

## VAGUEDAD EN EL REALISMO JURÍDICO\*

CARLOS PÉREZ SOTO\*\*  
UNIVERSIDAD ARCIS, CHILE  
cperez@ctcinternet.cl

RESUMEN: La preocupación actual en torno a la “vaguedad” de los criterios para interpretar las normas jurídicas, deriva de un progresivo empobrecimiento de la tradición del Realismo jurídico. Víctimas de una extrema y sofisticada academización, los teóricos que intentan mostrar y desarrollar dicho problema apelando a las herramientas de la filosofía del lenguaje simplemente dejan de ver los hechos más simples, cotidianos y palmarios de la práctica jurídica real. Desde un recuento de las principales vertientes del Realismo jurídico clásico trato de poner en evidencia la ingenuidad y el formalismo de la perspectiva actual en este campo.

Palabras clave: *Realismo jurídico, vaguedad, normas, positivismo.*

## VAGUENESS IN THE LEGAL REALISM

ABSTRACT: The current concern about the “vagueness” of the criterion for interpreting legal rules derives from a progressive impoverishment of the tradition of legal realism. Victims of extreme and sophisticated “academization” theorists, who try to show and to develop this problem by appealing to the tools of philosophy of language, simply fail to see the simplest facts, glaring everyday and actual legal practice. From a review of the main dimensions of the legal realism classic I try to demonstrate the ingenuity and the formalism of the current perspective in this field.

Keywords: *legal realism, vagueness, rules, legal positivism.*

---

\* Trabajo recibido el 15 de octubre y aprobado el 15 de noviembre de 2011.

\*\* Profesor de Estado en Física.

1. Deberían entenderse como “realismo jurídico” las posturas en Filosofía del Derecho que prefieren poner a los actos jurídicos efectivos, a sus fuentes, características y consecuencias, como su objeto propio de reflexión, antes que a las normas, o sistemas de normas, o a sus pretensiones de justicia.

Sobre este rasgo general es necesario distinguir, sin embargo, un “*realismo crítico*” que hace sus consideraciones en torno al derecho, centrando su análisis en las condiciones sociales que lo determinan, de lo que podría llamarse “*realismo jurídico en sentido propio*”, centrado en el derecho mismo.

El primero, más antiguo, propugnado casi siempre por filósofos y pensadores sociales, ha formado parte de una verdadera “filosofía de la sospecha”, que atraviesa toda la modernidad, desde Maquiavelo, y que se expresa en las críticas socialistas, marxistas y nietzscheanas, al modo en que el sistema jurídico encubre los intereses de los sectores sociales dominantes.

El segundo, que proviene más bien de la tradición liberal, ha sido defendido sobre todo por juristas y pensadores dedicados más exclusivamente al fenómeno jurídico. Son famosas o, deberían serlo, sus formulaciones clásicas, bajo una escuela norteamericana, centrada en la idea del jurista y el juez como agente dinámico, promotor de la renovación y adecuación de los actos jurídicos al entorno social en que se dan de manera real, y bajo una escuela originalmente escandinava, centrada en el uso de la filosofía del lenguaje para criticar las ideas positivistas de certeza y homogeneidad de las normas.

2. Para el *realismo crítico* el derecho no es sino discurso e instrumento del poder. Una idea contundente y clara, que apunta directamente sobre un asunto sustantivo. Una idea que cuenta, también muy directamente, con un innumerable y muy sustantivo apoyo empírico.

Para Maquiavelo se trata de un poder que surge de una *naturaleza humana* belicosa, ambiciosa, amoral, respecto de la cual incluso la razón no es más que un instrumento que puede asimilarse a la *astucia*. Ante tal astucia no cabría sino contraponer otra astucia, y en ella igualmente el recurso al derecho cumpliría una función meramente instrumental.

