

## **EL REALISMO JURÍDICO DE OLIVECRONA: UNA ALTERNATIVA FRENTE AL POSITIVISMO JURÍDICO**

**CARLOS ALBERTO AGUDELO A.<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Licenciado en Filosofía y letras, Abogado, aspirante a magister en filosofía, Universidad de Caldas. Profesor del programa de derecho de la misma universidad. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales.

## RESUMEN

Este trabajo tiene varias partes. La primera muestra la importancia de dos corrientes jurídicas: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo; estas escuelas del pensamiento jurídico-filosófico han dado origen, a través de la historia, a la pregunta, ¿qué es el derecho? Se enfatiza en este punto, ya que dicha pregunta dio origen, al mismo tiempo, al realismo Jurídico, y comprenderlo, significa ir al debate entre el positivismo y el iusnaturalismo. La segunda parte expone la idea general del paso del positivismo jurídico moderado de Hart al realismo Jurídico en sus dos formas: norteamericano y escandinavo. La tercera parte trata los problemas del lenguaje jurídico visto desde el realismo de Olivecrona, y éste, a su vez, apoyado en las tesis de los lingüistas Austin y Searle, quienes ven el lenguaje, en general, a partir de ciertas reglas, presenta una propuesta distinta al viejo debate positivismo-iusnaturalismo.

La idea de este trabajo es hacer notar a los estudiosos del derecho que existen otras alternativas para pensar la ciencia jurídica, y esta posibilidad, les permite a los jueces ser más protagonistas a la hora de tomar sus decisiones judiciales, pues es el reflejo de su experiencia jurídica. Empecemos con la primera.

## PALABRAS CLAVES

Positivismo jurídico, derecho natural, realismo jurídico, lenguaje jurídico, experiencia jurídica.

## ABSTRAC

The following paper has several parts. The first show the importance about two juridical affairs: the juridical positivism and the

natural law, these affairs of juridical-philosophic thinking have given origin throw the history to the question what is law? I do emphasis in this question because, it in the same time gave origin to juridical realism and understand it, means to go the discussion between positivism and natural law. The second exposes the general idea of step the moderate juridical positivism of Hart to juridical realism in two of its forms: north American and Scandinavian. The third part scans the juridical language problems saw since realism of Olivecrona and in the same time, this is supported in the thesis of Austin and Searle linguists who see language in a general form since some rules. He present a different proposition front positivism-natural law.

The idea of this work is to do who study the law note that exist other alternatives to think juridical science and this possibility permits juices to be more protagonists in the time when they have to take their juridical decisions, inasmuch this is the reflect of their juridical experience. Begin with the first.

## KEY WORDS

Juridical positivism, natural law, juridical realism, juridical language, juridical experience.

“Lo que verdaderamente identifica a los autores del realismo jurídico, al menos en la versión escandinava, es su tendencia a vincular el derecho a los hechos; esto es, a superar el dualismo característico de las doctrinas iusnaturalistas y positivistas, dualismo determinado por la concurrencia de un derecho sin dimensión fáctica, bien como expresión de la virtud de la justicia, o bien como sistemas de normas, con un derecho relacionado con los hechos”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>PLAZAS V, Mauricio.1998. *Del realismo al trialismo jurídico*. Bogotá:Temis, p. 72

**1. Iusnaturalismo y Positivismo:** desde los orígenes del hombre, el derecho ha tenido importancia para las relaciones entre ellos, tanto en sus comportamientos públicos como en los privados. Ya Aristóteles en la *Política* había dicho que el hombre es un “Zoon Politikon” y con ello quería significar la importancia del hombre en la vida social.<sup>3</sup> Pero la vida en sociedad no fue fácil, el llamado derecho natural o iusnaturalismo empezó a tener problemas. Este derecho por no estar regulado en ningún código, por no estar escrito, condujo a cierto desorden social. Porque el derecho natural establecía y descubría ciertos principios universales<sup>4</sup> en procura del bienestar general, pero nada más; tal derecho se originaba por la ley divina, las leyes de la naturaleza y la recta de la razón.

De esta manera sólo era derecho lo que era conforme a aquellas leyes, lo demás se consideraba injusto. El problema en este tipo de derecho era que cada hombre era juez de sus propias acciones, cada uno debía obrar conforme a esos ideales de justicia; cada uno se garantizaba su propia vida, su libertad y su igualdad. John Locke, por

ejemplo, en el *Ensayo sobre el Gobierno Civil* plantea una teoría bondadosa sobre el estado natural, un poco para hacer frente al *Leviatán* de Hobbes quien consideraba una doctrina totalmente opuesta, esto es, consideraba que el hombre era malo y egoísta en dicho estado de naturaleza. Locke, por el contrario, pensó que el hombre en sus inicios se guiaba por la recta razón. Un hombre respetuoso de la libertad, la vida y la propiedad de los demás; a partir de allí, el padre del liberalismo clásico, concluyó que el hombre debe ser libre y estar en igualdad de condiciones frente a todos los demás. Sin embargo, con el paso del tiempo la propiedad adquirió mayor valor, la libertad empezó a perderse y la explotación de un individuo frente a otro trajo consigo la necesidad de crear una sociedad civil, es decir, una sociedad con leyes escritas.<sup>5</sup>

