

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Patiño-Arango, A. (2015). Como hacer el derecho con palabras. *Revista Jurídicas*, 12 (1), 59-77.
DOI: 10.17151/jurid.2015.12.1.5.

Recibido: 24 de marzo de 2015
Aprobado: 30 de junio de 2015

COMO HACER EL DERECHO CON PALABRAS*

ALEJANDRO PATIÑO-ARANGO** |

RESUMEN

Desde nuestro nacimiento nos encontramos con una multiplicidad de situaciones que van desde nuestro estado natural, al estado social y de este al estado político. Aunque cada una de estas situaciones parece normal, cada una de ellas está regida por contextos diferentes. Estas corresponden a tres estados: de naturaleza, social y jurídico-político.

En este artículo mostraré como se hace el derecho con palabras. Idea que se expone a través de la teoría de los performativos de Austin y la cual Olivecrona aplica al lenguaje jurídico. Esto significa que para elaborar cualquier tipo de pacto institucional, previo a este, es esencial el pacto lingüístico como lo concibe Hobbes en el *Leviatán*. Sin embargo, en la construcción del pacto institucional, también es necesario un lenguaje regido por reglas tal como lo concibe Searle al analizar las reglas institucionales. Reglas que son fundamentales para el lenguaje jurídico.

PALABRAS CLAVE: performativo, acto de habla, lenguaje jurídico, pacto lingüístico, pacto político, Hobbes, Austin, Olivecrona.

* El presente artículo hace parte del proyecto de investigación adscrito a la Oficina de Investigaciones de la Universidad de Caldas titulado: "Como hacer el derecho con palabras: una construcción de la realidad social y política".

** Magíster en Filosofía. Departamento de Filosofía, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
E-mail: alejandro.patino@ucaldas.edu.co
ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0339-5645>.

HOW TO MAKE LAW WITH WORDS

ABSTRACT

From our birth we find a multiplicity of situations ranging from our natural state, to our social status and from there to the political state. Although each of these situations appears normal, each is governed by different contexts. These correspond to three states: nature, social and legal-political.

In this article how the Law is made with words will be shown. This idea is presented through Austin's performative theory that Olivecrona applies to the legal language. This means that to develop any type of institutional agreement, prior to this agreement, the linguistic pact is essential as conceived by Hobbes in *The Leviathan*. However, in building the institutional pact, a language governed by rules as conceived by Searle is also necessary to analyze the institutional rules, rules that are fundamental to the legal language.

KEY WORDS: performative, act of speech, legal language, linguistic pact, political pact, Hobbes, Austin, Olivecrona.

INTRODUCCIÓN

El problema del lenguaje jurídico ocupa un papel central en el pensamiento de Karl Olivecrona tal cual lo menciona en *Lenguaje jurídico y realidad* (1962), así como en *El derecho como hecho* —escrito después de su jubilación—. Hay que advertir que en este segundo libro, en los capítulos IV, V, VIII y IX, está presente la influencia de John L. Austin (1982); en especial, con la teoría de las expresiones performativas. Debo aclarar que el significado de la palabra cosa, en este momento, se debe entender como acción. De ahí que en este trabajo se aplique a un saber que afecta a todos los seres humanos como lo es el derecho, en el cual realizamos acciones. En palabras de Olivecrona (1980):

los diversos términos jurídicos se interrelacionan entre sí: el matrimonio supone ciertos derechos; sociedades pueden ser sujetos de de derechos y deberes; el dinero entra en muchas relaciones jurídicas. Por ello, los términos jurídicos no deben ser considerados palabras aisladas. Hay que considerar el vocabulario jurídico como un todo, porque funciona como un todo. (p. 7)

Evidentemente, en la vida cotidiana, nos encontramos con una gama de situaciones jurídicas que no poseen la misma existencia que los objetos externos y que los seres ideales de las matemáticas. Desde el momento de nuestro nacimiento comenzamos a identificarnos como seres jurídicos. Son muchas las situaciones que vivimos a diario que son jurídicas y que están expresadas mediante términos jurídicos: desde el momento en que tomamos el autobús; alquilamos un apartamento; firmamos un cheque; pagamos los servicios públicos; adquirimos un préstamo; asumimos un cargo; ejercemos el derecho de votar y muchas otras situaciones más, somos conscientes de que son situaciones jurídicas y que se instrumentalizan mediante un lenguaje que podemos denominar 'jurídico'. Al respecto, Olivecrona (1999) afirma:

más aún no podríamos saber que sucede en el mundo sin una cierta comprensión del lenguaje jurídico. Leemos en los periódicos noticias acerca de los actos del gobierno y parlamentos, acerca de la imposición de leyes y de gravámenes. Nos enteramos de que un grupo de personas en alguna parte remota del globo ha declarado la independencia de su país y ha establecido un gobierno propio, etcétera. Todos estos sucesos están más o menos descriptos en términos jurídicos. (p. 7)

Muchas de las palabras jurídicas son comprendidas por el individuo en su cotidianidad; mientras que otras hacen parte del lenguaje del jurista, el lenguaje técnico que usa en el ejercicio de su profesión, de la misma forma en que el científico usa expresiones científicas para referirse a elementos de la vida cotidiana como por ejemplo el agua. El lenguaje hace parte esencial del derecho y se confunde con

este (Carrió, 1994). Esto no quiere decir que todo lenguaje sea jurídico, sino que el derecho está escrito a partir de este. Al ser este lenguaje el usado por los juristas, ellos no cometen hechos, solo se refieren a los hechos mediante el lenguaje jurídico. Para Olivecrona: “ningún sistema jurídico vigente puede concebirse sin lenguaje”.

