ella en breve.

fisticaciones semánticas.²⁴ Esto causa sin duda asombro. Resulta sorprendente que sostenga tal cosa una teoría que hace del análisis del lenguaje el pan de cada día y el papel de cada libro. Riccardo Guastini es consciente del asombro y sostiene:

He tenido la oportunidad de sostener que la teoría de la interpretación no necesita de teoría del significado alguna, suscitando estupor y mereciéndome críticas de diverso tipo [Mi è capitato di sostenere che la teoria dell'interpretazione non abbia bisogno di alcuna teoria del significato, suscitando stupore e meritandomi critiche di vario genere].²⁵

Una de las razones que esgrime para tal idea puede explicarse como sigue: gran parte de las teorías del derecho que se ocupan de la teoría del significado se centran en el análisis del lenguaje ordinario (aquel que tiene lugar en las conversaciones cotidianas o aparece en el periódico), pero ello puede ser equívoco o insuficiente si se analiza la “semántica” jurídica. A su vez, múltiples de las teorías que analizan la filosofía del lenguaje o la semántica en general terminan proponiendo tesis prescriptivas sobre cómo se debería interpretar ciertos enunciados jurídicos.

Según Guastini las teorías cognitivistas proponen que los enunciados interpretativos (i.e. de la forma “T significa S”) poseen valor de verdad. Para el cognitivismo aquello que hace verdadero a un enunciado interpretativo o bien es el significado literal (lenguaje cotidiano y compartido en una comunidad) o bien la intención de la autoridad. Ambas propuestas serían, en realidad, propuestas de interpretación *normativas*. Esto es, dirigidas a proponer, *ex ante*, cómo debería ser concebido el derecho o, *ex post*, para criticar cómo ha sido concebido por un jurista o juez. En definitiva, el cognitivismo es falso y normativo. Así sostiene:

Is there any serious difference indeed, at least in legal contexts, between stating that meaning depends on the rules of common usage and recommending interpreters to ascribe meaning according to such rules? What

²⁴ Ésta parece ser la idea general de Guastini. Esto es, que su teoría puede prescindir (*può fare a meno*) de las preguntas por el significado verdadero de las palabras o por una teoría altamente sofisticada del lenguaje. Al respecto Guastini, Riccardo, “Teoría del significato e teoria dell'interpretazione”, en *Nuovi Studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008

²⁵ Guastini, “Teoria del significato e teoria dell'interpretazione”, *op. cit.*, §7.

is the point of stating, at least in legal contexts, that meaning depends on the intention of normative authorities, if not suggesting that interpreters ought to search for such an intention and stick to it?²⁶

Guastini parece no concebir otro "point" en una teoría como la cognitivista que el de avanzar una pretensión interpretativa. En estos casos, sostiene, estaríamos frente a una "teoría normativa de la interpretación" ("normative theory of interpretation").

Acusar a una teoría de "normativa" introduce problemas debido a la ambigüedad del rótulo y de la idea involucrada. Estos problemas son generados, en parte, por la dificultad de describir una práctica reglada. Es decir, cuando se pretende describir un conjunto de reglas o normas, sean éstas del lenguaje, de la etiqueta, del derecho o del ajedrez.

Si se parte de la idea según la cual las reglas no son hechos y las teorías sólo pueden describir hechos, se sigue que no se puede describir reglas. Esto constituye un problema clásico para las denominadas "ciencias normativas". Pero si se asume que hay un sentido intuitivo en que se pueden describir reglas, sea mediante *Sollsätze*, sea mediante proposiciones normativas, el problema cambia.

Al describir cómo de hecho funciona un conjunto de reglas ciertamente se producen enunciados como "El juego Z consiste en hacer A, B, C", "El juego Z se *debe* jugar de la forma A, B, C" y "Si Ud. quiere jugar a Z, entonces *debe* hacer A, B, C". Esto, sin embargo, no transforma a los enunciados descriptivos de tal práctica en normativos en el sentido en que parece indicar Guastini. Al menos no necesariamente.

En efecto, Guastini sostiene que el cognitivismo es falso. Esto es, en cuanto defiende la siguiente tesis: "Los enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad. Ellos son verdaderos si y sólo si o bien es el caso que refieren al uso efectivo de las palabras en una determinada comunidad, o bien a la intención de la autoridad". Esta podría llamarse la "tesis cognitivista". Ahora bien, si partiendo de una tesis falsa, alguien formula un enunciado como el siguiente: "El juego Z consiste en A,B,C y por tanto ud. que pretende jugar al juego debe hacer A, B, C", no necesariamente se sigue que tal persona avance una pretensión acerca de cómo desea que se juegue a ese juego.

²⁶ Guastini, Riccardo, "Rule-Scepticism Restated", §2.3. Texto inédito a publicarse en Green, Leslie y Leiter, Brian (ed), *Oxford Studies in Philosophy of Law*.

Supóngase que alguien ha identificado mal las reglas del ajedrez, y por tanto su teoría es falsa (tal como la teoría cognitivista, según Guastini, es falsa con respecto al derecho). Si tal persona, dada su falsa descripción, sostiene "bueno, este juego, visto las observaciones realizadas, y algunas consideraciones alternativas, se juega así y así –A, B, C–" no quiere decir que esté proponiendo su propia concepción de cómo se debe jugar. Su propuesta puede ser una consecuencia lógica de su falsa concepción acerca de la práctica normativa. Como puede verse, hay en juego aquí dos cosas distintas.

Una cosa es decir que una descripción de un conjunto de reglas es falso, y que en virtud de tal descripción falsa se sacan conclusiones equivocadas sobre cómo se debe jugar a tal juego, otra diferente es sostener que la descripción es falsa y que quien la formula pretende que el juego se juegue de esa manera. El problema aquí señalado, como es fácil de ver, se debe a la ambigüedad del término *normativo*.