De modo que el derecho esta fundamentado a través de los tiempos desde estas dos oposiciones: el iusnaturalismo y el positivismo. El derecho natural, por lo demás, no ha tenido mucha fuerza y se ha vuelto el sirviente del derecho positivo o positivismo jurídico. La mayoría de las

<sup>3</sup> Según Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez en la Introducción a la *Política* dicen que ese era el carácter propio que Aristóteles le daba a los humanos frente a los demás animales; poseer, de modo exclusivo, el sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, y las demás apreciaciones. El mismo Aristóteles al referirse a la sociedad, pensaba que no sólo un individuo constituía la ciudad en Atenas, sino que debía conformarse por muchos, así “cada uno aporta una parte de virtud y de prudencia y, al juntarse, la masa se convierte en un solo hombre de muchos pies, de muchas manos y con muchos sentidos; lo mismo ocurre con los caracteres y la inteligencia. Esa es la razón por la que la masa juzga mejor las obras musicales y las de los poetas; pues unos aprecian una parte, otros otra, y el conjunto, todos”. Aristóteles. *Política*. 1993. Traducción de Carlos García Gual. Barcelona: Altaya, p. 126. Esta tesis, en definitiva, es coherente con el sentido que le da a la democracia y a la libertad, desde el punto de vista de la justicia y el significado de ciudadano.

<sup>4</sup> Según la tesis principalística, entre ellos Ronald Dworkin. 1984. *Derechos en Serio*. traducción de Martha Guastavino. Barcelona: Ariel; Hernán Valencia Restrepo. 1999. *Nomárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogota: Temis, los principios del derecho se descubren no son impuestos por el hombre. Esta es la tesis más radical del iusnaturalismo.

<sup>5</sup> LOCKE, J. 1969. *Ensayo Sobre El Gobierno Civil*. Aguilar. p. 94 y siguientes. Del mismo parecer es Hobbes en su teoría política propuesta en el *Leviatán*; Rousseau 1993, el *Contrato Social*. Traducción de María José Villaverde. Barcelona: Altaya, y Kant, 1964. *La Paz Perpetua*. Madrid: Espasa Calpe, Kant está más de acuerdo con Hobbes en la tesis de que el estado de naturaleza es un estado de guerra: “la paz entre los hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza- status naturalis-; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas”. Kant. Op. Cit. P. 101

legislaciones a nivel mundial creen que el hombre solo obedece si este es consciente de unas normas jurídicas prescritas que generan obligaciones y derechos. El iusnaturalismo ha quedado rezagado. Para citar un ejemplo, la tesis de Kelsen en su *Teoría pura del derecho* critica fuertemente al iusnaturalismo, pues no cree que una teoría general del derecho pueda considerarse apelando a principios morales y de justicia. El jurista vienés piensa que entre más esté el derecho limpio de esas impurezas mucho mejor para el sistema jurídico y la seguridad del derecho positivo: "esta es la razón- y no es la única- por la cual la teoría pura del derecho en tanto ciencia racional del derecho, rechaza la teoría del derecho natural como metafísica del derecho, a última hora irracional y no sometida a la lógica". Y un poco más adelante dice: "la teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del positivismo jurídico; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el relativismo."<sup>6</sup> Kelsen, como sabemos, influyó enormemente en los avances del positivismo, tanto a nivel mundial como en el nacional con su teoría de la jerarquía de las normas, según la cual, la norma subsume el caso, es decir, hay una norma para cada caso que se presente en la realidad, el juez sólo debe dictar sentencia con base en ello, sin acudir a sus principios morales, éticos, políticos o de justicia. Debe interpretar el derecho acorde con todo el sistema.

Empero no todo fue eficaz. El positivismo tuvo también problemas, y no todo lo que estaba normativizado, se consideraba justo; las normas jurídicas se convirtieron en violatorias de los derechos fundamentales. En numerosos casos observamos como las

leyes propuestas por el legislativo son opuestas a los postulados de los principios constitucionales; la justificación de estas leyes guardan tras de sí la garantía del poder del jefe de Estado de turno. Por ejemplo, la "Revolución Gloriosa" inglesa, la "Revolución norteamericana" y la "Revolución francesa" no son más que manifestaciones contra el poder establecido en un determinado territorio. Para no ir muy lejos éstas fueron influencia para nuestra "primera revolución" colombiana, la "revolución de los comuneros", que después trajo consigo la "independencia".

De modo que el derecho codificado no es más que la protección del derecho del más fuerte; se crearon sistemas fascistas y totalitarios. Un ejemplo de éstos lo podemos ver, desde Karl Popper, este filósofo describe la situación del estado prusiano en Alemania desde 1818 a 1830 aproximadamente, cuando Hegel era la mano derecha de Guillermo Federico III, sostiene Popper, que su filosofía del derecho era la protección del rey. Popper, uno de los críticos más fuertes de Hegel, pero influenciado por Schopenhauer, pensaba que la grandeza de Hegel sólo era una charla de locos que sólo viene de la lengua y no del cerebro: "Hegel impuesto desde arriba por el poder circunstancial con carácter de gran filósofo oficial, era un charlatán de estrechas miras, insípido, nauseabundo, ignorante, que alcanzó el pináculo de la audacia garabateando e inventando las mistificaciones más absurdas". Y un poco más adelante: "la visita de Hegel a Berlín, en 1818, tuvo lugar durante la pleamar de la reacción, durante el periodo iniciado con la purga que efectuó el rey en su gobierno, de

<sup>6</sup> KELSEN, H. 1998 *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, p. 13,14 y 31. En esta línea está el jurista J. Austin quien pensaba que el derecho sólo es sanción.

los reformadores y liberales nacionales... en vista de este hecho, cabe preguntarse si la designación de Hegel no habrá sido una maniobra para "mantener a la filosofía dentro de los límites adecuados", de modo tal que se conservase sana y pudiese servir "al bienestar del estado", es decir, el de Federico Guillermo y su gobierno absoluto"<sup>7</sup>.