De lo anterior, se infiere que no es posible concebir un sistema jurídico prescindiendo del lenguaje. De ahí la importancia que Olivecrona le concibe a este, importancia que había sido soslayada por la mayoría de los teóricos del derecho. Esto debido a que la mayoría se preguntaba solo sobre el origen del derecho, optando bien sea por tesis metafísicas o por tesis naturalistas, sin darse cuenta de la importancia que tenía el lenguaje para este. No obstante, miremos primero como al lenguaje inicialmente se le concedía un halo mágico o misterioso. Por ejemplo, y al decir de Austin, el efecto que producen ciertas expresiones bajo ciertas circunstancias: palabras expresadas en ciertas situaciones rituales que pueden producir determinados efectos, efectos y causas que hacen parte de cierta concepción mágica o de ficción.

Hay que partir de la idea que los derechos y los deberes no deben identificarse con hechos reales. Estos no son concebidos como situaciones fácticas, sino que la situación fáctica debe ajustarse a los derechos y a los deberes. En cierto sentido esta concepción tiene que ver con la propuesta de los positivistas lógicos, quienes mostraban como la ética no tienen nada que ver con los hechos; concepción, que tiene su influencia en Hume —en el tercer libro de la moral del *Tratado sobre la naturaleza humana*—. Por su parte, Olivecrona se encuentra influenciado por Hagstrom y Lundstedt; quienes criticaban a aquellos que tenían una concepción metafísica del derecho. A la posición de estos dos filósofos se le realizaron tres objeciones.

Primero, en apariencia, el lenguaje jurídico describe la realidad. Sin embargo, por lo que hemos dicho con base en la propuesta de Olivecrona, el lenguaje jurídico no la describe. Es decir que la realidad que representa no hace parte del mundo que podemos percibir a través de los datos de los sentidos, sino que pertenece a otra realidad; la cual podemos ubicar en la realidad de los hechos sociales; por ello el derecho es un fenómeno social, pero no todos los fenómenos sociales son derecho. De ahí que se pueda diferenciar entre hechos sociales y hechos institucionales. Los animales constituyen una sociedad, pero los animales no constituyen hechos institucionales tal como lo concibe Searle.

La segunda objeción, según Olivecrona, consiste en que el derecho no puede concebirse sin derechos subjetivos. Por tanto, el derecho es un sistema de reglas de derechos subjetivos y deberes.

La tercera objeción, consiste en que es imposible analizar el derecho sin hacer uso de las expresiones derecho subjetivo y deber. En este punto nos damos cuenta

de la presencia del lenguaje; condición sin la cual, no es posible realizar la argumentación jurídica.

LOS PERFORMATIVOS COMO MODELO DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

Entre las expresiones que aparecen disfrazadas con el maquillaje de lo verdadero y de lo falso, Austin destaca las expresiones que no describen ni informan nada sobre el mundo. Muchos lingüistas han considerado que el lenguaje es el instrumento que sirve para transmitir nuestros pensamientos, ignorando cómo el ser humano en la vida cotidiana hace uso del lenguaje para sancionar o ejecutar acciones y no solamente para transmitir información. Inclusive, el sujeto hablante muchas veces cree que está transmitiendo información; a sabiendas que realmente está ejecutando acciones en el instante en que está hablando. Este uso se caracteriza porque la expresión no se utiliza para transmitir comunicación, ni como medio de reflexión del pensamiento, sino que sirve para ejecutar acciones. Al decir de Austin (1982):

bautizar el barco es decir (en las circunstancias apropiadas) la palabra bautizo [...] cuando, con la mano sobre los evangelios y en presencia del funcionario apropiado, digo 'sí juro', no estoy informando acerca de un juramento; lo estoy prestando. (p. 47)

El performativo es, entonces, una locución que por el simple hecho de ser pronunciada, en ciertas condiciones, realiza una acción. Austin (1982) afirma: "hablando en términos generales, siempre es necesario que las circunstancias en que las palabras se expresan sean las apropiadas, de alguna manera o maneras" (p. 49). Debemos notar como el autor enfatiza en las circunstancias y en las condiciones, aspectos que no hacen parte de las expresiones lingüísticas mismas pero que son necesarias, para que en el momento en el que se haga uso de x expresión se realice al mismo tiempo la acción.

En síntesis, Austin (1982) resume la noción de performativo mediante los siguientes puntos: (i) no 'describen' o 'registran' nada y no son verdaderos o falsos y (ii) el acto de expresar la oración es realizar una acción, o parte de ella, acción que a su vez no sería normalmente descrita como consistente en decir algo.

Entre los ejemplos que trae Austin podemos destacar: "sí, juro"; "bautizo este barco Bahía Colombia", expresado en el momento de romper la botella de champaña contra la proa; "lego mi reloj a mi hermano", como cláusula en un testamento; "te apuesto cien pesos a que mañana no va a llover".

También extiende la existencia de performativos a expresiones contractuales y a expresiones declarativas tal como "declaro abierta la sesión", expresada por el

presidente del Congreso. Austin advierte una posible objeción a la definición dada de los performativos, resumida como “cuando yo digo, yo hago”. Esta objeción se refleja en que yo puedo realizar un acto, por ejemplo el acto de apostar, sin necesidad de la expresión: “puedo apostar colocando una moneda en la ranura de una máquina automática”; “puedo retirar dinero del banco introduciendo la tarjeta en el cajero automático”; “puedo marcar la hora de llegada a la fábrica introduciendo la tarjeta en el reloj”; “me detengo en el carro cuando el semáforo está en rojo y continúo el tránsito si está en verde”. Estos ejemplos, en los cuales se realiza el acto, ¿los podemos clasificar como performativos? La respuesta necesariamente es negativa. Leamos a Austin (1982):

se trata de lo siguiente: expresar las palabras es sin duda, por lo común un episodio principal y si no el episodio principal en la realización del acto (de apostar o de lo que sea), cuya realización es también la finalidad que persigue la expresión. (p. 49)

Es clara la explicación de Austin cuando señala que la expresión es condición necesaria para la realización del performativo; sin esta condición no podemos hablar de que se ha efectuado el performativo en el sentido estricto de la palabra. Además, en la realización de los actos, de los ejemplos anteriores, no podemos hablar de que se realiza la comunicación en el sentido de la relación de un locutor con un interlocutor (en este caso sería la máquina) a no ser que la relación establecida sea mediata, es decir se mantenga con quien ha programado la máquina o computadora en cuestión. Por otra parte, si bien hemos dicho que la cuestión locutiva es condición necesaria para la ejecución del performativo, también debemos decir que no es condición suficiente, ya que son necesarios otros ingredientes que permitan la realización efectiva del performativo en cuestión.

