

REALISMO Y COGNITIVISMO(S)*

Realism and cognitivism(s)

Dr. Éric MILLARD

Profesor de Derecho público
Universidad París Nanterre (Francia)
Centro de teoría y análisis del derecho (UMR 7074)
eric.millard@parisnanterre.fr

Resumen

Es muy común considerar que el Realismo Jurídico como teoría jurídica defiende una posición no cognitivista en cuestiones éticas y lingüísticas. En este artículo sostengo que el vínculo es sólo de naturaleza pragmática y, por tanto, que no es un vínculo necesario. Puede haber buenas razones, incluso cuando se adhiere al cognitivism, o a una de sus variaciones, para defender una posición realista en la teoría jurídica. Por otro lado, la adhesión a cualquier forma de cognitivism es insuficiente para invalidar el realismo en la teoría jurídica.

Palabras clave: Cognitivism ético; cognitivism lingüístico; ciencia jurídica; realismo jurídico; teoría jurídica.

Abstract

It is very common to consider that Legal Realism as a legal theory defends a non-cognitivist position in ethics and linguistic matter. In this paper, I argue that the link is only of a pragmatic nature and therefore unnecessary. There may be good

* La *Revista Cubana de Derecho* me ha hecho el honor de pedirme un texto para su número centenario. Los plazos no me permitieron proponer un texto original. Se trata, esencialmente, de la traducción al español realizada por Marcos A. FRAGA ACOSTA de un texto publicado bajo el título "Realisme y cognitivisme(s)", en Emmanuel Putman, Frédéric Rouvière, Valérie Michel, Vincent Réveillère, *Liber Amicorum Jean-Yves Cherot*, Bruylant, pp. 417-434, 2023. Versiones de trabajo de este texto fueron presentadas y sometidas a discusión (en español) durante una conferencia como parte de la Maestría en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y durante el XXIII Seminario Internacional de Teoría del Derecho en Bahía Blanca, entre mayo y julio de 2023. Agradezco a todos los participantes en estos encuentros por sus críticas.

reasons, even when adhering to cognitivism, or one of its variations, to defend a realistic position in legal theory. On the other hand, adhesion to any form of cognitivism is insufficient to invalidate realism in legal theory.

Keywords: Legal realism; Linguistic Cognitivism; Moral Cognitivism; Legal theory; Legal science.

1) Generalmente se dice que las teorías realistas del Derecho apoyan, entre otras, dos tesis no cognitivistas: la tesis del no-cognitismo ético y la tesis del escepticismo interpretativo. Según la primera tesis, que también puede denominarse emotivismo ético, los valores morales en sentido amplio no tienen una existencia objetiva independientemente de un juicio de valor realizado por un individuo. Por esta razón, los valores no pueden ser conocidos ni descritos de forma independiente de tales juicios individuales. No tienen una realidad objetiva, incluso si no son necesariamente, y de hecho rara vez lo son, puramente subjetivos. Son más intersubjetivos, es decir, surgen de una subjetividad compartida, cuyas razones son múltiples y diversas (educación, ideología social, etc.). Según la segunda tesis, el significado de los enunciados normativos (la norma estrictamente hablando) es cuanto menos indeterminado, de tal manera que el verdadero significado de estos enunciados no existe, ni es posible conocerlo y describirlo. Este escepticismo puede ser moderado y admitir que varios significados son igualmente posibles, mas no cualquier significado, o también puede ser radical y afirmar que no existe ningún significado antes de que este sea atribuido por un intérprete. No obstante, en ambas versiones, el significado de la declaración no es cognoscible independientemente del acto de interpretación. Por esta razón se dice que las teorías realistas son escépticas (sobre la existencia, respectivamente, de valores y normas), nihilistas (de la existencia, respectivamente, de valores y normas) o relativistas (al vincular la existencia, respectivamente, de valores y normas a un acto humano, un juicio de valor o un acto de interpretación). También se dice que adoptan una concepción expresiva de su objeto, en contraposición a una concepción ideal que caracterizaría a las teorías formalistas del Derecho.

Por teorías realistas del Derecho entiendo, por tanto, teorías que son en realidad de la ciencia del Derecho y que, consecuentemente, llevan a cabo el proyecto epistemológico de una filosofía del Derecho, formalizando de manera prescriptiva cómo se puede sostener un discurso verdadero sobre un objeto (el Derecho), al tiempo en que desarrolla, por ende, las condiciones de posibilidad de una descripción y una explicación de este objeto y de los elementos que lo componen (normas, que expresan valores y, a veces, también otras

cosas). Estas teorías no se limitan a las dos tesis no cognitivistas mencionadas anteriormente, las cuales serían insuficientes para la realización de su proyecto: la adhesión a la ley de Hume, la tesis de la separación (conceptual) entre el Derecho y la moral, la tesis de la relación (empírica) contingente entre el Derecho y la moral, la tesis del empirismo (o reduccionismo empírico), la tesis de la causalidad como explicación y el rechazo del iusnaturalismo se encuentran entre las tesis más clásicas que completan coherentemente cualquier teoría realista, incluso si estas tesis no siempre se comprenden y construyen de manera idéntica dentro de las variantes del realismo jurídico teórico. Siguiendo aquí a Mauro BARBERIS,¹ tres conjuntos de teorías pueden ilustrar estas tesis y sus variaciones: el llamado realismo escandinavo (o Escuela de Uppsala), ya sea preanalítico (HÄGERSTRÖM, LUNDTSEDT, etc.) o analítico y neopositivista o positivista lógico (ROSS, en parte OLIVECRONA); el realismo italiano de la Escuela de Bolonia (en parte) o especialmente el de Génova, siguiendo a Giovanni TARELLO; y el realismo francés, o Escuela de Nanterre, o teoría realista de la interpretación, siguiendo a Michel TROPER. Pero por teorías realistas del Derecho obviamente no comprendo la metodología realista (el realismo norteamericano en sentido amplio) que no plantea la cuestión de una teoría de la ciencia del Derecho, ni (si tal cosa existe) de una doctrina política realista del Derecho.