Norberto Bobbio, por ejemplo, llama a este tipo de derecho: la ideología del positivismo jurídico "si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias"<sup>8</sup>.

En síntesis, el positivismo en su sentido más fuerte piensa que la ley positiva resuelve todos los problemas en derecho; mientras que el iusnaturalismo en su sentido más amplio piensa que se debe respetar un conjunto de principios éticos y morales inherentes a la persona. El iusnaturalista sólo obedece las normas que son justas; mientras que al positivismo no le interesa lo justo o injusto de la norma, le interesa que esté vigente y que haga parte de un ordenamiento jurídico. De esta problemática nace el realismo jurídico como respuesta a dichos planteamientos.

**2. Del Positivismo de Hart al Realismo Jurídico en General:** No contentos con estas dos posiciones para resolver los problemas jurídicos, filósofos del derecho como Hart intentaron mostrar como el derecho debía contener un mínimo moral

dentro del ordenamiento, esto es, el derecho no puede ser sólo normas jurídicas como respuestas correctas al derecho, pues el derecho tiene unas zonas de penumbra (ambigüedad del lenguaje)<sup>9</sup> que permite resolver sólo de manera razonable. Hart, entonces, permite que la moral entre a jugar un papel importante en las decisiones jurídicas para amortiguar un poco el imperio de la ley. Hart a partir de la Regla de Reconocimiento (regla válida de hecho y de derecho) expone no una teoría general del derecho sino una metodología del derecho para que éste avance, pero no al modo Kelseniano como sistema cerrado. Su tesis es que la definición misma de ¿qué es derecho? todavía es difícil de responder. Él no da una respuesta correcta, pues muestra como el derecho sólo es un hábito de obediencia que los hombres van obteniendo a lo largo del tiempo de sus diferentes mandatarios (o en términos de Hart, los rex). Sin embargo, Hart, superando al jurista Austin, considera que el derecho ya no puede seguir respondiendo a órdenes respaldadas por amenazas, sino que esta orden o poder debe ser legítimo y válido, pues los hombres son sujetos de ciertas facultades que se deben respetar. Así, por ejemplo, un asaltante no tiene un derecho por la sola circunstancia de tener un poder ilegítimo de la víctima: "A ordena a B entregarle el dinero y lo amenaza con disparar sobre él si no cumple"<sup>10</sup>.

El derecho, entonces, no debe verse como las convivencias desfavorables para las personas, lo cual es posible en el derecho bajo la voluntad de un soberano. Las

<sup>7</sup> POPPER, K. 1985. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona: Orbis, p. 226-228.

<sup>8</sup> BOBBIO, N. 1997 *El Problema del Positivismo Jurídico*. México: distribuciones Fontamara, p. 63.

<sup>9</sup> Este punto se expone más adelante.

<sup>10</sup> HART, H. 1980. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. México: Editora Nacional, p. 102.

obligaciones jurídicas, por el contrario, implican reglas comunes que todo ciudadano debe obedecer porque influyeron en el bienestar de ellos: "decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la Regla de Reconocimiento"<sup>11</sup>. Sin embargo, sus postulados no dejaban de ser positivistas influenciado directamente por el jurista Austin, quien pensaba que el derecho debe ser castigo; así, la poca moral que se establecía en un ordenamiento, traía consigo una área de vaguedad peligrosa para el positivismo<sup>12</sup>.

Por otra parte, R. Dworkin, en oposición a H. Hart, piensa que el derecho cuando encuentre estas dificultades debe optar por los principios que el iusnaturalismo defiende. Dworkin, quien reemplazó a Hart en la cátedra de Oxford es un fuerte crítico de la tesis positivista de Hart y de la tesis utilitarista. Este filósofo anglosajón pretende, apoyado en Rawls, una filosofía política liberal, progresista e igualitaria, donde los principios deben ser directrices de cualquier ordenamiento jurídico. Así que le da más primacía a los principios sobre las normas; estos principios no son más que los criterios morales que debe tener el juez a la hora de decidir. La vinculación entre moral y derecho se hace necesaria en este filósofo, tesis rechazada por Hart y por todos los positivistas. El derecho visto así, piensa Dworkin, es la mejor manera de responder a los casos difíciles de modo correcto, sin que el juez apele a la discrecionalidad como

pensaba Hart y, de alguna forma, el realismo jurídico.<sup>13</sup> Pero no todo lo pueden resolver los principios, el juez debe tener una actitud inmediata y creadora del derecho, donde trata de resolver el problema apelando a la vinculación entre normas y hechos. Esta es la teoría del realismo jurídico en general. Miremos.