En un primer sentido una teoría puede ser normativa porque, una vez descrita una práctica normativa o reglada (sea que ésta descripción sea verdadera o falsa) sostiene que el juego se juega así, y por tanto *debe* ser jugado así. Pero esto depende del conjunto de reglas que se ha identificado, identificación que, claro está, puede ser errada. Si se quiere, el deber aquí involucrado se sigue lógicamente o conceptualmente de la descripción elegida como verdadera. Esto es claramente un sentido débil de normatividad.

En un segundo sentido una teoría puede ser normativa si propone una cierta forma en la cual debe realizarse la práctica y tal propuesta es independiente en algún sentido de la descripción (verdadera o falsa) que se haga de ella.

El punto es relevante porque las pretensiones normativas fuertes de los teóricos, i.e. las pretensiones normativas en el segundo sentido, son compatibles tanto con la verdad como la falsedad de sus afirmaciones.

Un teórico puede estar en lo correcto al describir una práctica normativa y esto no precluye que apoye, desee o acepte la continuación de tal práctica, como tampoco impide que la rechace. Lo mismo vale para una descripción falsa de una práctica. La falsedad de una teoría como el cognitismo no es suficiente para declararla como normativa en sentido fuerte.

Por lo tanto, a la pregunta "*Is there any serious difference indeed, at least in legal contexts, between stating that meaning depends on*

the rules of common usage and recommending interpreters to ascribe meaning according to such rules?" Cabe responder que, ciertamente, *puede* haber una "serious difference".

En clave positivista metodológica se suele sostener que el derecho es una cosa, su mérito o demérito otra, y a esto se ha agregado que una cosa es describir y otra valorar. Tales máximas parecen indicar, si se las toma en serio, dos cosas conectadas entre sí: en primer lugar, que una cosa es una descripción falsa del derecho, otra es considerarla digna de mérito; en segundo lugar, que describir falsamente no es necesariamente considerar a lo falso como digno de seguimiento o valioso.

Si descripción y prescripción son cosas diferentes, de una descripción falsa no se sigue necesariamente una tesis prescriptiva fuerte en el sentido indicado.²⁷

²⁷ Parte del punto señalado se vincula con una discusión entre Mauro Barberis y Pierluigi Chiassoni. Uno de los puntos de discusión puede ser resumidos de la siguiente manera:

- a. La teoría genovesa sostiene una teoría no-cognitivistica acerca del derecho (las normas son un producto de la interpretación, y la interpretación es una actividad volitiva, primordialmente ejercitada por jueces y/o juristas);
- b. Tal descripción es compatible con (pero no arroja necesariamente como consecuencia) una tesis normativa fuerte según la cual es bueno, valioso, correcto que el derecho consista en una práctica bajo el dominio de jueces y/o juristas;
- c. La teoría genovesa es, en algún sentido, "filo giudiziale" y está a favor de que el mundo jurídico funcione de esa manera.

La crítica a la escuela genovesa ("c") es presentada por Barberis como "novena" objeción. El contenido exacto de ella parece ser el siguiente: imprudencia o dolo omisivo del realismo genovés al no hacerse cargo del contexto en el cual "caen" sus tesis descriptivas ("*una teoria come lo scetticismo a la genoise, nato a ridosso delle battaglie ideologiche degli anni Settanta, non può non farsi carico della percezione delle proprie tesi nello stesso contesto in cui viene avanzato*"). Así, no podría decirse que el realismo genovés está de acuerdo y propugna que el derecho dependa de los jueces y doctrina. Pero dado que en algún sentido no se opone abiertamente pudiendo hacerlo, es (podría decirse) normativa por omisión.

Barberis pretende pasar de "b" a "c" (en el sentido indicado) lo cual requiere agregar al menos dos premisas. La primera consiste en mostrar que los genoveses están de acuerdo con que la práctica funcione de esa manera y estarían dispuestos a apoyar (al menos por omisión) la continuación de tal estado de cosas. La segunda es que han de hecho colaborado materialmente a tal empresa (por omisión o imprudencia). La respuesta de Chiassoni, si entiendo bien, va en esta línea. Concede "a" y "b", pero niega que ello sea suficiente para cargar a la teoría genovesa con la acusación contenida en "c". Creo que la respuesta de Chiassoni es convincente (en este punto). A conclusiones similares a las de Chiassoni, en el punto señalado, parece llegar Itzcovich. Pero por el mismo argumento, del hecho que una teoría sea falsa y saque consecuencias normativas débiles sobre cómo debe jugarse un juego (dada la descripción de cómo cree que se lo juega) no se sigue necesariamente que cuando dice "El juego del derecho se juega así y asá" esté proponiendo una tesis normativa fuerte (en el sentido de estar de acuerdo con ese estado de cosas o con su realización en el futuro). La discusión entre Barberis y Chiassoni sigue el

En todo caso, queda en pie la tesis 1 que suscita perplejidad en sus interlocutores. Esto es, la tesis según la cual no es necesaria una teoría del significado. Tal afirmación es, cuanto menos, curiosa. En particular si se examina de cerca la distinción entre formulación y norma o texto *vs.* significado.

4. Los juristas asumen, en general, que aquello que constituye fuente del derecho y que permite contestar a la pregunta qué hace verdadero a "x es una regla y x es jurídica" son hechos o acciones emanadas de determinados sujetos que tienen como resultado un texto jurídico. *Prima facie* es fuente del derecho el resultado de actos de sujetos determinados que poseen algún tipo de soporte físico como el de "estar escrito en tal o cual lugar". Esto no implica que no se pueda aceptar que haya otros tipos de acciones humanas que arrojen como productos normas y que, sin embargo, carezcan de soporte físico escrito (como el caso de las costumbres). Lo importante aquí es que existe al menos un tipo de concepción sobre las fuentes del derecho que sostiene que los textos emanados del legislador poseen significado (jurídico) y por tanto son ya una norma. Como es sabido, esta forma de ver las cosas puede pasar por alto el siguiente problema: la distinción entre formulación y norma.