2) Comencé indicando que generalmente se dice que las teorías realistas del Derecho sostienen, entre otras tesis, dos de tipo no cognitivistas. Por generalmente quiero decir aquí que en general, pero no siempre, quienes caracterizan las teorías realistas del Derecho indican estas dos tesis no cognitivistas como tesis constitutivas de las teorías realistas del Derecho; y que en general, pero no siempre, quienes adoptan una posición realista en teoría del Derecho defienden, entre otras tesis, estas dos tesis no cognitivistas, más o menos explícitamente. Este es un hecho que resulta de interés para una metateoría descriptiva, una descripción de lo que hacen los teóricos del Derecho cuando crean una teoría realista de la ciencia del Derecho o caracterizan, tal vez a veces incluso para poder criticarla, una teoría realista de la ciencia del Derecho: todos, o casi todos, parecen dar por sentado que estas dos tesis son consustanciales a una teoría realista del Derecho. Pero no podemos inferir una necesidad de este acuerdo casi unánime y es en estos términos que me gustaría abordar aquí la cuestión: más allá de la constatación metateórica descriptiva y eventualmente de razones psicológicas o pragmáticas, a las que tendremos que volver, que pueden explicar la búsqueda de una forma de coherencia interna en las teorías

¹ BARBERIS, M., "El realismo jurídico europeo-continental", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 1, pp. 227-240.

realistas del Derecho (una coherencia entre la tesis del no-cognitivism ético y la del rechazo del iusnaturalismo, o entre las tesis del escepticismo interpretativo y las del empirismo y de la concepción expresiva de las normas), ¿existe una necesidad lógica de incluir y asumir estas dos tesis no cognitivistas para una teoría realista del Derecho? Quiero abordar en estos términos la cuestión, tanto gustosamente como a título personal, estoy perfectamente convencido de la exactitud de estas dos tesis no cognitivistas como tales, que yo mismo las incluyo en mi concepción teórica de una ciencia del Derecho empírica y por tanto que no me disocio de la posición casi unánime de los teóricos realistas del Derecho, o de quienes caracterizan sus teorías. Sin embargo, no estoy seguro de que las razones de esta casi unanimidad sean siempre compartidas ni claras. Así, me parece que la aclaración de estas razones, si es posible (y si puedo lograrlo, solo sería un poco), permitiría algo que no considero desdeñable: evitar que las teorías realistas del Derecho sean rechazadas por razones equivocadas, o de manera sin dudas más pretenciosa, mostrar a los adversarios del realismo en la teoría del Derecho que esta forma de ver no es necesariamente incompatible con un enfoque cognitivista en cuestiones éticas y lingüísticas.

3) A decir verdad, respecto a la primera tesis, seré breve porque ya está dicho, y mucho mejor de lo que puedo hacerlo, aunque no siempre haya sido escuchado. Esta primera tesis se refiere al no-cognitivism ético. Es una tesis de la metaética, es decir una tesis “de un discurso puramente analítico cuyo objeto es el lenguaje de la ética normativa”²

ROSS, en un artículo muy conocido, y a propósito de una disputa muy conocida con Alfred VERDROSS, escribió: “Sería grato para mí que mi amigo y colega reconociera que es perfectamente posible, sin ninguna autocontradicción, negar la objetividad de los valores y de la moral, y al mismo tiempo ser una persona decente y un compañero de lucha digno de confianza contra un régimen de terror, corrupción, e inhumanidad. La creencia de que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no son el resultado de un proceso cognoscitivo, ni una aprehensión (*insight*) comparable al conocimiento lógico o empírico, de ninguna manera es incompatible con que tales juicios emanen de sólidas actitudes morales. La posición positivista no se refiere a la moral sino a la lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética”³. Y para precisar en una

² GUASTINI, R., “On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism”, *Analisi e Diritto* 2020, No. 2, p. 145.

³ ROSS, A., “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en A. Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 21.

nota a pie de página: “De la proposición metaética de que los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos no puede deducirse ningún juicio moral o principio moral”.⁴

Riccardo GUASTINI indica por su parte que el no-cognitvismo ético surge de la combinación de tres tesis: la tesis ontológica de la inexistencia de los valores objetivos (los valores no son hechos, sino el resultado de evaluaciones y como tales no pueden ser conocidos); la tesis lógica de la “gran división” semántica y pragmática entre la función prescriptiva (incluida la evaluativa) y la función descriptiva del lenguaje; y finalmente, la tesis igualmente lógica calificada como “la guillotina de Hume”, según la cual no puede derivarse lógicamente una conclusión prescriptiva a partir de premisas puramente descriptivas.⁵ Y precisa que “ninguna metaética puede proporcionar el fundamento lógico de ninguna ética normativa”.⁶

ROSS y GUASTINI, dos representantes del realismo jurídico teórico y dos partidarios del no-cognitvismo ético, coinciden por tanto en considerar que la tesis metaética del no-cognitvismo ético no puede movilizarse lógicamente en apoyo de ninguna norma ética, cualquiera que sea: no es el fundamento lógico de ninguna ética. Sin embargo, ROSS exige firmemente que se reconozca la compatibilidad entre esta posición metaética y fuertes convicciones morales, y GUASTINI considera la posibilidad de un vínculo “pragmático” entre el no-cognitvismo ético y una ética de la tolerancia (un liberalismo moral): “una metaética no-cognitvista [...] ayuda a una ética de la tolerancia apoyándola con buenas razones (pragmáticas)”.⁸ Para GUASTINI, el liberalismo moral parece una buena razón pragmática para adoptar una metaética no-cognitvista, y viceversa: si no existe una verdad moral, entonces tiene sentido (es coherente) sostener el principio moral de la autonomía personal (todos están justificado al elegir sus principios morales).⁹

Esta manera de concebir las cosas no dista mucho de la de BOBBIO, quien después de haber distinguido los diversos significados de los términos Derecho

⁴ *Ibidem.*

⁵ GUASTINI, R., “On the Relations between...”, *cit.*, p. 146.