El realismo jurídico norteamericano con su más asiduo representante, el juez Holmes, piensa que los hechos deben primar por encima de las normas y esta primacía tiene que ver con la experiencia jurídica que está dada por las sentencias de los jueces y de los tribunales. Frente a esto aparece el realismo escandinavo para desaprobando esta clase de decisiones: "El realismo norteamericano ha sido censurado, con acierto, por proponer un extremo tan cuestionable como el del positivismo analítico del sistema de normas. Su preocupación por los hechos, a tal extremo que las normas ocupan papel secundario, deviene en una apreciación del derecho desde fuera que entraña un dualismo inaceptable"<sup>14</sup>. En oposición a esta tesis aparece Hägerström y sus continuadores Alf Ross y Olivecrona. La tesis del realismo escandinavo es tratar de superar el dualismo entre hechos y normas, pues consideran que no puede ser el puro *sein* (realidad) ni tampoco el puro *sollen* (debe ser).<sup>15</sup> George Nakhnikian dice, interpretando a Kelsen, que la norma fundamental, base del sistema positivo contiene un deber ser dado por el soberano que debe ser obedecido, por el solo hecho

<sup>11</sup> Ibid. P.129.

<sup>12</sup> Ibid. P.209

<sup>13</sup> Ver Dworkin, R. Op. Cit. Capítulo 4, 7, 8 y 11. Para el debate entre Hart y Dworkin, véase: Estudio preliminar de Cesar Rodríguez.2002 *La decisión judicial. El debate Hart- Dworkin*. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre.

<sup>14</sup> PLAZAS V. Mauricio. Op. Cit. P. 95

<sup>15</sup> Ibid. P. 111-112. Esta tesis la defiende Kelsen cuando piensa que el derecho positivo como norma es un deber ser, es decir, "las normas son el sentido de ciertos actos que se ejecutan en la realidad natural y que el orden jurídico formado por normas jurídicas sólo puede ser considerado válido cuando este orden normativo es en general aplicado y obedecido, es decir, es efectivo"; Op. Cit. P.16.

de Kelsen establecer una jerarquía de las normas; Kelsen necesita dar validez a las demás normas del ordenamiento: “En otras palabras, “jurídicamente debido” (dentro de la estructura Kelseniana, significa lo que es derivable de una norma jerárquicamente superior.”<sup>16</sup> En definitiva, no puede haber una primacía del ser sobre el deber ser o viceversa; aunque las normas desde el punto de vista del lenguaje va a tomar mucha fuerza. Miremos qué piensa Olivecrona.

**3. El Realismo de Olivecrona:** Lo que el profesor de Lund persigue es mostrar como el derecho no es una cuestión metafísica, por el contrario, el fin es atacar esta idea y exponer que la base axiológica del derecho, en términos del principio de verificabilidad, puede ser sensata.<sup>17</sup>

Recordemos que según este principio sólo tiene significado las proposiciones verificables empíricamente y las tautologías, lo demás son sinsentidos o seudo problemas.<sup>18</sup> Sin embargo, Alf Ross, había intentado desde la filosofía del derecho decir que ésta “dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de los conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado”<sup>19</sup>. El propio Ross argumenta en sus tres significados de validez del derecho, que la validez en derecho natural “se usa para significar una cualidad apriorística, especialmente moral, llamada también la “fuerza obligatoria” del derecho, que da lugar

a una obligación moral correspondiente”<sup>20</sup>. La idea es tratar de crear un sistema del derecho visto con más rigurosidad al estilo de la ciencia, sin que por ello pierda legitimidad y validez el derecho como aconteció con algunas clases de positivismo, según Norberto Bobbio y, al parecer, con el iusnaturalismo.

Olivecrona enfrenta varias tesis para esclarecer su teoría. La primera consiste en mostrar el acuerdo que tiene con Hagerström quien opina que debe eliminarse la metafísica de las nociones jurídicas. Sin embargo, encontramos algo paradójico en estos dos autores: los dos están de acuerdo en que existe cierto poder del lenguaje jurídico, pero sus puntos de vista son diferentes.

Hägerström alejándose del realismo norteamericano piensa que el derecho no puede tener una correspondencia directa con los hechos; dice que no es posible que el derecho pueda tener ese alcance científico como lo pretende Holmes: “tenemos que pensar cosas, no palabras, o por lo menos tenemos que traducir constantemente nuestras palabras a los hechos que ellos presentan, si queremos atenernos a la realidad y a la verdad”<sup>21</sup>. Esta tesis presenta la teoría de la predicción que sostiene que los tribunales y los jueces harán algo a favor o en contra en un futuro sobre las pretensiones del demandante. Hägerström al igual que Olivecrona, cree que lo que uno busca en un litigio ya está preestablecido por un derecho anterior a la predicción y si

<sup>16</sup> NAKHNIKIAN, G. 1999. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Traducción de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara, p. 62.

<sup>17</sup> OLIVECRONA K. 1999. *Lenguaje Jurídico y Realidad*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, p. 62.

<sup>18</sup> MONTORO BALLESTEROS, Alberto. 1963 *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Universidad de Murcia, p. 24.

<sup>19</sup> Citado por Alberto Montoso. Op. Cit. P. 44.

<sup>20</sup> ROSS, A. 1997. *El Concepto de Validez y otros ensayos*. Traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. México: Distribuciones Fontamara, p. 24.