En efecto, una idea bastante persistente en algunas de las concepciones positivistas consiste en sostener que un texto no es todavía una norma. Como se vio, esta parece ser una de las tesis distintivas del realismo genovés. Según esta concepción, que el texto sea el producto de una actividad humana, realizada por un sujeto autorizado por otra norma para producir tal *texto*, no hace a este último, todavía, una norma jurídica en sentido estricto. Para que exista una norma jurídica en sentido estricto hace falta que los textos o manchas sobre el papel que se siguen de tales acciones sean *interpretados*. Por tanto, aquello que hace verdadero a "esto es una regla y es jurídica" es un hecho complejo que incluye al menos:

siguiente orden: Barberis, Mauro "Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise", en *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 1-36; Chiassoni, Pierluigi "Archimede o Eraclito? Sul primato retorico dello scetticismo", en *Materiaii per una Storia deiia Cultura Giuridica*, XXXI, n.2, dicembre 2001, pp. 543-557; Barberis, Mauro, "Teologia dell'Interpretazione. Sul primato retorico dello scetticismo interpretativo", en *Materiaii per una Storia deiia Cuitura Giuridica*, XXXII, No. 1, junio 2002, pp. 285-303. Itzcovich, Giulio, "Genealogie mostruose. Alcune osservazioni sullo scetticismo immaginario di Barberis" (trabajo inédito) §6.

- a) el acto de un sujeto o sujetos que, autorizados por una determinada norma jurídica, produce un *texto*;²⁸
- b) el acto de interpretación de ese texto, sin el cual no hay norma o regla jurídica alguna.

Resulta bastante complejo trazar los orígenes teóricos de esta distinción. Una forma sensata consiste en sostener que tributa a la idea según la cual una norma es un texto interpretado (o al que se le ha atribuido significado), y que dado que no hay significado de las palabras en sí, sino aquel que le atribuyen los individuos, un texto jurídico no tiene significado (y por tanto no es todavía una norma) hasta tanto se lo interprete. La idea subyacente aquí es bastante conocida. Lo que sostiene es que los significados –al igual que otras entidades como los valores, los colores, etc.– no son algo que se encuentre en las cosas en sí. Para el caso, los textos (sea cuales fueran) no poseen significado *en sí*, sino que poseen el significado que un sujeto o grupo de sujetos *proyecta* sobre esa disposición o mancha en el papel. Metafóricamente podría decirse que las manchas sobre el papel son “naturales” y la naturaleza *no habla*.

Así podría aceptarse que aquello que llamamos *norma* es el producto de interpretar un texto. Interpretar un texto es atribuirle significado. Atribuirle significado es proyectar sobre el texto algún tipo de preferencia o actitud (semántica).

Si bien resulta altamente plausible distinguir entre la mancha en el papel (o disposición) y norma (o texto con significado), sería posible mostrar que la distinción confía excesivamente en ciertas categorías que podrían ser desafiadas o cuestionadas. En especial si se afirma, como suele suceder, que las formulaciones son independientes del significado. En primer lugar, puede llevar al regreso al infinito. Si todo texto necesita una interpretación, y un texto interpretado da lugar a otro texto, entonces se necesitará una interpretación para este texto. Y así al infinito.²⁹ En segundo lugar, la distinción formulación-significado es tributaria de (o paralela a) la distinción entre sintaxis y semántica. Pero esta distinción es discutible. En tercer lugar, y como es fácil de ver, no

²⁸ Este enunciado puede ser reemplazado, si se lo desea, por “el acto de un sujeto o sujetos que produce un texto”.

²⁹ Un análisis de estos problemas se encuentra en Navarro, Pablo, “Acerca de la Inevitabilidad de la Interpretación”, en *Isonomía*, 22, 2005, p. 99-122 .

se puede sostener de manera irrestricta que las formulaciones son independientes del significado en conjunción con tesis empiristas o pragmatistas. En efecto, al menos bajo una idea de "independencia" esto lleva a sostener que una puede existir sin que exista la otra. Traslado al problema formulación *vs.* significado, implica aceptar que existen entidades abstractas (proposiciones, significados) independientes del circuito espacio-tiempo, y aunque nunca hayan sido formuladas. Esto está en tensión con la idea de que todo lo que existe es empírico o dependiente de acciones.³⁰ Sin embargo, no pretendo focalizarme en estos problemas sino más bien conceder los puntos de partida de la distinción entre formulación y norma y realizar algún tipo de observaciones a las consecuencias que se siguen de ella.

Es posible mostrar cómo del hecho que uno acepte que una cosa son las disposiciones y otros las normas (en el sentido de textos interpretados) *no se sigue* que no exista una norma desde el momento mismo en que un sujeto autorizado por ley emana un texto normativo.

En efecto, si es cierto que un texto no es una norma hasta tanto es interpretado, y si es cierto que la interpretación equivale a proyectar sobre el texto algún tipo de significado, no se ve muy bien por qué no se podría asumir que el texto emanado del legislador es ya una norma. Para que sea posible decir esto basta con corroborar que el sujeto mismo que da lugar a la disposición tenga o desarrolle algún tipo de actitud hacia el texto que ha creado. Esto es, que proyecte algún tipo de significado sobre aquello que ha plasmado en un texto. El razonamiento, entonces, sería el siguiente:

1. Un texto no es una norma hasta tanto se le atribuya significado.
2. Atribuir significado a un texto y, por tanto, transformarlo en norma, equivale a interpretarlo.
3. La interpretación o atribución de significado equivale a proyectar sobre el texto una particular forma de entenderlo dada la concepción de un sujeto (intérprete).
4. El legislador o sujeto creador del texto o disposición puede proyectar una determinada interpretación sobre un texto por él creado.

³⁰ Sobre el problema de la distinción entre formulación y proposición, Cartwright, R., "Propositions", en Butler, R. J., *Analytical Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1962, pp. 81-103.

5. Es posible entonces que un texto emanado por este sujeto posea ya, *ab initio*, una interpretación.
6. Si posee, *ab initio*, una interpretación, existe ya al menos una norma.
7. Si se verifica 6, hay al menos un caso en que es cierto que el texto emanado del legislador es, *ab initio*, una norma.

Esto refuta de manera simple la idea de que no es posible hablar de una formulación normativa emanada del legislador como si fuese ya una norma. Lo que señala este razonamiento es algo muy simple. Si para decir que hay una norma se necesita que alguien proyecte una interpretación sobre un texto, y si el creador del texto le proyecta alguna forma de interpretarlo, se sigue entonces que hay al menos un caso en que desde el inicio, o desde el momento mismo en que existe el texto normativo o disposición, existe una norma. Es posible, pero no necesario, que un texto normativo emanado de una autoridad, carezca de interpretación alguna y, por tanto, no será norma hasta que algún otro sujeto lo interprete.³¹

Por lo demás, estas consideraciones muestran cuán infructuoso puede ser apelar a la distinción *disposición vs. norma*, o *texto sin significado vs. texto con significado*, si uno pretende probar que no son los legisladores los que crean normas, sino otros agentes sociales. Pero hay más, sea quien sea que realice el acto de proyección de significado, parece intuitivo pensar que ese acto está constituido por intenciones (propósitos semánticos) de lo cual se sigue que una empresa descriptiva de las diversas interpretaciones no puede abstraerse, al menos, de las intenciones del intérprete-creador. Esto, prima facie, es contradictorio con sostener que las intenciones son irrelevantes para la teoría (tesis 4).

Como es fácil de ver entonces, la distinción no es suficiente para los propósitos del realismo jurídico analizado. Pero a su vez, apelar a tales distinciones introduce una tensión si se la conjuga con la tesis (1) según la cual la teoría de la interpretación no necesita una teoría del significado.

³¹ De todos modos me parece que sostener que hay regla jurídica sólo cuando hay interpretación de un texto (sea quien sea el sujeto que lo haga) es una exageración. Habría que sostener que cada vez que alguien arriesga una interpretación jurídica de cualquier texto existe una norma. Claro que uno podría intentar llevar la idea de "norma jurídica=texto jurídico+significado" hasta este extremo pero el interés de tal teoría sería escaso. Sobre esto véase más adelante.

En primer lugar, la distinción entre formulación y norma es una distinción tributaria de una distinción en teoría del significado. A saber, aquella que distingue entre cuestiones sintácticas y semánticas. Quizás esto no alcance para mostrar que la teoría de la interpretación necesita a la teoría del significado, pero es obvio que la utiliza, al menos en parte.

En segundo lugar, para poder seguir utilizando la distinción y no incurrir en nuevas tensiones dentro de su propuesta, el realismo haría bien en tomar en cuenta algunas consideraciones que provienen –precisamente– de la teoría del lenguaje.

5. La tesis (1), como se recordará, sostiene que la teoría del derecho puede prescindir de la teoría del lenguaje; la tesis (2) propone que se distinga entre formulación y norma; la tesis (4) indica que los estados psicológicos son irrelevantes cuando se realiza teoría.

Con respecto al problema de los estados mentales y/o psicológicos surgen dos preguntas diferentes. La primera es si es posible hablar de estados mentales, la otra es si ello es relevante para una teoría analítica. Se suele sostener que en el análisis lógico (o conceptual) se debería prescindir de la relevancia de los estados mentales. No es claro el origen y justificación de esta restricción.

Una primera hipótesis podría ser que los estados mentales son eminentemente privados (o no públicos), no accesibles por terceros y por tanto no empíricamente verificables.

Para Frege, por ejemplo, es posible hablar de estados mentales [*Vorstellungen*], sólo que debería ser irrelevante para una teoría analítica centrada en el análisis lógico del lenguaje y tributaria del empirismo.³² Esta primera hipótesis podría llamarse el “problema cartesiano”. Si los estados mentales son eminentemente privados y no asequibles por terceros, quedan fuera del espacio de la ciencia porque no tiene

³² Frege, Gottlob, “Der Gedanke: Eine Logische Untersuchung”, en *Logische Untersuchungen*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986, pp. 30-53. Frege sostiene que las representaciones: a) no pueden ser sensorialmente verificadas [“Vorstellungen können nicht gesehen oder getastet, weder gerochen, noch geschmeckt, noch gehört werden”]; b) pertenecen sólo a quien las experimenta [“Die Wiese,....die Sonne, die sie bescheint, sind da, einerlei ob ich sie anschau oder nicht; aber der Sinneseindruck....,besteht nur durch mich; ich bin sein Träger”]; c) necesitan o exigen un portador [“Vorstellungen bedürfen eines Trägers. Die Dinge der Außenwelt sind im Vergleich damit selbständig”]; y d) no son divisibles [“nicht zwei Menschen haben dieselbe Vorstellung”].

sentido hablar de ellos, ni existen patrones para corroborar la verdad o falsedad de una proposición a su respecto.

Una segunda hipótesis es aquella que concede que los estados mentales son accesibles, pero rechaza su relevancia para la teoría analítica. Resulta natural, entonces, preguntarse lo siguiente: ¿si los estados mentales son accesibles, por que no se puede ocupar de ellos, por ejemplo, la ciencia del derecho? Una de las respuestas a esta pregunta podría ser la siguiente: si se asume esto, la ciencia del derecho sería fagocitada por ciencias empíricas más duras (como la química, la medicina o la neurociencia).³³

Una tercera hipótesis conecta las ideas de Kelsen con las de Hart y la de estos dos autores con una empresa más general: la de rechazar los análisis de enunciados normativos o prescriptivos que se concentren en los procesos psicológicos de quien lo emite (o quien lo recibe). Las teorías que centran su análisis en la importancia de los estados psicológicos de los agentes que emiten o reciben normas son múltiples. Allí se encuentran desde la teoría de Stevenson en el ámbito de la filosofía moral (o metaética) hasta la teoría de Austin y Ross en el ámbito de la teoría del derecho.³⁴ Estas teorías serían deficitarias porque hacen depender la existencia de una norma de la voluntad del emite y de ciertos efectos psicológicos en el receptor. La estrategia de Kelsen y Hart consiste en mostrar que tiene pleno sentido decir que existe una norma con independencia de la corroboración de estos estados psicológicos.³⁵ También Hare ha sostenido que el concepto de prescripción o enunciado prescriptivo no necesita presuponer, y de hecho no presupone, ningún estado mental especial en el hablante o emite. Basta que exista una regla semántica general que impute a ciertos sucesos un

³³ Ésta es, paradigmáticamente, la forma en que responde a este problema Alfred Ayer en *Language, Truth and Logic*, Dover, New York, 1952.

³⁴ Esto vale para el primer Ross. A la luz del texto *Directives and Norms*, algunas de las críticas que se le realizaban podrían quedar sin sustento.

³⁵ Kelsen en *General Theory of Law and State* argumenta que para sostener que existe una norma jurídica no es necesario presuponer ninguna voluntad en el legislador. A continuación sostiene que basta que se corrobore que el legislador ha dicho "sí" o "no". Kelsen, *General Theory of Law and State*, Lawbook Exchange, New Jersey, p. 14 y 34 entre otras. Un argumento idéntico se encuentra en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* cuando pretende advertir de la ambigüedad de *Soll als Wille* y *Soll als Objektiv* (entre otras). De todos modos el argumento que estoy tratando de sostener aquí no depende del punto de Kelsen, sino de la teoría genovesa con sus propios puntos de partida.

cierto significado. Generalmente esas reglas, se sostiene, prescinden de los estados psicológicos.

Ahora bien, he aquí un problema que no sólo incumbe al realismo jurídico, pero que voy a restringir al realismo genovés. Desde Tarello en adelante, tal escuela sostiene como rasgo distintivo lo siguiente: la teoría del derecho tiene que elucidar aquello que los juristas *hacen* (más allá de lo que dicen). Elucidar qué es lo que hacen implica describir acciones. Si esto es así, y no es posible describir una acción sin presuponer (o comprobar) un estado mental o intención en el agente, no puede ser cierto que los estados mentales son irrelevantes. Tres consideraciones surgen como consecuencia de éste punto.

En primer lugar, si aquello que el derecho *es* depende de lo que un grupo de sujetos complejo hace (i.e. de sus acciones), y las acciones requieren, para su descripción, referir a un estado mental, entonces es falso que la teoría del derecho puede desembarazarse de los estados mentales de los sujetos observados (legisladores, jueces, juristas, dogmáticos).

En segundo lugar, ya se ha dicho que hay, *grosso modo*, dos formas de concebir cuándo existe una norma jurídica. La primera, que viene llamada usualmente *cognitivista* es aquella que sostiene que las normas están ya en los textos emanados del legislador. La segunda sostiene que los textos del legislador no tienen, todavía, status normativo y que lo adquieren recién en el momento de la interpretación. Recibir (o darles) significado equivale a transformarlos en normas. Esto, según la teoría no-cognitivista, sucede cuando la doctrina y/o los jueces asignan un significado a las palabras del legislador. (Ya se vió que esto no tiene por qué ser necesariamente así). Ahora bien: es aquí, precisamente, donde vuelven a ingresar las consideraciones acerca de la relevancia de los estados mentales para una teoría del derecho en conjunción con la supuesta irrelevancia de la teoría del lenguaje ¿Puede decirse sensatamente que existen *textos* o formulaciones normativas sin que existan estados mentales o voluntades de ciertas personas? Una parte importante de la teoría del lenguaje parece indicar que esto no se puede decir. Es imposible decir "Esto es un texto pero no ha existido intención de escribirlo". El clásico ejemplo es el de la hormiga de Putnam. Aquello que sucede por casualidad (v.g. la hormiga deja una marca que se asemeja al retrato de Winston Churchill) no puede considerarse soporte

lingüístico.³⁶ Lo mismo vale para una mancha en la pared que, producida por la lluvia, dice "2+2=4".³⁷ Si no se corrobora (o supone) en ambos casos que ha habido un autor o agente que ha realizado una *acción* (e intención), no puede decirse sensatamente que hay un *texto*. Pero eso presupone conceder la relevancia de los estados mentales incluso a nivel "sintáctico", i.e. para decir que hay textos. Esta crítica trata de llamar la atención sobre hasta qué punto puede ser contradictorio negar la relevancia de los estados mentales (y no prestar atención a las teorías del lenguaje y sus sofisticaciones).

En tercer lugar, y más importante, debe notarse lo siguiente: alguien podría sostener que la teoría no necesita de los estados mentales (o corroborarlos). Bastaría con que la teoría los adscriba, estipulando su propio criterio (v.g. "Si se da A, entonces tiene lugar el acto B") con independencia de que efectivamente ése sea el caso (i.e. que el sujeto tenga ese estado mental). Sin embargo, una respuesta tal es altamente problemática, porque aquí lo que se está diciendo es que se renuncia a la pretensión de verdad de la teoría, según la cual se debe describir las verdaderas acciones que están teniendo lugar, y no sólo inventarlas o adscribir las. Es un dogma de la teoría genovesa, la idea de que "adscribir" es un acto de la voluntad, y por tanto, ajeno a la descripción.

Esto da lugar a un dilema de la teoría genovesa (en tanto y en cuanto se declara apegada a algunos positivistas clásicos y a la noción de "análisis lógico" presente en tal doctrina). O bien se sostiene que los estados mentales de los individuos son irrelevantes, pero se acepta que entonces no es posible describir acciones (dado que las acciones presuponen estados mentales) o bien sostiene que no es necesario conocer estos estados, basta adscribirlos pero entonces ha abandonado su empresa descriptiva. (Una tercera posibilidad, claro está, implica explorar otras teorías de la acción y del lenguaje que prescindan de los estados mentales para hablar de acción lo cual conlleva, nuevamente, a negar la tesis 1 acerca de la irrelevancia de la teoría del lenguaje –mente o acción.)

En definitiva, si para la teoría genovesa es importante describir lo que los operadores jurídicos hacen, no sólo lo que dicen, y las acciones

³⁶ Es obvio que el ejemplo de Putnam vale también para el caso en que la hormiga hubiese "escrito" el nombre de Winston Churchill.

³⁷ Putnam, H., *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, London, New York, 1981, pp. 1-21.

dependen de estados mentales, no se puede prescindir de la relevancia y descripción de los estados mentales.

Tengo la impresión que, en el realismo genovés, el rechazo a la relevancia de los estados mentales viene dado por el apego a una idea de la Filosofía analítica clásica de acuerdo con la cual los estados mentales son inaccesibles. Aquí no se ha ahondado demasiado en tal aspecto. Pero basta decir para estos fines que del hecho que algo sea un estado mental, no se sigue que necesariamente sea inaccesible. Más aún, si se declara que la acción depende de estados mentales y los estados mentales son inaccesibles, entonces la descripción de acciones es imposible, y por tanto toda la empresa de la escuela analizada cae por tierra. No se puede *describir* el derecho en cuanto producto de las acciones de individuos.

Creo que con lo dicho es suficiente para resaltar la tensión en cuestión, aunque no puedo evitar hacer una última observación a modo de pregunta ¿qué sería una "ideología" prescindiendo [*facendo a meno*] de lo que la gente *piensa*?³⁸

De esto puede colegirse que la distinción entre texto y significado: a) usa una distinción de teoría del significado (la de sintaxis vs. semántica), b) presupone la relevancia de las intenciones si quiere sostener que hay texto y no meramente una mancha (argumento de Putnam), c) muestra que la teoría del derecho no puede desatender algunas consideraciones de teoría del lenguaje, y d) pone en tensión sus presupuestos metodológicos si se considera que las normas son producto de la interpretación, la interpretación es una acción, y la acción presupone estados mentales que, de ser meramente adscriptos, implicarían el abandono de la empresa descriptiva.

Esta última consideración toca también al positivismo jurídico metodológico en general en la medida en que sostiene que la teoría debe

³⁸ Una propuesta interesante, pero que no voy a explorar aquí, es la siguiente. La "acción" podría considerarse un concepto primitivo con respecto al de estados mentales y causa. Ésta parece ser la línea abierta por Sellars. En segundo lugar, hay quien ha propuesto tomar la idea de Descartes no como haciendo referencia a una inferencia "mental" fuera del espacio y el tiempo, sino como una "performance" en el sentido de acción. La propuesta es de Jaakko Hintikka y se encuentra en "*Cogito ergo sum: Inference or Performance?*", en *Philosophical Review*, vol LXXI, 1962, pp.3-32. En todo caso, cualquier propuesta alternativa de "acción" o "interpretación" o "producción de un texto" que no apele a los estados mentales, deberá adoptar o desarrollar alguna teoría más o menos sofisticada del lenguaje (mente o acción), lo cual pone en entredicho nuevamente la pretensión de la tesis 1.

ocuparse de *describir*, en conjunción con la tesis de las fuentes sociales según la cual el derecho es el producto de acciones humanas. Si las acciones implican intenciones, y las intenciones son estados mentales, entonces no se puede describir el derecho sin apelar a ellas. Por supuesto, puede imputárselas o adscribírseles, pero entonces se abandona la pretensión descriptiva.

6. Última consideración de carácter general, acerca de la deriva o dirección que ha tomado la teoría del derecho positivista y la que debería tomar.

Una de las ideas interesantes que surgen a partir de la obra de Hart (aunque no atribuibles a su invención) es la idea de echar mano a un criterio más o menos sociológico para afirmar que “existe una regla”. Cuando existe crítica, rechazo y si invoca como justificación un patrón de conducta, existe (prima facie) una regla. Ésta idea, no sólo es aprovechable por el realismo jurídico genovés, sino que le daría más plausibilidad e interés a la afirmación según la cual los jueces (en conjunción con la doctrina y basándose en textos legislativos) crean derecho.

Uno de los puntos deficitarios del realismo genovés, hasta donde alcanzo a ver, es no ofrecer ninguna tesis explicativa más o menos iluminante sobre por qué del hecho que un grupo de sujetos atribuya significado a un texto jurídico se sigue que hay allí una entidad que merezca llamarse “norma jurídica”. Aquello que le da carácter de “jurídica” no puede ser tan sólo atribución de significado a un texto jurídico. Al menos si uno quiere evitar la trivialización de la propia teoría. En efecto, si una norma es sólo un texto más una interpretación, se sigue que cualquier ejercicio de hipótesis lexical da lugar a una norma. Además, como se indicó, si lo que dota de carácter de norma al texto es la proyección de una interpretación, entonces puede existir norma desde el momento de creación del texto legislativo si el legislador le proyecta su propia hipótesis semántica.

Una de las virtudes del modelo de regla social y jurídica propuesta por Hart, es que ofrece un test mínimo para decir que algo es una regla y es jurídica. *Prima facie* existe una regla cuando hay persistencia en la crítica, se exige su seguimiento y se invoca tal patrón como justificación de la crítica. Esto parece ser una tesis interesante si se la conjuga, por ejemplo, con la intuición de que cuando la Corte emite una sentencia, su resolución es tomada por un cierto grupo o cuerpo social como

patrón de conducta (a partir del cual se critica a terceros, se presiona socialmente, etc.). Ésta es una vía plausible si, en primer lugar, se considera como indica Raz que el contenido de la regla de reconocimiento puede variar dependiendo el grupo social³⁹ y, en segundo lugar, no se reduce la regla de reconocimiento a un mero criterio identificador de textos (como pretende Brian Leiter).⁴⁰ La regla de reconocimiento, al menos bajo la propuesta de Hart, identifica normas, no tan sólo textos.

La otra opción, si no se desea acercarse a autores como Hart, es sostener que “norma general” se limita sólo a la atribución del significado a un texto. No veo exactamente cuál sea el interés o poder explicativo de una teoría así concebida. Es sobreincluyente, por ejemplo, si se quiere conocer cuáles de esas interpretaciones tienen *potencia de presión social*. Por supuesto, uno puede no estar interesado en éste aspecto o negar que tales normas producto de la interpretación lo tengan. Puede estar interesado, en cambio, sólo en los diferentes significados que se le puede atribuir a una expresión. Como se sabe, las hipótesis interpretativas son potencialmente infinitas.

Así, la teoría genovesa, entendida como una teoría según la cual el derecho se produce a través de enunciados interpretativos de los juristas o jueces de la forma “T significa S” (*full stop*) parece hacerse pasible de las mismas críticas que ella dirige a sus contrincantes anglosajones y filo-lingüistas.

En efecto, la impresión general es que las teorías anglosajonas analíticas han borrado del mapa teórico jurídico la mención a la idea de “fuerza” (como así también a la de “sanción” o la de “violencia”). Así, el rasgo esencial del derecho es otorgar razones para la acción (Raz) o seguir un cierto valor encapsulado en la práctica (Dworkin), cuando no el conocer el significado de las palabras.

El factor de fricción o presión social propio de las normas jurídicas parece haber sido visto, por última vez en los textos de Hart cuando sostenía que hay derecho cuando hay gente que está dispuesta a presionar (discursiva y físicamente) por el respeto de ciertos estándares (que satisfacen ciertas condiciones). Luego, el camino o deriva de tal discu-

³⁹ Raz, J., “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en Coleman, J., *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 1-38. En especial, p. 29.

⁴⁰ En Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 72,73.

sión podría ser resumido con la máxima "de la fuerza al valor". Si se pone en una línea imaginaria a Hart y en el otro extremo a Dworkin, tal recorrido resulta evidente. Para uno son reglas y prácticas sociales, para alguien que ocupa el medio de la línea son razones para la acción autoritativas emanadas de quien pretende autoridad legítima, para el último una práctica que cree que existe un valor encapsulado en ella que busca la mejor justificación posible de la coacción estatal. O, como ha sostenido Dworkin últimamente, un valor con estructura *profunda*.⁴¹ Así, decir que hay una norma jurídica (o derecho) querría decir que hay "una razón para la acción", o bien "que hay un valor al que tiende tal norma y que la justifica".

"Práctica", "razón", "justificación", "valor", cuatro puntos de una línea o constante.

Podría llamarse a todas éstas teorías con el poco preciso (pero informativo) rótulo de *neo-racionalistas*. El derecho es regla, razón o valor.

Sin embargo, parte de la intuición es que un conjunto de normas *jurídicas* implican, prima facie, lo siguiente: que hay alguien dispuesto a presionar, criticar (y eventualmente sancionar a partir de la norma o fundándose en ella). Si esto es así, una norma jurídica no parece ser sólo un texto más un significado. Sino algo más. Cuando hay derecho, sostenía Hart, ciertas conductas dejan de ser optativas. Si el realismo jurídico quiere sostener que hay algo informativo en comentar a otros que las reglas son textos más significados, debería contar con algo similar. Si y sólo si, claro está, esa era la razón inicial para elucubrar lo que los enunciados interpretativos *servono a fare*. Si los enunciados interpretativos sirven tan sólo para dar significado a textos jurídicos, tal consecuencia se sigue analíticamente de la idea de enunciado interpretativo. La pregunta es si *servono a fare* algo más, y en su caso qué.

Parte del rechazo a las teorías que se centran en el significado de las palabras del legislador suele ser que se centran en un fenómeno poco importante. Pero si no se otorga un criterio para ver qué hay de importante en el producto de la interpretación, más allá de la atribución de significado, la diferencia parece ser superflua.

Si la teoría que se opone al análisis de "qué cuenta como vehículo", se reduce a decir que las normas son significados atribuidos por juris-

⁴¹ Dworkin, R., "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1, 2004, pp. 1-37.

tas, y que es éste el único rasgo que la hace "jurídica", no parece haber mucho que reprocharle a las teorías "neo-racionalistas". Si, en cambio, se quiere proponer una tesis rica en términos explicativos, y se cae en la cuenta que no cualquier propuesta de interpretación tiene impacto y recepción en un cierto grupo de personas, el problema cambia. Algunas personas parecen tomar ciertas combinaciones de textos e interpretaciones como pauta de conducta. Si esto es así, entonces hay que apelar a algún criterio que permita distinguir entre texto jurídico con significado y norma jurídica que, si bien implicando a los dos anteriores, produce algo diferente. Dicho de manera breve, hay que contar con una tesis acerca de qué es lo que sucede en la *realidad* cuando se crea una norma jurídica, que sea más informativo que sostener que hay alguien que le ha asignado un significado. De manera más directa: qué tiene que suceder para que algo tenga *fuerza de ley*.

Una última consideración con respecto al consejo metodológico del realismo de observar lo que hacen los jueces y la doctrina. La idea sensata según la cual el derecho es producido por otros agentes sociales diferentes del legislador, pese a los problemas indicados más arriba, debería ser revisada pues parece, en un punto, vetusta o incompleta. Esto sucede si se acepta que se ha hecho realidad la profecía de la burocracia de Weber (una idea que de manera similar se encuentra en la previsión de Schmitt de una progresiva totalización del Estado). Bajo esta idea, el siglo XX ha multiplicado exponencialmente el número de agentes, funcionarios y empleados que administran el poder político y jurídico. Así, el ejército de agentes productores de normas es mucho más complejo que el par "doctrinario-juez". Es más, el tipo de influencia del doctrinario o la dogmática en el quehacer de los jueces decae y muta a medida que las sociedades y las ciudades se expanden. Al menos el tipo de influencia que tuvo. Parte de la influencia que tuvo la doctrina y la dogmática sobre la jurisprudencia (y que todavía conserva en parte) se explicaba por cierta cercanía entre jueces y comentaristas, propia de grupos comunitarios, en donde prima un tipo de relación afectiva (y "noble") de familia de juristas que se conocen entre sí, y que refuerzan sus lazos de pertenencia a partir de una práctica de respeto y pleitesía mutuo. El paso del espíritu comunitario o afectivo al societario o anónimo (por decirlo con Tönnies) genera que comience a modificarse o extinguirse ese tipo de influencia de la doctrina ejerció sobre la jurisprudencia.

Si se acepta la explosión exponencial de agentes o funcionarios jurídicos con una capacidad de "crear" derecho, y a ello se suma que ya no está disponible en muchos lugares la cercanía afectiva que explicaba *parte* de la influencia de la dogmática o la doctrina en la jurisprudencia, entonces habría que decir que en la expresión: el derecho es una función de la actividad de la doctrina y los jueces, no están todos los que son, y no son todos los que están. Esto debería llevar a reformular la tesis 3 de acuerdo con la cual es fundamentalmente la doctrina (en conjunción con los jueces) la que intercede en el proceso creativo de normas.

7. En este trabajo me he concentrado en algunas tesis centrales del realismo jurídico genovés, el cual pretende diferenciarse en algunos puntos del realismo americano o el escandinavo. De las numerosas tesis que defiende esta teoría he elegido cinco. La tesis 1 según la cual las consideraciones sobre teoría del lenguaje no son importantes para la teoría del derecho está en colisión con sostener la importancia de la tesis 2, que distingue entre texto y significado. A su vez la tesis que distingue entre texto y significado necesita algún tipo de teoría que la respalde para dar cuenta de qué es un texto. Sin embargo, si se quiere dar cuenta de qué es un texto (y diferenciarlo de la mera mancha) entonces parece que habría que tener en cuenta algún tipo de intención o estado mental, lo que parece poner en entredicho la idea según la cual el análisis de los estados mentales es irrelevante para una teoría analítica del derecho (tesis 4). Pero hay más. Si lo que se pretende es describir lo que los juristas hacen, y no lo que dicen, eso implica o bien tener en cuenta acciones que implicarían intenciones (y de nuevo se resiente la tesis 4) o bien desarrollar una teoría sofisticada sobre la acción, el lenguaje y la interpretación, que pueda dar cuenta de estos fenómenos sin intenciones. Esto colisiona nuevamente con la tesis 1 que pretende desatender las discusiones en teoría del lenguaje. Se mostró, además, que las tesis de proyección volitiva de significados sobre un texto no alcanza para negar que haya normas desde el momento mismo en que el legislador emana un texto, lo cual torna algo superflua la distinción entre texto y significado como aliado para mostrar tesis más o menos empíricas (según las cuales sólo las interpretaciones de *ciertos* sujetos generan normas).

¿Por qué insistiría tanto una teoría como la genovesa en alejarse de la tendencia de trasladar consideraciones del lenguaje al lenguaje jurídico? Presumiblemente porque se trata aquí de esferas diferentes, y del hecho que el lenguaje (*punto y aparte*) funcione de una manera no se sigue que necesariamente el lenguaje *jurídico* funcione sólo de esa manera. Esta idea es interesante como vía inicial para diferenciarse de las teorías filo-lingüistas o neoracionalistas y en la medida en que no implique hundir un barco para salvar los remos. En todo caso, si la motivación general para estas tesis es ganar algún tipo de mirada con mayor poder explicativo, debe explicarse qué hay de particular en la interpretación que hacen ciertos sujetos (doctrina, jurisprudencia) que le da a un texto su carácter de norma jurídica, distinguible de cualquier ejercicio de hipótesis lexical. Parece cierto que el derecho no se agota en lo que dicen las autoridades legislativas o, dicho de otro modo, que hay otros agentes sociales que crean derecho, aunque no se llamen legisladores o constituyentes. Esto da a la tesis 3 (según la cual el derecho es creado por otros agentes sociales diferentes del legislador) un punto interesante. Pero si eso surge de observar la práctica y el mundo actual, entonces no se puede desconocer que la afirmación parece transformarse en parcialmente verdadera o, mejor dicho, incompleta. En un mundo donde los lazos entre doctrina y jurisprudencia pierden en parte su rasgo de relación comunitaria y afectiva (propia del *ochocientos*, sin duda) no puede reducirse la creación del derecho a la vieja idea romana de *jurisconsultos*. En un aparato burocrático-administrativo expandido a niveles exponenciales hay *jurisconsultos* y otros agentes (a explorar) que inciden en la creación del derecho.

Recepción: 07/06/2011

Aceptación: 01/08/2011