

Sobre el derecho y la justicia

Alf Ross



EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES

R/5.997

II LA NATURALEZA DEL DERECHO

La cuestión de la "naturaleza" del derecho constituye uno de los permanentes problemas principales de cualquier filosofía del derecho. Es bastante extraño que, al parecer, nadie ha considerado digno de atención que tal cuestión se haya planteado y nadie ha meditado sobre la razón de la misma y de su importancia. Sin embargo, cuando nos detenemos a pensar en esto, el problema es más bien peculiar. ¿Quién pensaría en destinar el problema de la "naturaleza de los fenómenos psíquicos" a un tratamiento separado por una ciencia distinta de la psicología? ¿O el problema de la "naturaleza" de la naturaleza a una ciencia distinta de las ciencias naturales? ¿Qué más se podría decir de la "naturaleza" de los fenómenos psíquicos que lo que resulta de la descripción y explicación de ellos hecha en la psicología? ¿O acerca de los fenómenos de la naturaleza, que no esté dicho por las diversas ciencias naturales?

¿Por qué es tan distinta la situación respecto del derecho? ¿Por qué el problema de la naturaleza del derecho se encuentra fuera del ámbito de la ciencia jurídica en sentido estricto? ¿Qué más puede decirse acerca de la naturaleza de los fenómenos jurídicos que lo que resulta de la ciencia del derecho, que tiene como objeto a estos mismos fenómenos? Para contestar estas preguntas será conveniente hacer una breve digresión lingüística.

Por "expresión lingüística" entiendo un arreglo consciente del lenguaje en el uso efectivo, oral o escrito.

Distinto de la expresión misma como fenómeno lingüístico es su significado. Es menester hacer esta distinción, dado que expresiones diferentes pueden tener el mismo significado, así como la misma expresión puede, según las circunstancias, tener una diversidad de significados.

El significado puede ser de dos tipos, a saber: expresivo o sintomático y representativo o semántico.

Toda expresión lingüística tiene un significado expresivo, es la expresión o el síntoma de algo. Esto quiere decir que como eslabón de un todo psico-físico, la expresión se refiere a aquella experiencia que la ha suscitado. Cualquiera cosa que yo diga, mi expresión tiene que haber sido causada por circunstancias emotivo-volitivas que me han movido a expresarme, por una necesidad de comunicar ideas a otros o por una emoción que espontáneamente exige expresión.

Ciertas expresiones lingüísticas tienen además un significado representativo, es decir, la expresión "indica", "simboliza" o "representa" un estado de cosas. Esta relación no es causal sino lógica. Si digo, por ejemplo, "mi padre ha muerto", esta expresión indica un cierto estado de cosas.

Continuando con estas afirmaciones preliminares podemos formular ahora las distinciones y concepciones siguientes:

a) Expresiones que tienen a la vez significado expresivo y representativo, tales como, por ejemplo, "mi padre ha muerto". Su significado expresivo será normalmente una necesidad de comunicar el hecho a otra persona. En otras palabras: formular la expresión es normalmente la manifestación de esta necesidad. Su significado representativo es una aserción; la aserción de que ése es el estado de cosas, a saber, que mi padre ha muerto. Esta aserción puede ser considerada con independencia de la expresión y del contexto de experiencia asociados a ella. Su verdad o falsedad puede ser verificada.

b) Expresiones que tienen únicamente significado expresivo. Si, por ejemplo, grito "¡Ay!" porque me he quemado, o le digo a alguien "¡Cierre la puerta!", estas expresiones no afirman que tengo un dolor, o que deseo que mi interlocutor cierre la puerta. Estas expresiones no simbolizan nada, no tienen significado representativo, sino que son soportes directos de una "carga" emocional o intencional. Ellas exteriorizan una experiencia, pero no representan nada. Su significado expresivo no puede ser separado de la experiencia.

A veces, como cuando, por ejemplo, grito "¡Ay!", la expresión no es formulada con intención ni está dirigida a influir sobre otros, sino que tiene el carácter de un reflejo automático. Tales expresiones son llamadas exclamaciones. Por otra parte, cuando digo a alguien "¡Cierre la puerta!", la expresión es emitida con la intención (que ella expresa) de influir directamente sobre la otra persona de una manera definida: inducirla a cerrar la puerta. La nota característica de la expresión es que la influencia es directa, es decir, es ejercida por la fuerza sugestiva o por la presión contenida en la expresión misma, y no transmitida por la comunicación de una aserción. Es claro que también es posible provocar impulsos a la acción por el último método; por ejemplo, diciéndole a una persona que su casa se ha incendiado. No hay un término general para las expresiones emotivo-volitivas, portadoras de intención. A esta categoría pertenecen fenómenos tan heterogéneos como el ordenar, dirigir, sugerir, desear, exhortar, solicitar, requerir, etc. Dado que es más práctico trabajar con un término general, propongo para estos fines el término "directiva".

De acuerdo con esto es posible distinguir entre tres tipos de expresiones lingüísticas.²⁴

²⁴ No creo necesario investigar si puede sostenerse que la clasificación es exhaustiva; si, por ejemplo, las expresiones interrogativas pueden ser reducidas a una combinación de 1) y 2) ó 1) y 3).

SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

1) Expresiones de aserción (o más brevemente aserciones, con lo cual, empero, esta palabra se torna ambigua, pues significa tanto la expresión como su significado representativo), es decir, expresiones con significado representativo;

2) Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia; y

3) Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.

En cierto grado estas categorías corresponden a la clasificación gramatical: oraciones indicativas, interjecciones y oraciones imperativas. Debe notarse, sin embargo, que una expresión lingüística con la forma de una oración en indicativo puede muy bien ser una directiva y no una aserción. La oración "Usted llevará esta carta a la oficina de correos mañana" puede ser una aserción, una predicción de lo que va a ocurrir. Pero a pesar de su forma gramaticalmente indicativa, podría ser también comprendida como una directiva (orden).

Ahora bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, nos preguntamos ¿a cuál de estas categorías pertenecen las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas? Parece obvio que ellas tienen que ser directivas²⁷ y no exclamaciones ni aserciones. Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas sino para dirigir el comportamiento de los hombres —tanto de los jueces como de los ciudadanos— a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social. Se hace particularmente claro que las reglas jurídicas, según su contenido lógico, son directivas, cuando contienen expresiones que son usadas comúnmente en estas últimas. Tal es

²⁷ El análisis precedente da por supuesta la condición simple de que la expresión emana de un autor individual. No hay tal individuo único tras el derecho. Esto, sin embargo, carece de importancia. Lo que importa es que el derecho funciona de la misma manera que las directivas emanadas de un autor individual, y que la legislación lleva una "intención social" que puede ser considerada como análoga a la intención individual. Karl Olivecrona ha expresado esta idea al llamar a las reglas de derecho "imperativos independientes"; véase *Law as Fact*, 1939, 42 y sigs. He preferido el término más general y neutro "directiva", pues la palabra "orden" ("imperativo") está asociada a ideas que no son adecuadas al derecho, en especial en su relación con los jueces y autoridades administrativas, que indudablemente consideran al derecho como una "directiva" y no como una "orden". Ninguno de los términos específicos corrientes usados para designar expresiones que carecen de significado representativo y son empleadas para influir me parece enteramente adecuado como término descriptivo del contenido del derecho. La terminología que he utilizado aquí evita estas dificultades al crear un término general para expresiones de este tipo. En el fondo no estoy en desacuerdo con Olivecrona.

lo que ocurre, por ejemplo, con las normas penales que expresan que toda persona en ciertas condiciones "deberá ser castigada" de una determinada manera; y con las normas civiles que expresan que una persona "debe" o "puede" hacer o no hacer algo. Lo mismo vale, sin embargo, para los casos en que una regla jurídica se presenta gramaticalmente en el modo indicativo y en apariencia contiene una descripción (aserción). Tal es el caso, por ejemplo, cuando se establece que bajo tales o cuales condiciones surge una obligación (un deber o una responsabilidad). Aunque tal enunciado tiene aparentemente la misma estructura que, por ejemplo, la proposición de la química que dice que en ciertas condiciones se genera hidrógeno, no puede haber duda que su significado lógico no es informar acerca de hechos, sino prescribir una conducta. La regla jurídica no es verdadera ni falsa, es una directiva.

Surge aquí la cuestión de si las frases que leemos en un libro de texto de derecho —o en cualquier otra parte donde se expresa cuál es el derecho vigente— son lógicamente directivas. En apariencia lo son, ya que parece no haber diferencias entre las oraciones usadas por los autores de derecho y aquellas que figuran en las normas jurídicas. El lenguaje, por ejemplo, usado en el libro de John Honnold, *Cases and Materials on the Law of Sales and Sales Financing*, es exactamente igual que el que aparece en la Ley Uniforme de Ventas (*Uniform Sales Act*) y en otras leyes. A pesar de la semejanza, empero, tiene que haber una diferencia en el significado lógico de las mismas oraciones en los dos contextos. No puede haber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, se proponen describir, no prescribir.²⁸ En la medida en que la literatura jurídica se propone ser conocimiento de lo que efectivamente es el derecho vigente, tiene que consistir en aserciones, no en directivas. Toda proposición de un libro de texto jurídico tiene que ser comprendida con la salvedad general de que el autor está exponiendo el derecho vigente dentro de un sistema jurídico específico: el derecho de Illinois, de California, el *common law*, etc. Por lo tanto, la proposición de un libro de texto que *prima facie* presenta el carácter de una directiva D, para ser comprendida como una proposición no del derecho sino acerca del derecho, tiene que ser reformulada de la siguiente manera:

D es derecho vigente (de Illinois, de California, etc.)²⁹.

²⁸ Ver *infra*, par. IX y LXXIX.

²⁹ La radical diversidad existente entre las normas jurídicas (esto es, las reglas jurídicas contenidas en las leyes o extraídas de los precedentes o de otras fuentes del derecho) por un lado, y las proposiciones doctrinarias de los libros de texto jurídicos, por el otro, es claramente establecida aquí. Las primeras son directivas (alógicas); las segundas son aserciones (lógicas) que expresan que ciertas directivas son derecho válido. Si no se tiene claramente en cuenta esta diversidad y si se coloca a las normas

Es importante subrayar esto a los estudiosos del derecho ingleses y norteamericanos. En el idioma inglés no existe una distinción clara entre a) el derecho mismo, en tanto que reglas jurídicas, y b) el conocimiento acerca del derecho, en tanto que proposiciones referentes a reglas jurídicas. No hay una expresión que corresponda a "ciencia del derecho" (*science du droit, Rechtswissenschaft, etc.*) usada en Europa continental. La expresión *legal doctrine* (doctrina jurídica) se refiere a un cuerpo de reglas más bien que al conocimiento acerca de reglas. Como es importante a los fines de la filosofía del derecho operar con un término que distinga claramente el conocimiento del derecho del derecho mismo, usaré la expresión "ciencia del derecho" para el primero.

Hemos alcanzado ahora el punto que contiene la explicación de por qué la "naturaleza del derecho" es un problema, y cuál es el significado de este problema. Hemos visto que toda proposición

jurídicas en el mismo plano que las proposiciones doctrinarias que se refieren a ellas, unas y otras resultarán necesariamente deformadas.

a) Por una parte habrá una tendencia a suponer que las proposiciones doctrinarias consisten también en directivas o normas. Esto se advierte en la concepción que ve en la ciencia del derecho un conocimiento normativo. Esta designación puede querer decir una variedad de cosas. 1) que la ciencia jurídica es un conocimiento que se dirige a establecer normas. O 2) que es un conocimiento que se expresa mediante normas, aunque sin establecerlas, puesto que las normas que se exponen son aquellas "positivamente dadas". O, por último, 3) que la ciencia del derecho es un conocimiento referente a normas. Este último significado es el único sostenible. Pero la palabra "normativo", entendida en este sentido, no es lingüísticamente apropiada puesto que naturalmente sugiere el significado 1) o el significado 2). El primero de éstos expresa el postulado jusnaturalista de un saber que al mismo tiempo que conocimiento es exigencia o demanda (par. LXX). El último corresponde al punto de vista de Kelsen, por lo menos tal como era expuesto en sus primeros trabajos. En ellos (véase especialmente *Reine Rechtslehre*, 1933, 21 y sigs.) *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtsatz* (proposición doctrinaria) son la misma cosa. *Das Sollen* (el "deber ser") es la forma categorial tanto del derecho como de las proposiciones doctrinarias referentes al mismo; y el conocimiento del derecho es concebido como expresivo de normas, no como descriptivo de ellas, es decir, es concebido como la expresión directa de normas y de su inmanente pretensión de validez. En una obra posterior (*General Theory of Law and State*, 1945 págs. 45, 167) Kelsen apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria (que él llama regla de derecho) como descriptiva. Pero la distinción no es elaborada con claridad. Desde un punto de vista puramente lingüístico parece engañoso designar a una proposición descriptiva (una aserción) con el nombre de "regla". Kelsen sigue dando por sentado que la proposición doctrinaria es un pronunciamiento acerca de "lo que debe ser" (*das Sollen*) y no un pronunciamiento acerca de "lo que es" (*das Sein*), y sigue llamándola norma (con el agregado "en el sentido descriptivo de la palabra"). Véase pág. 46 y compárese con pág. 163, donde se niega que las proposiciones doctrinarias sean normas. Esto induce a confusión.

que aparece en la ciencia del derecho contiene como parte esencial el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California etc.). Por esta razón no es posible declarar en forma precisa y completa el significado representativo de tales proposiciones mientras no se haga patente el significado del concepto "derecho vigente". Muchas discrepancias aparentes entre los autores de derecho pueden ser atribuidas al hecho de que sus trabajos están tácitamente fundados sobre presuposiciones diferentes acerca del significado de este concepto.

Este problema es peculiar al estudio del derecho. No tiene paralelo, por ejemplo, en la psicología o en las ciencias naturales. El explica por qué "la naturaleza del derecho" es el problema principal de la filosofía del derecho. Desprovisto de su formulación metafísica, el problema de la "naturaleza del derecho" es el de cómo interpretar el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California, etc.), en tanto que parte constitutiva esencial de todas las proposiciones de la ciencia del derecho. ¿Qué significado representativo hemos de atribuir a este concepto? Este problema está más allá del alcance del jurista profesional y, por lo tanto, es asignado a la filosofía del derecho.

No se sabe qué quiere decir norma en sentido descriptivo. Como todas las restantes proposiciones descriptivas, las de la ciencia del derecho tienen que ser expresión de lo que "es" y no de lo que "debe ser"; tienen que ser aserciones, no directivas (normas). Cuando la ciencia del derecho describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales, un cierto contenido de ideas normativas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas. Pero si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de "lo que es" (*Seinwissenschaft*) y ciencia de "lo que debe ser" (*Sollenwissenschaft*) se derrumba. Para una exposición más elaborada de esta crítica, véase mi nota bibliográfica del libro de KELSEN "What is Justice?" en la *California Law Review*, t. 45, 1957, 564 y sigs.

b) Por otra parte, la fusión de las normas jurídicas y las proposiciones doctrinarias del derecho puede tener como resultado que se considere las primeras como de la misma naturaleza que las últimas, es decir, como aserciones, expresiones de una actitud cognoscitiva, no de un propósito o intención. Así Carlos Cossio, fundador de la llamada teoría "egológica" del derecho, (*"Egologische Theorie und Reine Rechtslehre"*, *Osterr. Z. f. off. R.* n. s. V, 1952, 15 y sigs. en especial 46-61; "Jurisprudence and the Sociology of Law", *Columbia Law Review*, t. 52, 1952, 356 y sigs., en especial pág. 499) sostiene que un código, lo mismo que una exposición científica del derecho, es conocimiento, ciencia. No en el sentido de que la legislación está basada en conocimiento científico de un cierto tipo, sino en el sentido de que las reglas jurídicas son en sí mismas conocimiento, que la legislación es en sí misma un acto científico. La regla jurídica es el conocimiento jurídico que la comunidad tiene de sí misma.