⁶ *Ibidem*, p. 148.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem*, p. 150.

⁹ *Idem.*, p. 149.

natural (un conjunto de principios éticos básicos, un conjunto de razones correctas, un fundamento de legitimidad del poder) y positivismo (una ideología que legitima el poder, una teoría que identifica el Derecho con el Estado, una teoría de la ciencia del Derecho y de sus métodos), podría afirmarse como iusnaturalista en el plano de la ideología e igualmente como positivista convencido en términos del método.¹⁰ Se trata cada vez de separar cuidadosamente los niveles del discurso y de observar la imposibilidad de “derivar una conclusión en un lenguaje dado a partir de premisas pertenecientes a un lenguaje diferente”.¹¹ Esta es además la razón por la que, contrariamente a lo que parece decir GUASTINI, algunos no-cognitivistas éticos –o más precisamente, ciertos teóricos realistas del Derecho que asumen esta posición metaética– han podido adoptar posiciones éticas que son, cuanto menos, intolerantes.¹²

En estos tres análisis, sin embargo, la cuestión se planteaba en estos términos: afirmar (en el metalenguaje de la metaética) que los valores no existen objetivamente (independientemente de valoraciones subjetivas) no impide en modo alguno defender subjetivamente ciertos valores morales, e incluso puede hacer que se prefiera (pragmáticamente) los valores de la tolerancia (moral) a los de la intolerancia (moral); defender subjetivamente los valores de la tolerancia (moral) puede dar buenas razones (pragmáticamente) para adherirse al no-cognitivism ético en metaética. Como debería quedar claro, no se trata en modo alguno de una cuestión de necesidad lógica, sino más bien de una cuestión psicológica basada en una conexión pragmática: una racionalización en forma de coherencia pragmática.

Pero si admitimos que ninguna tesis metaética puede servir como fundamento a ninguna ética, o a ninguna norma ética particular, debemos admitir que este es el caso tanto de la tesis del cognitivism ético como de la tesis del no-cognitivism ético: su adopción por alguien en metaética no conlleva ninguna consecuencia lógica en materia ética. Eso sí, generalmente quienes profesan la existencia objetiva de valores (morales) consideran que estos valores deben ser obedecidos (lo que constituye en sí mismo una norma ética). Pero esta generalidad es observable, es una cuestión sociológica y no el resultado de una inferencia lógica; y la causa de esta generalidad es una cuestión psicológica y pragmática, no lógica. Es además por esta misma razón que el cognitivism

¹⁰ BOBBIO, N., “Iusnaturalismo y positivismo jurídico”, en N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, p. 135

¹¹ GUASTINI, R., “On the Relations between...”, *cit.*, p. 148.

¹² Pensamos particularmente en Karl OLIVECRONA.

ético puede ser pragmáticamente coherente, según los individuos, con la tolerancia o la intolerancia moral (la conexión pragmática tal vez no sea bidireccional: si el cognitivismo ético puede ser coherente tanto con la tolerancia moral como con la intolerancia moral –depende simplemente de los valores de tolerancia o intolerancia que se afirman como existentes–, al igual que el no-cognitivismo ético, la afirmación de la intolerancia moral, por su parte, desde un punto de vista pragmático, resulta generalmente más difícil de adaptar al no-cognitivismo; al menos es esto lo que afirmamos desacreditando *a priori* una posición “cínica” que afirme que los valores no existen pero que aspiro a imponer mis preferencias morales – posición que tal vez no sea tan rara–).

Si consideramos entonces que la adopción de una teoría del Derecho obedece tanto a un análisis heurístico (lo cual esta teoría nos permite hacer), como a una consideración ética (una ética de la ciencia, una ética intelectual, una ética de la investigación, llamémosla como queramos), entonces entendemos que la cuestión de la relación entre el cognitivismo ético y una teoría científica del derecho, puede encontrar una respuesta simple: mi posición metaética sobre los valores morales (cognitivista o no-cognitivista en general) lógicamente no influye en mi adhesión a tal o cual teoría, incluidas las realistas. Puedo afirmar saber cómo debería ser el Derecho, considerar que el Derecho no es como debería ser, y considerar pragmáticamente que para hablar del Derecho tal cual es, el realismo jurídico sería una buena teoría (e incluso considerar que hablar del Derecho tal cual es, sería objeto de una buena teoría). Después de todo, no es incongruente que los científicos puedan tener certezas morales y que, sin embargo, realicen un trabajo verdaderamente científico (y obviamente al decir esto dejo de lado una cuestión epistemológica esencial, que no debe confundirse con lo que nos ocupa: ¿es posible conocer estos valores morales en la forma que lo pretenden los cognitivistas? Un no-cognitivista dirá que no, pero lo que importa aquí, para comprender una toma de posición psicológica y pragmática a favor del realismo de un cognitivista ético es simplemente su convicción de que sabe estos valores existen). E inversamente, puedo ser un no-cognitivista coherente afirmando que los valores morales son solo la expresión de mis preferencias, o el resultado de mi educación, y rechazar el enfoque realista de describir el Derecho tal como es, favoreciendo una filosofía de la justicia, una actividad de prescripción, en beneficio de los valores de mi preferencia (lo cual me parece ser una buena definición de la actividad política, y una buena motivación para realizarla).

Por lo tanto, de ninguna manera la tesis ética no-cognitivista es necesaria para el realismo: su adopción de ninguna manera implica realismo y su refutación

de ninguna manera implica la refutación del realismo. Como se ha dicho, las cuestiones se plantean en diferentes niveles de lenguaje, y la única tesis realmente necesaria es entonces la que afirma el carácter no-lógico de la conexión entre entidades pertenecientes a lenguajes diferentes (la ley de Hume).

4) La segunda tesis considerada, la del escepticismo interpretativo o no-cognitivismo lingüístico, podría ser abordada de la misma manera. Pero para entenderlo mejor creo que debe partirse de las afirmaciones de quienes se oponen a esta tesis no-cognitivistica tal como la adoptan en general los realistas en teoría del Derecho.

El cognitivismo interpretativo, en mi opinión, se basa en tres afirmaciones conjuntas. En primer lugar, una afirmación ontológica: existe un significado jurídico correcto de los enunciados normativos (una norma única, por tanto, totalmente presente en estos enunciados). Luego, una afirmación epistemológica: existe un método para conocer el significado jurídico correcto de los enunciados normativos (un método científico). Finalmente, una declaración prescriptiva: las autoridades jurídicas y, en primer lugar, los jueces deben en sus funciones jurídicas utilizar (aplicar) este significado jurídico correcto, y sólo este significado jurídico correcto.

Debe señalarse inmediatamente que estas tres afirmaciones no constituyen necesariamente una y solo una tesis (razón por la cual dudo en hablar de una tesis del cognitivismo interpretativo). La razón es que si la afirmación epistemológica presupone lógicamente la afirmación ontológica (solo puede conocerse lo que existe), la tercera afirmación se vincula a las dos primeras de otra manera ya que (la guillotina de Hume) no es porque algo exista que deba ser aplicado, respetado. La tercera afirmación es una afirmación de valores, de normas, más relacionada con el cognitivismo ético que con el cognitivismo interpretativo correctamente comprendido.

Me parece que una de las ambigüedades del debate sobre el realismo jurídico se relaciona, en mi opinión, con este último punto. Se quiere caracterizar, en general, el escepticismo interpretativo como la posición exactamente contraria al cognitivismo interpretativo, es decir, como una tesis compuesta de tres afirmaciones en contrapunto a las tres afirmaciones que caractericé como cognitivisticas: una afirmación ontológica (no existe ningún significado jurídicamente correcto de los enunciados normativos); una afirmación epistemológica (la ciencia del Derecho no puede conocer el significado jurídicamente correcto de los enunciados normativos, ya que este no existe); una declaración

prescriptiva: no existe el deber de aplicar un significado jurídicamente correcto a los enunciados normativos (ya que tal significado no existe).

Aunque es común que los realistas presenten rápidamente la tesis del escepticismo interpretativo de esta manera, las cosas me parecen, no obstante, un poco más complejas. Por una parte, si se quiere reunir estas tres afirmaciones en una tesis (la del escepticismo interpretativo), sería apropiado insistir en que la tercera afirmación debería ser reformulada; no es una afirmación prescriptiva, sino una afirmación lógicamente derivada de la primera: dado que no existe un significado correcto de los enunciados normativos, este significado no puede ser conocido ni aplicado, y por esta única razón no puede ser objeto de un deber. La tesis del realismo jurídico sobre el escepticismo interpretativo no constituye, por tanto, el perfecto espejo invertido de lo que he caracterizado como la posición del cognitivismo interpretativo, puesto que no contiene una posición prescriptiva (si se prefiere, no contiene una afirmación relativa al cognitivismo ético, y esto debería parecer coherente con la primera tesis realista, la del no-cognitivismo ético). Por otra parte, parece lógicamente posible, si además se acepta la tesis del no-cognitivismo ético, sostener las dos primeras afirmaciones que caractericé como del cognitivismo interpretativo (existe un significado jurídico correcto de los enunciados normativos y este es cognoscible) sin apoyar la tercera: incluso si este significado jurídicamente correcto existe y es cognoscible, no existe el deber de aplicarlo. En otras palabras, una forma de cognitivismo interpretativo no es incompatible con el realismo si se define este último necesariamente, una vez más, y al menos, por su adhesión a la ley de Hume. (En este sentido, el realismo es de hecho una variante del positivismo jurídico y creo además que lo que propongo sobre las relaciones entre cognitivismo y realismo se aplica esencialmente a las relaciones entre cognitivismo y positivismo jurídico).

Esto requiere algunas precisiones complementarias:

5) En primer lugar, sin duda debemos centrarnos en el significado de la afirmación (o en el rechazo de la afirmación) prescriptiva. ¿De qué tipo de deber se trataría?

En una concepción básica de un cognitivismo ético asumido, se trataría simplemente de un deber moral, de una obligación moral de aplicar el significado jurídicamente correcto. Esta concepción en sí misma es susceptible de ser comprendida de diferentes maneras. En primer lugar, como la existencia de una obligación derivada de la moral objetiva o de una moral positiva (una

moral vigente) de aplicar el Derecho comprendido como el conjunto de significados correctos de los enunciados normativos. Corresponde obviamente a quienes sostendrían esta posición demostrar la existencia de esta obligación en una moral objetiva o positiva. Pero incluso si lo logran, esta afirmación así entendida no implica la incorrección jurídica del no-respeto de la obligación: una cosa es afirmar una obligación moral y otra caracterizar ontológicamente el Derecho como moral (rechazando por tanto la tesis de la separación necesaria o contingente en favor de la de conexión necesaria entre Derecho y moral). Como he dicho, es posible sostener una posición cognitivista ética sin apartarse de una postura positivista. Entonces, naturalmente, es posible querer decir más con esta afirmación: querer decir que esta obligación moral se impone jurídicamente (y por lo tanto constituye al mismo tiempo una obligación jurídica), puesto que el Derecho debe respetar la moral (o es moral, lo que equivale a lo mismo). Se trata entonces de una posición iusnaturalista, que como tal es obviamente incompatible con cualquier forma de positivismo, incluido el realismo jurídico.

Por otro lado, puede concebirse esta tesis prescriptiva como una norma jurídica, como la afirmación de un (simple) deber jurídico. Así pues, quisiéramos decir que según los enunciados normativos que constituyen todo o parte del Derecho positivo (y solamente según ellos, quedando sin efecto una eventual obligación moral), las autoridades jurídicas tienen la obligación jurídica de aplicar el significado jurídicamente correcto de estos enunciados. Sin embargo, tal obligación comprendida de esta manera debe ser en sí misma el significado correcto de un enunciado perteneciente a un sistema jurídico positivo. Pero, por un lado, los sistemas jurídicos positivos no se constituyen de los mismos enunciados normativos: pueden contener o no enunciados que tengan como significado esta obligación; es una cuestión puramente contingente que debe determinarse empíricamente y no una norma necesaria para la identificación estructural de un sistema de Derecho positivo. Por otra parte, estos sistemas, aun suponiendo que contuvieran uno o más enunciados normativos cuyo significado correcto sería "las autoridades constituidas por este sistema deben, cuando ejerzan las competencias que les confiere este sistema, aplicar siempre y solamente el significado correcto de los enunciado de este sistema" (lo que me parece un sueño dulce, si no noble, y en particular para el Derecho positivo francés actual), contienen también otros enunciados que pueden limitar fuertemente esta obligación (haciéndola, por tanto, incorrecta como significado, como norma). Por ejemplo, la obligación de juzgar (cual es el significado correcto del artículo 4 del Código civil, para permanecer en el sistema jurídico francés actual: "El juez que se niega a juzgar, so pretexto de

silencio, de *oscuridad* o de *insuficiencia* de la ley, puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia" (¿la cursiva es mía?) o sobre todo de la autoridad de cosa juzgada (artículo 1355 del Código civil: "La autoridad de cosa juzgada sólo tiene lugar respecto de lo que fue objeto de la sentencia. Se requiere que la cosa solicitada sea la misma; la solicitud sea fundada en la misma causa; que la solicitud sea entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas en la misma calidad"; de lo cual es difícil ver qué más podría significar, de manera correcta, que: cualquiera que sea la decisión y en particular la interpretación de una disposición normativa positiva que fue retenida por el juez, e incluso si fuera jurídicamente incorrecto, esta decisión, por lo tanto esta interpretación, produce efectos jurídicos y no puede ser cuestionada; obviamente este razonamiento resulta igualmente válido para todas las decisiones de las autoridades jurídicas para las cuales el sistema jurídico no ofrece, o ya no ofrece, vías de recursos jurídicos).

6) Esto lleva a preguntarse qué se comprende por *existencia* de un significado jurídicamente *correcto*. En el realismo jurídico encontramos respuestas divergentes a este respecto.

Para una forma radical del realismo (digamos, por ejemplo, lo que llamamos la Teoría Realista de la Interpretación en Nanterre), es jurídico un significado (y por tanto cualquier significado) utilizado por una autoridad instituida por el sistema jurídico en el ejercicio de sus competencias decisionales. Debe señalarse que este enfoque no distingue realmente entre interpretación (la atribución de un significado a un enunciado normativo) y creación normativa (el uso de una norma –de un significado– que no se atribuye ni es atribuible a un enunciado normativo). Lo importante es considerar que solo el resultado de la decisión de la autoridad puede ser considerado como jurídico. En este sentido, esta versión radical del realismo promueve menos una teoría de la interpretación (y una tesis de escepticismo interpretativo) que una teoría ontológica (más precisamente estipulativa y conceptual) del Derecho: la tesis clásica del realismo norteamericano, el *judge-made law*. El Derecho consiste en las normas efectivamente utilizadas por los jueces, de modo que solo estas entidades lingüísticas (estas expresiones de normas) constituyen el Derecho, son jurídicas. Obviamente, aquí se nombra el juez solo como ilustración de un grupo sociológicamente más amplio: las autoridades instituidas y dotadas de competencia por el sistema jurídico. Evidentemente, este concepto sería incoherente si se omitiera que los enunciados normativos que instituyen a estas autoridades solo tienen los significados jurídicos que esas mismas autoridades les atribuyen (que en tanto enunciados normativos tengan un significado

normativo político-moral me parece indiscutible, pero precisamente por eso, en tanto directrices práctico-morales, ponen a los intérpretes en condiciones de poder interpretar los enunciados normativos por sus propias competencias, incitando a los solicitantes a someter la cuestión a estas autoridades). Evidentemente, este concepto de Derecho procede de una estricta separación entre el Derecho (el conjunto de normas decididas por estas autoridades) y, en particular, estos enunciados normativos (las fuentes en el sentido de J.C. GRAY¹³), de tal manera que la tesis sustentada es primero que nada un escepticismo respecto de las reglas antes de ser un escepticismo interpretativo. Obviamente, hablar en esta concepción de un significado jurídicamente correcto e intelectualmente separable de la atribución de significado por la autoridad no tiene ningún sentido: solo esta atribución da lugar a significados jurídicos, y hablar de corrección de estos no es más que una repetición engañosa que no aporta nada más: el significado existe y su corrección o su incorrección no es en modo alguno la condición (si se cumplen también las otras condiciones: condiciones empíricas de existencia). El significado jurídicamente correcto no es otro que el expresado bajo estas condiciones. Pero debe señalarse que esta conceptualización no se opone lógicamente al cognitivism lingüístico, es decir, a una afirmación de la existencia de un significado de los enunciados normativos, y de su posible conocimiento. Se opone simplemente a considerar que este significado sea llamado jurídico, y que de esta calificación resulta una cierta corrección traducible en prescripción. No es que los enunciados normativos carezcan necesariamente de significado; simplemente que si hay un significado en estos enunciados normativos, este significado no puede ser *jurídico*.