Para los socialistas del siglo XIX, como Pierre Joseph Proudhon, o Anton Menger, no se trata ya de las ambiciones personales, individuales, sino de los *intereses de las clases dominantes*, racionalizados a través de un derecho que los favorece sistemáticamente. Ante tal institucionalización de intereses particulares, en perjuicio de los de las mayorías sociales, cabría una lucha al interior del Estado de Derecho, prolongación y parte de las luchas políticas en general, a través de las cuales lograr un progreso sustantivo, en el contenido de justicia, de las normas, que exprese mejor los intereses reales de todos los sectores sociales. Los intereses sociales son vistos, desde esta perspectiva, como ideaciones determinadas por conveniencias particulares que se construyen, sin embargo, sobre un fondo de racionalidad común y, en buenas cuentas, sobre una condición humana común, relativamente benigna, que permite, al menos en principio, el

diálogo social y el progreso, por debajo de las luchas probablemente muy necesarias que habría que dar para hacerla emerger. El derecho, como la construcción de todos los aspectos de la sociedad, sería una tarea que la humanidad en su conjunto podría hacer progresar a través del diálogo.

La gran diferencia entre esta perspectiva y la de Marx está justamente en la posibilidad de ese diálogo. Para Marx los intereses sociales determinan todos y cada uno de los aspectos de la vida social, incluyendo la capacidad de cada clase para racionalizar su situación desde su propia perspectiva. Esto hace que la confrontación que él llama lucha de clases tenga un carácter objetivo, más allá de las voluntades individuales (pero no más allá de las voluntades sociales), y más allá de la posibilidad de diálogo. El diálogo social siempre es posible, desde la perspectiva marxista, pero su límite son justamente los intereses fundamentales de la clase dominante. Se puede dialogar sobre todo, salvo, justamente sobre lo fundamental.

Y esto se expresa por supuesto en el ámbito del derecho. Para Marx, a diferencia de los pensadores socialistas, no son las leyes o normas particulares, que siempre se pueden mejorar, las que constituyen el obstáculo, sino el Estado de Derecho mismo que, como conjunto, contiene una lógica que limitará ese mejoramiento, cada vez que se ponga en cuestión los intereses de la clase dominante. La consecuencia de esto es que si bien una política reformista, al interior del Estado de Derecho, siempre es posible, y tiene pleno sentido, el objetivo estratégico, revolucionario desde un punto de vista estrictamente jurídico, debe ser abolir el Estado de Derecho con su lógica de clases. El que favorece sistemáticamente a la burguesía en primer término, pero también, en una perspectiva más amplia, todo Estado de Derecho. Para Marx, el que haya Estado de Derecho no es sino un síntoma de la existencia de relaciones sociales de explotación.

La postura de Nietzsche respecto del Estado de Derecho, tremendamente influyente en los intelectuales que hoy se consideran post estructuralistas, como Michel Foucault y Gilles Deleuze es, si se quiere, aún más sombría. La existencia del derecho no es sino la manifestación de una condición humana finita (que no es ya una naturaleza humana, como en Maquiavelo o en Hume), caracterizada por una tensión permanente a desear, por un deseo que es a su vez sólo esa tensión (no un deseo de objetos determinados), y que se expresa como una voluntad de poder que es sólo una voluntad vacía, es decir, no la voluntad de obtener esto o aquello, a través del poder, sino la voluntad de ejercer el poder como tal, independientemente de sus consecuencias.

Una visión más sombría porque en ella la existencia del derecho es el reverso permanente de esta voluntad. Un recurso, un instrumento, un conjunto de excusas, disponibles para usar cuando la voluntad no puede explayarse de manera soberana, y también para ser abandonadas a conveniencia cuando se puede ejercer la fuerza de manera directa. Una visión sombría que, tal como cada una de las anteriores, tampoco carece de apoyo empírico.

3. En la época clásica de la modernidad hay también posturas en que se pueden señalar aspectos de este realismo crítico, sin que lleguen a ser la nota dominante, o sin que se conviertan en posturas realistas sin más.

Un caso importante es el de Hobbes, que debe ser puesto en contrapunto con Maquiavelo. Ambos reconocen que la necesidad del derecho proviene del carácter agresivo y anti social de la naturaleza humana. Con esto señalan, de manera realista, su carácter represivo, el hecho de que las normas se dictan no por su contenido de justicia intrínseco, o por que haya una validez intrínseca que las justifique, sino por conveniencia, de acuerdo a un objetivo pragmático. La gran diferencia, sin embargo, está en la estimación que ambos hacen acerca del carácter y poder de la razón. Mientras para Maquiavelo la razón no es sino astucia, y debe ser considerada siempre como instrumento de las pasiones, Hobbes profesa una confianza profunda en su sustantividad, y en el poder que puede tener para imponerse a las pasiones en nombre del interés general. Obviamente esta diferencia se traducirá en una actitud completamente distinta respecto de la positividad del derecho: inevitablemente al servicio del Príncipe, según Maquiavelo, al servicio de la razón según Hobbes, la que debe encontrar un soberano adecuado que la encarne.

El otro caso importante es Hegel, que podemos poner ahora en contrapunto con Hobbes. Mientras ambos comparten (al menos en general) su confianza en la razón, difieren en cambio en su estimación del papel que juega la naturaleza. Lo que Hobbes atribuye a la naturaleza, Hegel lo atribuirá a la libertad. Los hombres no son anti sociales, o agresivos o crueles, *por naturaleza*, lo que ocurre es más profundo y muchísimo más inquietante: ocurre que son libres. Y es porque son libres que pueden ser cada una de estas cosas y, también, por cierto, las contrarias. Esto hace que el eje de las preocupaciones de Hegel ya no sea la imposición de una razón niveladora, represiva, que logre mantener a raya a la naturaleza, como en Hobbes, sino que sea el de la construcción de condiciones sociales en que una libertad apetente, cruzada por intereses, animada por una razón que es ella misma apetente, pueda desenvolverse, a través del diálogo social, a través de un sistema de equilibrios que permitan a todos los sectores negociar sus diferencias. El Estado de Derecho ya no es en Hegel el Leviatán necesario de Hobbes, sino el espacio en que la sociedad puede construir pacíficamente, y en lucha, el sistema de diferencias que constituye materialmente a su libertad.

4. Me he detenido en este recuento, aún al riesgo de abusar de la paciencia de todos, para señalar una cuestión común, básica, en todas estas posturas: el juego entre su amplia base especulativa y su sorprendente sustantividad. La manera en que las premisas, sobre las que se puede discutir mucho, se traducen en posturas tremendamente concretas, y a la vez globales, sobre la realidad efectiva del derecho. En contra de los mitos en torno a la inutilidad, a la elevación artificial, la falta de claridad conceptual, la falta de efectos prácticos, que sería propia de intelectuales entregados a la metafísica, los filósofos clásicos muestran una sorprendente concreción.

Sus posturas apuntan sobre innumerables efectos muy prácticos, sobre elementos empíricos constatables, y sobre problemas que son de manera simple y directa, los más sustantivos del ejercicio jurídico.

Comparados con ellas, las reflexiones de los juristas que pueden llamarse de manera más interna *realistas jurídicos*, casi siempre loables por su progresismo, por su sincero interés en promover un mundo mejor, aparecen progresivamente más pálidas, menos sustantivas, hasta terminar en lo meramente formal.

Por un lado está, como he señalado, la notable tradición del *realismo jurídico norteamericano*, que se puede encontrar en Oliver Holmes, Benjamin N. Cardozo, Roscoe Pound o Karl Llewellyn, entre los cuales, ciertamente existen diferencias, que no me detendré a enumerar. Me interesa más bien su ánimo práctico, la manera en que influyeron de manera concreta sobre prácticas jurídicas concretas. El modo en que, en la medida en que lo permitió su prudencia liberal, se enfrentaron a los intereses sociales, digamos, que estaban a su alcance.

Se trata de juristas progresistas, llenos de confianza en las posibilidades de mejorar desde dentro el sistema jurídico. Hombres que pensaron que un juez podía ser también un agente que promoviera el cambio social, que contribuyera a realizar el contenido de justicia que los diversos sectores sociales reclamaban para sí. Hombres que consideraron que no eran los actos jurídicos los que ordenan la vida de una sociedad sino que son las sociedades las que expresan sus intereses y consensos en actos jurídicos. Juristas que consideraron que el derecho era una construcción eminentemente histórica, que debía estar disponible para aceptar y asumir su historicidad, y que esa historicidad provenía no de UN poder que sojuzga de manera vertical y única a toda la sociedad, sino de un sistema de poderes relativos, en manos de los ciudadanos mismos, que encuentran en él un espacio de negociación.

Se ha dicho que con estos realistas jurídicos norteamericanos la filosofía del derecho pasó de los filósofos a los juristas. Se podría decir de manera correspondiente que con el *realismo jurídico escandinavo* pasó de los filósofos a los académicos universitarios, académicos que, ocasionalmente, suelen tener título de filósofos.

Con los realistas escandinavos, como Karl Olivecrona, Vilhelm Lundstedt, o Axel Hagerstrom, la “realidad” del derecho se convirtió en una “realidad” lingüística. Para cualquiera que se acerque a este campo de estudios muy desde fuera, digamos, desde la vida cotidiana, común, este giro debería ser sorprendente. ¿Por qué razón poner el énfasis justamente en un aspecto tan singular, ante el cual oscilamos entre considerarlo enigmático o simplemente trivial? Por un lado podría ocurrir que se haya descubierto a partir de un enfoque como ese algo que merezca efectivamente nuestra atención, algo que haya pasado desapercibido a los filósofos clásicos, que tanto indagaron y reflexionaron sobre la realidad del derecho. Por otro lado podría

ocurrir que esta preocupación no arroje ninguna novedad, y simplemente establezca lo que todos ya sabemos, pero de una manera más sofisticada. En el segundo caso estaríamos tentados de considerar que ha sido una exploración un poco trivial.

5. Pero, por supuesto, no lo es. La preocupación por el uso del lenguaje en el mundo jurídico respondía a una idea anterior, extraordinariamente influyente: la idea de que se podía estudiar *el derecho como una ciencia*, o incluso más, como una ciencia formal. Ya había propuestas que abordaban los hechos del mundo jurídico de manera científica, apelando a procedimientos empíricos. Una tradición que se convirtió luego en *sociología del derecho*. Pero no, el asunto era un poco más grave: había quienes sostenían que se podía describir el sistema jurídico como un sistema deductivo de normas, cuyas relaciones podían expresarse de manera puramente formal. Y que esa formalidad era, ni más ni menos, lo que lo constituía auténticamente como una sistema jurídico, en la medida en que era la única vía a través de la cual obtener cosas que se consideraban deseables y propias de tales sistemas: garantías de auténtica generalidad, de certeza jurídica, de validez estricta.

No tengo que explicar que este gran antagonista, ante el cual fue necesario esgrimir los argumentos provenientes de la filosofía del lenguaje no era sino el *positivismo jurídico*, en su versión formalista. Pero entonces, incluso antes de tales argumentos lingüísticos, el asombro del recién llegado que invoco podría retroceder: ¿por qué razón, por qué vías, se le pudo ocurrir a alguien que formular todo el sistema de las normas jurídicas ateniéndose a criterios de excelencia formal podría llevar a cumplir tales objetivos loables? o, peor, ¿por qué vías se le pudo ocurrir a alguien que un sistema jurídico cumplía siquiera en alguna medida con tales características de validez, certeza, generalidad?

Se ha repetido *ad nauseam* que si no fuera por el derecho la sociedad humana no podría distinguirse de una banda de ladrones. Un recién llegado a la sofisticación actual de las discusiones teóricas en derecho podría preguntarse, con una muy amplia base empírica, si no ocurrirá que de hecho no es sino una banda de ladrones, y si el derecho logra realmente hacerla algo distinta, en esencia. Notemos, por supuesto, que esta es justamente la pregunta inicial de la que surge todo realismo jurídico que no sea simplemente un ejercicio académico.

El declive iniciado por los profesores suecos, tuvo en sus inicios un fuerte componente crítico. La primera objeción levantada fue que derecho no puede ser estudiado como si fuese una ciencia porque nada en el mundo jurídico efectivo tiene las características de los objetos propios de las ciencias. Pero, más allá de su estudio, no puede ser tampoco organizado como un objeto formal porque nada en el mundo jurídico efectivo presenta las características que tienen los objetos formales. Fue necesario argumentar que el derecho no tenía el mismo tipo de leyes que los planetas. Pero los positivistas aceptaron enseguida ese punto. Se argumentó entonces que tampoco las normas tenían las características de los objetos formales, como los de la lógica o las matemáticas. Los positivistas argumentaron entonces de una manera maravillosamente kantiana: es cierto que quizás no tengan esas formas lógicas estrictas, pero *deberían tenerla*.

En este punto extremo me complace imaginar la amplísima sonrisa de Maquiavelo. La iracunda reacción de Marx. La risa que siempre le faltó a Nietzsche, pero que habría largado sin dudar si hubiese leído algún tratado de Hans Kelsen. Nuestro recién llegado, haciendo el papel de pretexto conveniente, podría haber mostrado simplemente una expresión de enorme incredulidad.

El *deber ser de las normas* no resiste el menor análisis ante *el ser brutal* que muestran las evidencias empíricas más prosaicas. Cualquiera que vaya a los tribunales y sea testigo de la realidad del mundo jurídico podría asombrarse de que en las universidades se enseñe que las normas forman un sistema deductivo, o que deben formarlo, o que tienden a ello. Si los argumentos empíricos no son suficientes, si requieren ser ordenados bajo premisas teóricas atendibles, las ideas de naturaleza humana, de intereses sociales institucionalizados, la de una libertad compleja y apetente, la idea de lucha de clases, o incluso la de deseo vacío y voluntad de poder, cualquiera de ellas, podría cumplir con el requisito de ofrecer un sustento que ordene y de cuenta de los hechos palmariamente observados. Lo que se sigue de cada una de ellas puede ordenarse en la práctica en una variedad realmente diversa de actitudes políticas, dentro y fuera de lo que se considere en sentido más profesional sistema jurídico. El reformismo liberal de Pound, o el de los socialistas, el oportunismo sistemático, volcado hacia los intereses particulares de Maquiavelo, el sombrío pesimismo de Nietzsche y sus consecuencias totalitarias, se siguen con cierta coherencia de esos fundamentos y de las evidencias empíricas que los avalan.

“Sin embargo, sucede, sin embargo, lo que a esta fecha aún me maravilla”, es que los académicos suecos, en lugar de optar por cualquiera de estas soluciones prefirieron argumentar que las normas no podían ser ordenadas en un sistema formal por que *las características del lenguaje humano no lo permiten*. Las diferencias que se establecieron desde allí, en el desarrollo de la discusión, tienen que ver con la radicalidad con que se sostiene tal conclusión. Para algunos habría que abandonar toda esperanza de alcanzar un sistema de normas coherente, del que se sigan aplicaciones claras y distintas, que puedan ser deducidas por cualquier persona razonable. Para otros se podrían alcanzar grados de coherencia imperfectos, pero perfectibles, que permitan elaborar criterios de interpretación relativamente confiables.

6. Tal como ocurre en Sociología, en la *Ciencia del Derecho* es relativamente mal visto ser considerado como un positivista de tomo y lomo. El enorme éxito del positivismo jurídico a lo largo del siglo XX, en la enseñanza, en la práctica efectiva de los tribunales, en la corriente principal de las discusiones, está siempre moderado por apelativos que lo cualifican, lo complejizan, o lo descentran. Un procedimiento común es simplemente negarlo, y sin embargo circunscribir el discurso jurídico de hecho a sus supuestos y lógica general.

Ante esta hegemonía algo emboscada, respecto de la que todo el mundo dice tener una postura crítica, es bueno detenerse y hacer una mínima reflexión. Desde luego se trata, curiosamente, del éxito de algo que no puede ocurrir. Porque si algún mérito tiene el uso de las

herramientas de la filosofía del lenguaje en la filosofía del derecho es la de demostrar que los supuestos positivistas, y las fórmulas que de ellos se siguen, no podrían convertirse en nada que se parezca a un sistema jurídico efectivo.

La situación, sobre todo en los países que tienen sistemas jurídicos codificados, se vuelve un poco absurda: todo el mundo dice que está ocurriendo algo que de hecho no podría ocurrir. Que las normas se siguen de manera deductivas unas de otras, que dan origen de manera clara a los actos jurídicos definidos en ellas, que las normas de interpretación son claramente formula-bles, que las interpretaciones se atienen a dichas normas, que las normas son capaces de ser a la vez generales y típicas, que impera de hecho un Estado de Derecho estable, dotado de un grado aceptable de certeza, que da garantías generales a todos los ciudadanos.

Por supuesto estas afirmaciones no se declaran como juicios empíricos, como constata-ciones de situaciones de hecho sino, casi siempre, como *un deber ser* que posee un grado acepta-ble de realización, y que es eminentemente perfectible. Pero esas características son justamente las que la filosofía del lenguaje dice que no se podrían cumplir. ¿Cuál es entonces el sentido de tales afirmaciones?

Lo que sostengo, sobre bases realistas, es que el gran secreto del positivismo jurídico, y de su éxito de hecho es, justamente, el que sus criterios no pueden llegar a ser reales y, sin em-bargo, pueden ser proclamados como deseables sin que haya manera aparente de oponerse a tal carácter de deseables. La proclamación reiterada del *deber ser* lisa y llanamente encubre su falta de realidad.

Sin embargo la palabra “encubre” en este contexto, es engañosa. Nos ofrece la impresión de algo que no se sabe, que no se llega a saber porque estaría oculto por una retórica destinada al engaño. Lo que ocurre, sin embargo, exactamente al revés, es que nadie ignora la flagrante di-ferencia entre el *ideal del imperio de la ley* y la *realidad efectiva de ese imperio*. Nadie lo ignora y, sin embargo, nadie lo dice directamente, al menos en el curso de un acto que tenga algún efecto jurídico. Los profesores más apegados al oficio se lo advierten a los estudiantes que aún confun-den el derecho con la justicia, los litigantes se lo advierten a sus clientes cuando les explican los recursos que usarán, los jueces lo reconocen entre bambalinas, mientras lo niegan enfáticamente en público. Ese es el secreto, que no es un secreto para nadie: el positivismo jurídico no es sino la filosofía más apropiada para mantener de manera relativamente decorosa el doble estándar de hecho, el doble discurso de hecho, que atraviesa toda práctica jurídica significativa.

7. Para juristas como Pound, o para teóricos como Olivecrona, estas conclusiones que propongo no serían extrañas en absoluto. El primero ha buscado justamente modos concretos de allanar este salto entre la justicia y la formalidad de las normas. Lo hace proponiendo una dinámica permanente de escucha de los intereses sociales para promover desde ella los cambios



que sean necesarios en las acciones jurídicas. El segundo acentuó de manera polémica no sólo las dificultades lingüísticas en juego, desde la filosofía del lenguaje sino desde un examen de cómo opera el lenguaje jurídico en la realidad.

Para las generaciones siguientes, en cambio, la radicalidad de Olivecrona apareció como escepticismo, y la prudencia de Pound simplemente como ingenuidad. Es decir, como un extremo desde el cual era difícil imaginar cómo llevar a cabo cambios concretos, que tengan una validez que vaya más allá del tratamiento de situaciones particulares.

Llevados por sus buenas intenciones por un lado, y por su erudición académica por otro, los filósofos que han abordado la filosofía del derecho usando las herramientas aportadas por la filosofía del lenguaje, han refinado cada vez más el rango de los argumentos contra la idea de precisión jurídica general y homogénea, y sus efectos sobre la certeza jurídica. Al hacerlo, sin embargo, no sólo se han alejado de la radicalidad que ahora llaman “escéptica”, sino que han vuelto a la lógica que guía la reflexión desde un cierto *deber ser* de las normas y su ordenamiento, entregándose a desarrollar herramientas que contribuyan a su realización, al menos dentro de las posibilidades de influencia que la academia pueda llegar a tener sobre la práctica jurídica efectiva. Por supuesto esto significa que se han alejado también de su propio origen, de la orientación general que puede llamarse de manera razonable “realismo”.

8. La sofisticación de los argumentos fundados en la filosofía del lenguaje no logra desvanecer la debilidad de fondo que aparece en ellos cuando son considerados desde premisas realistas.

Desde luego la argumentación en torno a tal debilidad no puede residir en la interminable lista de constataciones empíricas que se podrían invocar en contra de *la idea de que la sociedad es gobernada, o siquiera ordenada, desde el derecho*. La sola mención del carácter excepcional de las recientes legislaciones anti terroristas en Europa y Estados Unidos, en el nivel de las normas mismas, para no decir nada de su ejercicio de hecho en Guantánamo, o en la progresiva invasión de la privacidad por los poderes públicos, sería suficiente para desanimar a los idealistas más optimistas. Estos argumentos empíricos son contundentes, pero, desde un punto de vista meramente argumental, no son suficientes.

La primera gran debilidad es el supuesto de un cierto *deber ser del imperio de la ley* respecto del cual no se esgrime ningún fundamento que no sea, a su vez, la formulación de otros imperativos meramente ideales. Se supone que los seres humanos son *racionales*, y que “teniendo la oportunidad” se relacionarán o reaccionarán racionalmente, sin examinar en lo más mínimo si tal supuesto es plausible, sin ofrecer como fundamento otra cosa que el que tal condición sea deseable. Al menos David Hume se atrevió a proponer directamente una *naturaleza humana* sociable y emprendedora que operaba como fundamento de sus esperanzas. Supuestos de tal clase son hoy en día bastante impopulares y, sin embargo, no se ofrece nada plausible a cambio. Más bien se los pone entre paréntesis hasta que adquieren el carácter de un axioma, que se da por verdadero simplemente porque no se somete a discusión.

En ese supuesto de racionalidad está contenido, de igual manera una ingenuidad flagrante respecto del modo como los intereses determina los comportamientos humanos. Nadie se atreve a suponer las “simpatías naturales” que enumera Hume, todos prefieren partir, aunque sea de manera preventiva, más bien de tesis hobbesianas, sin atreverse tampoco a afirmarlas, y a obtener de manera estricta lo que se seguiría de ellas.

Lo mismo ocurre respecto de la consideración de los modos en que los seres humanos se comunican. Se aborda la comunicación como un medio relativamente neutro, que sirve de maneras más o menos claras para determinar a los otros, sin explorar los modos en que esa determinación opera. De esta forma la ironía, el doble discurso, la mentira funcional, la auto racionalización discursiva, sin contar aún directamente con la hipocresía o el cinismo, simplemente no aparecen en la reflexión, la que se circunscribe al supuesto de una cierta *transparencia comunicativa* empíricamente impugnable, y teóricamente inverosímil.

Se podría decir que los actores de las situaciones jurídicas son tratados con una *cortesía indiscriminada*, que supone en ellos una “buena fe” general, en la que la “mala fe” se introduce sólo como excepción o situación límite. E incluso, un paso más allá de esta misma debilidad, se supone a estos actores como susceptibles de “buena” o “mala” fe, como si la objetividad de su doble discurso tuviese origen en disposiciones morales, más que en la situación que de hecho los agobia, o como si las situaciones de controversia jurídica tuviesen un trasfondo predominantemente moral, en que están en juego las disposiciones éticas de cada uno. Una visión, por supuesto, extremadamente ingenua de conflictos a los que las partes asisten no en virtud de su disposición ética, sino simplemente en virtud de necesidades imperiosas, de sus contradicciones objetivas, y de las racionalizaciones que tienden en torno a ellas. Tratar de aplicar esta cortesía a las luchas étnicas en la región de los Balcanes, o bajo una dictadura en África o América Latina, no lleva sino a distorsionar la índole real de tales situaciones.

Y esta constatación, simplemente empírica, apunta a lo que quizás sea la debilidad principal de todo el enfoque centrado en la filosofía del lenguaje: la extrema ingenuidad con que aborda las relaciones entre el derecho y la fuerza. La afirmación de que el derecho *regula* el uso de la fuerza, formulada de manera general y homogénea simplemente no es cierta. Como tampoco es cierto de manera global que el derecho ordena la convivencia humana. El ideal del imperio del derecho es simplemente eso, un ideal genérico, cuyo cumplimiento, e incluso cuya verosimilitud, depende de la magnitud de los eventos sociales a los que se enfrenta.

El derecho es capaz, en sentido relativo, de ordenar los pequeños eventos sociales, el orden de lo particular en tanto se mantenga como particular. Pero pierde dramáticamente su eficacia en cuanto se aproxima a los poderes sociales efectivos. En el ámbito micro social impera, con toda clase de dificultades, *la fuerza del derecho*, la sociedad como conjunto en cambio sólo es regulada por *el derecho de la fuerza*.

Pero los poderes sociales que imponen su fuerza propia no se constituyen, en esencia, simplemente por su *magnitud*, sino más bien como *funciones*. Su fuerza resulta de una ponderación entre la magnitud de sus recursos, de su capacidad militar, de su capacidad administrativa, y la lógica que logran encarnar en ella. Y es más bien esa lógica la que es protegida, de manera fundamental, por el Estado de Derecho. Muchas normas favorecen de manera objetiva a los desposeídos, perseguidos o discriminados, pero el lugar social desde el que existen nunca puede rebasar la lógica que los ha llevado a esas posiciones. Cuando logran reunir fuerza, la magnitud de la fuerza social necesaria que podría traducirse en fuerza del derecho, el derecho de la fuerza simplemente se impone, y todo el sistema jurídico, íntimamente comprometido con la lógica que lo ha originado, se apresura a sancionar la fuerza bruta, llamándola “poder constituyente”, y los académicos asociados se apresuran a recordar lo que han llamado, de manera oblicua “poder soberano”.

La declinación general del horizonte de virtudes liberales ante la usura financiera, ante el fantasma del terrorismo, ante la descomposición progresiva de las relaciones contractuales que rigen el salario, en todo el planeta no es sino la muestra de que la primacía y exclusividad en la *arbitrariedad global* del Estado de Derecho no la tienen los países empobrecidos por la sobre explotación, sino que se hace manifiesta también en los propios países que se preciaban de progresistas y civilizados, confrontados con la avidez de sus propios banqueros.

Ante las indignaciones ya en la calle, y ante las situaciones que las originan, es difícil mantener la parsimonia académica, que aparece en toda su dramática impotencia cada vez que se limita a llamados generales y genéricos al diálogo y a atenerse al orden jurídico. La sofisticación de los argumentos, la razonabilidad evasiva de las buenas razones, es dramáticamente proporcional a su debilidad ante el mundo real del derecho, que discurre a su lado, aceptando graciosamente la opinión experta del mundo académico que sólo está dispuesta a acatar en todo lo que no toque los fundamentos del poder.

9. Y esta debilidad puede ejemplificarse justamente en el tema que se ha propuesto para este debate. ¿Es necesario demostrar la vaguedad del derecho a partir de argumentos lingüísticos? ¿Es necesario mostrar que las técnicas jurídicas adolecen de una vaguedad fundamental?

Me resultaría asombroso que alguien se asombrara con tales demostraciones. Cualquier litigante sabe que las normas, los actos que se siguen de ellas, los criterios con que se interpretan, son fundamentalmente vagos. No sólo eso, todo litigante espera que lo sean. Esa vaguedad es justamente lo que le da sentido al acto de litigar.

Pero, más allá de esta constatación trivial, lo que ocurre no es tanto que las técnicas jurídicas sean vagas, lo que ocurre más bien es que *la vaguedad misma es de hecho una de las principales técnicas jurídicas*. Cualquier abogado que se gane la vida redactando contratos fraudulentos lo sabe. Incluso se podría argumentar que todo abogado que redacta contratos lo tiene presente. Y, desde luego, la relación entre el número de abogados que hacen lo primero, y el de los que hacen sólo lo segundo no favorece al gremio, en ningún ámbito jurídico.

Pero si la vaguedad puede ser vista como una técnica jurídica, ¿cómo debería ser visto el problematizar la vaguedad en las normas y en los actos, en los criterios de interpretación, como un asunto meramente técnico, susceptible de perfeccionamiento bajo la condición de asumir su existencia e inevitabilidad?

Sólo puedo formular algunas constataciones algo vagas al respecto: esta indagación representa el paso de un realismo jurídico crítico, fundado en una amplia base metafísica, con consecuencias radicales, a un realismo más bien procedimental, formalista, meramente técnico, cuyo ánimo progresista no logra superar su carácter de idealismo académico.

La vaguedad de interna del examen de la vaguedad jurídica, reside en sus supuestos, en el enorme espacio de indeterminación que va desde sus demostraciones eruditas hasta la práctica efectiva del derecho.