<sup>21</sup> HOLMES. Citado por k. Olivecrona. Op. Cit. P. 16.

lo tengo debe ser favorable, al decir de Olivecrona: “al fallar en favor del demandante, el tribunal no predice lo que otros tribunales harán en el futuro; adjudica un derecho al demandante. Como interpretación de las normas corrientes, la teoría de la predicción es por consiguiente, un obvio fracaso”<sup>22</sup>. Así que la tesis de los dos profesores escandinavos busca una reinterpretación del poder del derecho sobre una base sobrenatural (pero no metafísica) y, al mismo tiempo, empírica. Los precedentes de los jueces, por ejemplo, no son predicciones, sino que son la fuente de derechos subjetivos de las personas al momento de decidir. Pero, ¿en qué se distancia Olivecrona de Hägerström? Los dos suponen que no hay hechos que respalden las normas, sin embargo, el poder vinculante entre los sujetos no puede ser de tipo misterioso como trata de explicarlo Hägerström, aunque él no logra hacerlo según Olivecrona. Algunas veces dice Hägerström que este poder hace parte de la realidad y, en otros, de un modo suprasensible, concluyendo que uno debe creer que está dotado de una fuerza sobrenatural al momento de aplicar el lenguaje jurídico.

Lo que cree Olivecrona es que no hay tal poder misterioso y para ello va a tratar de sustentar el problema desde la función del lenguaje, que es la otra tesis que enfrenta para esclarecer su teoría. Los argumentos los expone teniendo en cuenta la teoría general del significado, pero en especial, la tesis del lingüista Austin.<sup>23</sup>

**4. El Hombre: De sujeto jurídico a sujeto del lenguaje:** el lenguaje tiene una función. Para los positivistas lógicos en general (en especial, Russell y Wittgenstein), el lenguaje está constituido de proposiciones, las proposiciones son las que hablan de los hechos. Las proposiciones son las únicas que pueden ser falsas o verdaderas, no los hechos. Sin embargo, la tesis del realismo escandinavo trata de mostrar que no puede haber una correspondencia directa entre las palabras y los hechos, sino cierta referencia a los hechos, por ejemplo, las palabras padre, madre, iglesia, cumplen esta función, es decir, se provoca influir una acción con dichas palabras.<sup>24</sup> Sin embargo, estas palabras no tienen mayor problema, según el autor, existen palabras huecas como libra, dólar, etc. que tienen mayores dificultades a la hora de encontrar una referencia en el mundo. Detengámonos un momento en este punto observando algunos ejemplos.

Para Russell, por ejemplo, hay palabras que tienen diferentes significados por la polisemia que éstas ofrecen, estas consecuencias no permiten llegar a un lenguaje preciso. Así la palabra justo o injusto es demasiado ambigua. Al decir de Russell: “la palabra “justo” es muy ambigua y no resulta nada fácil discernir los diversos significados que tiene en el lenguaje común. Debido a la variedad de estos significados, la adhesión a uno de ellos nos envuelve necesariamente en aparentes paradojas cuando la empleamos en un contexto que sugiere alguno de los otros significados”<sup>25</sup>. En otro texto el filósofo muestra como todo

<sup>22</sup> OLIVECRONA, K. Op. Cit. P. 18.

<sup>23</sup> Recuérdese que existe un homónimo, Austin el jurista, quien fue tenido en cuenta más atrás.

<sup>24</sup> OLIVECRONA, Op. Cit. P. 36. Por otra parte en Stevenson los juicios morales son emotivos más que descriptivos, son expresiones persuasivas de actitudes y no afirmaciones de los hechos. El término bondad, por ejemplo, tiene una especie de magnetismo sobre los demás. Sobre esta línea se va a mover Olivecrona. Ver Stevenson. El significado emotivo de los términos éticos. En: A. J. Ayer. *El positivismo Lógico*. FCE

<sup>25</sup> RUSSELL, B. 1999. *Ensayos Filosóficos*: traducción de Juan Ramón Capella. Barcelona: Altaya. p. 29.

el lenguaje es vago y coloca como ejemplo el color rojo de difícil significación, por lo que concluye que su aplicación es esencialmente dudosa; al igual que Hart piensa que el lenguaje tiene ciertas zonas de penumbra,<sup>26</sup> de oscuridad, donde las palabras no tienen un sentido preciso. Alguien podría tratar, agrega Russell, de obtener predicción en el uso de las palabras, diciendo que ninguna palabra puede ser aplicada en la zona de penumbra; en síntesis, la vaguedad se da cuando “la relación entre el sistema representativo y el sistema representado no es biunívoca, sino multívoca”<sup>27</sup>. Al final piensa que, de todas maneras, la vaguedad provoca menos equívocos que las creencias precisas<sup>28</sup>.

Otro ejemplo lo coloca el profesor Adolfo León Gómez al tratar la noción de justicia y argumenta que esta noción es confusa. El profesor, sosteniendo la tesis de Perelman dice que todo sistema normativo contiene obligadamente un elemento arbitrario.<sup>29</sup> Finalmente, recordemos, que para Moore el término bueno es indefinible. Así puede seguirse enunciando ejemplos sobre la problemática de la vaguedad de los términos y, en este caso, de los jurídicos, pero con esta alusión ya es suficiente. Volvamos a Olivecrona.

Olivecrona trata de resolver este problema señalando que las palabras tienen una función para expresar emociones o influir en la conducta,<sup>30</sup> esta última característica es propia del lenguaje jurídico.