En síntesis, podemos destacar las siguientes condiciones de los performativos.

(i) Una condición de acuerdo.

Es decir que exista una convención social mediante la cual la expresión de ciertos contenidos lingüísticos sea la realización de un acto. Hay que tener en cuenta que los performativos, a pesar de ser parte de la pragmática, son convencionales. Veamos un ejemplo: en un juego hay ciertas reglas convencionales, aceptadas por los participantes que permiten la realización del mismo. Dejemos hablar a Austin (1982): “tiene que existir un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional, que debe incluir a la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias” (p. 67).

(ii) Una condición de realización feliz o exitosa.

Se sigue de (i), decir que el procedimiento convencional sea realizado adecuada y completamente por los participantes; así, la expresión tiene que estar acompañada

por las condiciones pragmáticas para que se cumpla el acto. Por ejemplo: cuando alguien realiza el acto de prometer, no es solamente el hecho de expresar 'prometo' sino que esta promesa tiene que ir acompañada por la condición de realización exitosa. Además, hay que expresar la fórmula ritual completa. Austin (1982) plantea: "además de pronunciar las palabras correspondientes al performativo, es menester, como regla general, que muchas cosas anden bien, y salgan bien para poder decir que la acción ha sido ejecutada con éxito" (p. 55).

(iii) Condición de potestad.

Otra condición no lingüística del performativo consiste en que aquel que pronuncia la fórmula convencional ritual tenga la potestad para pronunciarla y a aquel a quien se dirige tenga la potestad y capacidad para comprenderla. Para Austin (1982): "en un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas para apelar o recurrir al procedimiento particular que se emplea" (p. 75). Esto indica cómo la mayoría de los performativos son actos de autoridad. Por ejemplo: el presidente tiene la potestad para nombrar gobernadores; el presidente de la Cámara tiene la potestad para declarar "se abre la sesión".

ACUERDO Y LENGUAJE EN HOBBS: DEL PACTO LINGÜÍSTICO AL PACTO POLÍTICO

En este apartado me propongo tratar dos temas que han sido descuidados en la filosofía de Hobbes debido a que, por lo general, los estudiosos se han concentrado en analizar su concepción de la política y el Estado. Esto ha llevado a que se hubiera descuidado tanto el tema del lenguaje como el tema de los performativos del lenguaje. Es curioso que se haya ignorado el problema del lenguaje, ya que este tema es de gran importancia en los primeros capítulos del *Leviatán* (especialmente en los capítulos IV, V, VI, VII). Para ello podemos partir del axioma: el lenguaje es una *conditio sine qua non* para el pacto político; es decir, sin lenguaje no podemos hacer pactos ni muchos menos podríamos construir el Estado. Primero, somos seres con lenguaje y posteriormente somos seres políticos. Con razón, inicialmente, Hobbes hizo sus reflexiones sobre el lenguaje y después realizó el estudio sobre la república. Para hacer el estudio del lenguaje Hobbes parte de la idea que Dios fue el primer autor del lenguaje al darle a Adán el nombre de los objetos que percibía a la vista. Le enseñó un número limitado de nombres, los cuales el hombre fue enriqueciendo a medida que tenía experiencias y combinaba los diferentes nombres con el fin de producir diferentes expresiones para hacerse comprender de los demás. Podemos indicar que Dios y la experiencia fueron los elementos de creación y de producción del lenguaje en los seres humanos.

Otro aspecto que tenemos que observar en este análisis hace referencia a que los primeros nombres fueron nombres de objetos que el hombre percibía a través de

los sentidos y no nombres de figuras matemáticas, según Hobbes al hacer mención a las sagradas escrituras. Esto quiere decir que los nombres de la geometría y de la aritmética han sido creaciones del hombre, lo mismo que otros nombres o términos que tienen que ver con la filosofía como son: general, especial, afirmativo, negativo, interrogativo, optativo, infinitivo. Sin embargo, el hombre ha creado otras palabras inútiles como: entidad, intencionalidad, quiddidad y otras palabras sinsentido.

En este autor encontramos la preocupación por el sentido y el sinsentido del lenguaje, tema que sería de gran importancia en la filosofía analítica del siglo XX. Pero el lenguaje que fue incrementado por Adán, y el resto de la humanidad, desapareció en la torre de Babel cuando los hombres fueron castigados por su rebelión. Estos hombres olvidaron la lengua anterior. De tal manera que se vieron en la obligación de dispersarse por diferentes partes del mundo y debido a la necesidad de comunicación, y a la diversidad de lenguas, los hombres tenían que ponerse de acuerdo para poderse comunicar.

Hobbes (1979) parte del principio: “el uso general de la palabra consiste en transformar nuestro discurso mental en discurso verbal, o la secuencia de nuestros pensamientos en una secuencia de palabras, y esto para cumplir dos finalidades” (p. 141-142). Observemos que el autor habla del discurso mental y del discurso verbal, el cual convierte en público el pensamiento privado. Hobbes concibe dos usos generales del lenguaje: ser notas de rememoración o de la memoria y un uso general que cumple diferentes funciones para manifestar las pasiones. No obstante, Hobbes concibe también cuatro usos especiales del lenguaje y sus cuatro abusos. Veamos estos usos especiales. Primero, “registrar aquello que por pensamiento descubrimos como causa de alguna cosa presente o pasada, y aquello que a cosas presentes o pasadas pueden producir o efectuar, lo cual es, en suma, adquisición de artes” (Hobbes, 1979, p. 140). A este uso corresponde un abuso cuando los hombres registran mal sus pensamientos, al cambiar su significación de modo constante, es decir, al darle ideas diferentes a las palabras o palabras diferentes a las ideas. Por tanto, se usan palabras sin tener una significación clara o una idea que le corresponda. De este modo se tienen concepciones internas que no son concepciones, ideas que no son ideas, palabras sin ideas.

El segundo uso consiste en “mostrar a otros el conocimiento por nosotros alcanzado, cosa que implica aconsejar y enseñar un hombre a otro” (Hobbes, 1979, p. 140). El abuso que menciona el filósofo es la metáfora que brinda un significado distinto para el cual no fueron ordenadas las palabras, engañando a los hombres. Se usan palabras que no corresponden a las ideas, originándose un significado completamente diferente al significado original, expresando de esta manera otra significación completamente diferente. Aunque evidentemente Hobbes no realizó un estudio sobre las metáforas.

El tercer uso especial al que hace mención Hobbes (1979) tiene que ver con la voluntad y la intencionalidad cuyo propósito es “expresar a otros nuestras voliciones y propósitos para poder gozar de ayuda mutua” (p. 140). Aquí podemos ubicar el caso de la mentira, la cual se da cuando alguien expresa palabras con la intención de engañar a su interlocutor. En términos de Austin, esto tiene que ver con las condiciones gama; es decir cuando el sujeto usa el lenguaje con la intención de hacerle creer al interlocutor que lo que expresa es verdad cuando tiene consciencia de que lo expresado no corresponde a lo que sale de su alma o pensamiento. Observemos que el tema de la intencionalidad es un tema central de análisis en la filosofía de Searle. El abuso se presenta cuando alguien le hace creer a su interlocutor una voluntad que no es la suya.

El cuarto uso del lenguaje consiste en “satisfacernos y deleitarnos a nosotros mismos y a otros jugando con nuestras palabras inocentemente, por placer o por ornamento” (Hobbes, 1979, p. 140). Este uso del lenguaje tiene que ver con agraviarnos, alabarnos y alegrarnos el momento; a este uso se contraponen cuando los individuos usan el lenguaje para ofenderse, amenazarse, declarar la guerra, crear rumores con el fin de hacerle daño a alguien, calumniar a un tercero que se encuentra ausente u ofender.

Una vez hemos hablado de los diferentes usos del lenguaje, queda el camino abierto para hablar de la noción de pacto y luego de la noción del lenguaje performativo aplicando la concepción de Austin. En el *Leviatán*, Hobbes define pacto como un tipo de contrato en el que se transfieren mutuamente derechos: aquel tipo de contrato en el que uno de los contratantes transfiere a otro un derecho en ese momento, a cambio de acceder a otro bien en un tiempo posterior.

También puede uno de los contratantes entregar por su parte la cosa contratada, y dejar que el otro cumpla con la suya en algún tiempo posterior determinado, confiando mientras tanto en él, y entonces el contrato se llama pacto o convenio o ambas partes pueden contratar ahora para cumplir más adelante. (Hobbes, 1979, p. 231)

Para que se realice este pacto entre un locutor y un interlocutor tiene cada uno que manifestar la intencionalidad respectiva; por lo que tiene que hacer uso del tercer uso del lenguaje que acabamos de mencionar. Además, se tiene que dar la comprensión del locutor tanto del significado como de la intención; al igual que la comprensión del interlocutor tanto de la expresión como del significado y de la intención por parte del locutor. Todo esto debe darse dentro de las reglas que rigen el cálculo del lenguaje como lo concibe Hobbes. Esta transacción o transferencia de derechos se da mediante signos, estos signos expresan la voluntad de aquellos que realizan el pacto. El lenguaje sirve, entonces, como el discurso verbal del discurso mental. Es la manifestación externa de nuestros sentimientos e intenciones internas. Lo que queremos decir, es que el lenguaje se convierte en una *conditio sine qua non* del pacto.

Pero la más noble y beneficiosa invención de todas fue el lenguaje, que consiste en nombres o apelaciones y en su conexión, mediante las cuales, los hombres registran sus pensamientos, los recuerdan cuando han pasado y se los declaran también unos a otros para la utilidad mutua y conversación, sin lo cual no habría existido entre los hombres ni república, ni sociedad, ni contrato, ni paz ni ninguna cosa que no esté presente los leones, osos y lobos. (Hobbes, 1979, p. 139)

Según las reflexiones anteriores podemos inferir que donde no hay lenguaje común no podemos realizar pactos. Idea que Hobbes refuerza en el capítulo XIV cuando menciona la imposibilidad de poder realizar pactos con animales, ya que estos no poseen lenguaje en el sentido en que lo poseen los seres humanos; los animales se encuentran en estado de naturaleza: no entienden nuestro lenguaje y sin lenguaje no hay un pacto como ya lo hemos dicho. En la realización del pacto se tiene que dar la comprensión entre los pactantes, además de expresar las voluntades, se tiene que dar la comprensión y a la vez la acción respectiva por quienes participan en el pacto. También se tiene que dar la confianza entre ambos, según el acuerdo social y no por la naturaleza debido a que en ella estamos en estado de guerra. En este estado no hay nada que obligue a cumplir lo pactado: en este caso el pacto sería nulo. Sin embargo, si se ha realizado un pacto civil, hay que cumplir lo pactado.

Pero en un estado civil, donde hay un poder establecido para obligar a aquellos que de otra forma violarían su palabra, aquel temor no es ya razonable, y por esa causa, aquel que debe a tenor del pacto cumplir primero, está obligado a hacerlo. (Hobbes, 1979, p. 235)

Ahora bien, solo se realizan pactos con aquellos que manifiestan signos de aceptación; de lo contrario, no se podría cobrar una apuesta a alguien que no haya dado su aceptación en su debido momento o que no nos haya manifestado de modo claro su asentimiento a lo pactado. Por esto Hobbes es claro en manifestar que no es posible realizar pactos con animales ni con personas que no posean razón o no estén en la capacidad de manifestar su intencionalidad por medio del lenguaje; tampoco podemos realizar el pacto con cosas u objetos.

No obstante, recordemos que Hobbes concibe cuatro funciones especiales del lenguaje; pero ¿a cuál de estas cuatro funciones podemos asimilar el pacto? Al examinar las cuatro funciones mencionadas podemos afirmar que es posible asimilar el pacto a la tercera función del lenguaje; la cual consiste en manifestar a otros nuestra voluntad con el fin de lograr ciertos propósitos. Decíamos que es la función de la intencionalidad, la intencionalidad de expresar veracidad o de engañar al interlocutor. Evidentemente, los efectos del pacto político son la ayuda mutua que los miembros se brindan entre sí en una sociedad organizada. Observemos que el pacto se realiza entre hombres que manifiestan su intencionalidad de pactar con el objeto de vivir apaciblemente entre sí y con el objeto de ser protegidos de otros hombres. Pero debo advertir que no podemos reducir el pacto solo al tercer

uso del lenguaje, ya que siempre que hablamos tenemos intención de significar algo; empero, no siempre estamos en la situación de realizar pactos. Mejor aún, afirmemos que el lenguaje, aunque este sea de entretención, es intencional; pero no todo lenguaje es un pacto, en el sentido en que lo explica Hobbes, a no ser que estemos hablando de la convención que se necesita en la comunicación.

El pacto se introduce en la sociedad con el fin de que los hombres puedan cuidar de su preservación, vivir libres, conseguir una vida dichosa y de este modo evitar el estado natural de guerra; el cual se relaciona con las pasiones naturales. En este estado de guerra, dice Hobbes (1979):

sin la espada los pactos no son sino palabras, y carecen de fuerza para asegurar en absoluto a un hombre. En consecuencia, a pesar de las leyes de la naturaleza (que cada uno observa cuando quiere y cuando puede hacerlo sin riesgo), si no hubiese un poder constituido o no fuese lo bastante grande para nuestra seguridad todo hombre podría legítimamente apoyarse sobre su propia fuerza y aptitud para protegerse frente a todos los demás hombres. (p. 264)

Sin la espada política o el acuerdo social que se da a través del pacto, sería imposible convivir socialmente y lograr los objetivos y propósitos para los cuales se constituye la república o el Estado. Esto quiere decir que la constitución del Estado presupone mucho más que el lenguaje. Además, del lenguaje, hace falta transferir un derecho o la autorización para que el Leviatán actúe en nuestro nombre. El uso del lenguaje general es independiente del uso del lenguaje particular, en este caso del pacto político. Por ello es posible concebir un estado de naturaleza donde el pacto político aún no se ha llevado a cabo; aunque en este estado se dan una serie de estados que Hobbes denomina prepolíticos. En este estado de naturaleza el lenguaje también puede usarse para realizar el pacto político o bien también puede usarse para preservar la guerra; la cual, según hemos visto, tiene que ver con el cuarto uso del lenguaje que consiste en agraviar o desagruar a las personas. Estamos haciendo referencia al uso tercero y cuarto del lenguaje. Digamos que el uso del lenguaje general se da tanto en estado de naturaleza como en el estado civil y que el uso del acto de habla para realizar pactos se da en el estado político. El poder constituido es el que evita que recurramos con frecuencia a establecer justicia por el estado de naturaleza, que usemos nuestra propia fuerza; mejor, nuestra propia fuerza no es suficiente para poder convivir en sociedad y poder construir el Estado; tampoco por nuestra propia fuerza podemos hacer justicia.

El lenguaje requiere el uso de signos concretos tales como las marcas, el cuerpo, los gestos, la voz y ciertos nombres que sirven para poner de manifiesto ciertos contenidos mentales comunes para que puedan ser reconocidos por parte de aquellos que participan en la comunicación. En cambio, la posibilidad del pacto político requiere la posibilidad de manifestación externa y suficiente de la voluntad

de transferir un derecho y esta posibilidad solo la brindan los signos del lenguaje. En el lenguaje del pacto se necesita la expresión de la voluntad del pacto por parte de los participantes.

Los signos de un contrato son expresos o inferidos. Son expresas las palabras habladas con comprensión de lo que significan, y dichas palabras se refieren ya sea al tiempo presente o al pasado, como doy, concedo, he dado, he concedido, quiero que esto sea tuyo, o al futuro, como daré, concederé, las cuales palabras del futuro son llamadas promesas.

Los signos por inferencia son a veces consecuencia de palabras, a veces consecuencia de silencio, a veces consecuencia de acciones, a veces consecuencia de omitir una acción. Y en general, es signo inferido de todo contrato todo aquello que demuestre suficiente voluntad del contratante. (Hobbes, 1979, p. 232)

De acuerdo a la explicación de Hobbes, los signos por contrato son expresos o tácitos; es decir se manifiesta, de modo claro, la voluntad de aquellos que realizan el contrato mediante el lenguaje; lo cual corresponde a la manifestación del discurso verbal como manifestación del discurso mental; en esta caso, se hace un uso del lenguaje que manifiesta la voluntad de los participantes y la comprensión de lo que se dice y quiere decir. Digo esto, ya que se 'dice' tiene que ver con la expresión en sí misma y lo que se "quiere decir" tiene que ver con la clase de contrato que se está realizando. Hay, entonces, comprensión de la expresión y comprensión del acto de habla específico que se realiza con la expresión: comprensión del sentido y comprensión del acto de habla, comprensión del aspecto locucionario y comprensión del aspecto ilocucionario. Aunque es claro que Hobbes no habló de lo locucionario ni de lo ilocucionario, simplemente habló de la comprensión de la expresión de lo que las palabras significan. Sin embargo habló de lo que hacemos con palabras como promesas, juramentos, contratos, condenas. No obstante también habló de los signos por inferencia, lo cual quiere decir que no aparece claramente el acto de habla que se está realizando; simplemente se infiere el significado de acuerdo a las circunstancias y a que manifieste la voluntad de los contratantes. En ambos casos, tanto en los signos expresos como en los signos inferidos, es esencial la voluntad de estos. Más aún, en los signos por inferencia, podemos encontrar que Hobbes está hablando de lo que se quiere decir con las expresiones pero que no se dice claramente. Esto nos conduce a otra idea fundamental en el proceso de la comunicación: una cosa es lo que se quiere decir con expresiones expresas y claras y otra es lo que se quiere decir con expresiones que no son expresas ni claras. Sin embargo, como lo acabamos de ver, en ambas clases de signos se tiene que dar la manifestación de la voluntad de quienes realizan el pacto.

Por otra parte, debemos distinguir entre las expresiones que se refieren a la realización de la acción de un acto futuro y al compromiso que se adquiere para

la realización de la acción futura. Nos encontramos en dos situaciones diferentes: en el primer caso puede suceder que el locutor simplemente este dando una información sin que esto lo conduzca a tener un compromiso; en el segundo caso, además de estar informando, está realizando un compromiso. La información no ata en derecho, sin tener obligación; en el caso del compromiso estamos atados en derecho, es decir tenemos la obligación de cumplir el compromiso pactado; en la información no he transferido mi compromiso, en la segunda he transferido mi compromiso. Esta diferencia que acabamos de introducir fue realizada por Hobbes (1979) cuando establece la diferencia entre estas expresiones; miremos el siguiente texto:

las meras palabras, si se refieren a un tiempo por venir y contienen una simple promesa, con signo insuficiente de donación y, por tanto no obligatorias, porque si son del tiempo por venir, como 'mañana daré' son señal de que todavía no he dado, y por consiguiente de que mi derecho aún no sido transferido, sino que permanece hasta que lo transfiera por algún otro acto. (p. 232)

Primero tenemos que advertir que Hobbes no está hablando en sentido estricto de lo que significa el acto de prometer, simplemente está hablando de afirmaciones que se refieren a un futuro y que no tenemos obligación de cumplir como el mismo lo dice, sino que está hablando de informaciones relacionadas con un futuro: "mañana daré", por ejemplo, en la expresión "mañana daré una conferencia", simplemente estoy informando al interlocutor mas no le estoy haciendo una promesa, la expresión hace mención a la realización de una acción en un tiempo por venir, sin que quede atado en derecho. Para quedar atado en derecho, aunque la acción se realizará en un futuro próximo, debo expresarla en el presente de indicativo; lo cual significa que manifiesto la transferencia del derecho hoy, pero doy cumplimiento de la acción en un futuro subsiguiente. En este último caso, se necesita como criterio esencial, y siguiendo las diferentes condiciones de la promesa según Searle, la obligación de cumplir: hoy manifiesto que el contenido proposicional de lo que he dicho, lo tengo que cumplir de manera obligatoria en un futuro próximo; lo que he dicho es el contenido proposicional, lo que quiero decir es el acto de habla de prometer: prometo (que te pagaré el préstamo el fin de mes) (Searle, 1969). Estas son las razones que, creo, condujeron a Hobbes (1979) a establecer la diferencia entre las expresiones mencionadas. Veamos lo que dice:

y hay una gran diferencia entre la significación de estas palabras *volo hoc tuum esse cras*, y *cras dabo*, esto es, entre quiero que esto sea tuyo mañana y, lo daré mañana, pues la palabra quiero, en la primera forma de hablar, significa un acto de la voluntad presente, pero en la última significa un acto de la voluntad por venir, y, por tanto, las primeras palabras, refiriéndose al presente, transfieren un derecho, y las últimas refiriéndose al futuro no transfieren nada. (p. 232)

Las expresiones que transfieren un derecho son las promesas, las informaciones no transfieren ningún derecho: en las promesas el locutor queda comprometido; en las informaciones el locutor simplemente dice que algo sucederá, pero no queda comprometido. La fuerza ilocucionaria de la primera es el acto de habla de prometer, en cambio la fuerza ilocucionaria de la segunda es el acto de habla de la información. Una promesa, para Hobbes, equivale a un convenio y es, por tanto, obligatoria cumplirla, no sucede lo mismo con una afirmación. Recordemos que el decir corresponde al acto locucionario, por ejemplo: “estaré allí”, lo que hacemos con este decir al acto ilocucionario, en este caso al acto de prometer y los efectos o consecuencias que se dan en el interlocutor al acto perlocucionario. Por ello no tienen el carácter de promesas las hechas a Dios, las hechas por miedo, las hechas a las cosas y aquellas llamadas promesas que muchas veces realizan los individuos en la vida cotidiana que no pueden ser supervisadas por el pacto civil al cual nos hemos referido antes. Esto nos conduce a afirmar que otra característica de las promesas consiste en que se realizan libremente. Pienso que esta posición estaría en contra de la concepción de Hobbes, quien concibe que si un individuo realiza pactos en condición de miedo o de amenaza está obligado a cumplir la promesa. Para Hobbes (1979):

e incluso en las Repúblicas, si me veo obligado a redimirme de un ladrón prometiéndole dinero, estoy obligado a pagarle hasta que la ley civil me descargue, pues cualquier cosa que pueda hacer legalmente sin obligación, puedo legalmente pactar por miedo, y lo que legalmente pacto no puedo romperlo legalmente. (p. 237)

Implícitamente, en las reflexiones anteriores se encuentran dos sentidos del término pacto: el pacto lingüístico y el pacto político. Decimos esto con base en que el lenguaje una vez se perdió en la torre de Babel, los hombres se vieron obligados a realizar ciertos pactos básicos para poder comunicarse; pactos que se presentaron en las diferentes comunidades: realizaron una convención lingüística, comunicación que implica un acuerdo artificial, acuerdo que se da por un pacto. Esto da origen a que los hombres de determinadas regiones usen la misma lengua, según la comunidad específica que integren, como muy bien lo explica Hobbes en el capítulo XVIII de *De cive*, por lo que hay un acuerdo y un consenso común respeto a constituir de manera voluntaria el significado de los nombres como si se tratará de un cierto pacto. Partiendo de esta hipótesis, la convención respecto del significado de las palabras se causa por un pacto celebrado por los hombres previamente a la celebración del pacto político. Es así como esto nos lleva a afirmar que en Hobbes se da una especie de contractualismo lingüístico como condición de posibilidad del contractualismo político; tal como muy bien lo desarrolla Víctor Palacios (2001).

En aras de la brevedad, Hobbes afirma que el origen del lenguaje como invención humana se debe a un pacto sin entrar en más detalles; sin embargo concibe que los

nombres no sean esenciales a la naturaleza de las cosas, de ahí que los nombres no se parezcan a las cosas y sean diferentes. Se sigue que la relación entre los nombres y las cosas no es esencial, es artificial o convencional, habiendo sido establecida por una decisión arbitraria. En la medida en que los hombres expresen pensamientos y estos representen cosas sensibles, la relación entre las palabras y los pensamientos es una relación convencional; mientras que la relación entre los pensamientos y los objetos es esencial. De este modo en la esencialidad entre el pensar y la cosa no hay arbitrariedad, se impone sin necesidad de ningún pacto; es representativa, los pensamientos representan las cosas. En cambio, la relación pensamiento-palabra no es natural es convencional; de tal manera que existe una completa diferencia entre las palabras y los pensamientos, de ahí surge la arbitrariedad y la convención lingüística. Esto se da debido a que los seres humanos tienen necesidad de comunicar sus pensamientos. No obstante no podemos reducir las palabras solamente a la expresión de los pensamientos, ya que estas cumplen otras funciones; la función performativa, que expresa emociones y pasiones, y que influye en el interlocutor haciendo una valoración.

Pero sea cual sea el objeto del apetito o deseo de cualquier hombre, esto es lo que él, por su parte llama bueno, y al objeto de su odio y aversión, malo, y al de su desprecio, vil e inconsiderable. Pues las palabras bueno, malo y despreciable, son siempre usadas en relación con la persona que la usa, no habiendo nada simple y absolutamente tal, ni regla alguna común del bien y del mal que pueda tomarse de la naturaleza de los objetos mismos, sino de la persona del hombre (allí donde no hay república) o, (en una república) de la persona que la representa, o de un árbitro o juez, a quienes los hombres en desacuerdo eligen por consenso, haciendo de su sentencia la regla (Hobbes, 1979, p. 159)

Destaquemos de la cita que, para el autor, bueno y malo no se encuentran en la naturaleza sino que dependen de las personas. Idea que hace que la ética sea trascendental, no está en el mundo, sea parte del sujeto o de la persona quien hace valoraciones en un momento determinado; es decir las palabras bueno y malo son siempre usadas en relación con la persona, por ello las reglas de la ética no se pueden inferir lógicamente de la naturaleza de los objetos sino del uso que hacen los seres humanos de estos términos. Una cosa es el reino de la naturaleza y otra es el reino de la ética, la descripción es independiente de la valoración. Ahora bien, en el caso de la república, son los gobernantes □o los jueces o los árbitros□ quienes toman las decisiones respectivas con base en las normas que se han pactado. Esto quiere decir que los seres humanos estamos sometidos a dichas normas; las cuales, al regir nuestro comportamiento en sociedad, se aplican cuando no las cumplimos. Esto con fin de castigar a la persona quien la incumple. Las normas que rigen la república no pueden ser caprichosas ni individuales; de lo contrario, no sería posible hablar de pacto político.

Podríamos decir que la realidad política la construye el lenguaje. No solo en la más ingenua concepción de los seres humanos nos preocupamos por la realidad fisiológica sino que detrás de esta, siempre, en todas las épocas, se encuentra presente: la realidad política.

REFLEXIÓN FINAL: EL LENGUAJE JURÍDICO

Es evidente que el positivismo lógico reduce la filosofía jurídica a una teoría de la ciencia encaminada a dotar al lenguaje jurídico de rigor y coherencia (Jiménez, ²⁰⁰⁸), depurándolo de todos aquellos términos que tienen una significación metafísica como sucede con la concepción de las diferentes teorías iusnaturalistas que muchas veces se reducen a actitudes emocionales o ideológicas; sin que las palabras usadas se puedan verificar, sin significación en el mundo real (Farrel, 1972). Olivecrona concibe que el lenguaje jurídico haga parte del lenguaje cotidiano, ya que nuestras relaciones sociales están impregnadas de actos jurídicos.

Nuestro lenguaje jurídico es sustancialmente una parte del lenguaje corriente. En la vida corriente todos tenemos que realizar un buen número de actos jurídicos: comprar algo en una tienda, extender un cheque, alquilar un departamento, etcétera. El lenguaje que usamos en estas ocasiones es perfectamente comprensible. Más aún no podríamos saber qué sucede en el mundo sin una cierta comprensión del lenguaje jurídico. (Olivecrona, 1999, p. 7)

Observemos que Olivecrona se propone redefinir los conceptos jurídicos, que antes tenían un cuño metafísico o sobrenatural.

Desde estos supuestos Olivecrona trata de mostrar que el derecho no puede consistir en algo supra-empírico, metafísico, ya que sería pura magia y superstición. La expresión derecho subjetivo no corresponde a nada existente en el mundo real. Por ello concluye que para los iusnaturalistas el derecho subjetivo es pura ficción, un poder imaginario existente solo en la mente de los hombres. Simplemente que, como fenómeno social, la idea de derecho subjetivo se presenta como una especie de residuo mágico y metafísico del pensamiento jurídico primitivo; el cual no se corresponde con ningún hecho en la realidad y que por lo tanto no puede ser más que pura ficción. Esto significa que la metafísica es pura magia que solo existe en la imaginación de los hombres, concepción que tiene sus fundamentos en Bentham. Dice Olivecrona:

dado que la fuerza obligatoria del derecho es una ilusión no pueden haber obligaciones jurídicas en sentido objetivo. El deber no tiene sitio en el mundo real, sino solamente en la imaginación de los hombres. Lo que existe realmente es cierto sentimiento de deber al cual se vincula la idea de una obligación imaginaria. (Olivecrona, 1999, p. 67)

De nuevo es evidente la crítica a los iusnaturalistas que tenían una concepción metafísica; lo que trata de hacer Olivecrona es mostrar que no debemos atribuirle el derecho a una mano divina sino que hay que encontrar un punto de apoyo en el mundo, en este caso, en el mundo social. Aunque antes da la impresión de que ubica el derecho en la mente de los hombres, optando por cierta posición psicológica, al respecto afirma: “esta teoría tiene una base Psicológica evidente. Cuando uno hace una promesa, es natural sentirse obligado; en tal caso, veo mi libertad limitada por la promesa. Y debo actuar como lo he prometido” (Olivecrona, 1999, p. 84). Del texto se deduce que si el derecho subjetivo es algo, debe consistir en un sistema de normas como reglas que rigen la conducta; convirtiéndose en un puro hecho, en puro fenómeno social. Esta idea es de gran importancia en la filosofía de Olivecrona: el derecho es un fenómeno social (Vergara, 2004).

Podemos afirmar que la idea del derecho subjetivo forma parte de lo que Hart (2004) denomina “aspecto interno del derecho”; en cuanto que es un hecho social, es un hábito mental que se da en las personas que hacen parte de una comunidad; la cual está regida por un sistema jurídico que prescribe formas de conducta. De esta manera Olivecrona esquivo la concepción metafísica del derecho natural, ya que el derecho posee realidad; es decir las personas en la vida cotidiana sentimos que existen compromisos y reglas que nos rigen y que esto es real. Pero tengamos en cuenta en este momento, *mutatis mutandis*, que dicha realidad es similar a la noción de construcción de la realidad social que concibe Searle (1997).

Para efecto de la objetividad de la existencia del derecho subjetivo reflexionemos sobre las siguientes palabras de Olivecrona (1968): “si un astronauta de un distante planeta descendiese algún día en la tierra, no podría percibir ni derechos ni deberes, calidades ni potestades jurídicas” (p. 8). Esto quiere decir que ni los derechos ni los deberes los percibimos por los datos de los sentidos, ni existen en la facultad de razonar, sino que —al igual que Popper con su concepción sobre “las teorías”— los derechos y los deberes poseen su propia existencia. Acaso no es algo real estar casado, ser profesor, ser juez.

Hablamos de estas cosas como si estuvieran realmente presentes. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. La negación de su existencia excita nuestra ira. Los deberes, al menos los de los demás, nos parecen también reales en cuanto las calidades jurídicas, ¿no es algo muy real estar casado, ser juez, obispo o profesor? (Olivecrona, 1968, p. 8)

Idea similar encontramos en Russell cuando concibe los universales, los cuales tienen una existencia propia que no percibimos por los sentidos ni son creaciones de la razón tal como las demostraciones matemáticas que tienen su propia autonomía.

Sin embargo, regresemos a la noción de derecho subjetivo. Este, es algo entendido como un sistema de normas, como reglas de conducta, es un puro hecho, un puro fenómeno social. En palabras de Olivecrona (1968):

nadie que pretenda dar consistencia puede satisfacerse con la concepción simple de que los derechos son algo por encima de los hechos, algo perteneciente a otro mundo. Y cuando se sostiene que ellos son realidades objetivas debe definirse su relación con fenómenos en el tiempo y en el espacio, como por ejemplo, su nacimiento, su extinción en virtud de sucesos de este mundo. (p. 58)

Ahora bien, debemos advertir que al derecho no le corresponde ninguna cosa y parece que esta noción fuera inexistente o solo ficción o imaginación; aunque esto nos llevaría a posiciones iusnaturalistas. De ahí que Olivecrona conciba la noción de derecho en la idea de 'poder': el propietario puede hacer lo que quiera con la cosa, el acreedor puede exigir al deudor la suma de dinero pendiente por pagar. Este sentimiento de poder está dado por la maquinaria jurídica y no corresponde a una ficción (Bentham, 2005). Sin embargo, por lo que hemos dicho, hay que afirmar que este poder está dado por la ley; la cual produce y crea ciertas expectativas psicológicas tanto en el acreedor como en el deudor. La ley describe claramente la conducta deseada y declara solemnemente la obligación y el derecho de cada uno de los hombres, en cuanto sabe que puede poner en marcha la maquinaria jurídica cuando el deudor no paga.

Fijémonos bien que Olivecrona trata de eliminar el prejuicio metafísico con el cual casi siempre nos encontramos cuando nos planteamos este problema, corriendo el riesgo de llegar a concepciones metafísicas. Es decir, su concepción consiste en cómo usar el término derecho de manera realista y no metafísica. Para ello concibe que la noción de derecho subjetivo tenga una función pragmática, funcional, operativa que es esencial en el aparato jurídico. El derecho es un hecho institucional tal como lo concibió un poco después a Olivecrona, Searle.

Corresponde, entonces, a la realidad invisible de las instituciones que no podemos percibir a través de los datos de los sentidos ni que tienen existencia en la cabeza de los seres humanos; a pesar de ser creadas por estos. Estas instituciones determinan tanto nuestra realidad política como nuestra realidad jurídica. El derecho es como la sonrisa del gato de Alicia en el país de las maravillas: sonrisa que sigue existiendo, aunque el gato desaparezca.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Austin, J.L. (1982). *Como hacer cosas con palabras*. Barcelona, España: Paidós.
- Bentham, J. (2005). *Teoría de las ficciones*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Carrió, G. (1994). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Farrel, D.M. (1972). *Hacía un criterio empírico de validez*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Hart, H.L.A. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Hobbes, T. (1979). *El Leviatán*. Madrid, España: Editorial Nacional.
- Jiménez, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Olivecrona, K. (1980). *El derecho como hecho*. Barcelona, España: Editorial Labor.
- Olivecrona, K. (1999). *Lenguaje jurídico y realidad*. Ciudad de México, México: Editorial Fontamara.
- Palacios, V. (2001). *Lenguaje y pacto en Thomas Hobbes*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Prometeo.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona, España: Paidós.
- Vergara Lacalle, O. (2004). *El derecho como fenómeno psicosocial. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*. Granada, España: Comares.