



Un ejercicio de realismo jurídico*

An exercise in legal realism

Riccardo Guastini**

Resumen:

Este artículo es un ejercicio en el realismo legal. Sin embargo, el autor aún no tratará de presentar un cuadro comprensivo de realismo legal. Más bien, se restringirá a argumentar, de forma directa, a favor de siete tesis puramente realistas.

Abstract:

This article is an exercise in legal realism. However, the author will not even try to present a comprehensive picture of legal realism. He shall confine himself to arguing, in a straightforward way, in favor of seven purely realistic theses.

Palabras clave:

Positivismo jurídico – Realismo jurídico – Interpretación – Ontología – Cognición jurídica – Regla de reconocimiento

Keywords:

Legal positivism – Legal realism – Interpretation – Ontology – Legal cognition – Recognition rule

Sumario:

1. Positivismo jurídico – 2. Validez – 3. Interpretación – 4. Ontología – 5. Cognición jurídica – 6. Regla de reconocimiento – 7. Obligación – 8. Bibliografía

* Traducido por José Enrique Sotomayor Trelles. Abogado por la PUCP. Ex becario del Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy de la Università degli studi di Genova (Italia) y candidato a magister en Filosofía por la PUCP y en Economía por la UNMSM. Miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional (CEFT) y docente de la Academia de la Magistratura.

** Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto. Contacto: guastini@unige.it.

1. Positivism jurídico

Comenzaré discutiendo un tema principalmente “doméstico”¹, relacionado con la literatura italiana. Más allá de su carácter doméstico, me da la oportunidad de aclarar algunas características básicas del realismo jurídico y también del positivismo jurídico

En la literatura jurídico-filosófica italiana, el realismo jurídico a menudo se distingue y contrasta con el positivismo jurídico². Este punto de vista solo puede explicarse por un extraño y estrecho concepto de positivismo jurídico, identificado más o menos con las doctrinas de los juristas continentales del siglo XIX, quienes estaban habituados a identificar el derecho vigente con el conjunto de oraciones normativas (especialmente códigos) promulgadas por las autoridades que crean derecho, asumiendo que ese conjunto de oraciones era completo (sin lagunas) y consistente (sin antinomias), y además concibió la interpretación jurídica como una actividad meramente cognitiva³.

Hoy en día, sin embargo, esta caracterización es ampliamente considerada como una aproximación engañosa del positivismo jurídico^{4,5}. Más bien, el positivismo es generalmente considerado como una actitud metodológica hacia el derecho. Sus principales tesis son las siguientes:

(i) En primer lugar, el positivismo jurídico, bien entendido, equivale a negar la existencia del llamado derecho natural (como quiera que se le conciba), ya que según el positivismo jurídico, el derecho es un artefacto humano. Esto es cierto para cualquier forma de positivismo. No hay normas en la naturaleza misma de las “cosas” o de las relaciones humanas; ninguna norma existe sin un acto humano de creación normativa. Como Kelsen⁶ (haciendo eco de W. Dubislav) dijo con razón: “Kein Imperativ ohne Imperator”, es decir, ningún mandato sin alguien que mande⁷.

En otras palabras, como afirma Hume, ninguna norma puede (lógicamente) discurrir⁸ de hechos o del conocimiento de hechos, ninguna oración normativa puede derivarse lógicamente de un conjunto de premisas puramente cognitivas, tales como proposiciones que describen la naturaleza (o cualquier otro tipo de hechos en absoluto). Las normas solo pueden derivar de esos actos humanos que las promulgan, que las “ponen”, al proferir oraciones normativas.

Esto no implica, contrariamente a Kelsen (1965), que una norma no pueda ser lógicamente implicada por otras normas. Simplemente pretende subrayar que deducir no es decidir; por lo tanto, una norma implicada arriba a la “existencia jurídica”, es decir, adquiere membresía en un sistema jurídico, solo cuando es “puesta” de hecho por parte de una agencia creadora de normas⁹.

Por cierto, esta formulación de la tesis del no-derecho-natural *no* es equivalente a la llamada “tesis de las fuentes sociales”. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, el derecho es -o proviene de- algún tipo de hecho social: esto es obvio. Pero la “tesis de las fuentes sociales” es una forma infeliz de establecer este punto. Esto es así por al menos dos razones. Por un lado, tal tesis sugiere (o parece sugerir) que el derecho es un conjunto de “reglas sociales” (en la terminología de Hart), es decir, reglas consuetudinarias. Por el contrario, con la excepción del derecho internacional, el moderno derecho (estatal) es esencialmente un conjunto de reglas “puestas”, emitidas por algún tipo de autoridad “soberana”. Por otro lado, la tesis de las “fuentes sociales” parece compatible con una forma de la doctrina del derecho natural, esto es, la doctrina del llamado “derecho natural variable”, según la cual el derecho no se deriva (únicamente) de actos humanos voluntarios, sino (también) discurre espontáneamente desde la “sociedad”, “las relaciones sociales”, “la conciencia social”, el “*Volksgeist*”, o términos similares, y en consecuencia cambia a lo largo del tiempo.