¿Cuál es el referente de *Libra*?, ¿cuál es el referente de *justicia*? Según Olivecrona no hay tal referente, el derecho lo que hace con sus enunciados es exigir cierta conducta de los hombres. Apoyado en J. L. Austin piensa que las expresiones realizativas jurídicas implican la creación de derechos y obligaciones al momento de expresarlas. Es el lenguaje de la magia según Hägerström. Para Austin el decir y el hacer son inherentes en el acto del habla, y se cree que con un acto lingüístico lo que se hace es transmitir información, pero de verdad, lo que se hace es ejecutar acciones al momento de hablar. Así son todos los performativos en derecho, por ejemplo, “declaro abierta la sesión” utilizado por Austin en *Cómo hacer cosas con palabras*; o por ejemplo, Yo Soy Juez sólo al momento de que me nombren, al momento de cumplir ciertos requisitos y ciertas reglas del lenguaje. Por ejemplo: que el funcionario que me nombra esté autorizado; que pronuncie ese nombramiento en circunstancias adecuadas y legítimas, “se considera que las frases tienen el efecto deseado sólo cuando son pronunciadas en una situación de tipo especial”<sup>31</sup>. Además dicha expresión debe ser sincera y yo la debo aceptar como persona capaz de hacerlo. Para Austin expresar una palabra significa “sin duda, por lo común, un episodio principal, sino el episodio principal en la realización del acto (de apostar o de lo que desea), cuya realización es también la finalidad que persigue la expresión”<sup>32</sup>. Apostar, según Austin, no es sólo pronunciar las palabras, implican también una realización. Por

<sup>26</sup> Según Hart las palabras huecas pueden entenderse como las zonas de penumbra, o lo que es lo mismo, el escepticismo jurídico que se nos presenta al momento de fallar y no encontrar una norma precisa.

<sup>27</sup> RUSSELL, B.1960. *Antología Semántica*. Traducción de Mario Bunge. Argentina: Nueva Visión, p. 21.

<sup>28</sup> Ibid. P. 23. ver ejemplo del hombre alto.

<sup>29</sup> Para más detalle véase, GÓMEZ G. Adolfo.2004. *La importancia de las nociones confusas*. Universidad del Valle.

<sup>30</sup> OLIVECRONA. Op. Cit. P. 35.

<sup>31</sup> OLIVECRONA K. Op. Cit. P. 35.

<sup>32</sup> AUSTIN J. I. *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós. P. 49.

consiguiente, casi todos los actos de los juristas son emisiones realizativas, pero de acuerdo con ciertas condiciones de procedimientos<sup>33</sup>.

Lo más aproximado al realismo de Olivecrona es que los ejercitativos son actos oficiales donde el juez cuando declara a un hombre condenado, inmediatamente crea el derecho. Cuando yo digo permito, autorizo, delego, etc., en realidad me comprometo a una línea de acción.<sup>34</sup>

Lo más importante, según el profesor de Lund, es mostrar que el lenguaje de la magia no carece de sentido y que por el contrario puede comprobarse la existencia de creencias mágicas. Para ello piensa que los términos jurídicos no son en sí mismos informativos, sino que además influyen en los demás de manera directa y psicológica, como sucede con las emisiones realizativas.

Cada hombre siente la necesidad de obligarse con el otro, o es consciente de que tiene unos deberes y derechos con el otro, en la medida que realiza ciertos actos y comportamientos. Es más, son reacciones que tenemos desde niños.

Empero el lenguaje mágico no supone una verdad o falsedad de las nociones jurídicas, "un enunciado que dice que A es propietario de esta casa, no es ni verdadero ni falso"<sup>35</sup>, solamente procura este enunciado dar a conocer que hay un X con derechos sobre esta casa. No son más que los efectos jurídicos que traen consigo las sentencias de los jueces, pero sin eliminar la idea de

que el derecho ya estaba adjudicado y sólo el juez lo que hace es ratificarlo. Esta tesis ya venía desarrollándose con Stevenson cuando mostraba el carácter emotivo y persuasivo del lenguaje, pero según Robert Alexy la tesis de Stevenson es equivocada, puesto que desconoció el carácter del discurso moral como una actividad guiada por reglas, esto es, se quedó más en el acto perlocutivo y olvidó el acto ilocutivo de Austin, según el cual, es lo que se hace diciendo algo<sup>36</sup>. Por eso Olivecrona se interesa más por Austin y Searle.

Con Searle, finalmente, y recordando el referente de la libra dado por Olivecrona, podemos decir lo siguiente: según este autor el término libra se entiende cuando una comunidad lingüística la acepta como tal; no muy lejos estuvo Searle al decir que los conceptos que nombran hechos sociales parecen tener un peculiar tipo de autorreferencialidad, así por ejemplo, dinero, nosotros debemos creer que es dinero: "si nadie llega a pensar nunca que esta clase de cosa es dinero, entonces no es dinero. Y lo que vale para el dinero, vale para las elecciones, para las promesas, para los matrimonios, para comprar y vender, para los cargos públicos, etc"<sup>37</sup>.

Según Searle, los hechos sociales son creencias que tienen los hombres sobre las cosas y sobre lo que a diario hacen los hombres. El dinero necesariamente tiene un referente físico, igual para el ejemplo de la libra de Olivecrona, esto es, tiene que estar hecho de algo, sin embargo, mucho más importante que eso, es que aceptamos que

<sup>33</sup> Ibid. P. 56.

<sup>34</sup> Ibid. P. 204.

<sup>35</sup> OLIVECONA K. Op. Cit. P. 60.

<sup>36</sup> Alexy, R. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, p. 70.

<sup>37</sup> SEARLE J. R. *La construcción de la realidad social*. Paidós, p.50.

eso es dinero, o libra o euro. También un hecho institucional es la aprobación de una ley por el congreso; un billete de veinte dólares es emitido por la reserva federal y, de esa manera, lo entendemos.<sup>38</sup> En últimas, no debemos observar la ley, sino lo que los hablantes emiten en sus acciones diarias y cómo debemos interpretarlas dentro de una comunidad lingüística. A esto debe estar obligado el juez, observar el individuo no como una parte en un proceso, sino como sujeto del lenguaje.

En síntesis: el realismo jurídico escandinavo significa comprender la influencia psicológica que tienen los términos jurídicos a la hora de vivir en sociedad. Ya no se trata de apelar a la norma sin tener en cuenta el contenido emotivo, sino considerar el derecho como emanación de una serie de comportamientos de personas que intervienen en el proceso de promulgación de la ley: el juez, el soberano, los individuos, etc., pues no debemos olvidar que este tipo de realismo es radicalmente consuetudinario y jurisprudencial, esto es, la importancia de las decisiones de los jueces es revelante para crear derecho y trascender así el viejo principio del "imperio de la ley", porque según Olivercrona el derecho jurisprudencial se desarrolla paralelo al derecho promulgado.<sup>39</sup>

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los jueces, según el realismo jurídico, están obligados a observar no la ley muerta de los códigos, sino observar a los hombres como personas vivas dentro de un proceso jurídico. No verlos solamente como demandantes y demandados, sino como personas transportadoras del lenguaje. El juez esta

obligado a convertirse en un intérprete de la realidad social, para ello debe ser consciente de los postulados propuestos por la filosofía del lenguaje moral.

Está obligado, además, a superar la tesis positivista, según la cual, el juez sólo está sujeto al mandato legal según el artículo 230 de la Constitución Nacional. Con el realismo de Olivecrona, el juez podrá reinterpretar de nuevo el lenguaje de los principios jurídicos y, por consiguiente, todas las emisiones realizativas (actos perlocutivos) de jueces, abogados, juristas y demás. La idea es encontrar el significado de los términos jurídicos, no sólo en su sentido literal, (y esto es lo más importante), sino encontrar el poder de influencia o persuasión que tienen dichos términos frente a los otros.

Finalmente, no podemos evaluar las normas jurídicas en tablas de valores de verdad, pero eso no quiere decir que no tengan sentido. Se trata de considerarlas, al igual que el lenguaje jurídico en general, como expresiones que pueden ser afortunadas o desafortunadas si cumplen o no con los requisitos de procedimientos legales y sociales. A continuación ofrezco un glosario general sobre este artículo, que puede servir para aquellos iniciados en estos temas. Miremos algunos términos.

**1. IUSNATURALISMO:** también llamado derecho natural. Es aquel derecho que no está escrito, como las demás normas, en ninguna legislación, pues su fundamento son las leyes divinas, las leyes de la naturaleza y la recta razón. El hombre se rige no por leyes impuestas de forma positiva, sino por los mandatos anteriormente señalados

<sup>38</sup> Ibid. P.60.

<sup>39</sup> Esta tesis la ataca Dworkin, porque piensa que el juez no debe caer en la discrecionalidad. Para más detalles ver el debate entre Hart y Dworkin, estudio preliminar de Cesar Rodríguez.

**2. POSITIVISMO JURÍDICO:** también llamado derecho positivo. Es aquel derecho que está escrito en los códigos. Es el derecho creado por el hombre mediante legislación escrita o positivizada. El hombre debe regirse por lo que la ley ordene independiente de que sea justa o injusta.

**3. IUSNATURALISMO RACIONAL:** también llamado iusnaturalismo moderado. Es el que pretende un derecho dado por la razón únicamente y su fin es ser el fundamento o la base del positivismo jurídico.

**4. POSITIVISMO MODERADO:** es el derecho propio de Hart, quien pretendía, a pesar de ser un positivista en derecho, que los jueces en sus fallos apelaran a su discrecionalidad a través de un contenido mínimo moral.

**5. ESTADO DE NATURALEZA:** es aquel derecho que describen los contractualistas, como una situación determinada del hombre antes de cualquier legislación positiva. Es un hombre sin ley positiva y que según Locke, todo hombre debe regirse por su propia bondad que tiene frente al otro, es decir, ningún hombre pretende hacerle daño al otro. Contrario a lo que pensaba Hobbes, quien consideraba este estado natural como un estado de guerra de unos contra otros.

**6. ESTADO CIVIL:** también llamado sociedad civil. Propio también de los contractualistas; aquella situación donde el hombre ya se encuentra regido por una democracia representativa o por un soberano, en términos de Locke y Hobbes respectivamente.

**7. REALISMO JURÍDICO:** aquel derecho que pretende ya no sólo el poder de la norma, sino también que el juez debe tener en cuenta los hechos. En general, estos

autores buscan que el juez sea un creador de derecho en sus decisiones y no esconderse detrás de la letra de la ley.

### **8. REALISMO JURÍDICO**

**NORTEAMERICANO:** su mayor representante es el juez Holmes. Su idea era que los hechos primaran por encima de las normas, claro, sin dejar de lado estas últimas; sin embargo, esta normatividad está dada por lo que los jueces preciden en sus fallos, es decir, el precedente judicial marca un derrotero para los demás jueces.

### **9. REALISMO JURÍDICO**

**ESCANDINAVO:** su mayor representante es Hägerström. A. Ross y Olivecrona continuaron con sus tesis, según la cual, no puede haber una primacía de los hechos sobre las normas; por lo tanto, ambos campos entran a jugar un papel importante en las decisiones judiciales. Su mayor interés es eliminar el contenido metafísico que tiene el lenguaje jurídico y establecer unas reglas de carácter psicológico y persuasivo que tiene todo lenguaje, el cual debe tener en cuenta al juez.

**10. TEXTURA ABIERTA:** también llamada vaguedad del lenguaje jurídico. Son todos aquellos problemas que tiene dicho lenguaje por su oscuridad, ambigüedad y su falta de claridad para resolver un caso determinado. Estos problemas permitieron a algunos autores apelar a la vinculación de la moral y los principios dentro del sistema jurídico, pues consideraron que era la única forma de resolver estos vacíos del derecho.

**11. LA MORAL EN DERECHO:** son las razones que dan los jueces cuando encuentran un vacío en el derecho, pero de una forma objetiva, es decir, acudiendo a principios universales que cualquier persona debe aceptar. Es la tesis de R. Dworkin y Robert Alexy básicamente.

---

**12. PRINCIPIALÍSTICA:** aunque fue propia del derecho natural, hoy por hoy, está de moda. Dworkin por ejemplo, defiende la idea de que es la única forma de encontrar una respuesta correcta a los casos difíciles a través de los principios del derecho. Hernán Valencia Restrepo considera que estos principios son la base de cualquier sistema jurídico, puesto que ya preexisten en la sociedad. En síntesis, es la ciencia que estudia el derecho por principios.

**13. NORMA JURÍDICA:** son los mandatos de los diferentes órganos institucionales legitimados para crearlas con carácter de obligación y sanción para todo el mundo o para individuos determinados.

**14. SISTEMA JURÍDICO:** conjunto de normas jurídicas y sociales, de principios y valores que existen en una sociedad determinada para ser obedecidos.

**15. PROPOSICIONES:** según los positivistas lógicos, son aquellas que hablan de los hechos y son las únicas que pueden ser verdaderas o falsas.

**16. JUICIOS DE VALOR:** son los propios de la ética, la moral, el derecho, la política, etc.; éstos no pueden ser verdaderos ni falsos, solamente pueden ser aceptados o no por una persona o por varias. En términos más técnicos sólo pueden ser afortunados o desafortunados.

**17. CASO DIFÍCIL:** son aquellas encrucijadas en las que se ve envuelto el juez para decidir, pues encuentra varias interpretaciones o respuestas al mismo caso; o peor, no tiene respuesta.

**18. CASO FÁCIL:** son las situaciones que el derecho resuelve a través del silogismo jurídico, es decir, resuelve todos los problemas apelando a la ley; es el caso de la tesis de Kelsen.

**19. ACTOS DE HABLA:** también llamado acto lingüístico, acto de lenguaje. Son todas aquellas emisiones realizativas que el hablante realiza diariamente. Algunas implican, como el caso del acto perlocutivo, la de persuadir en el oyente una acción determinada. Su esencia radica en que en la medida que el hablante habla, hace, es decir, pronunciar una palabra implica también su realización, ejemplo: lo nombro, lo juro, apuesto, etc.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARISTÓTELES. *Política*. 1993. Traducción de Carlos García Gual. Barcelona: Altaza.
- AUSTIN, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós.
- BOBBIO, N. 1997. *El problema del positivismo jurídico*. México: Distribuciones Fontamara.
- DWORKIN R. 1984. *Derechos en Serio*. Traducción de Martha Guastavino. Barcelona: Ariel.
- HART, H. 1980. *EL concepto de derecho*. México: Editora Nacional.
- KANT I. 1964. *La paz perpetua*. Madrid: Espasa Calpe.
- KELSEN, H. 1998. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México: Distribuciones Fontamara.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. 1683 *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Universidad de Murcia.
- NAKHNIKIAN, G. 1999. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Traducción de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió. México: Distribuciones Fontamara.
- OLIVECRONA K. 1999. *Lenguaje jurídico y realidad*. México: Distribuciones Fontamara.
- PLAZAS V. Mauricio. 1998. *Del realismo al tialismo jurídico*. Bogotá: Temis.
- POPPER, K. 1985. *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona: Orbis.
- ROSS, A. 1997. *El Concepto de Validez y otros ensayos*. Traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero. México: Distribuciones Fontamara.
- ROUSSEAU 1993, *El Contrato Social*. Traducción de María José Villaverde. Barcelona: Altaya.
- RUSSELL, B. 1999. *Ensayos Filosóficos* Traducción de Juan Ramón Capella. Barcelona: Altaya.
- RUSSELL, B. 1960. *Vaguedad*. En: *Antología Semántica*. Traducción de Mario Bunge. Argentina: Nueva Visión.
- SEARLE J. R. 2000. *¿Qué es un Acto de Habla?* Madrid: Técnos.
- SEARLE J. R. *La construcción de la realidad social*. Paidós.
- VALENCIA RESTREPO Hernán. 1999. *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis.