

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Eudeba, 1963, pp. 23-52.

ALF ROSS

SOBRE EL DERECHO
✠ Y LA JUSTICIA ✠



 *eudeba*

I. Terminología y tradición

En los países de habla inglesa *jurisprudence* designa una rama del conocimiento jurídico que se distingue de otras ramas por sus problemas, objetivos, propósitos y métodos. Dicha palabra es usada en forma imprecisa para designar diversos estudios generales, diferentes del objeto principal de la enseñanza en las facultades de derecho, donde se siguen estudios doctrinarios corrientes dirigidos a exponer las reglas jurídicas en vigencia en una cierta sociedad y en una época determinada.

Estos diversos estudios generales designados como *jurisprudence* no tienen en común elementos suficientes que posibiliten su clasificación como vástagos de la misma rama del saber. Ellos se ocupan de temas muy distintos y reflejan perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí.

En Europa continental no se usa, por lo general, la palabra *jurisprudence*. En lugar de ella se emplean expresiones tales como filosofía del derecho, ciencia general del derecho, enciclopedia jurídica y teoría general del derecho.

Dentro de los estudios heterogéneos agrupados bajo estos rótulos se pueden distinguir tres áreas para investigar y, consecuentemente, tres líneas o escuelas de investigación. Ellas son:

1) *El problema del concepto o naturaleza del derecho*. Esta esfera incluye otros conceptos fundamentales que se consideran esencialmente comprendidos en el concepto del derecho. Tales como, por ejemplo, las fuentes del derecho, el sujeto del derecho, deber jurídico, norma jurídica, sanción jurídica, etc. Posiblemente incluye también conceptos no necesariamente «esenciales», tales como propiedad, derechos *in personam* y derechos *in rem*, pena, intención, culpa, etc.

La línea o escuela de «filosofía del derecho» (expresión que por ahora usaremos como designación general para los trabajos a que nos referimos), que se ocupa principalmente de este grupo de problemas, es conocida como «analítica», porque trata de analizar y definir conceptos del tipo de los mencionados. La escuela analítica fue fundada por el inglés John Austin, quien pronunció una serie de conferencias en el University College de Londres, en 1828-32. Éstas fueron publicadas más tarde bajo el título *The Province of Jurisprudence Determined*¹.

¹ Para un estudio de Austin, su doctrina e influencia, véase Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* 1929, cap. IV y apéndice A, en particular p. 83-87.

Austin no alcanzó mucha fama en vida. Razones económicas lo obligaron a abandonar la enseñanza, y a la época de su muerte era casi desconocido. Poco después las cosas cambiaron fundamentalmente. Entre los años 1861 y 1863 su viuda publicó una nueva y completa edición de las conferencias, la que más tarde fue objeto de sucesivas reimpresiones. El método analítico de Austin ha influido en un número tan elevado de estudiosos ingleses y norteamericanos —v. gr.: W. Markby,² S. Amos,³ I. E. Holland,⁴ E. C. Clark,⁵ E.E. Hearn,⁶ J. Salmond,⁷ J. C. Gray,⁸ y G. W. Paton,⁹— que se puede hablar de una escuela analítica.

Sólo en nuestro siglo Austin influyó sobre los juristas de Europa continental, particularmente sobre el húngaro Félix Somló¹⁰ y el suizo Ernest Roguin¹¹.

La *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen¹², la que constituye la contribución más importante del siglo a la filosofía jurídica, pertenece también a la escuela analítica. Sin embargo, no hay conexión histórica entre la *Teoría pura del Derecho* y la escuela de Austin.

Tomada en conjunto, la escuela analítica lleva el sello de un formalismo metódico. El derecho es considerado como un sistema de normas positivas, esto es, efectivamente vigentes. La «ciencia del derecho» sólo busca establecer la existencia de estas normas, sin atender a valores éticos o a consideraciones políticas.

La escuela analítica tampoco se ocupa de las circunstancias sociales que rodean al derecho, es decir, de los factores sociales que determinan su creación y desarrollo y de los efectos sociales que las normas jurídicas producen o que mediante ellas se intenta producir. Este formalismo ha hallado una notable expresión en las obras de Kelsen. El reclamo de «pureza» para la ciencia del derecho tiene un doble objetivo: por una parte, liberar a esa ciencia de toda

ideología moral o política; por la otra, liberarla de todo vestigio de sociología, es decir, de consideraciones referentes al curso efectivo de los sucesos. De acuerdo con Kelsen la ciencia del derecho no es filosofía moral ni teoría social, sino una específica teoría dogmática en términos normativos.

2) *El problema del propósito o idea del derecho*. Esta esfera de investigación se ocupa del principio racional que da al derecho su «validez» o «fuerza obligatoria» específicas y que constituye el criterio para la «rectitud» o «corrección» (*rightness*) de una norma jurídica. En general se considera que la justicia es la idea del derecho. De allí surgen cuestiones fundamentales acerca del contenido y tema del principio de justicia; acerca de la relación entre la justicia y el derecho positivo; sobre el papel desempeñado por el principio de justicia en la legislación y en la administración del derecho, etc.

La rama de filosofía del derecho que considera problemas de esta índole es conocida como jusfilosofía axiológica o filosofía del derecho natural. En tiempos modernos la expresión «filosofía del derecho» es frecuentemente usada para aludir en forma exclusiva a esta rama particular.

Esta escuela de pensamiento, que está estrechamente ligada al enfoque religioso o metafísico religioso, tiene una larga historia. La filosofía del derecho natural se extiende desde el tiempo de los primeros filósofos griegos hasta nuestros días. Esta filosofía alcanza su cumbre clásica en los grandes sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Después de la reacción histórica y positivista del siglo XIX, la filosofía del derecho natural ha vuelto a ganar terreno en el presente siglo. Se habla de un renacimiento del derecho natural. Su fundamento filosófico es en medida primera y principal la filosofía escolástica católica expresada en el derecho natural del tomismo, y varios desarrollos de los sistemas de Kant y Hegel que han sido seguidos particularmente en Alemania e Italia. Las teorías del derecho natural también han encontrado apoyo en otras escuelas filosóficas (el utilitarismo, la filosofía de la solidaridad, el intuicionismo de Bergson, la fenomenología de Husserl y otras). La historia del derecho natural será examinada en el capítulo X.

3) *El problema de la interacción del derecho y la sociedad*. Esta esfera de investigación incluye cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del derecho; a los factores sociales que en nuestros días determinan el contenido variable del mismo, a su dependencia frente a la economía y a la conciencia jurídica popular y a su influencia sobre ellas; a los efectos sociales de ciertas

² *Elements of Law*, 1871.

³ *Science of Jurisprudence*, 1872.

⁴ *Jurisprudence*, 1880.

⁵ *Practical Jurisprudence*, 1883.

⁶ *Theory of Legal Duties and Rights*, 1883.

⁷ *Jurisprudence*, 1902.

⁸ *Nature and Sources of Law*, 1909.

⁹ *Jurisprudence*, 1946.

¹⁰ *Juristische Grundlehre*, 1917.

¹¹ *La science juridique pure*, 1923.

¹² La última exposición completa de Kelsen se encuentra en su *General Theory of Law and State*, 1946. Para una versión concisa, de lectura fácil, de los principios básicos del sistema kelseniano, véase su *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires, EUDEBA, 4ta. ed., 1997).

reglas o instituciones jurídicas; al poder del legislador para dirigir el desarrollo social; a la relación entre el derecho «viviente» (es decir, el derecho tal como se desarrolla efectivamente en la vida de la comunidad) y el derecho teórico o de los libros; y a las fuerzas que de hecho motivan la aplicación del derecho, en contraposición con los fundamentos racionalizados de las decisiones judiciales.

Esta escuela de filosofía del derecho es conocida como históricociológica. Puede a su vez ser dividida en dos ramas, una predominantemente histórica y la otra predominantemente sociológica y psicológica. Al igual que la escuela analítica, es de data relativamente reciente. Siguiendo la senda de unos pocos precursores del siglo XVIII (Vico, Montesquieu), la escuela romántica alemana (Savigny y Puchta), que será examinada más adelante en los párrafos LVI y LXXXI, aportó un enfoque histórico al campo del derecho

En Inglaterra, H. Maine¹³ fundó una escuela de historical jurisprudence que estudió la correlación del derecho y la sociedad en tiempos antiguos. Fue seguido por J. Bryce¹⁴, D. Vinogradoti¹⁵, C. K. Allen¹⁶ y otros. El enfoque sociológico, representado por estudiosos tales como Emile Durkheim¹⁷, León Duguit¹⁸, Roscoe Pound¹⁹, N. S. Timasheti²⁰, y Karl Llewellyn²¹, ha sido predominante en Francia y en los Estados Unidos. Pueden hallarse interpretaciones psicológicas en los trabajos de Jerome Frank²², Edward Robinson²³ y otros.

Hay muchos estudios especiales de sociología del derecho que son de considerable interés, particularmente en el campo de la criminología. Los informes de comisiones y estudios prácticos semejantes constituyen a menudo contribuciones valiosas en pro de una mejor comprensión de los hechos de la vida

jurídica y de sus relaciones recíprocas. Los trabajos de carácter general que se publican bajo el nombre de sociología del derecho²⁴ tienden a veces a quedarse en el mero enunciado de programas generales; otras veces tienden a ser filosofías del derecho natural disfrazadas. Esta última tendencia resulta del hecho de que la sociología es, en su origen, una filosofía política encubierta (par. LVI). Georges Gurvitch²⁵ es un ejemplo típico. Su sociología del derecho poco tiene que ver con la ciencia empírica; se aproxima más a una interpretación metafísicoespiritualista de los conceptos del derecho y la justicia basada en el intuicionismo de Bergson y en la fenomenología de Husserl.

Este sumario de los temas y tendencias de la literatura existente sobre filosofía del derecho (o *jurisprudence*, en los países de habla inglesa) conduce al problema de cómo debe ser racionalmente definida dicha rama del estudio del derecho. Parece que esta cuestión sólo puede ser elucidada sobre la base de un examen general de los diversos enfoques desde los que cabe intentar un estudio de los fenómenos jurídicos, para seleccionar de entre ellos aquel que, en nuestra opinión, puede ser racionalmente descripto como jusfilosófico.

A esta altura, sin embargo, se presenta una dificultad. Por una parte, no es posible formar una opinión fundada acerca de las diversas ramificaciones del estudio del derecho en su integridad mientras no se haya decidido cuál es la naturaleza de los fenómenos jurídicos. Por la otra, el problema del concepto o naturaleza del derecho es indudablemente uno de los problemas principales de la filosofía del derecho. No hay desacuerdo acerca de esto. Tanto aquellos que centran su atención principalmente en la validez ideal del derecho como aquellos que se ocupan de la existencia de éste en la comunidad, tienen que fundar necesariamente sus teorías en un concepto sobre la naturaleza general del derecho. Parecería, por ende, que no es posible indicar el objeto propio de la filosofía del derecho mientras no se dé solución a uno de sus problemas principales.

Esta dificultad puede ser superada ofreciendo al comienzo un mero intento de orientación sobre la naturaleza de los fenómenos jurídicos; en un capítulo posterior expondré un estudio más completo.

²⁴ Uno de los más conocidos es *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, de E. Ehrlich. Pueden mencionarse, además, N. S. Timasheti, *Introduction to the Sociology of Law*, 1939; B. Horváth, *Rechtssoziologie*, 1934; G. Gurvitch, *Sociology on the Law*, 1942; H. Cairns, *Theory of Legal Science*, 1941.

²⁵ Véase la nota anterior y mi examen crítico de Gurvitch en *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, Cap. II, 8.

¹³ *Ancient Law*, 1861, y *Early History of Institutions*, 1875.

¹⁴ *Studies in History and Jurisprudence*, 1901.

¹⁵ *Historical Jurisprudence*, 1923.

¹⁶ *Law in the Making*, 1927.

¹⁷ *De la division du travail social*, 1893.

¹⁸ *Les transformations générales du droit privé*, 1912. *Les transformations du droit public*, 1913.

¹⁹ Para un resumen de las doctrinas de Pound acerca de las líneas sociales de desarrollo en el moderno derecho inglés y norteamericano (con referencias bibliográficas completas), véase su trabajo *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 5a. ed., 1943, 43-49. Véase también Pound, *Social control through Law*, 1942; *Interpretations of Legal History*, 1923; «Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence», *Harv. L. Rev.*, t. 24, 1911, 591.

²⁰ *Introduction to the Sociology of Law*, 1939.

²¹ K. N. Llewellyn y E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, 1942.

²² *Law and the Modern Mind*, 1930.

²³ *Law and the Lawyers*, 1935.

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 psicofísico, la expresión se refiere a aquella experiencia que la ha suscitado. Cualquier cosa que yo diga, mi expresión tiene que haber sido causada por circunstancias emotivovolitivas 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 emotivovolitivas, 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 lingüísticas²⁶.

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

²⁶ 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) o 1) y 3).

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 ss. 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.

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 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 caber 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 caber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, se proponen describir, no prescribir²⁸. 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

²⁸ Ver *infra*, par. IX y LXXIX.

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.

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 do 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 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. Él 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.

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 colocan a las normas jurídicas en el mismo plano que a 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 jurnaturalista 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 ss.) *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (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

p. 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 p. 46 y compárese con p. 163, donde se niega que las proposiciones doctrinarias sean normas. Esto induce a confusión. 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» (*Seinswissenschaft*) y ciencia de «lo que debe ser» (*Sollenswissenschaft*) 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 ss.

b) Por otra parte, la fusión de las normas jurídicas y las proposiciones doctrinarias del derecho puede tener como resultado que se consideren 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. öf. R. n. s. V.*, 1952, 15 y ss., en especial 46-61; *Jurisprudence and the Sociology of Law*, *Columbia Law Review*, t. 52, 1952, 356 y ss., en especial p. 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.

III. Análisis preliminar del concepto «derecho vigente»*

Imaginemos que dos personas están jugando al ajedrez, mientras una tercera las observa.

Si el observador no sabe nada de ajedrez no entenderá lo que está pasando. Probablemente inferirá, a partir de su conocimiento de otros juegos, que éste es algún tipo de juego. Pero no será capaz de comprender las movidas individuales ni de ver ninguna conexión entre ellas. Menos todavía tendrá noción alguna de los problemas implicados en cualquier posición particular de las piezas en el tablero.

Si el observador conoce las reglas del ajedrez, pero fuera de eso no sabe mucho acerca de la teoría del juego, su experiencia sobre la partida librada por los otros dos cambia de carácter. Él entiende que el movimiento «irregular» del caballo es el prescripto para esa pieza. Está en situación de reconocer los movimientos de las piezas por turno como movidas prescriptas por las reglas. Dentro de ciertos límites podrá, incluso, predecir lo que ocurrirá, porque sabe que los jugadores se turnan para hacer las movidas y que cada movida tiene que caer dentro del total de posibilidades permitidas por las reglas en cualquier posición determinada de las piezas. Pero, más allá de eso, especialmente si los jugadores son algo más que meros principiantes, buena parte de lo que ocurre le resultará enigmático. El observador no entiende la estrategia de los jugadores y carece de actitud para ver los problemas tácticos de la posición. ¿Por qué, por ejemplo, las blancas no toman el alfil? Para una completa comprensión de

la partida es esencial no sólo un conocimiento de las reglas del ajedrez, sino también un cierto conocimiento de la teoría del juego. La probabilidad de poder predecir la movida próxima aumenta si se toman en cuenta no sólo las reglas del juego sino también la teoría de éste y la comprensión que cada uno de los jugadores tiene de ella. Finalmente, es menester también tomar en cuenta el propósito que rige el juego de los jugadores individuales. Se da normalmente por sentado que un jugador juega para ganar. Pero hay también otras posibilidades (por ejemplo, dejar que gane el oponente, o experimentar y poner a prueba el valor de una cierta movida).

Estas consideraciones sobre el juego de ajedrez contienen una lección interesante y peculiar. Tenemos aquí ante nosotros una serie de acciones humanas (el movimiento de las manos para cambiar la posición de ciertos objetos en el espacio) y podemos muy bien suponer que ellas, conjuntamente con otros procesos corporales (respiración, procesos psíquico-físicos), constituyen un curso de sucesos que siguen ciertas leyes biológicas y fisiológicas. Sin embargo, es obvio que está más allá de toda posibilidad razonable dar cuenta de este curso de sucesos de manera tal que las movidas individuales puedan ser explicadas o predichas sobre una base biológico-fisiológica.

El problema presenta un aspecto completamente distinto si nos trasladamos a otro nivel de observación e interpretamos el curso de los sucesos a la luz de las reglas y la teoría del ajedrez. Ciertos elementos de la serie total de sucesos, a saber, el movimiento de las piezas, se destacan entonces como acciones relevantes o significativas para el ajedrez. El movimiento de las piezas no es considerado como un simple cambio de posición de objetos en el espacio, sino como movidas del juego, y éste se transforma en un todo coherente pleno de sentido, porque las movidas se motivan recíprocamente y son interpretadas como ataque y defensa de acuerdo con los principios teóricos del juego. Si observamos a los jugadores entendemos las movidas hechas por cada uno de ellos desde el punto de vista de su conciencia de las reglas del ajedrez, del conocimiento que, damos por sentado, tienen de la teoría del juego, y de la finalidad que dentro de éste se han propuesto. Es incluso posible prescindir de la persona de los jugadores y comprender la partida por sí misma, en su significado abstracto (una partida en un libro de ajedrez).

Es necesario señalar que la «comprensión» a la que nos estamos refiriendo aquí es de un tipo distinto al causal. No estamos operando con leyes de

* En la edición inglesa dice *valid law* ("derecho válidos"). En la edición danesa (*Om ret og retfaerdighed*, 1953, p. 22) dice *gaeldende ret* ("derecho vigente"). En esta última edición se distingue constantemente entre validez (*gyldighed*) y vigencia (*gaelden*) del derecho, y paralelamente, entre derecho válido (*gyldig ret*) y derecho vigente (*gaeldende ret*). La edición inglesa no recoge esas distinciones; usa el sustantivo *validity* como equivalente de validez y de vigencia, y el adjetivo *valid* como equivalente de válido y de vigente. Ello puede dar origen a confusiones: el propio Ross lo señala en su artículo "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo y el derecho natural" (*Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, apartados 5 y 7). Es por ello que, con la conformidad del autor y para evitar posibles confusiones, a lo largo de la obra hemos preferido conservar, en este aspecto, la terminología de la edición danesa, apartándonos así del texto inglés. También hemos preferido ceñirnos al texto danés al traducir *doctrinal study of the law* como "ciencia del derecho" o "ciencia jurídica" (en la edición danesa dice siempre *retsvidenskab*), y al traducir *jurisprudence* en muchos contextos, como "filosofía del derecho" o "filosofía jurídica" (en el texto danés dice, en dichos pasajes, *retsfilosofi*). (N, del T.)

causalidad. Las movidas no se encuentran en ninguna relación mutuamente causal. La conexión entre ellas está establecida por medio de las reglas y de la teoría del ajedrez. La conexión es de significado.

Puede enunciarse además que la coparticipación (*fellowship*) es un factor esencial en una partida de ajedrez. Quiero decir con esto que los objetivos e intereses que se persiguen y las acciones condicionadas por ellos sólo pueden ser concebidos como eslabones en un todo más grande que incluye las acciones de otra persona. Cuando dos hombres cavan un pozo juntos, no están haciendo nada que cada uno de ellos no pudiera igualmente hacer por su cuenta. En ajedrez ocurre todo lo contrario. No es posible que una persona se proponga por su cuenta ganar al ajedrez. Las acciones que constituyen el juego de ajedrez sólo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona. Cada jugador tiene su parte a desempeñar, pero cada parte sólo adquiere significado cuando el segundo jugador cumple con su papel³⁰.

La coparticipación (*fellowship*) se revela también en el carácter intersubjetivo de las reglas del ajedrez. Es esencial que ellas reciban la misma interpretación, por lo menos por los dos jugadores que libran una determinada partida. De otro modo no habría juego y las movidas individuales permanecerían aisladas sin significado coherente.

Ahora bien, todo esto muestra que el juego de ajedrez puede ser tomado como un modelo simple de aquello que llamamos fenómeno social. La vida humana social en una comunidad no es un caos de acciones individuales mutuamente aisladas. Adquiere carácter de vida comunitaria a partir del hecho mismo de que un gran número de acciones individuales (no todas) son relevantes y tienen significado en relación con un conjunto de reglas comunes. Dichas acciones constituyen un todo significativo y guardan la misma relación entre sí que movida y contramovida. Aquí también hay interacción mutua, motivada por las reglas comunes del «juego» social, que le confieren su significado. Y es la conciencia de estas reglas lo que hace posible comprender y en alguna medida predecir el curso de los sucesos.

³⁰ En su *Schachnovelle* Stephan Zweig ofrece una interesante descripción de una persona que es capaz de jugar al ajedrez consigo misma. La explicación es que se trata de un esquizofrénico, que puede actuar como dos personas distintas.

Examinaré ahora más de cerca qué es efectivamente una regla de ajedrez y de qué manera es posible establecer cuáles son las reglas que gobiernan el juego.

Aludo aquí a las reglas primarias del ajedrez, aquellas que determinan la ubicación de las piezas, las movidas, la forma de «tomar», etc., y no a las reglas de la teoría del ajedrez.

Respecto de estas últimas bastarán unas pocas observaciones. Como otras reglas técnicas, ellas son obviamente enunciados hipotético-teóricos. Presuponen la existencia de las reglas primarias del ajedrez e indican las consecuencias que las distintas aperturas y gambitos producirán en el juego, apreciado desde el punto de vista de la posibilidad de ganar. Como otras reglas técnicas, su fuerza directiva está condicionada por un interés: en este caso, el interés de ganar la partida si un jugador no tiene este interés, entonces la teoría del juego carece de importancia para él.

Las reglas primarias del ajedrez, por su parte, son directivas. Aunque sean formuladas como aserciones acerca de la «capacidad» o «poder» de las piezas para moverse y «tomar», resulta claro que ellas se proponen indicar cómo ha de jugarse el juego. Apuntan directamente, es decir, en forma no calificada por ningún objetivo subyacente, a motivar al jugador; le dicen, si cabe la expresión: así se juega.

Estas directivas son vividas (*felt*) por cada jugador como socialmente obligatorias; es decir, un jugador no sólo se siente motivado espontáneamente («ligado») a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una transgresión de las reglas provocará una reacción (protesta) de parte de su oponente. De esta manera, las reglas primarias se distinguen con claridad de las reglas técnicas que forman la teoría del juego. Una movida torpe puede suscitar sorpresa, pero no protesta.

Por otra parte, las reglas del ajedrez no están teñidas de moralidad; esto resulta del hecho de que por lo común nadie quiere en realidad transgredirlas (par. LXXXV). El deseo de hacer trampas en un juego obedece al hecho de que el jugador persigue un objetivo distinto al mero propósito de ganar de acuerdo con las reglas de aquél; por ejemplo, puede querer ser admirado o ganar dinero. Este último objetivo se da con frecuencia en los juegos de naipes, y es bien sabido que la exigencia de respetar las reglas asume aquí un valor moral.

¿Cómo es posible entonces establecer qué reglas (directivas) rigen el juego del ajedrez?

Podríamos pensar quizá, en enfocar el problema desde el punto de vista «conductista» (*behaviourist*), limitándonos a lo que puede ser establecido mediante observación externa de las acciones y hallando así ciertas regularidades. Pero de esta manera jamás llegaríamos a conocer las reglas del juego. No sería jamás posible distinguir las prácticas vigentes, ni siquiera las regularidades condicionadas por la teoría del juego, de las reglas del ajedrez en sentido propio. Incluso, después de haber observado mil partidas sería siempre posible creer que es contrario a las reglas abrir el juego con un peón torre.

Lo más simple, quizá, sería dejarse guiar por ciertos reglamentos investidos de autoridad; por ejemplo, los reglamentos aprobados en congresos de ajedrez, o por la información contenida en libros de ajedrez reconocidos. Pero aun esto podría no ser suficiente, puesto que no hay certeza de que tales declaraciones reciban adhesión en la práctica. A veces las partidas son jugadas de hecho de muchas maneras diversas. Aun en un juego clásico como el ajedrez pueden ocurrir variantes de este tipo (por ejemplo, la regla acerca de «tomar al paso» no siempre recibe adhesión). En consecuencia este problema de saber cuáles son las reglas que gobiernan al ajedrez tiene que ser entendido hablando en términos estrictos, como que se refiere a las reglas que gobiernan una partida concreta entre dos personas específicas. Son sus acciones, y sólo ellas, las que resultan ligadas en un todo significativo y gobernadas por las reglas.

De modo que no podemos sino adoptar un método introspectivo. El problema es descubrir qué reglas son efectivamente vividas (*felt*) por los jugadores como socialmente obligatorias, en el sentido indicado más arriba. El primer criterio es que ellas sean de hecho efectivas en el juego y que sean externamente visibles como tales. Pero, para decidir si las reglas seguidas son algo más que meros usos consuetudinarios o pautas motivadas por razones técnicas, es necesario preguntar a los jugadores por qué reglas se sienten ligados.

De acuerdo con esto podemos decir: una regla de ajedrez «es vigente», significa que dentro de una comunidad (*fellowship*) determinada (que fundamentalmente comprende a los dos jugadores de una partida concreta) esta regla recibe adhesión efectiva, porque los jugadores se sienten socialmente obligados por las directivas contenidas en ella. El concepto de vigencia (en ajedrez)

implica dos elementos. Uno se refiere a la efectividad real de la regla, que puede ser establecida por la observación externa. El otro se refiere a la manera en la cual la regla es vivida (*felt*) como motivadora, esto es, como socialmente obligatoria.

Hay una cierta ambigüedad en el concepto «regla de ajedrez». Las reglas del ajedrez carecen de realidad y no existen como cosa independiente de la experiencia de los jugadores, esto es, sus ideas sobre ciertos patrones de conducta, y asociada con ellas, la experiencia emocional de hallarse compelidos a obedecer. Es posible abstraer el significado de una aserción puramente como un contenido del pensamiento («2+2 son 4»), de la aprehensión de la misma por una persona dada en un determinado tiempo; y exactamente de la misma manera es también posible abstraer el significado de una directiva («el rey tiene poder de moverse una casilla en cualquier dirección») de la experiencia concreta de la directiva. Un análisis preciso, pues, tiene que dividir el concepto «regla de ajedrez» en dos partes: 1) las experiencias de ciertos patrones de conducta (con las emociones concomitantes) y 2) el contenido abstracto de esas ideas, las normas del ajedrez.

Las normas del ajedrez son, pues, el contenido ideal abstracto (de naturaleza directiva) que posibilita, en tanto que esquema de interpretación, comprender los fenómenos del ajedrez (las acciones de las movidas y los patrones de acción experimentados) como un todo coherente de significado y de motivación, como una partida de ajedrez; y que posibilita también, junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir el curso de la partida.

Los fenómenos del ajedrez y las normas del ajedrez no son mutuamente independientes como si cada uno poseyera realidad propia; son aspectos diferentes de la misma cosa. Ninguna acción biológico-física considerada en sí misma, es una movida del ajedrez. Sólo adquiere esta calidad al ser interpretada en relación con las normas del ajedrez. Y a la inversa, ningún contenido ideal de naturaleza directiva tiene *por se* el carácter de una norma válida de ajedrez. Adquiere esta calidad sólo por el hecho de que, junto con otros, puede ser efectivamente aplicado como esquema de interpretación de los fenómenos del ajedrez. Los fenómenos del ajedrez se vuelven tales sólo cuando son puestos en relación con las normas del ajedrez y viceversa.

No hay duda de que el propósito de esta discusión sobre el ajedrez se ha hecho ya claro. Apunta a que el concepto «norma vigente de ajedrez» puede

funcionar como modelo del concepto «derecho vigente», que es el verdadero objeto de nuestras consideraciones preliminares.

El derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua.

Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación.

A compra una casa a B. Resulta que la casa está llena de termitas. A pide a B una reducción de precio, pero B no acepta. A inicia una acción contra B y el juez, con arreglo al derecho de los contratos, ordena a B que pague a A una cierta suma de dinero dentro de un plazo determinado. B no lo hace. A obtiene que el oficial de justicia se incaute de bienes muebles de B que son luego vendidos en pública subasta. Esta secuencia de sucesos abarca una serie total de acciones humanas, desde el establecimiento del derecho de los contratos hasta el remate. Una consideración biológico-física de estas acciones no puede revelar conexión causal alguna entre ellas. Tales conexiones se dan exclusivamente dentro de cada individuo. Pero, con la ayuda del esquema «derecho vigente» interpretamos a dichas acciones como fenómenos jurídicos que constituyen un todo coherente de significado y motivación. Sólo así cada una de ellas adquiere su carácter jurídico. La compra de la casa por A tiene lugar mediante expresiones verbales o escritas. Pero ellas se transforman en una «compra» sólo cuando son consideradas en relación con las normas jurídicas. Las diversas acciones están mutuamente motivadas del mismo modo que lo están las movidas en el ajedrez. El juez, por ejemplo, está motivado por el papel que A y B han desempeñado en la transacción (y por las circunstancias adicionales relativas a la misma; por ejemplo, el estado de la casa), así como por los precedentes en el área del derecho contractual. El proceso total tiene el carácter de un «juego» regido por normas mucho más complicadas que las del ajedrez.

Sobre la base de lo expuesto, formulo la siguiente hipótesis: el concepto «derecho vigente» (de Illinois, de California, etc.), puede ser en principio explicado y definido de la misma manera que el concepto «norma vigente de ajedrez» (para dos jugadores cualesquiera). Es decir, «derecho vigente» significa

el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias³¹.

Puede quizá considerarse que esta conclusión es un lugar común, y que se ha empleado un excesivo aparato de razonamiento para alcanzar ese fin. Ello podría ser verdad si los problemas fueran enfocados por una persona libre de nociones preconcebidas. Pero no lo es si se ven las cosas desde un enfoque histórico. La gran mayoría de los autores de filosofía del derecho han sostenido hasta hoy que el concepto «derecho vigente» no puede ser explicado sin hacer referencia a la metafísica. De acuerdo con este punto de vista el derecho no es simplemente un fenómeno empírico. Cuando decimos que una regla de derecho «rige» o «vale» nos referimos no sólo a algo fáctico, a algo que puede ser observado, sino a una «validez» de carácter metafísico. Se sostiene que esta validez es un puro concepto de la razón, de origen divino, o que existe *a priori* (independientemente de la experiencia) en la naturaleza racional del hombre. Y eminentes filósofos del derecho que niegan tal metafísica espiritual, han considerado, empero, que la «validez» del derecho sólo puede ser explicada por medio de postulados específicos.

Vista a esta luz nuestra conclusión preliminar no será calificada, espero, de lugar común. Este análisis de un modelo simple está dirigido deliberadamente a suscitar dudas sobre la necesidad de explicaciones metafísicas respecto del concepto del derecho. ¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida por la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos. Pero ésta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y otro caso.

Por supuesto que para alcanzar un análisis satisfactorio del concepto «derecho vigente» hay que resolver todavía muchos problemas. Pero no hay necesidad de profundizar más en el tema a esta altura de las cosas. Esta consideración

³¹ Son vividas así por el juez y otras autoridades jurídicas, al aplicar el derecho (par. VIII).

preliminar basta para servir de base a una revista de las diversas ramas de la ciencia jurídica, y para determinar el lugar adecuado de la «filosofía del derecho».

IV. Las ramas del estudio del derecho

La distinción entre los fenómenos jurídicos —o, quizá mejor, el derecho en acción— y las normas jurídicas, hecha en el párrafo precedente, proporciona el fundamento para una correspondiente distinción entre las dos ramas especiales del estudio del derecho. La rama que se ocupa del derecho en acción es denominada sociología jurídica³², mientras que aquella que se ocupa de las normas jurídicas es denominada ciencia del derecho.

El derecho en acción y las normas jurídicas no son dos esferas independientes de existencia, sino aspectos diferentes de una misma realidad. En consecuencia, se puede hablar de dos puntos de vista, cada uno de los cuales presupone al otro.

La ciencia del derecho dirige su atención al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción. Dicho estudio apunta: a) a descubrir el contenido ideal —podríamos también llamarlo ideología— que funciona como esquema de interpretación para el derecho en acción; y b), a exponer esta ideología como un sistema integrado. Puesto que la ciencia del derecho se ocupa de normas, puede ser denominada normativa, pero es menester evitar confusiones acerca de esta expresión. Como se indicó en el párrafo II, las proposiciones cognoscitivas no pueden, naturalmente, consistir en normas (directivas). Tienen que consistir en aserciones, aserciones referentes a normas, y esto a su vez significa aserciones que enuncian que ciertas normas son «derecho vigente». El carácter normativo de la ciencia del derecho significa, por lo tanto, que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. No tiene como fin «postular» o expresar normas, sino establecer que éstas son «derecho vigente». La ciencia del derecho es normativa en cuanto descriptiva de normas y en cuanto expresiva de ellas (par. II, nota 29).

³² Esta expresión cubre aquí también los estudios psicológicos e históricos referentes al derecho en acción.

La ciencia del derecho, sin embargo, no puede nunca separarse de la sociología jurídica. Aunque aquélla se interesa en la ideología, ésta es siempre una abstracción de la realidad social. Aun cuando el jurista no se ocupa del nexo que conecta la doctrina con la vida real, este nexo, sin embargo, existe. Se encuentra en el concepto «derecho vigente» que, tal como hemos visto, es parte esencial de todas las proposiciones doctrinarias. Porque este concepto, de acuerdo con nuestro análisis provisional, alude a la efectividad de las normas en tanto que constituyen un hecho social.

Además, una ciencia del derecho que no se hace cargo de la función social de éste tiene que resultar insatisfactoria desde el punto de vista del interés en predecir las decisiones jurídicas. Tal como hemos visto, el conocimiento de las normas primarias del ajedrez sólo posibilita la predicción del curso de una partida dentro de un cuadro muy amplio. Ocurre así porque los jugadores no están únicamente motivados por las normas del ajedrez. También los motiva, por ejemplo, el fin que persiguen al jugar y las proposiciones teóricas del ajedrez sobre las consecuencias que tienen las movidas hechas de acuerdo con las reglas del juego. Lo mismo pasa en el derecho. El juez no está motivado exclusivamente por las normas jurídicas; lo está también por fines sociales y por la captación teórica de las conexiones sociales relevantes para el logro de aquellos fines. Por esta razón se ha reclamado a la ciencia del derecho, especialmente en tiempos recientes, que dirija su atención a las realidades de la vida social. Esto demuestra, además, que los límites entre la ciencia del derecho y la sociología jurídica no son claros, sino que descansan en una diferencia relativa de enfoque e interés.

La sociología jurídica, a su vez, atiende al derecho en acción, a la conducta jurídica y a las ideas jurídicas que operan en esta conducta. No puede ser separada de la ciencia del derecho. Los fenómenos sociales que son el tema de la sociología jurídica sólo adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas del derecho vigente.

La sociología jurídica como rama científica es, sin embargo, tan nueva y poco desarrollada que resulta difícil señalar cuáles son los problemas que le competen. Hablando en términos generales, trata de descubrir correlaciones invariables en el derecho en acción, enfocando el problema desde el punto de vista de la psicología, de la historia y de la sociología general. Las normas jurídicas sólo pueden indicar un marco dentro del cual se desarrolla el derecho en

acción, que está influido también por las costumbres, por factores económicos e ideológicos, por fines sociales y por conocimientos derivados de la teoría social.

Cuando se trata del derecho en acción en la vida real, es posible que un conjunto de normas jurídicas, por ejemplos las que regulan el divorcio, sea desarrollado en una gran variedad de maneras (quizá fuera más adecuado decir que se puede «jugar» con esas normas de maneras diferentes). Quien conozca sólo las normas no conoce mucho acerca de la realidad social correspondiente. ¿Qué causales de divorcio son invocadas en la práctica en los diversos sectores de la sociedad? ¿Qué posibilidades existen de eludir las leyes mediante prueba fabricada, y qué costumbres se han generado en conexión con esto? ¿Con qué favor o desfavor consideran los tribunales las diversas causales de divorcio, en particular, cuando se trata de apreciar la prueba? La sociología jurídica se ocupa de problemas de esta naturaleza que se refieren a la realidad jurídica social concreta, viviente.

La interacción entre el derecho y la sociedad es un campo de investigación que tiene particular interés para la sociología jurídica. ¿Qué es lo que causa el respeto al derecho, respeto que posibilita que el legislador guíe la vida de la comunidad? ¿Qué otros factores entran en juego y ponen un límite al poder del legislador? ¿Qué reacciones puede presumirse que provocará la aprobación de una determinada ley? E inversamente ¿qué fuerzas sociales determinan el contenido y el desarrollo de un orden jurídico? ¿Qué papel desempeñan aquí las circunstancias económicas y las actitudes ético-jurídicas predominantes? ¿Es el desarrollo del derecho el producto de fuerzas ciegas o desempeñan la planificación y el conocimiento racional un papel en ese desarrollo?

Las dos ramas principales del estudio del derecho —la ciencia del derecho y la sociología jurídica— pueden a su vez ser subdivididas: la primera en dogmática-jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto, historia del derecho y derecho comparado; la última en sociología jurídica fundamental y sociología jurídica aplicada.

Ciencia del derecho

A. La dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto tiene por objeto un orden jurídico determinado en una sociedad determinada. Por ejemplo

el derecho vigente en la actualidad en Illinois. Tradicionalmente es subdividida a su vez en un número de ramas, como se verá en el capítulo VIII.

B. La historia del derecho describe un derecho que tuvo vigencia en el pasado y se ocupa de su desarrollo histórico. Se diferencia de la ciencia del derecho del presente de dos maneras más.

1) El momento presente es algo más que un mero punto temporal colocado al lado de los otros en la línea del tiempo. Se distingue de todos los demás en que es aquel punto del tiempo al cual ha llegado el curso de la realidad que está por entrar en el futuro. El derecho es aprehendido en esta progresión. Cualquier exposición del derecho vigente referida a una fecha determinada es una instantánea que ha captado un corte de esta corriente. Pero un corte del «ahora» está caracterizado por los problemas abiertos al futuro. El problema de determinar cuál es el derecho de hoy, ya lo veremos más adelante (par. IX), involucra siempre el problema de saber qué es lo que ocurrirá mañana. Un factor codeterminante en este cálculo predictivo es lo que pasó ayer. El derecho vigente no es jamás un hecho histórico, sino un cálculo en contemplación del futuro. Esto da a las proposiciones sobre el derecho de hoy una nota fundamental de incertidumbre y se traduce, en la medida en que la certeza del cálculo disminuye, en una peculiar fusión de los problemas del derecho vigente con los problemas político-jurídicos³³ relativos a la creación del derecho nuevo (par. IX). La historia del derecho no presenta características semejantes. Aquellos problemas que, vistos con los ojos del pasado, estaban abiertos, se hallan hoy cerrados. La historia del derecho, por ende, se ocupa únicamente de hechos.

2) En segundo lugar, si bien la historia del derecho carece de contacto con la política jurídica, tiene por otra parte un contacto más cercano con la sociología jurídica³⁴. No sólo expone el derecho en un momento determinado, sino también describe y explica su desarrollo. Estudia la evolución del derecho en relación con la de otros fenómenos sociales.

³³ El significado de esta expresión es aplicado en la p. 38.

³⁴ La aparente falta de claridad que parece derivarse del hecho de sostener, como se sostiene más adelante, que la política jurídica es sociología jurídica aplicada, desaparece cuando se agrega que la sociología que interesa al político jurídico, y también al profesor de derecho, se ocupa de los problemas de los efectos sociales del derecho, mientras que la sociología que interesa al historiador del derecho se ocupa de los factores sociales que influyen sobre la evolución de éste.

3) El derecho comparado, como la historia del derecho, tiene también un radio de acción más amplio. No se limita a exponer el derecho vigente en diferentes países. Puede tener carácter contemporáneo o carácter histórico. Pertenecce a la primera categoría cuando investiga los efectos sociales de órdenes jurídicos diversos. En tal caso es un instrumento de política jurídica. Pertenecce a la segunda categoría cuando investiga las circunstancias sociales que podrían explicar por qué el derecho se ha desarrollado según líneas diferentes en diferentes sociedades. Ambos tipos de derecho comparado contienen elementos fuertemente sociológicos porque incluyen en su estudio las relaciones entre el derecho y la sociedad.

Es notorio que la sociología desempeña un papel importante, tanto en la historia del derecho como en la ciencia comparada del derecho, al punto de que es simplemente cuestión de preferencia personal clasificar a estas dos subdivisiones como parte de la ciencia del derecho o de la sociología jurídica.

Sociología jurídica

A. La sociología jurídica fundamental admite varias divisiones: una parte general y un número de ramas especializadas.

1. La parte general se ocupa de las características generales del derecho en acción, de su estructura y su dinámica, sin referirse a ninguna rama particular del derecho. La investigación puede apuntar a cierto tipo de comunidad —por ejemplo, la moderna comunidad democrática— con miras a estudiar notas típicas de la estructura y función del derecho en acción en este medio, en particular la mecánica de la motivación jurídica y la interacción entre el derecho y otras fuerzas sociales (sociología jurídica estática). O bien, puede apuntar al desarrollo histórico del derecho, con miras a descubrir los principios generales que gobiernan las relaciones entre el derecho y el desarrollo de la comunidad (sociología jurídica dinámica).

2. Las diversas ramas especializadas corresponden a las esferas especiales del derecho. La criminología, que estudia la conducta delictiva junto con los factores sociales e individuales que la condicionan, corresponde al derecho penal; la ciencia política, que estudia la vida política, en particular las ideologías e instituciones políticas, corresponde al derecho constitucional; las

relaciones internacionales corresponden al derecho internacional, y la ciencia de la administración, al derecho administrativo. Hasta el presente no ha aparecido otra rama especial de la sociología jurídica pero no hay inconveniente alguno en imaginar otras que correspondan al derecho regulatorio de la propiedad³⁵, al derecho de las personas, al derecho de familia, etc.

B. La sociología jurídica aplicada, como las ciencias naturales aplicadas, tiene un campo de estudio que es determinado y estructurado según los problemas prácticos. La ciencia de la agricultura, por ejemplo, se ocupa de las circunstancias prácticas y problemas concernientes a la explotación agrícola. De la misma manera, la sociología jurídica aplicada se ocupa de los hechos y relaciones que tienen importancia para los problemas prácticos de la legislación. Al preparar una determinada reforma legislativa, la sociología jurídica aplicada describe las condiciones prevalecientes en la sociedad y analiza los cambios que puede provocar la nueva legislación. El resultado de tales estudios es una guía valiosa para el legislador o para quien trabaja con los problemas desde el punto de vista de aquél. Con mucha frecuencia los estudios de sociología jurídica no se presentan en forma independiente, sino como parte del trabajo oficial de reforma legislativa (informes de comisiones y documentos análogos).

Aun cuando el conocimiento sociológico de los efectos de las medidas legislativas sobre la sociedad es valioso para el legislador (en cuanto lo informa sobre las consecuencias de la elección entre varias alternativas), la decisión depende también de sus objetivos inmediatos y de su filosofía social como un todo, es decir, de las metas y valores últimos que el legislador reconoce como pautas para la vida social y para su actividad creadora de derecho. Lo mismo vale también respecto del juez, en la medida en que la práctica de los tribunales crea derecho. La expresión «política jurídica» designa la actividad jurídica creadora del legislador o del juez y el examen racional de ella. Sería superfluo señalar que la política jurídica nada tiene que ver con la política en el sentido corriente de esta palabra.

El problema que se presenta ahora es saber hasta dónde y de qué manera los problemas de política jurídica pueden ser examinados y resueltos en forma

³⁵ Véase, por ejemplo Karl Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, 1949.

racional. ¿Hay una ciencia de la política jurídica (una ciencia del derecho de legue ferenda et de sententia ferenda) capaz de postular una verdadera filosofía de los valores que deben presidir la legislación? La aspiración de la filosofía del derecho natural es, en efecto, establecer tal «ciencia del derecho como debe ser». La segunda mitad de este libro (cap. X a XVII) contesta a esta pregunta en forma negativa. No hay ciencia específica de la política jurídica o del derecho natural. En la medida en que la política jurídica se halla determinada por un conocimiento racional, ella es sociología jurídica aplicada. En lo demás, está basada en valoraciones que se encuentran fuera del ámbito del conocimiento racional (par. LXXIII y LXXIX).

V. En lugar de «filosofía del derecho», «problemas jusfilosóficos»

En el párrafo I describimos los tres enfoques tradicionales de la «filosofía del derecho» —analítico, ético e histórico-sociológico—, pero dejamos en pie el problema de cómo debe definirse esta rama del estudio del derecho. Dijimos que este problema sólo puede ser resuelto sobre la base de un examen general de los diversos enfoques desde los que puede intentarse un estudio del derecho. Hemos hecho ese examen en el párrafo precedente. El resultado, empero, parece ser negativo, en la medida en que ninguna de las ramas del estudio del derecho mencionadas allí parece poseer aquel carácter filosófico que podría justificar para ella el nombre de «filosofía del derecho» (en sentido amplio) o, en los países de habla inglesa, *jurisprudence*.

Es verdad que lo que se llama «*jurisprudence* histórico-sociológica» cae dentro del campo de la sociología jurídica, tal como ha sido definido en el párrafo IV. Pero cuando la sociología jurídica es desarrollada como ciencia empírica, lleva tan claramente el sello de una ciencia especializada más, que sería injustificado elevarla, bajo el nombre de *jurisprudence* al nivel de un estudio filosófico.

La denominada «filosofía del derecho natural» no figura en el examen hecho en el párrafo IV. Esto se debe al hecho de que —tal como veremos en los capítulos XI a XIII— lo que circula bajo aquel nombre es simplemente especulación metafísica sin justificación científica.

De las ramas tradicionales de la «filosofía del derecho», por lo tanto, sólo queda la analítica. Esta rama del estudio del derecho parece poseer un carácter

verdaderamente científico y merecer el nombre de «filosofía del derecho» o *jurisprudence*. Pero ella no figura tampoco entre los diferentes enfoques diseñados en el párrafo IV. ¿Cómo puede explicarse esto?

Para dar una respuesta hay que formular algunas consideraciones generales sobre la relación entre la filosofía y las ciencias. La filosofía moderna, basada en una perspectiva empírica a la que suscribo, adopta el punto de vista general de que la filosofía no tiene un objeto específico coordinado con el de las diversas ciencias o distinto de él. La filosofía no es deducción a partir de principios de la razón por cuyo medio se nos revela una realidad de más alto nivel que la que nos ofrecen los sentidos. Tampoco es una ampliación de las ciencias dirigida a describir los últimos componentes de la realidad. No es teoría, sino método. Este método es el análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia, y su objeto, el lenguaje científico.

De aquí se sigue que la filosofía del derecho o *jurisprudence* no tiene un objeto específico coordinado con y distinto del objeto de la «ciencia del derecho» —el estudio del derecho— en sus varias ramificaciones. La relación de la filosofía del derecho con la ciencia del derecho es refleja; la filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados. El filósofo del derecho investiga problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. Su tema es, en modo principal, el de los conceptos fundamentales de alcance general, tales como, por ejemplo, el concepto de derecho vigente que por tal razón no es asignado como tarea particular a ninguna de las numerosas especialidades dentro del amplio dominio del derecho.

El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira «desde arriba».³⁶

³⁶ Las proposiciones contenidas en esta parte del texto, referentes a la filosofía del derecho, están en un nivel más alto aún. La proposición contenida en la primera frase de esta nota, referente a las proposiciones que se refieren a la filosofía del derecho está en un nivel más alto todavía. De esta manera podríamos seguir *ad infinitum*. La idea, sostenida a veces, de que la serie podría concluir en una proposición que se refiere a sí misma, es insostenible.

Los límites entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho no son rígidos. El análisis lógico tiene lugar con frecuencia también dentro del estudio tradicional del derecho. No hay criterios internos para determinar dónde termina la ciencia del derecho y dónde empieza la filosofía del derecho. Puede hacerse una delimitación del dominio de esta última considerando qué es lo que la primera ha logrado. Esta circunstancia explica cómo es que la *jurisprudence* inglesa corriente abarca una serie de conceptos y problemas tales como, por ejemplo, *dolus*, *dolus eventualis*, *culpa*, intención, propósito y justificación de la represión penal, propiedad, posesión, contrato, prueba, carga de la prueba, etc., conceptos y problemas que en la tradición norteamericana y en la tradición de Europa continental forman por lo común parte de las diversas disciplinas jurídicas. La explicación se encuentra en el escaso desarrollo que en la doctrina inglesa tienen el análisis y la elaboración de los conceptos jurídicos. De tal manera, la *jurisprudence* ha llegado a ser en Inglaterra el lugar donde se agrupan casi todas las investigaciones fundamentales. En otros sistemas no sería razonable atribuir un dominio tan amplio a la filosofía del derecho, pues ello conduciría a repeticiones. En mi exposición sólo incluiré, por lo tanto, aquellos problemas que no son examinados por la literatura jurídica corriente, o que lo son en forma insatisfactoria.

Este factor relativo explica también por qué no es conveniente hablar de «filosofía del derecho», dado que este término sugiere un ámbito de investigación sistemáticamente delimitado. En consecuencia, prefiero usar la expresión «problemas jusfilosóficos». Los intereses de cada estudioso, en parte, y en parte el desarrollo de los estudios jurídicos en un tiempo dado, determinarán qué problemas son sometidos al análisis filosófico.

Este análisis puede dirigir su atención a ambas ramas del estudio del derecho: a la ciencia del derecho y a la sociología jurídica.

Dado que, sin embargo, el aparato lógico de esta última es en lo principal el mismo que se usa en otras sociologías y en historia, parecería razonable circunscribir los problemas jusfilosóficos específicos a la consideración de la ciencia del derecho. Esta conclusión tiene apoyo, además, en fundamentos pedagógicos, toda vez que un análisis filosófico de la sociología jurídica no tendría valor como parte de la educación jurídica tradicional. Dentro de la sociología del derecho, sin embargo, la sociología jurídica aplicada tiene una posición especial en razón de su estrecha conexión con la política jurídica

(par. IV *in fine*). El examen de los problemas de política jurídica desempeña un creciente e importante papel en los trabajos de los autores y en la enseñanza de las facultades de derecho. Por esta razón el análisis lógico estará dirigido también al pensamiento político-jurídico y a la sociología aplicada en tanto que parte de él.

De acuerdo con esto, la exposición siguiente se dividirá en dos secciones principales: problemas jusfilosóficos relativos a la ciencia del derecho (cap. II a IX) y problemas jusfilosóficos relativos a la política jurídica (cap. X a XVII).

VI. Discusión

Pienso que la relación entre mi interpretación de la naturaleza y tarea de la filosofía del derecho, por un lado, y el punto de vista tradicional, por el otro, ha quedado suficientemente aclarada con lo expuesto en los párrafos precedentes. Por ello me limitaré aquí a hacer algunas observaciones suplementarias.

Mientras que he rechazado la filosofía del derecho natural como carente de justificación científica, no tengo objeciones, por supuesto, contra los estudios histórico-sociológicos, siempre que se los lleve a cabo de acuerdo con principios empíricos y no constituyan una metafísica especulativa disfrazada. He rechazado la interpretación histórico-sociológica de la filosofía del derecho por la razón sistemática de que los estudios de este tipo poseen todas las notas características de una ciencia especializada y, por lo tanto, no deben ser mezclados con el enfoque analítico ni considerados como parte de la filosofía del derecho. Esto, sin embargo, no significa negar la importancia de las investigaciones sociológicas para esta última, concebida como análisis de los conceptos jurídicos. Ellas son importantes, y tienen que serlo si presuponemos, como lo hago yo, que todas las proposiciones acerca del derecho se refieren, en último análisis, a una realidad social. El fundamento de la filosofía del derecho tiene que ser una perspectiva sociológica.

Julius Stone ofrece una definición ecléctica de la tarea de la filosofía del derecho, que incluye problemas lógico-analíticos, problemas éticos, problemas sociológicos³⁷. Su principio guía es que la filosofía del derecho

³⁷ *The Province and Function of Law* 1946, cap. I, par. 11-13. Podemos hallar definiciones eclécticas similares en las obras de muchos autores ingleses y norteamericanos tales como Vinogradoff, Pound, Keeton, Kocourek, Hohfeld, Wigmore, Timasheti, y otros, encubiertas algunas veces, como ocurre

(o *jurisprudence*) estudia el derecho a la luz de la lógica, de la ética y de la sociología. El principio en sí no es claro y se traduce en un conglomerado de materiales heterogéneos sin conexión orgánica. Stone ha escrito un libro extraordinario con tremenda laboriosidad y prodigiosa erudición, pero no ha creado una teoría coherente.

con Stone, tras un esquema de clasificación supuestamente racional. Véase Stone, op. cit., cap. I, par. 8 y 9. Josef L. Kunz, "Zur Problematik der Rechtsphilosophie um die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts", *Öster. Z. f. öff. R. N. S.* IV 1951, 1 y ss., sostiene que las tres líneas son ramas de igual *status* de la misma ciencia; filosofía del derecho o *jurisprudence*.