1 No sólo doméstico, véase Leiter 2007, en especial pp. 59ss.

2 Bobbio 1961a, pp. 141ss; Pattaro 1971; Jori 1987. Véase también Barrère Unzueta 1990, Cap. 3.

3 Bobbio, N. (1961b). “Comandi e consigli”, en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, 2da ed. por T. Greco, Introducción de R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2012.

4 Bulygin, E. 2007. *Il positivismo giuridico*, trad. y ed. P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffrè, Milan.

5 Ross, A. 1963. “Giusnaturalismo contro positivismo giuridico”, Italian trans. S. Siciliano, in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio*. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross, 2nd, ed., ECI, Genova, 1990.

6 Kelsen, H. 1965. “Law and Logic”, in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, trans. P. Heath, Reidel, Dordrecht and Boston, 1973.

7 De acuerdo al positivismo jurídico, el así llamado “derecho natural” no es derecho propiamente entendido, sino moral crítica.

8 N. del T.: aquí se ha traducido “flow from” como “discurrir a partir de” y no como “derivarse de”. Dicha elección se fundamenta en que la terminología empleada por Hume no era precisamente la de la lógica clásica.

9 Alchourrón, C.E., Bulygin, E. 1989. “Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law”, en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, S. Paulson (ed.) et al., Oxford U.P., Oxford, 2015.

(ii) Segundo, el núcleo del positivismo jurídico, desde Bentham y Austin, es la distinción entre jurisprudencia expositiva y *censorial jurisprudence*¹⁰, es decir, entre el derecho tal como es en realidad y el derecho como debería ser (de acuerdo con algún estándar de evaluación)¹¹. Describir el derecho existente y evaluarlo son dos empresas intelectuales diferentes e independientes¹².

(iii) En tercer lugar, como consecuencia, no puede existir ninguna obligación “objetiva” de obedecer el derecho; el conocimiento de las normas jurídicas no implica ninguna obligación de obedecerlas. Desde luego, la obediencia es lo que demandan los legisladores, pero (contrariamente a la opinión de Kelsen) ninguna fuerza vinculante, ninguna obligación de obedecer, está conceptualmente implicada por la misma existencia o validez jurídica de una norma. La obediencia presupone no solo la cognición o el “reconocimiento”, sino también la aceptación axiológica por parte de los destinatarios¹³.

Todas estas tres características del positivismo jurídico (correctamente entendido) son compartidas por el realismo jurídico. El realismo jurídico es una teoría abiertamente positivista sobre el derecho. No todos los teóricos positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas.

2. Validez

La tercera característica del positivismo jurídico presentada en la sección anterior merece cierto desarrollo.

Una visión no realista¹⁴ ampliamente aceptada, que se puede remontar hasta Kelsen^{15y16} es que cualquier norma válida es *en consecuencia* vinculante, y obligatoria para sus destinatarios. Ello en la medida que la validez no es más que la fuerza vinculante. Si una regla R establece, por ejemplo, que:

(R) *Los impuestos sobre la renta deben pagarse, el juicio de validez sobre esta regla será*

(JV1) *La regla R es válida.*

Pero, dado que la validez es conceptualmente equivalente a la fuerza vinculante, (JV1) es equivalente, a su vez, a una oración que establece que la misma regla es obligatoria:

(JV2) *La regla R debe ser obedecida.*

Este punto de vista – criticado agudamente por Ross (1961) – es de alguna manera sorprendente. El contenido de la obligación impuesta por (JV2) no es más que la obediencia a (R), es decir, la misma conducta ordenada por (R). Por lo tanto, la diferencia entre (R) y (JV2), si existe alguna, no radica en la conducta requerida; solo puede encontrarse en la naturaleza de la obligación en cuestión. Si la obligación *jurídica* establecida por (R) es pagar los impuestos sobre la renta, esta obligación adicional establecida por (JV2) no puede ser otra cosa que una obligación *no jurídica*, por lo tanto, una obligación moral o política.

Un argumento distinto para indicar el mismo punto es el siguiente. Si toda norma jurídica es obligatoria, vinculante, entonces el derecho como un todo es vinculante: existe la obligación de obedecer el derecho en general, *el derecho como tal*. Ahora, la oración “El derecho debe ser obedecido” es una oración metalingüística, cuyo lenguaje objeto es el derecho. Por lo tanto, la obligación de obedecer el derecho no puede ser, por razones puramente lógicas, una obligación *jurídica*: es necesariamente una obligación *meta-jurídica*, una obligación con respecto al derecho. En otras palabras, debe ser una especie de obligación moral o política¹⁷.

La tesis según la cual existe una obligación moral de obedecer el derecho; sin embargo, es distintiva del llamado positivismo jurídico “ideológico” o “ético” – una doctrina moral (o política) muy cercana al derecho

10 N. del T.: se ha preferido mantener la expresión benthamiana original de “*censorial jurisprudence*” pues no existe una traducción unánimemente aceptada entre los especialistas. En términos generales, la *censorial jurisprudence* se refiere al deber ser del derecho, en oposición a la jurisprudencia expositiva (*expository jurisprudence*). Al respecto, véase Ben-David, A. (2011). The distinction between the *expository* and the *censorial* modes of enquiry in Bentham. *Revue d'études benthamiennes*, 9. Disponible en <http://journals.openedition.org/etudes-benthamiennes/484#quotation>

11 Bentham, 1870, pp. 293ss.; Austin 1979, I, p. 220. Véase Chiassoni 2016, Caps. 1 y 2.

12 Por cierto, es precisamente esta característica del positivismo jurídico la que se encuentra actualmente rechazada por autores no positivistas. Véase, v.gr. Atienza y Ruiz Manero 2009.

13 “De acuerdo a la perspectiva no cognitivista, la aceptación es constitutiva” de la fuerza vinculante (Ross 1968, p. 61).

14 N. del T.: en lo sucesivo, se ha optado por traducir “unrealistic” como “no realista” y no como “poco realista”. Ello es así porque Guastini está planteando tesis realistas por oposición a un conjunto no unánime (aunque principalmente *softpositivista-hartianas*) de teorías que no comparten dichas tesis o abiertamente las niegan. En ese sentido, la expresión “poco realista” podía resultar confusa respecto de la idea que el autor claramente desea transmitir.

15 Kelsen, H. 1934. Introduction to the Problems of Legal Theory, trans. B. Litschewski Paulson and S. L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.

16 Kelsen, H. 1960. Pure Theory of Law, trans. Max Knight, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1967.

17 Guastini, R. 2016, “Kelsen on Validity (once more)”, *Ratio Juris* 29, 3.

natural– que no tiene nada que ver con el positivismo jurídico correctamente entendido, especialmente en su versión realista¹⁸.

Más aún, la oración (JV2) no parece permitir ninguna interpretación descriptiva; es una oración manifiestamente prescriptiva, ya que impone una obligación. Por lo tanto, no tiene valor de verdad. Siendo prescriptiva, ni verdadera ni falsa, no tiene cabida dentro de una “jurisprudencia expositiva”, esto es, dentro de un discurso científico (descriptivo) acerca del derecho. Admitir oraciones prescriptivas en el discurso jurídico-científico es incompatible con el programa científico del positivismo jurídico, especialmente en su versión realista.

3. Interpretación

Hoy en día, después de *El concepto de derecho* de Hart, la visión predominante en cuanto a la interpretación jurídica es más o menos la siguiente¹⁹.

Los textos normativos están articulados en lenguajes naturales. En los lenguajes naturales, el significado está determinado por las convenciones lingüísticas vigentes. Por lo tanto, cada texto normativo tiene un significado objetivo así determinado²⁰. Sin embargo, los textos normativos se formulan por medio de “términos clasificatorios generales” (es decir, predicados en el sentido lógico: términos que denotan clases), y dichos términos están fatalmente afectados por la vaguedad o textura abierta. Como consecuencia, dada cualquier regla, hay casos que seguramente caen dentro de su alcance, así como casos que no. Pero, al lado de estos casos “fáciles”, también hay casos marginales, “difíciles”, en los que la aplicación de la regla es dudosa y discutible. En casos fáciles, los jueces no disponen de discreción interpretativa. Por lo tanto, en tales casos, uno puede distinguir entre interpretaciones jurídicamente correctas e incorrectas. En los casos difíciles, por el contrario, la interpretación elegida es el resultado de una decisión discrecional acerca de la extensión o referencia de los conceptos expresados por términos generales, de tal forma que no hay lugar para la corrección o incorrección de los juicios.

Para apreciar completamente esta teoría, uno debe prestar atención sobre todo a lo que no dice. En primer lugar, esta teoría no posee una postura definida en cuanto a la interpretación doctrinal, sino que se centra únicamente en la interpretación judicial. Esta es una deficiencia seria por dos razones principales. Por un lado, las interpretaciones de juristas y jueces merecen explicaciones separadas ya que no son necesariamente idénticas desde el punto de vista del análisis lógico: por ejemplo, la interpretación de los juristas no involucra la solución de ningún caso particular, mientras que la interpretación judicial necesariamente lo hace; los jueces deben resolver la ambigüedad y vaguedad de los textos normativos, no pueden limitarse a detectarlos imparcialmente, mientras que los juristas académicos sí pueden; etc. Por otro lado, son los juristas quienes equipan a los jueces con conceptos, doctrinas, herramientas interpretativas, formas de razonamiento; de hecho, la práctica interpretativa y dogmática de los juristas condiciona la misma mentalidad (*forma mentis*) de los jueces. La interpretación judicial está sesgada por la dogmática jurídica y no puede comprenderse sin referencia a esta²¹.

En segundo lugar, y más importante, la teoría en cuestión se centra en el problema de si una regla (previamente identificada) se aplica a una situación particular o no. De esta manera, la teoría pasa por alto completamente la identificación previa de la regla como tal, y por tanto las características centrales del trabajo judicial y, sobre todo, doctrinal, esto es (a) la interpretación orientada al texto (“en abstracto”, es decir, con ninguna referencia a casos particulares) y (b) la construcción de reglas no expresadas y no formuladas para llenar vacíos, concretar principios, etc.²².

(i) *Interpretación orientada hacia el texto*. Antes de preguntar si una regla dada es, o no, aplicable a un caso particular, uno tiene que identificar la regla en juego. La identificación de la regla (o reglas) expresada por un texto normativo no es un asunto de subsunción de un caso específico bajo la extensión de un concepto; es una cuestión de decidir el significado de una oración normativa completa. En la mayoría de los casos, una misma oración normativa es susceptible de diferentes adscripciones de significado que compiten entre sí –dependiendo de la técnica interpretativa a la que se somete, de las doctrinas jurídicas que compiten

18 Bobbio, N. (1961a), *Il positivismo giuridico*, 2da ed., Giappichelli, Torino, 1996.

19 Véase, v.gr. Hart. 1961, cap. 7; Carrió 1994, pp. 49ss.; Bulygin 1995. Algunas críticas aparecen en Guastini 2011.

20 Esta visión tiene una implicación prescriptiva tácita: los textos legales deben interpretarse según el diccionario y la sintaxis del lenguaje natural en el que se formulan. Pero, ¿por qué no debería uno interpretar, por ejemplo, de acuerdo con la (supuesta) intención de las autoridades legislativas? Y, además, ¿por qué no debería uno usar toda la panoplia de argumentos interpretativos, tales como *a contrariis*, *a similib*, coherencia sistémica, etc.?

21 Tarello 1968.

22 Guastini, R. 2013. “Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers”, en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht.

sobre la materia, de los diferentes sentimientos morales de los intérpretes— de tal forma que diversas reglas pueden ser derivadas de esta. Desde un punto de vista lógico (no psicológico), la subsunción presupone una decisión “en abstracto” sobre el significado-contenido de los textos normativos.

Solo un ejemplo de ello. El artículo 13.1 de la Constitución francesa (1958) establece: “El Presidente de la República firmará las ordenanzas y los decretos discutidos en Consejo de Ministros”²³. ¿Significa que el presidente tiene el poder de firmar esas ordenanzas y decretos, o que tiene la obligación de firmar? Aquí no hay ningún problema de textura abierta, ni problema alguno de subsunción: en tales circunstancias, los intérpretes se enfrentan con un problema completamente diferente, no la aplicación de una regla a un caso definido, sino la propia identificación de la regla misma²⁴.

Pero incluso el ejemplo tonto usualmente propuesto por los seguidores de la teoría mencionada puede usarse para representar la diferencia entre interpretar un texto “en abstracto” y subsumir un caso bajo una regla (previamente identificada). “Se prohíben los vehículos en el parque”, dijo el legislador. De acuerdo: los automóviles y camiones están ciertamente incluidos en el alcance de la regla. ¿Pero qué pasa con las ambulancias? Si la oración se entiende literalmente, entonces la regla prohíbe la entrada de “vehículos” sin más especificaciones; y por ello no se admiten ambulancias. Pero la misma oración se puede interpretar (con la ayuda de una oración contrafactual que apunta a la supuesta intención del legislador) como expresando una regla diferente, que se refiere a “vehículos, excepto ambulancias”, de tal manera que las ambulancias sean admitidas en el parque. El problema no consiste en subsumir o no a las ambulancias bajo el concepto de “vehículo”, ya que, no cabe duda, son vehículos. El problema es identificar el contenido mismo de la regla que se aplicará.

(ii) *Construcción de reglas no expresadas*. Por cierto, la mayor (y más importante) parte del trabajo doctrinal y judicial consiste en una gran cantidad de operaciones inferenciales por medio de las cuales nuevas reglas, que los legisladores nunca formularon, se agregan al sistema jurídico. Tales reglas no expresadas son etiquetadas como “implícitas”, pero no están implícitas en sentido estricto (es decir, lógico) ya que se derivan de reglas explícitas por medio de argumentos no deductivos.

Solo un simple ejemplo, a fin de aclarar lo que quiero decir con “regla no expresada”. De acuerdo al juez Marshall²⁵: “un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley [...]. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que en contraste con la Constitución, debe considerarse inexistente”²⁶. El juez Marshall asume que, de acuerdo con la intención de los redactores, la Constitución es superior a (o más valiosa que) los actos legislativos, y deriva de tal supuesto “teórico” dos consecuencias normativas sobresalientes: primero, cualquier acto legislativo contrario a la constitución es nulo (*void*); en segundo lugar, la Corte tiene derecho a declarar tal acto nulo. Ambas consecuencias son reglas no expresadas, que no tienen contrapartida en el texto constitucional y que la Corte Suprema está agregando a la Constitución²⁷.

Por lo tanto, la visión dominante en cuanto a la interpretación jurídica es completamente ciega acerca del núcleo mismo de la interpretación y el razonamiento jurídicos. Asume que interpretar, atribuir significado a los textos normativos, es una actividad cognitiva (o principalmente cognitiva) que depende de las convenciones lingüísticas aceptadas: el único espacio para la discreción interpretativa proviene de la vaguedad (la textura abierta) de los predicados. Esta es una visión bastante poco realista. Y, de hecho, es defectuosa.

La visión realista sobre la interpretación jurídica es que el derecho, entendido como un conjunto de reglas, es el resultado de la interpretación doctrinal y judicial, y la construcción de textos jurídicos.

4. Ontología

De acuerdo con una visión no realista, muy difundida especialmente entre los filósofos del derecho, el derecho es un conjunto de entidades abstractas tales como reglas (o normas) o incluso un conjunto de enigmáticas entidades deónticas, tales como obligaciones y derechos.

23 N. del T.: la traducción de dicha disposición constitucional es oficial. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf

24 Troper, M., 1994. “La signature des ordonnances: fonctions d’une controverse”, in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l’État*, P.U.F., Paris, 275.

25 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60.

26 N. del T.: la traducción de este fragmento de la sentencia fue tomado de Carbonell, M. (s.f.). *Marbury versus Madison: regreso a la leyenda*. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf

27 Véase Troper 2011, pp. 139ss.

Por lo tanto, dar cuenta del derecho en vigor consistiría precisamente en describir el contenido de las reglas, y la forma correcta de hacerlo sería mediante oraciones deónticas, es decir, oraciones que repiten como un eco las reglas a las que se refieren y/o describen las propiedades deónticas de las acciones: "Es obligatorio que *p*", "Está prohibido que *q*", etc.²⁸.

Por el contrario, desde un punto de vista realista-empirista, el derecho no es más que un conjunto de hechos (bastante peculiares), esto es, expresiones lingüísticas y prácticas interpretativas: las expresiones lingüísticas de las autoridades que dan el derecho y las prácticas interpretativas de juristas y jueces.

En consecuencia, dar cuenta del derecho vigente puede consistir ya sea en la interpretación cognitiva o en una meta-jurisprudencia descriptiva.

- (a) La interpretación cognitiva es el análisis no comprometido de las oraciones normativas promulgadas por los legisladores, con el fin de detectar sus significados plausibles a la luz de las convenciones lingüísticas existentes, los métodos interpretativos, las teorías de los juristas y las decisiones judiciales pasadas (si las hubiese).
- (b) La meta-jurisprudencia descriptiva, por su parte, consiste en analizar y dar cuenta de las decisiones judiciales pasadas.

Tanto la interpretación cognitiva como la meta-jurisprudencia descriptiva pretenden predecir (o, mejor, intentar predecir) decisiones judiciales futuras.

*Desde este punto de vista, las llamadas "proposiciones normativas" –aquellas mediante las cuales los juristas describen el derecho vigente²⁹– no son (no pueden ser) oraciones deónticas sobre la calificación normativa de la conducta ("Es obligatorio que *p*" o algo similar). Son proposiciones verdaderas o falsas (en el sentido lógico): "normativas" debido a su objeto, no debido a su capacidad inferencial normativa; no admiten ninguna inferencia normativa o práctica^{30,31}.*

*Las proposiciones normativas –de acuerdo con su forma lógica (ya sea manifiesta o encubierta) son proposiciones existenciales acerca de reglas o normas, en el sentido de que establecen la existencia de reglas dentro de un sistema jurídico dado, su pertenencia al sistema. Por ejemplo: "La regla 'Es obligatorio que *p*' existe (esté en vigor) en el sistema jurídico *S*". En tal proposición, la regla no es declarada o iterada, sino que se menciona entrecomillada. Solo de tal proposición, nadie puede inferir válidamente que *p* deba hacerse.*

La condición de verdad de tales proposiciones es la práctica interpretativa prevaleciente de los juristas y la práctica aplicativa de los jueces³². En otras palabras, las proposiciones normativas no son más que piezas de meta-jurisprudencia descriptiva.

5. Cognición jurídica

De acuerdo con una visión bastante poco realista, no es posible un conocimiento significativo del derecho desde el así llamado punto de vista "externo", es decir, desde el punto de vista de aquellas personas no comprometidas (ya sean juristas o legos) que no "participan" del juego del derecho y se limitan a observar el comportamiento real (comportamiento lingüístico incluido) de los "participantes". Ninguna cognición genuina, ninguna descripción sólida del derecho es posible a menos que uno asuma el punto de vista "interno". Tal punto de vista, sin embargo, presupone la aceptación del derecho mismo: al menos, la aceptación de una última "regla de reconocimiento" mediante la cual se identifican las reglas válidas del sistema jurídico en juego. La aceptación se concibe como un requisito necesario para tomar conocimiento del derecho³³.

No es necesario decir que la "validez" en este contexto –como en la teoría pura del derecho de Kelsen– conlleva (o equivale a) fuerza vinculante: una regla válida es una regla que debe ser obedecida. Por lo tanto, no es de extrañar que todos los partidarios del punto de vista interno sostengan que las llamadas "afirmaciones internas" son oraciones comprometidas por las cuales las personas aprueban y/o critican

28 Una vez más Kelsen 1934 y 1960. Volveré sobre este punto cuando discuta el así llamado "punto de vista interno".

29 A veces lo hacen, aunque este no es el núcleo de la investigación jurídica: en la mayoría de los casos, los juristas no describen el derecho, sino que contribuyen a modelarlo.

30 Bulygin, E. .1981. "Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz", en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

31 Bulygin, E. 1982. "Norms, Normative Propositions, and Legal Statements", en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

32 Ross, A. 1958. *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London

33 Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2nd ed. with a Postscript, ed. by P.A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.

comportamientos por referencia a las reglas del sistema, hacen afirmaciones justificadas por tales reglas, etc. Esto equivale a decir que el punto de vista interno no es el punto de vista de la “jurisprudencia expositiva” (en la terminología de Bentham), sino el de abogados y jueces.

Por lo tanto, es bastante evidente que las afirmaciones internas no “se refieren” a reglas, no las describen, simplemente *aplican* reglas. Son de carácter normativo y, por lo tanto, no poseen valores de verdad³⁴. Siendo así, no tienen cabida en una descripción “científica”, axiológicamente neutra, del derecho en vigor. Aparentemente los partidarios de la tesis del punto de vista interno no pueden distinguir entre la auténtica jurisprudencia expositiva (“ciencia jurídica”) y la dogmática jurídica, siendo esta última una práctica “interna” al derecho, bastante diferente de su descripción desinteresada.

Por cierto, la perspectiva analizada tiene una problemática sombra iusnaturalista, ya que asume tácitamente la obligatoriedad intrínseca del derecho como tal, la llamada “normatividad del derecho”. Como ya lo he señalado, tal suposición es el núcleo del positivismo “ético” o “ideológico”. Pero, al mismo tiempo, esta suposición es compartida por la doctrina del derecho natural: *lex iniusta non est lex* – el derecho positivo incompatible con el derecho natural no es derecho en absoluto, lo que significa que no merece obediencia, mientras que el derecho “genuino” es, por definición, justo, y eso significa que exige obediencia.

La perspectiva realista sobre el asunto es que la única cognición genuina y no comprometida del derecho es puramente “externa”. La jurisprudencia cognitiva o “expositiva” solo puede ser un conjunto de aseveraciones desinteresadas acerca de hechos³⁵. Una vez más: la ciencia jurídica es un conjunto de proposiciones normativas, cuyas condiciones de verdad son la práctica interpretativa imperante de los juristas y la práctica aplicativa de los jueces.

Parece que los partidarios de la tesis del punto de vista interno ni siquiera conciben la posibilidad misma de una descripción no comprometida del derecho en vigor. Esto se prueba también, entre otras cosas, por su tratamiento del concepto de obligación, como veremos en un momento.

6. Regla de reconocimiento

La cognición jurídica, el tema discutido en la sección anterior, sugiere una mirada a la regla de reconocimiento de Hart. Bueno, ¿qué tipo de regla es esta? No sorprende que existan dos posturas en contraposición en la literatura teórico-jurídica sobre el tema: una visión realista y otra no realista.

La tesis no realista, otra característica de la teoría del punto de vista interno, es que tal regla es una regla genuina, es decir, una regla de conducta, a saber, una meta-regla (vacía, incompleta) que no establece directamente lo que se debe hacer, sino que ordena a las personas a obedecer las (posteriores) reglas que serán emitidas por el “soberano”³⁶.

Como consecuencia, la aceptación de tal (meta-)regla es definitivamente axiológica e implica la disposición de cumplir con los mandatos del soberano. Esta es la razón por la cual el punto de vista “interno” a la regla de reconocimiento está comprometido normativamente: los mandatos emitidos por el soberano son derecho válido y deben ser obedecidos como lo ordena la regla del reconocimiento.

La perspectiva realista³⁷, por el contrario, es que la regla de reconocimiento no es más que un criterio de identificación de las reglas válidas del sistema: una regla conceptual, no una regla de conducta³⁸.

En consecuencia, la “aceptación” de la regla de reconocimiento es un acto cognitivo, epistémico, no axiológico³⁹. No posee consecuencias normativas. Su único propósito, como su nombre sugiere, es “reconocer”, es decir, identificar el derecho válido con el objetivo de describirlo. Una vez más: el conocimiento del derecho existente no implica ninguna obligación de obedecer.

34 Bulygin, E. 1981. “Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz”, en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

35 Ross, A. 1962. “Review” of H.L.A. Hart’s *The Concept of Law*, in *The Yale Law Journal*, LXXI

36 Raz 1971; Hacker 1977, p. 23; McCormick 1981; Ruiz Manero 1990, pp. 135ss.

37 Bulygin, E. 1976. “On the Rule of Recognition”, en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

38 Por cierto, contrariamente a una sugerencia de Cristina Redondo (en una conversación privada), no se puede sostener que la regla de reconocimiento cumple con ambas tareas: proporciona un criterio de identificación del derecho y, al mismo tiempo, ordena la obediencia al derecho así identificado. Esto es así por una razón muy simple: el criterio y el mandato son dos reglas *lógicamente distintas*: una regla conceptual y una regla de comportamiento, respectivamente.

39 Guastini, R. 1998. “Conoscenza senza accettazione”, en L. Gianformaggio, M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milan.

7. Obligación

La tendencia no realista sobre el concepto de obligación jurídica aparece en la forma de un rechazo y una crítica de la “concepción fuertemente positivista” de Bentham⁴⁰ sobre el tema.

De acuerdo a Bentham, la obligación es una “entidad ficticia”, en el sentido de que la palabra “obligación” (así como otras palabras relacionadas: “derecho subjetivo”, por ejemplo) carece de referencia semántica. Entonces, la única manera de aclarar su significado es lo que (hoy en día) se suele llamar una “definición en uso”, que equivale a traducir una oración completa donde la palabra (el *definiendum*) aparece en una oración completa diferente, con el mismo significado, y donde la palabra no aparece. Una oración deóntica como “El sujeto S tiene la obligación de ejecutar la acción A” - de acuerdo con su (oculta) forma lógica, no lingüística, puede traducirse sin pérdida de significado en una oración que predice que el sujeto S probablemente será castigado si no ejecuta A⁴¹.

Los partidarios de la visión no realista⁴² objetan que, en el uso común de abogados y jueces (así como de legos), este no es el significado *normativo* real de las oraciones deónticas. De acuerdo con el uso ordinario de tales oraciones, no es contradictorio decir que un sujeto tiene una obligación, aunque probablemente no será castigado en caso de desobediencia; más aún, no es redundante decir que un sujeto tiene una obligación y además, es probable que incurra en una sanción por desobediencia. Sobre todo, cuando un juez declara que alguien tiene una obligación, es evidente que no está prediciendo su propia decisión: las oraciones deónticas judiciales no pretenden predecir, sino *justificar* las decisiones. El castigo no es la consecuencia real de la desobediencia, sino que la desobediencia es la *razón* del castigo.

En consecuencia, declarar la existencia de una obligación presupone la referencia a alguna regla o norma previamente aceptada y equivale a dar cuenta de su contenido o “iterarlo” como un *eco*⁴³. *Prima facie*, la visión no realista parece correcta: es una cuestión de hecho que el uso “normal” del lenguaje deóntico es normativo, prescriptivo. Y seguramente es el caso cuando el lenguaje judicial (así como el legislativo) está en juego. No obstante, la visión no realista es incorrecta.

Desde el punto de vista *interno* se puede afirmar que, si existe una regla (una regla aceptada), entonces –por esa sola razón– existe una obligación, ya que tal obligación no es más que el “contenido” de esa regla. Desde el punto de vista *externo*, sin embargo, ¿se puede afirmar seriamente lo mismo? El problema conceptual (“¿Qué significa ‘obligación’?”) oculta un problema epistémico relacionado con la cognición jurídica: ¿cuáles son las condiciones de verdad de una oración que afirma la existencia de una obligación, es decir, la existencia en el sistema jurídico de una regla que impone una obligación? y ¿puede la jurisprudencia expositiva afirmar seriamente la existencia de una obligación si el incumplimiento no tiene ninguna consecuencia práctica?⁴⁴

Los académicos no realistas claramente malentienden el objeto y el punto de la “teoría predictiva” de Bentham. Bentham no se refirió de ninguna manera al lenguaje judicial; al analizar el concepto de obligación, estaba interesado en la jurisprudencia *expositiva*: en la cognición jurídica, no en la práctica jurídica y la aplicación del derecho⁴⁵. Las oraciones deónticas que tenía en mente no son oraciones pronunciadas por alguna autoridad jurídica: son oraciones mediante las cuales un jurista no comprometido pretende describir el derecho en vigor.

Asimismo, los juristas no realistas parecen pensar que las oraciones deónticas judiciales son descriptivas, por lo tanto, verdaderas o falsas. Las afirmaciones “internas”, aunque normativas, se supone que *describen* el contenido de las reglas (previamente aceptadas). ¿Es este el caso? Parece que tales afirmaciones no describen en absoluto, sino que *iteran* o *aplican* las reglas que presuponen (y a las que tácitamente se refieren). Entonces, la tesis no realista es contradictoria: ninguna oración puede ser al mismo tiempo normativa y descriptiva⁴⁶. Adicionalmente, una oración descriptiva acerca de normas (una “*proposición*

40 Hart, H.L.A. 1966. “Legal Duty and Obligation”, in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982, 143.

41 Bentham, J. 1780., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J.H. Burns y H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996, cap.3.

42 Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2nd ed. with a Postscript, ed. by P.A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.

43 Hart, H.L.A. “Kelsen Visited” 1963, in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.

44 Por cierto, sin ninguna referencia a la sanción en caso de desobediencia, se hace imposible distinguir el derecho de la moralidad (Schauer 2015), los mandatos de los consejos (Bobbio 1961b).

45 Por cierto, lo mismo vale para la opinión de Holmes del derecho como una profecía de lo que los tribunales probablemente harán. Es obvio que Holmes no se refirió (literalmente) “al derecho”, en el sentido del lenguaje de los legisladores y jueces, sino a la “doctrina jurídica”, entendida como una descripción no comprometida del derecho en vigor.

46 Bulygin, E. 1982. “Norms, Normative Propositions, and Legal Statements”, en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

normativa") no puede justificar ninguna conclusión prescriptiva, tal como una decisión judicial. Una conclusión prescriptiva solo puede extraerse de premisas normativas.

Una vez más, los juristas no realistas parecen incapaces de siquiera concebir la posibilidad misma de una aproximación neutral al derecho vigente, que es el programa científico del realismo jurídico.

8. Bibliografía

Alchourrón, C.E., Bulygin, E. 1989. "Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law", en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, S. Paulson (ed.) et al., Oxford U.P., Oxford, 2015.

Atienza, M., Ruiz Manero, J. 2009. *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

Austin, J., 1879. *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, 4ta ed. por R. Campbell, John Murray, London.

Barrère Unzueta, M.A. 1990. *La Escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid: Tecnos.

Bentham, J. 1780. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J.H. Burns y H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Bobbio, N. (1961a), *Il positivismo giuridico*, 2da ed., Giappichelli, Torino, 1996.

_____. (1961b). "Comandi e consigli", en N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, 2da ed. por T. Greco, Introducción de R. Guastini, Giappichelli, Torino, 2012.

Bulygin, E. 1976. "On the Rule of Recognition", en E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

_____. 1981. "Legal Statements and Positivism: A Reply to Joseph Raz", en E.

Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

_____. 1982. "Norms, Normative Propositions, and Legal Statements", en E.

Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por S.L. Paulson et al., Oxford U.P., Oxford.

_____. 1991. "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa*, 9

_____. 1995. "Cognition and Interpretation of Law", en L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Torino

_____. 2007. *Il positivismo giuridico*, trad. y ed. P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffré, Milan.

Carrió, G.R. 1994. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ta ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Chiassoni, P. 2016. *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*. Giappichelli, Torino.

Guastini, R. 1998. "Conoscenza senza accettazione", en L. Gianformaggio. M. Jori (eds.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffré, Milan.

_____. 2011. "Rule-Scepticism Restated", in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford U.P., Oxford.

_____. 2013. "Juristenrecht. Inventing Rights, Obligations, and Powers", en J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D.M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht.

_____. 2016. "Kelsen on Validity (once more)", *Ratio Juris* 29, 3.

Hacker, P.M.S. 1977. "Hart's Philosophy of Law", in P.M.S. Hacker, J. Raz (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford.

Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, 2nd ed. with a Postscript, ed. by P.A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.

_____. "Kelsen Visited". 1963. in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983.

_____. 1966. "Legal Duty and Obligation", in H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1982.

Jori, M. 1987. *Il positivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano.

Kelsen, H. 1934. *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trans. B. Litschewski Paulson and S. L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.

_____. 1960. *Pure Theory of Law*, trans. Max Knight, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 1967.

_____. 1965. "Law and Logic", in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, trans. P. Heath, Reidel, Dordrecht and Boston, 1973.

Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford U.P., Oxford.

MacCormick, N. 1981. *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, London.

Pattaro, E. 1971. "Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLVIII.

Raz, J. 1971. "The Identity of Legal Systems", in J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979.

Ross, A. 1958. *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London

_____. 1961. "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", in S. L. Paulson, B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

_____. 1962. "Review" of H.L.A. Hart's *The Concept of Law*, in *The Yale Law Journal*, LXXI

_____. 1963. "Giusnaturalismo contro positivismo giuridico", Italian trans. S. Siciliano, in S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, 2nd, ed., ECIG, Genova, 1990

_____. 1968. *Directives and Norms*, Routledge, London.

Ruiz Manero, J. 1990. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.

Scarpelli, U. 1965. *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano.

_____. 1967. "Le proposizioni giuridiche come precetti reiterati", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV.

Schauer, F. 2015. *The Force of the Law*, Harvard U.P., Cambridge, London.

Tarello, G. 1968. "La semántica del neustico. Osservazioni sulla parte descrittiva degli enunciati precettivi", in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il mulino, Bologna, 1974.

Troper, M. 1994. "La signature des ordonnances: fonctions d'une controverse", in M. _____, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., Paris.

_____. 2011. "Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste", in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris.