

LA CONCEPCION DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL CONCEPTO DE DERECHO VIGENTE EN EL PENSAMIENTO JURIDICO DE ALF ROSS

Jesús Escandón Alomar

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

RESUMEN

Para Alf Ross el método propio de toda ciencia es el de verificación empírica, incluida la ciencia jurídica. Para determinar el concepto de derecho vigente es necesario aplicar el principio de la verificación a las proposiciones de las ciencias jurídicas. De esa aplicación surge un concepto de norma jurídica vigente.

1. CIENCIA, CIENCIA JURÍDICA, DERECHO VIGENTE

Alf Ross (1889-1979), el jurista e iusfilósofo dinamarqués, pero también con una amplia actividad académica en el mundo anglosajón, es uno de los más destacados exponentes del realismo jurídico, específicamente del llamado realismo jurídico escandinavo. La concepción que Ross formula sobre el derecho, sin perjuicio de que puede afirmarse que la calificación de realista que se le asigna es adecuada, de un modo más preciso sería preferible denominarla empirista. Esto es así, en lo fundamental, por el planteamiento que sostiene con respecto a la ciencia en general y a la ciencia del derecho en particular. Ahora bien, esta tesis que se encuentra reiterada a lo largo de toda su obra se destaca especialmente al momento de exponer su concepto de derecho vigente, cuando expresa que el método propio de toda ciencia, incluida la jurídica, es el de verificación empírica. Veamos lo que señala: “Es un principio de la ciencia empírica moderna que una proposición acerca de la realidad (en contraposición con una proposición analítica, “lógico-matemática”) necesariamente implica que siguiendo un cierto procedimiento, bajo ciertas condiciones,

resultarán ciertas experiencias directas. La proposición, por ejemplo, “esto es tiza” implica que si observamos el objeto con un microscopio aparecerán ciertas cualidades estructurales; si le echamos ácido, resultarán ciertas reacciones químicas; si lo frotamos sobre un pizarrón dejará trazada una línea, etc. Este procedimiento se denomina procedimiento de verificación y se dice que la suma de las implicaciones verificables constituye el contenido real de la proposición. Si una aserción cualquiera, por ejemplo, la de que el mundo está gobernado por un demonio invisible, no involucra ninguna implicación verificable, se dice que carece de significado lógico; es desterrado del reino de la ciencia como aserción metafísica”¹.

La pregunta que a partir de estas afirmaciones surge es la relativa a si el principio de verificación de que estamos hablando es o no aplicable para la ciencia del derecho. La respuesta de la ciencia jurídica tradicional, según Ross, explícitamente en algunas ocasiones e

¹ ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, página 39. Eudeba, Buenos Aires, 1994.

El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación número 99054001-1.0, patrocinado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción.

implícitamente en la mayoría de los casos, tendía a decir que no era susceptible de ser utilizado por esta disciplina. Tal respuesta podía darse tanto desde la perspectiva iusnaturalista de la ciencia del derecho como desde la positivista. En efecto, las doctrinas iusnaturalistas al momento de conceptualizar el derecho ponen el acento en el aspecto valórico de éste, afirmando que él se encuentra, fundamentalmente, constituido por valores tales como la justicia, el bien común, la libertad u otros. De tal modo que para los partidarios de la teoría del derecho natural, el derecho es principalmente un valor en el sentido recién apuntado. Para los positivistas, en cambio, el elemento clave para definir el derecho es el de norma. De tal modo que cuando un partidario de esta doctrina positivista nos da un concepto del mismo, colocará el acento en la afirmación que sostiene que el derecho es un conjunto de normas. Ahora bien, Ross nos señala que desde estos supuestos no es posible construir una ciencia jurídica que en verdad merezca el nombre de ciencia, pues tanto positivistas como iusnaturalistas dicen estudiar objetos (o mejor aún seudobjetos) que no son empíricamente verificables. Es decir, se trata de supuestos objetos que no se encuentran en el ámbito de la experiencia sensible, por consiguiente, cualquiera aserción o proposición que sobre ellos pueda formularse no involucra ninguna implicación verificable, es un puro sinsentido. En palabras de Ross, se trata de aserciones metafísicas. Como se sabe, para el neopositivismo lógico, al que adhiere nuestro autor, las proposiciones sin sentido son aquellas que son lógicamente contradictorias, o bien, las que se refieren a objetos que no son empíricamente verificables. Estas proposiciones sin sentido tienen un estatus epistemológico, inferior al de las proposiciones falsas. Así las cosas, de acuerdo al autor que estamos considerando, la ciencia del derecho tradicional, que es por lo demás la que se ha cultivado siempre en nuestros medios, está y ha estado siempre compuesta de estas proposiciones sin sentido, al menos en alta medida. Por este motivo, como se ha hecho presente, no puede calificarse de auténtica ciencia.

Así entonces, lo que hay que precisar, de acuerdo a nuestro iusfilósofo, es el objeto

que estudia la ciencia del derecho. Este, en su opinión, es el derecho vigente, o si se quiere, la regla jurídica vigente. Entendiendo por tal aquella que los jueces aplican porque sienten que es obligatoria. Es por consiguiente esta aplicación que los jueces hacen (por tanto ciertas acciones) de las normas que consideran o sienten como obligatorias lo que constituye el derecho vigente. Al tratarse de actos o acciones de ciertas personas (los jueces), cumplen con el requisito de ser empíricamente verificables, y con ello constituyen un objeto válido de estudio para la ciencia.

Teniendo presente lo anterior, veamos con algo más de detalle cómo se encuentra conformada esta regla jurídica vigente. Ella se compone fundamentalmente de dos elementos. Por una parte del que llama derecho en acción o fenómeno jurídico, y por la otra de la que denomina norma jurídica. El primero, el derecho en acción, se encuentra constituido por las acciones o actos que los jueces realizan al aplicar el derecho y por el sentimiento o convicción de que es obligatorio. En este punto hay que destacar que para Ross, tanto las acciones que los jueces llevan a cabo al aplicar el derecho, como la convicción, psicológica, de que es obligatorio, son empíricamente verificables. Las acciones a que estamos haciendo referencia se verifican o comprueban mediante la observación externa de las mismas, la convicción psicológica de la mencionada obligatoriedad se comprueba mediante los métodos propios de la moderna ciencia de la psicología. El segundo elemento que entra a conformar la regla jurídica (es decir, el derecho) vigente es, como se señaló, la que llama norma jurídica, en una terminología a la que no siempre se mantiene fiel, pero por las razones que más adelante indicaremos este defecto tiene menos importancia de lo que parece. Veamos, entonces, de manera más específica lo que entiende por norma jurídica, concepto que explica haciendo una analogía con lo que ha de entenderse por norma vigente del juego de ajedrez. Ella consiste en el contenido abstracto (podría decirse extraído o abstraído), de naturaleza directiva, del derecho en acción, pues nos dice que “es posible abstraer el significado de una aserción

puramente como un contenido de pensamiento, 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 de la experiencia concreta de la directiva”². Debemos explicar de paso que para este autor las directivas son expresiones lingüísticas sin significado representativo (esto es, no descriptivas) que tienen por finalidad influir en la conducta de los demás. Ahora bien, son estas normas jurídicas las que permiten entender al derecho en acción, o fenómeno jurídico, como un todo coherente de significado y motivación, y predecirlo dentro de ciertos límites. En otras palabras, sirven como esquema de interpretación del mismo, permitiendo entenderlo como derecho.

Nuestro iusfilósofo destaca que ambos elementos de la regla jurídica vigente, es decir, el derecho en acción y la norma jurídica, no son independientes, sino que son inseparables. Constituyen dos aspectos de una misma realidad inescindible. Es por este motivo que no resultan tan graves, como se dijo, algunas oscilaciones terminológicas en el uso de las expresiones “norma jurídica” y “regla jurídica”. Pues cada vez que se afirma que hay una regla jurídica vigente, existe al mismo tiempo una norma jurídica vigente y viceversa.

Considerando lo anteriormente expuesto, tenemos que la ciencia del derecho se ocupa de estudiar el derecho vigente, o si se quiere las reglas jurídicas vigentes, lo que equivale también a estudiar a las normas jurídicas vigentes, de la manera como ha quedado dicho. Lo que la ciencia a que nos estamos refiriendo ha de hacer es comprobar o verificar que las normas sobre las que ella versa son vigentes. En otros términos, deben verificarse o comprobarse las proposiciones (aserciones) de la ciencia del derecho que se refieren a las normas jurídicas vigentes. La pregunta que aquí surge es ¿cómo se verifican estas proposiciones? Ellas, al igual que las proposiciones de toda ciencia, deben verificarse empíricamente, esto es, deben cumplir con el

principio de verificación empírica, pero con algunas notas diferenciales que las distinguen en parte de las ciencias físico-naturales. Pero antes de entrar a describir este procedimiento de verificación de las proposiciones de la ciencia del derecho debemos tener presente que nuestro autor distingue entre dos clases de normas jurídicas. A unas las denomina normas (jurídicas) de conducta y a las otras normas (jurídicas) de competencia. De las primeras nos dice que son aquellas que prescriben una cierta línea de acción, es decir, una cierta conducta o acto. Respecto a las segundas, señala que son aquellas que crean un órgano, y por tanto una competencia, para crear normas de conducta. Por este motivo, agrega que las normas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas. Una cosa importante a tener en cuenta en este contexto radica en que, según Ross, las normas de conducta van dirigidas al juez, él es el destinatario de las mismas y no la generalidad de las personas, el común de los ciudadanos. La norma la indica al juez que ha de ejercer la fuerza y cómo ha de ejercerla, en un determinado caso o circunstancia en que se ha incurrido en una infracción al derecho. Aquí nos encontramos con otro aspecto de importancia referente a la manera que nuestro iusfilósofo tiene de entender a las normas jurídicas. Este es el relativo a las relaciones entre derecho y fuerza. Sin entrar en detalles, diremos que afirma que las normas jurídicas no se encuentran respaldadas o sancionadas por la fuerza, sino que ellas constituyen el ejercicio de la fuerza. Alcanzando este punto, y retornando al tema relativo como se verifican o comprueban las normas jurídicas según Ross, hay que señalar que, en su opinión, debe distinguirse entre el procedimiento de verificación de las normas de conducta y el de las normas de competencia. Pero sobre el particular debemos tener presente que lo que realmente importa es el procedimiento de verificación de las primeras, conociéndolo sabremos cómo se verifican las proposiciones de la ciencia del derecho. Esto es así porque las normas de competencia no son otra cosa que normas de conducta indirectamente formuladas, de tal manera que las proposiciones que ver-

² ROSS, ALF, ob. cit., pág. 16.

san sobre éstas se verificarán de la misma manera, salvo en unos pocos aspectos y cuestiones accesorias, que las que se refieren a aquéllas. En consecuencia, nosotros, en lo que sigue nos abocaremos únicamente al tema relativo a la verificación de las proposiciones que referentes a las normas de conducta.

Ahora estamos en condiciones de afirmar que el contenido de las proposiciones de la ciencia del derecho relativo a las normas de conducta se refiere a las acciones de los tribunales consistentes en la aplicación de la fuerza bajo ciertas condiciones. El estudio de estas condiciones bajo las cuales se aplican las normas nos señalará la forma como las mismas se verifican. Veamos cuáles son ellas.

1° Cuando se dice que una norma jurídica se encuentra vigente porque es aplicada por los tribunales (con la convicción de que es obligatoria) Ross considera, en primer lugar, lo que quiere expresarse con el uso del tiempo presente “es aplicada”. Al respecto nos señala que “Si alguno pregunta cuál es el derecho vigente hoy en relación con una determinada materia, lo que indudablemente quiere saber es cómo serán decididos los conflictos de hoy si son sometidos a los tribunales”³. Así las cosas, una proposición de la ciencia jurídica que afirma que una norma se encuentra vigente, lo que hace es una predicción acerca de cómo los jueces en un futuro resolverán un determinado asunto. Por tanto, la expresión “es aplicada” está haciendo referencia al futuro, pues los enunciados acerca de lo que es derecho vigente hoy constituyen predicciones sobre lo que los tribunales decidirán en un futuro más o menos próximo, no uno lejano que haga presumir que en el intertanto va a cambiar la norma. Estas predicciones deben cumplir con ciertos requisitos para tener la posibilidad de ser verdaderas. Entre ellos los dos fundamentales son los que ahora pasan a mencionarse. Por un lado, que se inicie una acción respecto de la cual la norma que se afirma que es vigente tenga importancia. Por otro, que en el tiempo intermedio que transcurre entre el momento en que se formula la

predicción y aquél en que la norma ha de ser aplicada por los tribunales, ella no haya cambiado, por ejemplo, porque se derogó o fue modificada.

2° En segundo término, se requiere una definición más exacta sobre lo que significa que “la regla es aplicada por los tribunales”. Ello no quiere decir que la sentencia debe ser dictada en un determinado sentido, por ejemplo, acogiendo la demanda. Supongamos que se trata de aplicar el número 3° del artículo 1464 del código civil (hay un objeto ilícito en la enajenación de: 3° las cosas embargadas por decreto judicial.....) iniciándose una acción en que se solicita que se declare la nulidad del acto o contrato que enajena una cosa embargada en los términos del artículo a que estamos haciendo alusión. El que se aplique esta norma no significa, necesariamente, que se dé lugar a la demanda declarando la mencionada nulidad. Lo que se quiere decir cuando se afirma que una regla (o norma) es aplicada, es algo diferente. Se quiere significar “que en las decisiones que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba”⁴.

2. SOBRE EL GRADO DE CERTEZA DE LAS PROPOSICIONES DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Las proposiciones de la ciencia del derecho no poseen certeza absoluta, como pueden poseerla, por ejemplo, las ciencias físico-naturales. Esto es así por diversas razones. Ya sabemos que una proposición de nuestra ciencia lo que afirma es que, una norma será aplicada en un futuro próximo por los tribunales, siempre que se den los supuestos a que hemos hecho referencia. Ahora bien, nos dice Ross, el hecho de que hasta el momento se hayan dictado varias sentencias en el sentido

³ ROSS, ALF, ob. cit. pág. 40.

⁴ ROSS, ALF, ob. cit., pág. 41.

de una predicción actual, es decir, de una proposición de la ciencia del derecho que se formula hoy, afirmando, por ejemplo, que una determinada regla, supongamos que el artículo 1464 número 3° del código civil, será aplicada en un futuro próximo por los tribunales, no es una garantía de la certeza absoluta de esta proposición. Las decisiones anteriores, simplemente, proporcionan un apoyo más o menos sólido de la verdad de tal proposición, pero no la garantiza absolutamente.

Por lo anteriormente dicho, las predicciones de la ciencia del derecho constituyen siempre una probabilidad, que oscila entre un grado muy alto de cumplimiento y uno muy bajo. La certeza no es absoluta, aunque se haya iniciado una acción. Es así por diversos motivos, entre ellos los siguientes: a) El resultado puede depender de la prueba producida y de su apreciación. b) Depende también de la interpretación que se haga del derecho. c) Depende, además, no sólo de las ideas que el juez tenga acerca de lo que es derecho vigente, sino que, asimismo, de otros factores, de distinto tipo, que lo motivan. Esta tesis rossiana, que sostiene que las proposiciones de la ciencia del derecho carecen de certeza absoluta, en buena medida contrasta con la teoría jurídica tradicional, que tiende a postular tal tipo de certeza, porque afirma también, siempre de acuerdo a nuestro autor, una validez absoluta y a priori de las normas jurídicas.

3. CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA JURÍDICA

Hasta el momento hemos expuesto en qué consisten, según Ross, las proposiciones de la ciencia jurídica, entendiéndolas como aserciones cognoscitivas sobre lo que es derecho vigente. Pero si observamos los textos en que se expone la ciencia del derecho, o si se quiere, las exposiciones que de ella hacen los distintos autores que la cultivan, nos topamos con otra realidad. Pues en ellos no encontramos sólo aserciones científicas (es decir, predicciones acerca de lo que es derecho vigente en el sentido que lo hemos explicado), sino que también directivas que tratan de influir en el juez y en otros destinatarios. Pues

el jurista no sólo trata de describir el derecho vigente, sino que también intenta ejercer influencia. Siempre trata de que sus tesis sean acogidas. En suma, Ross nos dice que los libros de texto en que se expone la ciencia del derecho contienen, normalmente, tres clases de expresiones. Ellas son las siguientes: a) Aserciones cognoscitivas sobre el derecho vigente. Esto es, proposiciones que expresan la ciencia del derecho propiamente tal. b) Directivas no cognoscitivas. c) Aserciones cognoscitivas sobre hechos históricos, económicos sociales y otros, que sirven como argumentos de apoyo a las dos clases de expresiones anteriores.

Una ciencia del derecho expuesta en la forma que acaba de indicarse, que es por lo demás la que encontramos en los manuales al uso, se compone no sólo de aserciones cognoscitivas, sino que también de directivas. Estas últimas son expresiones que tienen por finalidad ejercer influencia en los destinatarios, en nuestro caso en los jueces. Las directivas no constituyen, estrictamente hablando, ciencia del derecho, sino que política jurídica. El que la ciencia del derecho siempre haya sido expuesta así, entremezclando aserciones cognoscitivas, que constituyen ciencia jurídica, con directivas, que constituyen política jurídica, muestra la dificultad de trazar una distinción clara entre ambas. Esto se debe, fundamentalmente, a las dos razones que ahora pasamos a considerar.

a) En primer término, porque los propios juristas que hacen ciencia del derecho no tienen claro hasta qué punto están describiendo el derecho vigente y hasta qué punto están tratando de influir en los destinatarios, fundamentalmente en los jueces. Esto es algo que en la gran mayoría de los casos ocurre y de lo cual suele no estar consciente. Ello sin perjuicio de que muchos juristas afirman expresamente que tratan de influir en los destinatarios de sus escritos. Así entonces, si los propios autores no están conscientes de esta distinción, más difícil resulta, por regla general, que alguien desde fuera la determine con exactitud.

b) En segundo lugar, y esta es la dificultad principal, y a nuestro parecer insalvable

desde la perspectiva de Ross, hay que tener en consideración una característica inexcusable de las ciencias sociales. En ellas, toda predicción, aunque sea puramente cognoscitiva, influye en el resultado, es decir, en aquello que se predice. Esto no ocurre así en las ciencias físico-naturales. Por ejemplo, si un astrónomo describe (predice) cuál será la trayectoria de un cometa, esta descripción no influye en la mencionada trayectoria. En cambio, si un economista de prestigio predice que el próximo año habrá un fuerte proceso inflacionario en el país, la predicción que formula, muy probablemente, tendrá efectos importantes en la economía. Lo mismo ocurre en la ciencia del derecho, las predicciones de los juristas importantes a corto o a largo plazo siempre producen un efecto en las sentencias de los tribunales, esto es, en determinar lo que es derecho vigente. