

**¿Qué es la realidad en el derecho? Refutación de ideas elementales del realismo jurídico y reafirmación del dogmatismo normativista**

**What is reality in law? Refutation of some elementary ideas of legal realism and reaffirmation of normativism**

**Guillermo Ortega Monge<sup>1</sup>**

“De esta proposición no puedo dudar sin renunciar a todo juicio. Pero ¿qué tipo de proposición es esta? (...) Evidentemente, no se trata de una proposición empírica. No pertenece a la psicología. Tiene, más bien, el carácter de una regla.”

Wittgenstein (*Sobre la certeza*)

A mi amadísima hija Claudia.

(Recibido: 14/11/23 • Aceptado: 27/01/24)

<sup>1</sup> San José, Costa Rica. Abogado e investigador independiente. Contacto: [guillermo.ortega@ucr.ac.cr](mailto:guillermo.ortega@ucr.ac.cr).  
ORCID: 0009-0009-2381-1088

## **Resumen**

Los realistas jurídicos conciben erróneo el normativismo por no someterse a lo que ellos dicen es *la realidad*. Este texto postula que el objeto de estudio del derecho es una creación literaria y, por tanto, precisamente ajeno a *la realidad*. Desde ahí, se intenta refutar postulados esenciales del realismo jurídico y colocar los cimientos de una reconstrucción del dogmatismo normativista.

## **Palabras clave**

Derecho. Realismo. Normativismo. Literatura. Ficciones

## **Abstract**

Legal realists think that normativism is wrong because it does not behave according to what they call *reality*. This article affirms that the subject matter of law is a literary creation, thus, unaffiliated with *reality*. From there, the study intends to refute some elementary ideas of legal realism and to propitiate a reconstruction of normativism.

## **Key words**

Law. Realism. Normativism. Literature. Fictions.

## **ÍNDICE**

Introducción

2. El derecho es contemplación de un mundo de ficciones

3. Refutación de ideas elementales del realismo jurídico

4. Principios de reafirmación del dogmatismo normativista

Conclusiones

## 1. Introducción

Podemos dudar de que haya existido un hombre llamado Miguel de Cervantes, de que él y no otro haya compuesto el libro de nombre *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, de que la obra sea una invención completamente original y no esté basada en relatos anteriores, y también podemos dudar de si la intención del escritor fue legar una obra de enorme profundidad filosófica o solamente burlarse de los libros de caballería, pero no podemos dudar de que Alonso Quijano tenía una edad cercana a los cincuenta años, de que don Quijote fue declarado caballero en una venta y no en un castillo y de que, al fin, Alonso Quijano murió en lugar de salir nuevamente como caballero o pastor. ¿Por qué cabe concebirnos dueños de una mayor certeza hablando de las invenciones de un relato ficticio que de las *verdades del mundo real*? En el mundo tenido por dado, ese cuyo conocimiento interesa a la filosofía, todo es susceptible de duda: la existencia del yo, la existencia de una realidad exterior a la conciencia, la asequibilidad del conocimiento, la efectividad de las causas, la objetividad de las reglas morales, todo; distintamente, en un mundo de ficciones, en un mundo no tenido por dado sino deliberadamente creado y que, en tanto que creado, es objetivo y cognoscible, las ficciones representan un límite fuera del que la duda pierde todo sentido. Incluso las dudas que podemos albergar válidamente (si don Quijote estaba realmente loco o fingía estarlo, si el rucio de Sancho fue robado o no, si don Quijote vio a Montesinos en la cueva, si a Alonso Quijano lo mató la naturaleza, la derrota o la cordura) tienen sentido solamente si asumimos algunas ficciones como una base de certeza.

Las normas crean un mundo de ficciones. El derecho es la actividad de conocimiento de ese mundo de ficciones. En el derecho, la realidad no es la tenida por dada (la filosófica y científicamente contemplada), sino una ficticia; si se posicionan fuera de esas ficciones, la duda y la negación carecen de sentido. El realismo jurídico (esas tesis iusfilosóficas de origen alemán, estadounidense y escandinavo que tienen en común negar que haya algo de *realidad* de las creaciones normativas) es expresión de un escepticismo que, dentro del derecho, carece de sentido.

Este texto pretende una refutación de elementos del realismo jurídico a través de la interpretación de algunas de sus ideas elementales (compiladas, como se verá, en el artículo de Francisco J. Campos Zamora titulado *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, al que nos ceñimos y al que nos limitamos) y su comparación con la noción jurídica fundamental de *ficción*. No nos limitamos, claro, a embestir el realismo jurídico, pues nuestra verdadera pretensión es contribuir al ámbito de la filosofía del derecho en la tarea que, lejana a la especialización y a la practicidad reinantes, por abstracta, profunda y casi metafísica, convoca tan exiguo interés entre los juristas a pesar de ser ineludible y elemental: la identificación y la comprensión del objeto de estudio del derecho.

Una distinción conceptual previa a comenzar: distinguiremos entre la realidad y la realidad jurídicamente creada. La primera es ese mundo material que la generalidad de las

teorías filosóficas, las ciencias y la dinámica cotidiana o vulgar tienen por objetivamente dado, por existente, por opuesto a la conciencia y cognoscible. La segunda es el mundo de ficciones constituido por las normas, el mundo que no es tenido por materialmente existente, sino abierta y deliberadamente creado por una convención.

## **2. El derecho es contemplación de un mundo de ficciones**

Las normas crean un mundo de ficciones. Es un mundo separado del mundo natural, del tenido por dado. El mundo de ficciones jurídicas fue creado con una intención, no por arte o entretenimiento. Se creó porque cumple una utilidad que no puede cumplir la realidad desnuda.Cuál sea esa utilidad (cosa que no interesa a este trabajo) es asunto político, no jurídico.

Aunque esperamos tener oportunidad para decirlo en el futuro, tampoco interesa aquí detallar cómo es el mundo jurídicamente creado (es decir, los modos en que están dispuestas y relacionadas las ficciones) y nos limitamos a señalar los elementos que conforman ese mundo ficticio. La realidad jurídicamente creada está constituida por personas, bienes y relaciones entre personas y entre personas y bienes. Ni las personas ni los bienes ni las relaciones jurídicas son en la naturaleza ni en la sociedad; las ficciones no son entes en el mundo natural o tenido por dado, sino que existen solamente dentro del mundo creado por las normas, como los entes de una obra literaria no son en el mundo natural, pero son de alguna manera, son en los términos de la obra que los ha creado. Podemos reconocer con facilidad la distinción hablando de literatura: la obra literaria es en el mundo natural y sus ficciones, no siendo en la naturaleza, pero siendo en la obra, son a su manera, en su contexto. La jurisprudencia no contempla el mundo natural, sino que contempla el mundo de ficciones creado por las normas.

El mundo jurídicamente creado es objetivo y cognoscible, dentro de sus propios términos, de manera perfecta. No por estar hablando de ficciones literarias podemos decir válidamente que Alonso Quijano y Sancho Panza no eran vecinos dentro de la novela; podemos decir, posicionándonos *fuera* de la obra, que realmente no pueden ser vecinos quienes no existen en el mundo natural, pero, si nos colocamos *dentro* de ella, cometeríamos un error al decir que vivían lejos uno del otro. Y eso, sin ser verdad en el mundo *real*, es verdad a su modo, en su contexto. La certeza y el error son, respectivamente, ajustes y desajustes de la idea con la realidad; también en una realidad constituida por ficciones puede el pensamiento ser cierto o equivocado según el estado de cosas (ficticio, sí, pero estado de cosas al fin). El derecho no constituye ningún estado de cosas en la naturaleza; son dos realidades completamente distintas; los estados de cosas jurídicos no son naturales, sino puramente ficticios. En este sentido, el de la jurisprudencia es uno de los llamados lenguajes artificiales por haber nacido de una convención deliberada para ser aplicado en referencia a elementos reconocidamente ficticios.

La relación entre derecho y literatura es asunto de actualidad; Ost<sup>2</sup> la resume en estas tres perspectivas: a) el derecho de la literatura (las normas jurídicas que regulan la producción literaria), b) el derecho como literatura (la aplicación de elementos literarios, como métodos de interpretación y estilo, a la actividad jurídica), y c) el derecho en la literatura (la presencia de asuntos jurídicos en las obras literarias). A ninguna de esas concepciones nos referimos aquí; para nosotros, el derecho es un género de la literatura: las leyes son obras literarias creadoras de un mundo de ficciones.

Postulamos que el mundo jurídicamente creado no es el mundo de entes naturales, seres humanos y sociedades que contemplan las ciencias y la filosofía, y que el conocimiento del mundo jurídico, como todo conocimiento acerca de un mundo de ficciones creado por una obra literaria, es distinto del que pretenden obtener las ciencias y la filosofía de sus respectivos objetos de estudio.

Para Kelsen, el derecho es un sistema de reglas regidoras de la conducta de las personas<sup>3</sup>; para Austin, la coercitividad es esencial en la constitución del concepto de derecho<sup>4</sup>; como ellos, tendemos a reducir erróneamente la jurisprudencia a órdenes que imponen un deber ser, a regulaciones de la conducta. Nuestra propuesta consiste en encontrar lo esencial del derecho en la creación de un mundo de ficciones y no en la regulación de conductas en la naturaleza o en la sociedad, de actos materiales: el estado, fuente de prohibiciones y autorizaciones, no es más que una persona jurídica; la regulación de las conductas y la ejecución de prohibiciones y sanciones son simplemente maneras de devenir del estado. El derecho no es una deontología, sino una ontología de ficciones.

Ahora, con esa concepción del derecho en mente, propondremos una refutación de algunas ideas elementales del realismo jurídico y una reafirmación de los dogmas normativistas.

## **2. Refutación de ideas elementales del realismo jurídico**

El artículo de Francisco J. Campos Zamora intitulado *Nociones fundamentales del realismo jurídico*<sup>5</sup> compendia algunas ideas con que los realistas atacan el dogmatismo normativista y que intentaremos rebatir.

a. Jhering: *Aquello que no sucede en la realidad, y se encuentra sólo en el papel, es una "mera apariencia del Derecho"* (199). Kantorowicz: *"El Derecho se desarrolla en el día a día, en la resolución de conflictos entre los hombres, en las Cortes de Justicia, su*

2 Ost, Francois. El reflejo del derecho en la literatura. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006): 333-348.

3 Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2011, 60.

4Austin, John. The Province of Jurisprudence Determined. London: John Murray, Albemarle street, 1832, ix.

5 Campos Zamora, Francisco J. Nociones fundamentales del realismo jurídico. Revista de Ciencias Jurídicas 122 (191-220) mayo-agosto 2010: 192-219.

*esencia es eminentemente práctica, no lógico-deductiva, es ante todo un comportamiento, un hacer dentro de las reglas del discurso práctico-jurídico" (201).*

Empecemos reiterando uno de los ataques tradicionales al realismo jurídico: ¿qué es la llamada *realidad* y quién se puede arrojar tener de ella un conocimiento tal que permita distinguirla de esa *mera apariencia* que, según los realistas, es el derecho? Y lo reiteramos porque es irrefutable. El realismo es inconsistente en este punto porque simultáneamente aplica un riguroso escepticismo para negar la realidad jurídicamente creada mientras cae en la más cándida credulidad para afirmar la realidad tenida por dada.

Que haya un mundo exterior a la conciencia, cómo sea ese mundo, que ese mundo sea cognoscible y cómo sea ese conocimiento son, todos, problemas filosóficos de gran profundidad que todavía no han sido resueltos en firme (exigimos, por supuesto, prueba en contrario). Es contradictorio comportarse radicalmente escéptico ante las ficciones jurídicas y crédulo ante el mundo material, como si los problemas aparejados a la objetividad y la cognoscibilidad de la realidad estuvieran ya resueltos. ¿Saltar por encima de todas las dudas y de todos los problemas ontológicos y epistemológicos para afirmar *la realidad*? Eso sí es auténticamente dogmático. A la vez, suponer que el realismo no se refiere a la realidad filosóficamente contemplada sino a una meramente práctica, cotidiana, eligiendo un concepto de realidad a conveniencia, tampoco salva de la contradicción: las fuentes literarias del derecho (las leyes) forman parte de esa realidad vulgar o cotidiana tanto como las sillas, las mesas y los lápices.

El error fundamental del realismo jurídico es haber creído que el derecho habla o pretende hablar sobre la realidad. El derecho no se refiere al mundo natural, al mundo práctico de cosas y hechos, al mundo que la filosofía y las ciencias asumen como dado; el derecho crea un mundo totalmente nuevo y distinto por medio de ficciones, y cuando se habla jurídicamente se hace referencia exclusivamente a él. Asumir las ficciones jurídicas es asumir las reglas del juego del derecho; la consecuencia de no asumir las ficciones no es haber superado las apariencias y contemplar por fin la *realidad pura*, sino cesar de pensar y hablar jurídicamente. Jugando ajedrez se puede, claro, rehusar mover una pieza inquiriendo escépticamente si en realidad estamos sentados frente al tablero, si somos libres para mover las piezas o si una u otra jugada hacen del mundo un lugar mejor, pero ninguna de estas cuestiones, por importantes que sean en otro contexto, implica jugar ajedrez. Los problemas filosóficos acerca de la objetividad y la cognoscibilidad de *la realidad* son jurídicamente insignificantes, porque el derecho no es estudio acerca del mundo tenido por dado, sino acerca del mundo que las propias normas han creado. Negar la existencia de ese mundo de ficciones constituido por personas y por su devenir no representa asunto jurídico alguno y es, por el contrario, la negación de raíz de todo lo jurídico. Pensado esto en términos de la teoría de los sistemas, contrario a lo que supone el realismo jurídico, la investigación filosófica y científica y la investigación jurídica no pueden compartir estructura ni elemento

alguno ni existe posibilidad de interdisciplinariedad, pues el objeto de estudio de cada una no corresponde a estadios o ámbitos de una misma realidad, sino a *realidades* completamente separadas. Por más que el escepticismo tenga pleno sentido delante de los problemas filosóficos, dentro del derecho es absurdo (es decir, carente de significado), pues no hay idea jurídica con sentido que antes no haya debido asumir las ficciones, al igual que decir "es discriminatorio que el rey tenga movimientos tan limitados y la reina lo pueda todo" no es una jugada en el ajedrez.

Pensemos en un ejemplo: el dinero. Ahí están el metal y el papel como entes del mundo tenido por dado, como cosas; ese metal y ese papel son dinero, no por sí mismos, sino por obra de una ficción legal. Cinco piezas de metal y tres pedazos de papel son cinco monedas y tres billetes, no porque brotaran de la naturaleza siéndolo, sino porque hablando jurídicamente, dentro del mundo jurídicamente creado, representan ficciones completamente independientes de lo que puedan representar en otros contextos como la ontología, la metalurgia o la numismática. Y no estamos locos por intercambiar mercancías por trozos rectangulares de papel, ni somos víctimas de una ilusión por entender que, de acuerdo con una ficción del derecho, hay en cinco piezas circulares de metal un valor económico distinto al meramente aritmético número cinco o incluso al costo de fabricación de las cinco monedas. Hasta el más realista de los realistas jurídicos usará el dinero de este modo y, en lugar de entrar a un local comercial para proclamar "¡esto en realidad es solo un pedazo de papel!", esperará correspondencia entre el valor representado por el billete y el valor del bien que compra. Intercambiamos pedazos de metal y de papel por cosas, por la realización de actos o por otros pedazos de metal y de papel en *la realidad*, pero esos fragmentos de materia son billetes y monedas, esas cosas son bienes y esos actos son servicios solamente por causa de las ficciones normativamente constituidas; el trasiego de bienes y de mercancías y la economía en general no son otra cosa que ficciones jurídicas y modos de devenir de las ficciones (la licitud e ilicitud de ciertas mercancías, los contratos, las instituciones estatales que fungen como bancos públicos, las personas jurídicas que fungen como bancos privados, el comercio internacional, la regulación sobre precios y el valor del dinero, la inflación, los impuestos, los mercados, las bolsas, la inversión en fondos y en sociedades internacionales). Y la desmaterialización de los medios de pago (tarjetas y transferencias electrónicas) nos confirma que hablamos de un devenir ficticio en un mundo ficticio que, para ser plenamente eficaz en sus propios términos, no necesita tener contacto con *la realidad*. Podemos reconocer en el ejemplo con total facilidad la distinción entre el mundo jurídicamente creado y todos los demás contextos, la independencia del mundo de ficciones jurídicas respecto de lo que los realistas llaman *la realidad*; igualmente, debemos tener la inteligencia para distinguir al ser humano de la persona, a los entes de los bienes, a los hechos de los derechos, y para reconocer todas aquellas ficciones jurídicas que no coinciden con entes o acontecimientos del mundo tenido por dado como las personas jurídicas (de inmaterialidad abiertamente reconocida), el inicio de la existencia de las personas físicas trescientos días antes del nacimiento (una gestación humana de diez meses

es biológicamente imposible) o las sucesiones (prolongación temporal de la vida de una persona tras la muerte). Queda claro cuán jurídicamente impertinente es negar la realidad creada por el derecho argumentando que a las ficciones legales no corresponde cosa alguna en *la realidad*; tan carente de sentido como querer explicar la obra literaria afirmando "no hay nada que explicar, pues todo en ella es mentira". Como en el Quijote una bacía de barbero es tenida eventualmente por yelmo de oro, en esa obra literaria que es el derecho un fragmento de níquel es un colón por gracia de la Ley de la Moneda.

El profesor Minor E. Salas sostiene que el realismo jurídico acierta en negar el dogmatismo normativista y que, sin embargo, los juristas seguirán oponiendo resistencia movidos por su necesidad de engañarse<sup>6</sup>. Dice: *cada comunidad social requiere su dosis diaria de ficción, que es absolutamente incompatible con una Jurisprudencia realista. El derecho está, por ende, al servicio de esta ficción o mentira colectiva que no puede ser atacada eficazmente mediante la "verdad"*<sup>7</sup>. Esa opinión, paradigmáticamente realista, es propicia para reiterar nuestras objeciones. La naturaleza humana (si hay o no una naturaleza humana, los rasgos de esta que se repiten en todos los seres humanos, el mayor o menor impacto individual y colectivo, la libertad de agencia, el origen de las reglas morales, la oponibilidad de la realidad a la conciencia, el solipsismo, etcétera) es una enorme conjunción de problemas filosóficos que todavía siguen sin resolución definitiva. Sostener algo semejante a "el realismo es certero, pero los juristas no lo reconocen así porque tienden a ilusionarse" implica la posesión de un conocimiento sobre la naturaleza humana y sobre la distinción entre la ilusión y la realidad que, hablando filosóficamente, nadie puede arrogarse. Las ficciones no son engaños ni ilusiones si estamos avisados de que son ficciones, y de eso estamos y debemos estar al tanto desde que ponemos un pie en la facultad. O ¿es que en verdad suponen los realistas que nosotros creemos que el estado es una bestia gigante emergida del mar, y que esperamos ver aparecer al difunto en medio de una junta de herederos?

Frente a los problemas filosóficos tocantes a la objetividad y cognoscibilidad del mundo material, lo que niegan el escepticismo, el relativismo y el antidogmatismo parece certero, pero no porque hayan demostrado que sus postulados son verdaderos y oponibles universalmente, sino porque, filosóficamente, todo es susceptible de ser negado, y a toda afirmación es posible enfrentar una negación igualmente incapaz de resolver el asunto de manera definitiva. En el derecho no ocurre así, pues es este un juego de lenguaje en que, como en todo juego, no asumir de antemano sus reglas nos impide jugar. Entendemos (y abrazamos) el más absoluto escepticismo filosófico, pero pensando y hablando jurídicamente, no se puede ser escéptico ante las ficciones sin que, por eso solo y de manera inmediata, hayamos dejado de pensar y de hablar jurídicamente.

6 Salas, Minor E. Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. Isonomía No. 27 / Octubre 2007: 111-142, 133.

7 Ibid., 134.

El realismo no pretende la disolución del derecho ni desea la desaparición o clausura de la actividad cognitiva y práctica que llamamos jurisprudencia. El realismo quiere que el derecho perviva, sí, pero ajustado a la realidad, aplicando métodos realistas, y que los juristas cesen de hacer operar en él fantasías metafísicas que impiden a la realidad obrar por sí misma. Bien, eso significa que el realismo es, por decirlo de alguna manera, un modo de jugar el juego del derecho y no la negación absoluta y radical del juego. El realista se sienta frente al tablero de ajedrez y pretende jugar; su error reside en creer que es válido abatir al rey con una piedra.

b. Bülow: *La ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces. El papel central en la construcción del derecho lo ejerce el juez* (200). Heck: (...) *el problema de la creación del Derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica* (201). Holmes: (...) *el Derecho es el conjunto de profecías de lo que los tribunales resolverán* (203). Frank: (...) *lo importante es el determinar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma* (207). Ross: *El Derecho se presenta, así como un marco a partir del cual trabajará el juez, será este quien al interpretarlo le dará vida y hará que la norma surta sus verdaderos efectos* (212).

El derecho es mucho más que litigios y sentencias; al reducir el derecho al proceso, los realistas olvidan el gran ámbito de ficciones que rodea el litigio y del que este es solo una parte pequeña. La existencia de las personas naturales y de las personas jurídicas, la existencia de los bienes y la de todas las maneras de devenir de las personas (deberes, derechos, obligaciones, potestades, prohibiciones) son los elementos que conforman el mundo de ficciones en que los procesos judiciales no son más que una específica manera de devenir (resoluciones) de una específica persona jurídica (el estado). ¿Que los jueces son quienes constituyen el derecho? El estado, los órganos judiciales, la potestad jurisdiccional, los jueces, las resoluciones y los mecanismos de ejecución no son *realidades*, sino ficciones legales. Por cierto, es contradictorio el actuar realista de usar ficciones jurídicas (juez, proceso, sentencia) para intentar refutar el normativismo. El argumento realista de que no son las normas, sino los jueces y sus sentencias quienes constituyen el derecho, lejos de servir para afirmar el imperio de *la realidad* sobre un *mundo de ilusiones y apariencias*, ratifica la eficacia inmanente de las ficciones, su plena *realidad* dentro del mundo jurídicamente creado, porque el juez es un juez y no un ser humano sentado sobre una silla y delante de un escritorio solo en virtud de la eficacia de las ficciones de la potestad judicial y del nombramiento, y una sentencia es un acto estatal ejecutable forzosamente y no un pedazo de papel o un archivo electrónico solamente gracias a la ficción legal por la que un escrito cumplidor de ciertos requisitos en ciertas circunstancias es el acto jurisdiccional por excelencia.

Y esa pequeña parte del mundo jurídico que es el proceso judicial tampoco es necesaria (esencial) para la existencia de la realidad de ficciones legales. Todos los días nacen y se extinguen personas naturales y personas jurídicas; todos los días devienen las

personas interactuando unas con otras sin que haya un conflicto o sin que, cuando lo hay, acudan a los tribunales de justicia; cotidianamente impone el estado sus potestades a través de estáticas señales de tránsito o mediante maestros que exigen disciplina en centros educativos; y tampoco en estos casos es preciso el litigio para que las ficciones devengan como fue normativamente dispuesto. Y no olvidemos los matrimonios, los divorcios, las relaciones entre trabajadores y patronos, la adquisición de mercancías en supermercados y ferreterías y la contratación de servicios técnicos y profesionales. Si, por ejemplo, en una sola ocasión dos personas han acordado cosa y precio y han pagado el precio una y entregado la cosa la otra sin que debieran demandarse y esperar un fallo, queda desvirtuada de raíz la creencia realista sobre la necesidad de la intervención jurisdiccional para la eficacia normativa.

Y nada ejemplifica ese necesario desentendimiento de *la realidad* que implica la eficacia jurídica mejor que la regulación sobre conductas omisivas (como el deber jurídico genérico de no dañar a otros, las obligaciones de no hacer y las prohibiciones): la ficción habrá sido cumplida (la voluntad de la norma habrá sido ejecutada) sin que haya ocurrido un solo hecho en *la realidad*.

Sucede que los filósofos del derecho tienden a creer que el derecho penal colma la totalidad de lo jurídico. En el derecho penal (única materia en que sí es necesario el proceso judicial) parece resultar particularmente difícil reconocer las ficciones porque la aparente coincidencia entre la ficción *persona* y el ente natural *ser humano* (como en los delitos contra la vida, contra el honor, sexuales, y contra la libertad) facilita la confusión. Se nos objetará emotivamente: "¿Y, entonces, la víctima, quien murió desangrada y en dolor, es una ficción y no una realidad? ¿Y el condenado, quien sale de la cárcel más sumido en el crimen y más lejos de la resocialización que cuando entró, es ficticio también?", y habremos de responder: "Sí. Y no por ser ficciones legales, la víctima, el homicidio, el daño físico y moral, el victimario y la pena son menos relevantes; al contrario, precisamente por ser ficciones son jurídicamente relevantes". Por lo general, la práctica jurídica penal oscila erráticamente entre los extremos de observar una materialidad bruta y descarnada (cadáveres, heridas, armas, vellos, rejas, patadas en las puertas) y la creencia en el cumplimiento de una misión moralizante (malentendiendo la culpa, el juicio de reproche y la resocialización), pero las ficciones del derecho no son *realidades* tangibles ni, por ser intangibles, son valores morales, ideales éticos o sentimientos. El derecho penal, como el derecho en su todo, es comprensión del devenir de entes ficticios, no una ontología de *la realidad* ni una deontología. Los entes del mundo jurídicamente creado no son buenos ni malos, no son mejorables ni empeoran; la realidad de ficciones jurídicas no es mejor ni peor que la realidad tenida por dada, sino que simplemente es distinta. Debemos ser sutiles para superar la casi instintiva confusión de la realidad dada con la realidad jurídicamente creada, y para distinguir los entes *reales* de los entes ficticios *invisiblemente* estampados sobre aquellos. El criminal no es un ser humano y tampoco lo es la víctima; criminal y víctima son solo ficciones del derecho, aunque la coincidencia aparente entre la ficción que es la

persona y el ente natural y social que es el ser humano nos dificulte entender la distinción. De otro modo, ¿cómo se podría delinquir contra personas jurídicas y cómo se podría, como en el caso de la difusión de información falsa, delinquir contra algo semejante a “la estabilidad del sistema financiero” (artículo 236 del Código Penal)? No se resocializa al indescifrable ser humano mediante el inacabable lío de corregir de un modo ignorado la desconocida naturaleza humana curándole torceduras inentendibles, arrastrando montones de problemas filosóficos sin resolución, sino respetando, para víctima y victimario, los ficticios atributos de la ficción de la personalidad ya legalmente establecidos. Por eso decimos que solo en el tanto que son ficciones, las personas y sus asuntos son relevantes, significativos, en el mundo ficticio normativamente creado.

c. Hägerström: *El Derecho es un conjunto de reglas de comportamiento expresadas en forma imperativa. Ellas consiguen provocar en el destinatario una acción por temor a la sanción. (...) critica la concepción del Derecho como manifestación de voluntad, especialmente como voluntad de Estado, entidad, esta última, del todo inexistente, derivada de una antropomorfización de la fuerza y de las relaciones sociales* (210).

Reducir la jurisprudencia a las sanciones es otro error de perspectiva. Tras constituir a las personas, la ley concibe sus posibilidades de devenir, de actuar, creando derechos, deberes, facultades públicas y, claro, también prohibiciones. El establecimiento de prohibiciones y sanciones no representa la única ni la más importante ficción normativa, sino solamente una singular forma de actuar de la singular persona jurídica que es el estado.

Queriendo encontrar una realidad dada, terrena, en que se diluya la realidad jurídicamente creada, el realismo, como si luchara contra las ilusiones de un genio maligno, concibe al estado como un espejismo causa de espejismos. El estado no es un ente natural, pero tampoco es un mito; es, simplemente, llanamente, sin drama, sin rituales, civilmente, una ficción legal, una persona jurídica (artículo 33 del Código Civil).

d. Lundstedt: *El término norma, con su implícita referencia a la obligatoriedad, debería ser exiliado del lenguaje jurídico junto con los demás términos (responsabilidad, ilícito, deber, obligación, relación jurídica, pretensión), o al menos deberían ser utilizados entre comillas, para resaltar que no se refieren a entidades reales, sino solamente a situaciones de ventaja o de desventaja determinadas por el funcionamiento de la máquina del Derecho* (211).

Ser escéptico ante la realidad tenida por dada es plenamente fundado, porque toda afirmación cognitiva sobre ella puede ser rebatida con una negación sin que una u otra sean universalmente oponible. Decir que los deberes, las obligaciones y las pretensiones no son *entidades reales*, y suponer dar una primicia al hacerlo es, cuando menos, ingenuo. ¿O es que en verdad suponen los realistas que los abogados aluden a las ficciones del derecho creyendo que son cosas? ¿Es que todo aquello que no sea una cosa no puede gozar de sentido en su contexto, en un contexto de no-cosas, en un mundo de ficciones? El escepticismo, advirtiéndonos que hemos tenido ficciones por realidades, pierde todo sentido frente a un mundo vacío de realidades y deliberadamente ficticio.

Interrumpir una reunión de teólogos gritando "¡pero Dios no existe!" es un acto

pleno de sentido en su contexto, pues los teólogos creen que Dios es un ente del mundo; y, precisamente porque tiene sentido, la proposición "Dios no existe" puede ser verdadera o falsa. Distintamente, proclamar "¡los conceptos del derecho no corresponden a realidades!", equivaliendo a decir "las ficciones jurídicas son ficciones", es una tautología y, por lo tanto, al tratarse de una proposición que no puede ser jurídicamente verdadera ni jurídicamente falsa, es jurídicamente carente de significado. Por supuesto que las ficciones jurídicas no son *entidades reales*; saberlo no representa idea jurídica alguna, no representa jugada alguna en el juego del derecho, no resuelve ningún problema de naturaleza jurídica. La jurisprudencia está deliberadamente constituida por elementos que no son entes de la realidad, sino ficciones.

El derecho no es normas que imprimen atributos (derechos, obligaciones, deberes, prohibiciones) a los entes naturales; no es una variante o un accidente en la realidad tenida por dada. La jurisprudencia es una ruptura total con la realidad, una realidad nueva, radical. No toma como base a los sujetos naturales para construir sobre ellos un particular modo de actuar, sino que crea todo un mundo nuevo, incluso a los entes (personas y bienes) y a sus modos de devenir. Entender esto es el primer ejercicio intelectual que debe hacer el jurista; estar en condiciones intelectuales para reconocer que en la jurisprudencia no se contempla *la realidad*, sino un mundo de ficciones; ser capaz de percibir la presencia de entes que no son en la realidad y de comprender un devenir que no se da en la materia; el jurista es una suerte de metafísico; el derecho es la metafísica de un mundo de ficciones. Pero no nos confundamos: no se trata de un mundo espiritual que espera un acto de fe para manifestarse (mundo espiritual cuya existencia es, por cierto, tan susceptible de duda como la de la realidad material). Todo lo que es en el derecho es solo jurídicamente y no naturalmente; aunque parezcan coincidir con entes o hechos naturales (un animal, un ser humano, un grupo de seres humanos, la muerte, un terreno, un asesinato), las personas, los bienes y las relaciones jurídicas (un semoviente, una persona natural, una persona jurídica, la extinción de una persona, un bien inmueble, un homicidio) son realidades completamente distintas. Coinciden solo para quien no tiene presente que jurídicamente hablamos siempre de ficciones. Por buscar el contenido de los conceptos jurídicos en la realidad dada y por no distinguir lo que es frontalmente ficticio de lo que es un engaño, los realistas terminan creyendo que cuando decimos "persona jurídica" invocamos un fantasma, que cuando explicamos un contrato como concierto de voluntades nos referimos a un ritual mágico y que cuando sostenemos que para cada caso jurídico hay una única respuesta correcta lo que hacemos es dar seriedad a la respuesta esquiva y ambigua de un oráculo. Ser escéptico ante lo que es tenido por realidad inapelable es el más sano ejercicio filosófico; ser escéptico ante lo deliberadamente ficticio es carente de sentido.

e. Olivecrona: *Las nociones jurídicas, una vez liberadas de su carga metafísica, están llamadas a cumplir una función directiva, permisiva y prohibitiva, de una importancia determinante para la vida del Derecho. "Sus palabras vacías" (hollow words) son señales indicadoras respecto de las cuales la gente fue educada para asociar ideas*

*sobre sus propios comportamientos y sobre el comportamiento de los demás. Las “palabras vacías” son aquellas que no tienen referencia en la realidad concreta, como sucede, por ejemplo, con la voz “Derecho subjetivo”. (211).*

Reconocemos que el derecho es en su totalidad una convención lingüística, que en el derecho no hay más esencias y entidades que en una obra literaria. Derivamos esto de ahí: a) jurídicamente, la realidad es una convención, una ficción, y no la realidad tenida por dada, b) en relación con el derecho, como sucede con toda convención, carece de sentido la duda acerca de la existencia de la convención misma, c) es contradictorio afirmar "todo se reduce a una convención" y luego negar la convención afirmando *la realidad*, d) el mundo jurídicamente creado no es una mentira, una ilusión o una apariencia de realidad que pretenda pasar por *realidad*, sino una convención, una ficción, e) no como la realidad tenida por dada, claro, sino como convención, como ficción, cual ocurre con cualquier obra literaria, el mundo jurídicamente creado es objetivo, dado, oponible a la conciencia (don Quijote, su devenir y el mundo en que deviene no son *reales*, pero, a su modo, son y nos referimos a ellos señalando su particular objetividad), y f) no como la realidad tenida por dada, sino como convención, como ficción, como ocurre con cualquier obra literaria, el mundo jurídicamente creado es perfectamente cognoscible (no como hechos de la realidad, sino en su naturaleza ficticia, leyendo el libro podemos adquirir el conocimiento acerca de que los actos de don Quijote son unos y no otros; así no sean estrictamente hechos de la realidad, podemos decir con certeza que don Quijote venció al vizcaíno y que Alonso Quijano nunca se convirtió en pastor).

### **3. Principios de reafirmación del dogmatismo normativista**

En esencia, lo que el realismo niega del dogmatismo normativista es la objetividad del mundo jurídico. El normativismo, por su parte, indeciso sobre si se refiere a *la realidad* o una realidad ficticia, no ha sabido defender sus dogmas con la convicción que ameritan. Partiendo de que el derecho contempla un mundo de ficciones y tras haber intentado refutar algunas objeciones realistas, lo nuestro es emprender una reafirmación de los más elementales principios del normativismo jurídico.

#### *a. Mundo único*

Que la realidad sea objetiva y oponible a toda conciencia, que lo que percibimos sea real y no una apariencia o que la realidad tenida por dada no sea creada por cada mente, son problemas filosóficos que no han alcanzado resolución definitiva y que, visto el largo recorrido de la historia de la filosofía, parece improbable que la alcancen. La realidad que contempla el derecho no es esa realidad tenida por dada y, por lo tanto, a ella no es aplicable el escepticismo que invenciblemente somete y debe someter a la filosofía; el mundo jurídicamente contemplado es el mundo jurídicamente creado, ficticio en su todo y,

sin embargo, dado, único, oponible, real en sus propios términos. En los términos propios de la obra de ficción creada por Cervantes, Alonso Quijano es y deviene en un mundo que, no por ser ajeno a *lo real*, deja de ser único: don Quijote acuchilló dos cueros de vino tinto en lugar de cortar la cabeza a un gigante, los leones permanecieron dentro de la jaula en lugar de salir a pelear, la cueva de Montesinos está en el corazón de la Mancha y no en otro lugar, los duques se burlan de don Quijote en lugar de creerlo caballero verdadero, el de los Espejos y de la Blanca Luna no eran dos caballeros andantes, sino el bachiller Sansón Carrasco disfrazado. La singularidad de la interpretación que cada uno puede dar a los hechos de don Quijote no desdice la unicidad de estos. Aunque sea concebible un mundo de ficciones no regido por el principio lógico de no contradicción, el mundo jurídicamente creado, como el mundo creado por Cervantes, no es el caso: la existencia de la persona natural empieza diez meses antes de que nazca y no al nacer, la existencia de la persona natural fenece al liquidar sus bienes y no al morir, hay contrato solo si hay acuerdo, hay donación solo si hay escritura inscrita, el baciuelmo es bacía y no yelmo y punto.

El mundo jurídicamente creado es uno solo y todas las personas en él son únicas y devienen cada vez de una única manera. ¿Acaso hay alguien que esté soltero y casado a la vez? ¿Alguien que, a un tiempo, sea comprador y vendedor de la misma cosa, acreedor y deudor de la misma prestación, heredero y no heredero en la misma sucesión, culpable e inocente del mismo delito, condenado y absuelto, solvente e insolvente? La persona no deviene de manera múltiple ni contradictoria: nadie está vivo y muerto al nacer, ninguna sucesión está abierta y cerrada cuando la persona está viva, ningún derecho está prescrito y no prescrito antes del vencimiento del plazo, ningún crédito es pagado y adeudado una vez prestada una suma de dinero, ninguna persona jurídica está vigente y disuelta recién constituida, ningún contrato es válido e inválido conteniendo todos sus requisitos. La persona deviene cada vez de una manera única, entabla contacto con otra persona cada vez de manera única, consume un derecho cada vez de manera única. Cada acto de la persona es uno solo, cada uno de sus derechos es realizado de una sola manera, en un solo momento, en un solo lugar, respecto de personas determinadas, en una sola dirección.

El conflicto entre derechos y el litigio se dan cuando una persona afirma que ha ocurrido un acto específico y otra afirma que lo sucedido es un acto distinto de este. Como es impensable que ambos actos contradictorios hayan ocurrido simultáneamente, la dilucidación del caso consiste en averiguar cuál de los actos es el que ocurrió realmente. Y podrá, finalmente, averiguarse o no lo verdaderamente ocurrido en el mundo ficticio, pero no por eso, el acto ha dejado de ocurrir ni ha ocurrido de manera múltiple.

#### *b. Conocimiento único*

A diferencia de lo que sucede con el mundo tenido por dado, la negación de un mundo de ficciones no tiene sentido dentro de sí mismo (preguntarme si realmente tengo el libro en las manos o lo estoy soñando no es acto de interpretación literaria; negar estar

sentado frente al tablero y afirmar ser un cerebro en un balde no es jugada alguna en el ajedrez).

Como el particular devenir de cada persona en el mundo de ficciones jurídicas es único, el conocimiento acerca de él lo es también, por lo que no tiene cabida afirmar que, cual si se tratara de ideales morales o de íntimos y secretos sueños, en la jurisprudencia (que es epistemología del mundo normativamente creado) puedan coexistir válidamente ideas diversas y contradictorias, que todas las perspectivas más o menos informadas son igualmente válidas, que la certeza es inalcanzable, que el error esté erradicado, que los límites del conocimiento se confunden con los de la opinión. Ciertamente, a cada acto de devenir específico de una persona corresponde un acto de conocimiento único y esta (y no la remisión a normas superiores o a principios y valores) es la razón por la que a cada caso, por más jurídicamente complejo y éticamente sensible que sea, corresponde una única solución correcta.

Uno de los argumentos más importantes que el realismo jurídico ha construido reza, en suma, así: es ilusorio creer que el derecho es conocido y aplicado mediante un método racional (ver el texto del profesor Enrique P. Haba *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?*<sup>8</sup>). Por nuestra parte, deseamos hacer notar que conceptos como racionalidad, método e ilusión aluden a problemas propiamente filosóficos, no jurídicos; si la mente humana conoce racionalmente o de otro modo, si es factible un método oponible a toda mente y la distinción entre realidad e ilusión son asuntos filosóficos de enorme complejidad que no han alcanzado resolución definitiva. Ya que el derecho no contempla ese mundo dado ni depende de sus problemas epistemológicos cuando lo suyo es un mundo de ficciones, las teorías filosóficas (escépticas) que niegan la racionalidad y el método le son insignificantes. Traer la negación de la racionalidad y el método (y las de la asequibilidad y unicidad de la verdad) de la filosofía al derecho, con la actitud de quienes salieron de la caverna, conocieron *la realidad* y ahora vuelven a sacar a sus hermanos de la ignorancia (que, curiosamente, es la misma actitud de quien dice haber recibido una revelación de la boca de un dios), como si en el campo filosófico las tales negaciones ya se hubieran adjudicado certeza y unanimidad, como si se tratara de verdades filosóficas auténticas y no de propuestas tan refutadas y tan susceptibles de refutación como todas las demás, es infundado. Suena, más bien, como la importación de productos que, no siendo de la calidad suficiente para un mercado exigente, en un mercado inferior tienen que venderse bien, aunque sea a un precio más bajo. Además, como la distinción entre realidad y fantasía, la de racionalidad e irracionalidad es arbitraria y, si filosóficamente sigue siendo problemática ¿por qué habría de ser tenida por inapelable en el derecho? La jurisprudencia no es conocimiento sobre la realidad dada, sino sobre una realidad tejida de ficciones; absurdo sería preguntarnos "¿leemos el Quijote con un método racional?", pues los problemas de racionalidad y método no forman parte de sus ficciones.

Ya dentro de una obra literaria, es esta la que establece la mayor o menor

8 Haba, Enrique P. Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? *Doxa* 7 (1990): 169-247.

cognoscibilidad del mundo que crea. Algunas obras quieren que conozcamos todo lo que sucede en ellas, otras nos permiten saber solo algunas cosas y otras optan por mantenernos en la ignorancia. En el derecho, el mundo creado es total: todos los entes (personas y bienes) y todas las maneras de devenir (derechos, potestades, deberes, prohibiciones) están predeterminadas por la fuente que les da existencia y que dicta su perfecta cognoscibilidad. Para insistir en que la jurisprudencia no es terreno de verdades únicas y absolutas, debe negarse el asiento de existencia y cognoscibilidad de las ficciones (la norma), y eso es jurídicamente tan absurdo como fundar una interpretación literaria en la falsedad de los hechos que narra la obra, o como creer que dar una patada a la mesa es una jugada ganadora en el ajedrez porque acaba derribando al rey. Es plenamente válido dudar de la realidad tenida por dada e incluso la negación más radical sobre el ser objetivo del mundo opuesto a la conciencia es perfectamente significativa, pero el derecho no trata de la realidad tenida por dada ni del mundo tenido por opuesto a la conciencia; la jurisprudencia contempla un contexto de ficciones que rodea y da sentido a todo lo que es y sucede jurídicamente, a todo lo que es pensado jurídicamente y a todo lo que es dicho jurídicamente; fuera de ese contexto, nada es jurídicamente, nada puede ser conocido jurídicamente y nada puede ser dicho jurídicamente.

### *c. Lenguaje único*

Hoy molesta a propios y a extraños el uso del lenguaje técnico del derecho, pero el asunto no se puede reducir a un defecto de vanidad. Los conceptos jurídicos son los nombres de las ficciones jurídicas. No hay manera de referirse a las ficciones que no sea utilizando sus nombres.

Así como el mundo creado por la ley es uno y el conocimiento acerca de él es uno, el lenguaje que articula el conocimiento acerca del mundo jurídicamente creado es único, no polivalente, no arbitrario, en tanto se encuentra constituido por los nombres únicos de entidades ficticias únicas cuyo contenido y límites están preestablecidos por la norma que las crea. Cada concepto jurídico es único y total, por lo que solamente tiene un significado y solamente puede tener un significado. No hay conceptos jurídicos indeterminados porque a cada uno corresponde una ficción cuya *existencia* y cognoscibilidad están predeterminadas por la norma que le da nacimiento.

Cada uno de los conceptos jurídicos es el nombre de cada una de las ficciones jurídicas. La totalidad del lenguaje jurídico representa la totalidad del mundo jurídicamente creado.

Es imposible que el lenguaje jurídico sea llano, ordinario o natural. Puesto que se refieren a mundos distintos, el lenguaje ordinario nada puede expresar del mundo jurídicamente creado, y el lenguaje jurídico no tiene equivalencias en el lenguaje que habla sobre la realidad tenida por dada; el ser humano, el homo sapiens, la mujer y el hombre son elementos del mundo tenido por dado y, por ajenos al mundo jurídicamente creado, no son

sinónimos de *persona*; *persona jurídica*, a su vez, no es traducible por grupo, comunidad o sociedad. El embrollo para encontrar palabras ordinarias que expliquen qué es un derecho, un deber o una potestad no es casual: simplemente esas palabras no existen y, como si respondiéramos a la pregunta de un niño, saldríamos del apuro balbuceando fórmulas que de antemano sabemos incorrectas. No existe manera no jurídica de expresar los conceptos contrato, sucesión, nulidad, licitación, delito, daño, patrimonio, pero no porque nuestra vanidad nos fuerce a insistir en ellos, sino porque ninguno tiene correspondencia en los hechos del mundo tenido por dado. Que alguien intente explicar quién es Dulcinea del Toboso o qué es el baci-yelmo en el lenguaje "claro" de *la realidad* y sin acudir a las ficciones del libro.

Y, al igual que la creencia en la distinción realidad-ilusión y que la creencia en la cognoscibilidad de *la realidad*, la suposición de que el lenguaje ordinario sí es capaz de expresar con claridad lo que la jerga legal oculta y oscurece es una opinión que, por más que los detractores de la técnica del derecho den a entender lo contrario, no se encuentra resuelta en firme ni es universalmente aceptada en el contexto de la filosofía. Del mismo modo en que suponen que la realidad jurídicamente creada es una ilusión que se esfuma al chocar con la pretendida solidez de *la realidad*, desean que el lenguaje técnico del derecho sea diluido en un lenguaje ordinario que suponen, por oposición a aquel, perfectamente fiel a la realidad y universal, pero es la verdad que la existencia de un lenguaje ordinario o natural que sea reflejo exacto del mundo dado y que sea aceptado y comprendido por todo mundo es asunto filosóficamente problemático y privado de unanimidad. No es válido usar un argumento filosóficamente enclenque para castigar la jurisprudencia como si fuera sólido e incuestionable. El empleo de la técnica jurídica no es un mal hábito por corregir, sino la única manera de hablar jurídicamente con sentido, porque el lenguaje jurídico está constituido por los nombres de las ficciones que no forman parte de ningún otro mundo *real* o ficticio.

#### *d. Solución única*

Que a cada caso corresponde una única solución correcta no viene de la aplicación de una jerarquía de normas ni de que haya principios morales que se imponen a las reglas positivas, sino de que el mundo jurídicamente creado es uno y de que cada persona deviene cada vez en una manera única y no múltiple.

Un ejemplo. Durante una cena, dos parejas de personas casadas conversan sobre el proyecto de conseguir un solo terreno para construir sendas viviendas; la segunda de las parejas no cuenta en ese momento con fondos económicos suficientes (darían su parte del precio a la otra pareja luego de la compra) y, después de acordar llevar a ejecución el plan y de que una de las personas de la primera pareja adquiriera el inmueble de un tercero vendedor a cambio del pago de tractos mensuales a futuro, se disuelve el matrimonio de los que ninguna suma dineraria aportaron. ¿El primer acuerdo es entre dos parejas o entre cuatro personas? ¿Es ese acuerdo un contrato? ¿Constituyen esas cuatro personas una

sociedad? ¿Quién es la parte compradora: las dos parejas, las cuatro personas o una sola persona? ¿Las cuatro personas son copropietarias o la dueña es una sola? ¿Puede lícitamente el vendedor del bien cobrar el precio a las cuatro personas? ¿Tiene derecho la pareja que no ha pagado a exigir de los otros que el terreno se inscriba a su nombre? ¿Tiene derecho la pareja casada de cobrar a la divorciada lo que ha pagado por ella? ¿El inmueble soporta ganancialidad en el caso del matrimonio disuelto? Que ignoremos detalles esenciales de los actos jurídicos no implica que estos no hayan acontecido de manera única, que el conocimiento sobre ellos no sea también único, que el caso no tenga solución ni que la solución se reduzca a una opinión. En el mundo jurídico no pueden ocurrir dos actos distintos simultáneamente: las cuatro personas son compradoras o lo es únicamente una. A la vez, esa necesaria unicidad del acto jurídico destierra la mera opinión de la solución acerca de quién debe pagar el precio, pues los deudores son los cuatro si han comprado los cuatro y es deudor uno solo si ha contratado en solitario, pero no ambas cosas a la vez. Incluso en los casos en que la información sobre lo devenido es escasa, es incorrecto afirmar que, como suele decirse, "en derecho no hay verdades absolutas"; sepamos cuanto sepamos sobre las acciones de las personas, todo sucede en un modo único, no múltiple. Los actos de las personas del ejemplo no han sucedido de forma diversa al mismo tiempo: las personas hicieron un aporte patrimonial para entrar en sociedad o no, acordaron ser condueños o no, una pareja casada constituye una sociedad o no, las cuatro personas acordaron que unas compraran a la otra posteriormente o no, el bien entró al patrimonio de los que acabaron divorciándose o no, pero nunca todas las situaciones simultáneamente. ¿Nos satisface decir que "en derecho no siempre dos más dos es cuatro"? ¿Se resuelve el problema sentenciando que todo es asunto de perspectiva?

Otro ejemplo. El dueño de un inmueble afirma donarlo a otra persona y, aunque otorgan escritura, esta no fue presentada al registro. Convencido de haber donado, el propietario transmite al segundo la posesión del bien de inmediato y, tras veinte años, cuando el donatario ha muerto y en el bien habitan sus herederos, los herederos del donante niegan las existencia y eficacia de la donación por no haberse inscrito la escritura y persiguen en juicio la expulsión de los actuales ocupantes. La escritura es esencial a la donación o no lo es. La inscripción registral de la escritura es esencial a la donación o no lo es. La voluntad de transmitir un bien a título gratuito en falta de una formalidad esencial es donación o no lo es. Una donación en escritura transmite el dominio entre las partes del acto o no lo hace. Una donación no inscrita es oponible a terceros o no lo es. Los herederos son terceros delante de la donación o no lo son. El derecho de reclamar la inscripción está prescrito o no lo está. El bien forma parte de la sucesión del donatario o no. Los herederos del donatario tienen derecho a heredar el bien o no lo tienen. Los herederos del donante están legitimados para esa acción o no lo están. La suma de dos más dos es cuatro o no lo es. Cada una de estas disyuntivas (salvo la aritmética por pertenecer a un mundo de ficciones distinto del jurídico) está resuelta de antemano por la ley; que los abogados no conozcan la ley y oculten su ignorancia ante los clientes no convierte los asuntos en oscuros

u opinables. Cuando un abogado alega que "en derecho no hay verdades absolutas" o que "todo depende del caso", en realidad está hablando de moral o de política o pretende ocultar su ignorancia. ¿Que si a los tantos días posteriores a la fecundación tiene o no tiene conciencia el embrión humano? ¿Que si debiera ser punible o no el aborto a partir de cuál etapa del embarazo? El debate está resuelto por la regla 31 del Código Civil: la persona natural es titular de derechos desde trescientos días antes de nacer. ¿Que la ciencia afirma que el embarazo humano no puede durar trescientos días? No hablamos biológica, ética ni políticamente; la persona (el inicio de su existencia) es una ficción legal, no un ente de la realidad tenida por dada.

¿Por qué tenemos certeza de que en el derecho el árbol hace ruido al caer, aunque nadie lo escuche? La totalidad de los entes y la totalidad de las posibilidades de devenir de los entes están determinadas por la misma norma que, porque la vemos, porque podemos leerla, porque la tenemos en las manos, nos las hace cognoscibles; para negar la unicidad y la cognoscibilidad del mundo jurídicamente creado, necesitaríamos negar la norma, negar que leemos una norma, negar que la tenemos en las manos, en aplicación de un escepticismo filosófico que no tiene sentido dentro del juego del derecho. Es el fundamento de la distinción conceptual entre eficacia constitutiva y eficacia declarativa: haya testigos o no, sea confesado o no, se llegue a enterar el juez o no, quede dicho en una sentencia o no, cada persona deviene o actúa cada vez en una manera única. Lo que constituye el acto jurídicamente significativo es el devenir de las personas, no que testigos y jueces estén enterados: la sociedad está inscrita o no lo está, el nombramiento está vigente o no lo está, un nombramiento vencido continúa surtiendo algunos efectos o no lo hace, hay dolo o no lo hay, hay voluntad de donar o no la hay, hay acuerdo de vender o no lo hay, hay cumplimiento o no lo hay. La judicialización de los derechos es meramente accidental e instrumental, y nunca puede representar la base de la comprensión cognitiva del mundo jurídicamente creado. Pensemos en el caso de un testamento cerrado (artículo 587 del Código Civil): el testador regresa a su casa tras acudir al notario y esconde el testamento entre las paredes de manera que, tras su muerte, nadie lo encuentra; así nunca llegue a manos del juez el testamento, la sucesión será testamentaria porque hay un testamento, y solo se tornará legítima cuando los derechos constituidos en el testamento queden extintos por causa de su prescripción.

#### **4. Conclusiones**

A. La filosofía jura estar viendo la realidad dada y promete poder explicarla. El derecho constituye, conoce y explica de manera perfecta la realidad jurídicamente creada. La fórmula *filosofía del derecho* debería parecernos carente de significado y valiosa solo tal vez como la expresión del deseo de una comprensión más profunda, más elemental, del derecho, pero que, en todo caso, nada tiene de filosófico.

Por ser ficticio y ajeno a la realidad, el objeto de estudio del derecho nunca coincide

con el de las ciencias (cuya materia son los entes naturales). Entendidas las ciencias como el estudio de la naturaleza, la jurisprudencia no es una ciencia.

B. El mundo de ficciones jurídicas fue creado con la intención de ordenar u organizar ciertos aspectos de la realidad de cierta manera; cuáles sean esos aspectos y cuál sea esa manera no son asuntos jurídicos, sino políticos; se ubican antes del derecho, en los motivos de creación del mundo jurídico, por fuera del mundo jurídicamente creado. El derecho es una obra literaria en que los personajes (personas) ejecutan la representación de hechos ficticios (derechos, deberes, obligaciones, potestades). El autor de la obra ha juzgado que este género especial de literatura llamado "estado de derecho" cumplimenta un objetivo, pero ese objetivo, claro está, no se encuentra dentro de la obra, sino fuera de ella. Cuando los actores dejan de realizar su papel de personas y cesa la representación de derechos, deberes, potestades y prohibiciones, el estado de derecho se disuelve. Hablamos, pues, entre los múltiples mundos ficticiamente creados, de dos realidades radicalmente distintas, de dos mundos que no se tocan entre sí, de dos naturalezas completamente distintas: la realidad tenida por dada y la realidad jurídicamente creada, la naturaleza jurídica.

C. ¿Quién es el autor de la obra? Las normas son expresiones del devenir de órganos del estado. El estado, la potestad de legislar y el procedimiento de creación de normas son ficciones legales, y, sin embargo, las normas son tales solo si provienen del estado, si son dictadas por quienes tienen la potestad de emitir las y si son producto de un procedimiento específico. La autorreferencialidad es un síntoma claro de que la jurisprudencia no es contemplación de *la realidad*, sino de una realidad ficticia, de una realidad literariamente creada. Un ente que crea el mundo en que él mismo es creado y un hecho que es simultáneamente causa y efecto son ideas que es seguro que no forman parte de esa *realidad natural* a que alude el realismo jurídico. En cambio, el narrador de los primeros ocho capítulos, el morisco traductor y Cide Hamete Benengeli aparecen en el Quijote como autores de la historia y no como personajes de ella sin que eso represente defecto alguno y, al contrario, enriqueciendo la profundidad de la obra. Aún más: en el tercer capítulo de la segunda parte don Quijote se entera de la existencia del libro que cuenta su historia (es decir, ya no autores y narradores, sino la obra misma aparece como parte del mundo que ella crea). Es todo un juego, claro, en que la autorreferencia de las ficciones cumple un rol en la trama ficticiamente creada.

D. Para ver el mundo jurídicamente creado y para entenderlo separado de *la realidad* es necesario hacer un ejercicio de abstracción: pensar en ideas y no en hechos. Las ficciones no son desvaríos de locos porque nunca las hemos creído *reales*. Tampoco se trata de una pose espiritualista semejante al cliché de cerrar los ojos y ver con los ojos del alma. No. Se trata de ficciones, simplemente de ficciones, llanamente, civilmente.

E. La jurisprudencia contempla un mundo de ficciones, no un mundo de ideales, no un mundo de aspiraciones morales. El derecho no es una deontología, sino una ontología de ficciones, un género de literatura.

El derecho no dice cómo debe ser la realidad tenida por dada, sino cómo es la realidad normativamente creada. Las normas no se limitan a regir conductas; antes crean un mundo; antes que prohibir y permitir conductas, las normas crean a las personas y crean sus posibilidades de devenir. Reducir el derecho a regulación sobre conductas es un error muy grave que ignora el acto primero de constitución del mundo jurídico: la creación de personas a las que atribuir conductas. Previo a decir "las personas naturales tienen derecho a una vivienda", el derecho dice "sean creadas las personas naturales", "sean creados los bienes", "sea creado el patrimonio privado". Previo a decir "las sociedades anónimas deben pagar impuestos", el derecho dice "sean creadas las sociedades anónimas", "sea creada la obligación de pagar impuestos", "sea creado el patrimonio público" ¿Nos damos cuenta de cuán torpe sería intentar expresar el nacimiento de las ficciones jurídicas en términos deontológicos? ¿Tal vez diciendo "debe haber el estado", "el estado tiene derecho a existir", "deben existir los fideicomisos", "no está prohibido el nacimiento de personas naturales"?

El derecho no tiene un contenido moral; los actos que manda y las maneras de ejercer los derechos que concede no son expresiones de moralidad, sino maneras predeterminadas por las normas de devenir las personas. La norma dice "la ficción que es esta persona deviene de esta manera en esta situación", "el ejercicio de la ficción que es este derecho se realiza de esta manera", "la relación entre personas que es esta ficción llamada deber jurídico genérico se realiza de esta manera", "la relación entre personas que es esta ficción llamada contrato se realiza de esta manera", "si una persona no deviene de este modo en esta situación, se corrige su devenir". *Buenas costumbres, buena fe, dolo, culpa* no son conceptos morales, sino modos jurídicamente preestablecidos de devenir, maneras de realización de los actos jurídicos que la ley ha contemplado desde antes de la realización de los actos jurídicos. La buena fe, por ejemplo, es un modo previsto por la ley de ejecución de los contratos (artículo 1023 del Código Civil); la mala fe es un modo previsto por la ley de ejecución de los contratos (artículo 701 del Código Civil) cuya consecuencia es el incumplimiento y el nacimiento de la obligación de indemnizar. El dolo no coloca a quien lo comete por fuera del contrato y menos por fuera del derecho; el dolo es una manera de comportamiento prevista por el derecho y cuya consecuencia se encuentra igualmente prevista de manera perfecta. El derecho no necesita acudir a alguna fuente de moralidad para enfrentar el dolo y lo resuelve en los términos que él mismo ha previsto. La nulidad y el incumplimiento podrán ser patologías del negocio jurídico, mas no lo son del sistema de derecho, que ya tiene preestablecidas todas las maneras lícitas e ilícitas de devenir. Estrictamente, el homicidio no es una ilegalidad cuando la aplicación de una pena es precisamente una expresión de la legalidad, la realización de la ficción de la potestad de juzgar y castigar.

F. ¿Que el derecho no es aritmético y en él no siempre dos más dos son cuatro? Las matemáticas también están constituidas enteramente por entidades y relaciones ficticias, y nadie pone en duda su exactitud. Que una operación matemática sea extensa y compleja no significa que el resultado sea relativo u opinable.

G. Que el abogado no tenga la capacidad de abstracción mínima para entender un mundo de ficciones, que la formación universitaria sea insuficiente y que los profesionales insistan en hablar de asuntos morales y políticos como si fueran jurídicos no significa que los conceptos jurídicos sean imprecisos. ¿Van hoy nuestra ignorancia y nuestro mal gusto a volver oscuro y oracular lo que desde hace miles de años es firme, claro y sensato? Tal vez la culpa de que se nos haga un problema el uso de los conceptos resolución, rescisión y resciliación respecto del concepto contrato no la tengan las ficciones contrato, resciliación, rescisión y resolución, sino nosotros. Si ya el amor a una profesión milenaria no dice nada, si ya no se añora la técnica y la distinción, que lo tristemente práctico nos haga entender: los términos *contrato*, *resciliación*, *rescisión* y *resolución* no son caprichos, sino el nombre de cuatro ficciones a las que no podemos referirnos sin acudir a ellos. O ¿cómo podríamos hacerlo: diciendo, tal vez, *terminación*, *terminación* y *terminación*? ¿De qué?

H. El deseo de conocer la realidad está sobrevalorado; sobrevalorado como criterio de verdad y, sobre todo, tras miles de años de incerteza, como proyecto, como posibilidad, como realidad en sí mismo. Demanda de jactancia: que quienes afirman tener a la realidad agarrada de la mano, la presenten con todo y sus verdades y su lenguaje. La esperanza en el advenimiento definitivo de *la realidad* y en el juicio final en que sean disueltas las apariencias es cosa de filósofos. ¿Que en el derecho todo es mentira? Lo hemos sabido siempre. ¿Qué significa si no eso la fórmula *ficción legal*? Pero, mientras la pretensión filosófica de verdades definitivas y universales continúa atrapada en el interminable ciclo de encarnaciones, la jurisprudencia garantiza el anhelo de objetividad, conocimiento y lenguaje perfectos precisamente por ser una mentira, un mundo que, en tanto se confiesa creado, ficticio, se muestra dado, oponible, reconocible, cognoscible, expresable (todo lo que nos predicán de *la realidad* y que nadie ha conseguido demostrar). A fin de cuentas, que la realidad sea el criterio para juzgar qué es verdad y qué es mentira, qué es conocimiento y qué es alucinación, qué es lenguaje preciso y qué es palabrería, no es más que un prejuicio filosófico que tampoco en la filosofía ha resuelto siquiera un problema. El realismo jurídico es crédulo hacia lo filosófico y escéptico hacia lo jurídico, como un adolescente al que deslumbra y fascina todo lo que ve fuera de su casa y que aborrece su habitación, su cama, su ropa y su comida. La jurisprudencia es casa de ficciones; que no nos deslumbren verdades que no sirven en otro lado y que no nos escandalice un escepticismo que no se atreve a todo. El ejercicio del derecho consiste en la contemplación de ficciones, en la depuración de la técnica, en la adquisición de conceptos, en el ensimismamiento; para hablar de la verdad, para creer en la verdad, hay otros lugares. Curiosamente, el más grande afirmador de verdades filosóficas (Leibniz) y el más grande

negador de la historia de la filosofía (Hume) fueron, antes que filósofos, abogados.

El abogado es un conocedor del mundo de ficciones, no un sacerdote. A diferencia del sacerdote, el abogado se refiere a un mundo cuyo asiento es único y se puede señalar y conocer. La profesión de la jurisprudencia no es asunto de oscurantismo ni de conspiraciones, sino de que hay personas que dedican años a formarse en los modos de ser y de devenir de las ficciones, cuyo conocimiento las hace necesarias para explicar el mundo jurídicamente creado. Hay matemáticos y expertos en literatura, y aceptamos sin lloriqueos su juicio porque saben más que nosotros de ciertos mundos ficticios.

I. Existe un recorrido turístico de nombre *La ruta de don Quijote* en que se visita algunos de los lugares mencionados en la obra. Un día se va a parar junto al camino un hombre a gritar a los turistas "¡Vanidad! ¡Ilusión! ¡Los están engañando: don Quijote nunca anduvo por aquí!", y no faltará un turista que diga indignado: "Es cierto. ¿Cómo pueden decirnos que por estos lugares cabalgó don Quijote si él nunca existió realmente?". Debemos distinguir el mundo jurídicamente creado del mundo tenido por dado, aunque parezcan coincidir en algunos elementos. El error primigenio de los realistas jurídicos (y, en general, de todas las interpretaciones jurídicas que no reducen el derecho a ficciones) es suponer que el derecho es más perfecto cuanto más coincida con la realidad, cuando el mundo de ficciones jurídicas ha sido creado con una intención exactamente inversa.

## Bibliografía

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. London: John Murray, Albemarle street, 1832.

Campos Zamora, Francisco J. *Nociones fundamentales del realismo jurídico*. Revista de Ciencias Jurídicas 122 (191-220) mayo-agosto 2010: 192-219.

De Cervantes, Miguel. *Don Quijote de la Mancha*. Madrid: Editorial Lengua Viva, 2016.

Haba, Enrique P. *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?* Doxa 7 (1990): 169-247.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2011.

Salas, Minor E. Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho. Isonomía No. 27 / Octubre 2007: 111-142.

Ost, Francois. *El reflejo del derecho en la literatura*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006): 333-348.

Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Editorial Gredos. 2009.

Guillermo Ortega Monge: ¿Qué es la realidad en el derecho? Refutación de ideas elementales del realismo jurídico y reafirmación del dogmatismo normativista