A la inversa, una forma más moderada del realismo jurídico (la Escuela de Génova en particular) ofrece un concepto más amplio de Derecho, que no limita el Derecho a las normas expresadas en decisiones de autoridades jurídicas bajo ciertas condiciones. En el concepto de Derecho que promueve, esta concepción admite los enunciados normativos (como tipo particular de fuentes: los textos producidos de acuerdo con otro elemento del sistema), los significados atribuidos a estos enunciados o creados por quien afirma su existencia (es decir, la ideología normativa positiva producida por las autoridades jurídicas, pero también la doctrina en su actividad dogmática en particular); finalmente las normas vigentes (lo cual corresponde a las normas jurídicas según la concepción del realismo jurídico radical). Así, esta concepción admite la posibilidad de la existencia de significados jurídicamente correctos de los enunciados normativos, y del conocimiento de estos significados, sin obviamente deducir

¹³ GRAY, J.C., *The Nature and Sources of Law*.

ni que estos significados jurídicamente correctos sean normas vigentes (que se apliquen, lo cual no es una cuestión de interpretación de un texto sino del comportamiento de las autoridades), ni menos aún que deban ser las normas vigentes (que deben ser aplicadas, lo cual es una cuestión de prescripción y no de conocimiento). Una forma de cognitivismo es entonces posible, pero que es muy diferente del cognitivismo afirmado por el cognitivismo interpretativo. Para el realismo moderado así entendido, no es la idea de la *existencia* de un significado jurídicamente correcto de los enunciados normativos lo que necesariamente debe ser rechazado (con el realismo radical), sino la de la *unicidad* del significado jurídicamente *correcto* de todos los enunciados normativos.

7) En efecto, debemos detenernos en lo que significa, en esta perspectiva realista, el conocimiento del significado correcto. Este difiere perfectamente del método propugnado por el formalismo jurídico, el cognitivismo interpretativo.

Para conocer el significado correcto de los enunciados normativos, el cognitivismo interpretativo hace referencia a varios métodos, lo que permite identificar en realidad varias formas (posibles) de cognitivismo interpretativo.

En primer lugar, el cognitivismo puede proceder de una posición que calificamos de realismo semántico (y una vez más no podemos más que deplorar el uso de ciertos términos en la teoría del Derecho, comenzando por el de realismo: el realismo jurídico no tiene nada que ver y evidentemente es totalmente opuesto al realismo semántico). El realismo semántico, en el sentido simplificado que le doy aquí, sostiene simplemente que las palabras tienen significado en sí mismas, de tal suerte que no requerirían necesariamente ninguna interpretación, reduciendo su comprensión en un razonamiento jurídico a la producción de una proposición de significado susceptible de ser verdad (que porque sería cierto, sería jurídicamente correcto). En otras palabras, la interpretación consistiría solo en descubrir el significado único y ya totalmente presente del enunciado normativo y no en atribuir un significado a este enunciado. En la metodología de los juristas, este realismo semántico se puede encontrar en la Escuela de la exégesis, en la promoción del argumento del acto claro o, más generalmente, en la idea de que solo los textos oscuros deben ser interpretados. Pero tomado al pie de la letra, el realismo semántico no puede ser defendido por ninguna teoría del Derecho seria (y no es defendido seriamente por nadie). Es evidente que considerar que un enunciado es claro u oscuro no determina si debe o no ser interpretado, puesto que lógicamente tal cualidad solo aparece en la interpretación (no son los signos que componen el enunciado los eventualmente claros u oscuros, sino lo que significan...). Y nadie puede

seriamente afirmar que un enunciado jurídico, y por tanto un enunciado en un lenguaje natural, está siempre y totalmente determinado: como cualquier texto en un lenguaje natural, por técnico que sea, a veces, a menudo sino siempre, adolece de ambigüedad debido a su construcción gramatical y sintáctica, y a la imprecisión de las palabras que lo componen. La defensa del realismo semántico cumple funciones ideológicas obvias, y es precisamente de esta manera que no puede ser un argumento de una teoría del Derecho seria. Pero cuando se considera desde la perspectiva de la teoría del Derecho, este debe ser reformulado como otra forma de cognitivismo interpretativo: el conocimiento del buen método de interpretación (el método jurídicamente correcto).

Este realismo metodológico, si puede llamarse así (y una vez más esta posición no tiene nada que ver con la metodología realista), postula que entre los métodos de interpretación disponibles o considerables, uno y solo uno es jurídicamente utilizable. Para ello, la interpretación sería muy necesaria a fin de eliminar las imprecisiones y ambigüedades del texto normativo, pero esta interpretación solo sería débilmente decisional en la medida en que no sería libre: el conocimiento del método jurídicamente correcto permitiría conocer el único significado jurídicamente correcto. El problema de esta posición es bien conocido. En los sistemas de Derecho positivo rara vez existen enunciados normativos relativos a los métodos de interpretación de tal manera que pueda decirse que estos métodos no son generalmente regulados por las propias fuentes del Derecho positivo (y obviamente, cuando lo están, estos enunciados deben ser asimismo interpretados...). Las producciones doctrinales, además de abordar estos métodos marginalmente, son incapaces de presentar entre los diversos métodos de interpretación que consideran un orden de prioridad que permita considerar que existe un acuerdo en la ideología interpretativa. Y si los jueces (los tribunales supremos en particular) pueden producir normas sobre la interpretación en el ejercicio de su función de revisión de sentencias, esta producción (una creación normativa *stricto sensu*) se produce dentro de los límites del procedimiento de revisión y, en particular, de la autoridad relativa de cosa juzgada. Sin duda, es por esta razón de incertidumbre sobre los métodos de interpretación y de determinación de la norma aplicable a la interpretación que este realismo metodológico es poco defendido y parece (erróneamente) confundirse con el realismo semántico: es más simple y sin dudas más llamativo, o eficaz o convincente, aspirar a la evidencia del significado de las palabras que a aquella del método que nos permite conocer su significado.

Finalmente, se afirma a veces, con HART, que existe una tercera forma de cognitivismo interpretativo, más moderada y limitada. La llamada teoría mixta de

la interpretación, que afirma que a veces (en casos claros) el conocimiento del significado jurídico correcto es posible, mientras que a veces (en casos difíciles) no lo es. Pero las cosas, incluso en HART, son sin dudas más complejas. Por un lado, HART solo se interesa realmente por los problemas de la imprecisión semántica en una interpretación que puede calificarse como concreta, la de un caso dado para el cual nos preguntamos si un objeto del caso encaja o no en la clase regida por un enunciado normativo (¿un cochecito es un vehículo o no cuando un cartel indica que los vehículos están prohibidos en un parque, y cuando un guarda del parque ha tenido la pretensión de penalizar al cochecito de la familia Smith, por ejemplo?). Pero la imprecisión es solo una de las formas de indeterminación del lenguaje, que no agota la interpretación y que, en última instancia, no nos dice nada o casi nada sobre el texto mismo (interpretación abstracta). Por otro lado, HART, cuyo enfoque sigue estando marcado a pesar de todo por una forma de conveniente perspectiva sociológica, no postula seriamente un cognitivismo interpretativo para explicar el aparente acuerdo en casos claros. Constata más bien que este acuerdo existe, debido a un acuerdo sobre el lenguaje ordinario convencional y sin dudas sobre valores morales, en ciertos casos, y que no existe en otros casos. En otras palabras, no es porque un caso sea claro que los jueces lo interpretan de la misma manera y promueven el significado jurídicamente correcto, que sería cognoscible; es porque interpretan de la misma manera que este caso se califica de claro. Además, los casos son o no claros de manera puramente contingente: un caso difícil puede volverse claro e, inversamente, un método interpretativo puede dar paso a otro, de tal manera que el significado sea perfectamente diferente en dos casos, incluso aunque estos dos casos sean calificados al mismo tiempo o sucesivamente como claros, etc. La llamada teoría mixta no es, en definitiva, en modo alguno una teoría de la interpretación (y por tanto de las entidades lingüísticas), más que una sociología de los intérpretes, que no necesita presuponer un significado correcto cognoscible *a priori*.

8) Una teoría realista, aún moderada, obviamente no puede asumir ninguna de estas posiciones cognitivistas, incluso si puede reconstruir o precisar su propia posición a partir de ciertas intuiciones sociológicas de HART. Sin embargo, una forma moderada de realismo puede sin incoherencias denominarse cognitivista en el nivel lingüístico, y por tanto considerar un conocimiento de los significados jurídicamente correctos de los enunciados normativos bajo ciertas condiciones y con la importante reserva de ciertas precisiones:

a) Ningún realismo semántico es obviamente posible, pues esta posición es contradictoria con la naturaleza misma del lenguaje jurídico (y de todo lenguaje no formal en general);

b) un realismo metodológico en materia de interpretación debe reconstruirse como una aproximación al conocimiento empírico: el conocimiento de los métodos de interpretación efectivamente utilizados en un sistema dado y en un momento dado (por lo tanto, en una cultura jurídica dada). Esta identificación empírica permite, en cierta medida, conocer los significados jurídicamente posibles de un enunciado normativo del sistema. En cierta medida porque obviamente es poco probable (pero no imposible: es una pura cuestión de hecho) que exista un acuerdo perfecto entre todos los intérpretes sobre un método interpretativo. En cierta medida también porque la identificación de estos métodos se basa esencialmente en el análisis de hechos de interpretación pasados, y no puede implicar una necesaria reproducción en el futuro (la ideología y la práctica interpretativas evolucionan);

c) un significado puede llamarse (si se quiere porque no es necesario ni, a mi juicio, oportuno) jurídicamente correcto siempre que sea un significado posible según el método de conocimiento expuesto en el inciso anterior;

d) a menos que haya un acuerdo perfecto entre todos los intérpretes sobre un método interpretativo (lo cual, una vez más, es una cuestión empírica), no hay un y solo un significado jurídicamente correcto, sino un número indeterminado de significados jurídicamente correctos de un enunciado normativo según el texto considerado, el caso dado y los métodos de interpretación que identificamos como empíricamente practicados, aceptados, posibles. Solo es posible el conocimiento de un *marco* de significados jurídicamente *correcto* (del que KELSEN tuvo la feliz intuición sin que fuera necesario forzar su teoría en un sentido más empirista de lo que es), y no la mítica solución única;

e) afirmar cognitivamente que un significado es jurídicamente correcto no significa que se trata de una norma vigente (lo cual es otra cuestión de hecho) y menos aún que deba serlo (lo que sería una prescripción incompatible con una teoría científica);

f) afirmar prescriptivamente que un significado es jurídicamente correcto es una decisión y este tipo de decisión es característica de la actividad de los juristas. Se basa en elecciones políticas y morales y depende de la selección de un método de interpretación. La actividad de los juristas (jueces y otras autoridades jurídicas, pero también abogados o doctrinarios) es débilmente cognitiva y fuertemente constructiva: se basa en una capacidad de promover enunciados normativos como recurso argumentativo mediante actividades interpretativas, o en la capacidad de descartar estos enunciados normativos

cuando los métodos interpretativos disponibles no permitan la obtención del sentido jurídico buscado;

g) las normas vigentes pueden resultar de una interpretación (abstracta y concreta) cuando proceden de una decisión de atribuir al enunciado normativo un significado jurídicamente correcto (posible según los métodos de interpretación identificados a sí mismos como vigentes, efectivos), bajo condiciones y con efectos reconocidos por el sistema (incluso implícitamente, es decir, no previstos explícitamente; sigue siendo una cuestión de hecho); pueden resultar de una creación cuando resultan de una decisión de atribuir un significado jurídicamente incorrecto al enunciado normativo. Interpretación y creación son dos modalidades de ejercicio de un acto decisional de atribución de significado, respectivamente correcto e incorrecto (si se quiere conservar este vocabulario);

h) una creación normativa puede consistir sea en la afirmación de un significado que no proviene de ningún método de interpretación hasta ahora identificado como efectivo pero intelectualmente concebible, sea de ningún método de interpretación intelectualmente concebible. Eventualmente, al menos en el primer caso, esta creación puede modificar el conjunto de métodos de interpretación identificados como efectivos.

9) En las líneas anteriores he querido intentar mostrar la debilidad de una posición definitiva que oponga cognitivismo ético e interpretativo, y no-cognitivismo. Para ello he reconstruido, en un vocabulario que no es necesariamente el mío, y que en cualquier caso no es el que defendería si tuviera la opción, el realismo jurídico tal como lo comprendo, para investigar en qué medida es o no es compatible con ciertas formas de cognitivismo (que por supuesto no asumo esencialmente). Me parece posible, aunque pueda parecer difícil y poco frecuente, asumir un cognitivismo ético y el realismo en cuanto se separa la afirmación del conocimiento de los valores de la afirmación de la obligación (moral) de los juristas de aplicar tales valores; en otras palabras, que esta obligación moral no aparece en los valores conocidos y afirmados o, lo que prácticamente viene a ser lo mismo, que se admite que la existencia de valores no necesariamente resulta en el valor de tener que aplicarlos. Me parece igualmente que puede asumirse una forma de cognitivismo lingüístico (incluso bajo la forma de realismo metodológico o incluso semántico) sin privar de coherencia a ninguna forma de realismo, simplemente distinguiendo el Derecho tal como debería ser de la descripción del Derecho tal como es. Y finalmente me parece posible asumir un cognitivismo interpretativo (entendido

estrictamente tal como lo he presentado) dentro del propio realismo jurídico en su versión moderada.

Pueden existir muy buenas razones para rechazar el realismo jurídico. La primera sería el rechazo a su pretensión epistemológica (el empirismo o positivismo lógico para abreviar).¹⁴ Pero esta razón no se confunde, o no del todo si se prefiere, con el rechazo de sus posibles tesis no-cognitivistas. Otra –a mi juicio más interesante–, legítima y fructífera, consistiría en negarse a limitar la teoría del Derecho realista a una actividad científica. Podemos considerar que la filosofía del Derecho debería ser más bien una filosofía de la justicia que asumiera seriamente su dimensión prescriptiva en el mejor sentido del término, en particular aclarando las razones de las decisiones políticas tomadas. Pero creo que estas buenas razones no implican en modo alguno basarse en una supuesta incompatibilidad entre realismo y cognitivismo ético e interpretativo, aunque solo sea porque también creo que el debate sobre el objeto de una filosofía del Derecho no depende de ser cognitivista o no. (En cuanto al rechazo de la pretensión epistemológica del realismo en la teoría del Derecho, la cuestión es obviamente mucho más compleja y puede aquí ser dejada de lado).

Y si lo que se espera de una teoría del Derecho es permitir la descripción del Derecho tal como es, es decir, un enfoque empírico, creo que incluso asumiendo una posición cognitivista en cuestiones éticas e interpretativas, el realismo jurídico sigue siendo recomendable, simplemente porque las tesis no-cognitivistas asumidas por los realistas jurídicos, incluido el autor de estas líneas, no son necesarias para el realismo jurídico. En definitiva, estas dos tesis son postulados pragmáticos basados en una tesis mucho más importante, la que sostiene la ley de Hume, que es en sí misma una tesis lógica y, por tanto, necesaria. Por esta razón, el realismo en la teoría del Derecho no presupone ni exige ninguna adhesión al no-cognitivism. Pero, por otro lado, la adhesión al cognitivism en cuestiones éticas o lingüísticas no tiene ningún efecto a fin de refutar el realismo en la teoría del Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBERIS, M., *El realismo jurídico europeo-continental*, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 227-240, disponible en <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/derecho-civil/mauro-barberis-realismo/14049231> [consultado el 30 de enero de 2024].

¹⁴ MILLARD, E., *Positivisme logique et réalisme juridique*, en J.-Y. Chérot y E. Millard, *Analisi e Diritto*, pp. 177-189.

- BOBBIO, N., "Iusnaturalismo y positivismo jurídico", en N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015.
- GRAY, J.C., *The Nature and Sources of Law* (1909), Routledge, 2021.
- GUASTINI, R., "On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism", *Analisi e Diritto* 2020, No. 2, p. 145.
- MILLARD, E., *Positivisme logique et réalisme juridique*, en J.-Y. Chérot y E. Millard, *Analisi e Diritto*, 2008, Marcial Pons, 2009, disponible en <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100871697.pdf> [consultado el 30 de enero de 2024].
- ROSS, A., "El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en A. Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, Mexico, 2006.

Recibido: 19/12/2023
Aprobado: 12/1/2024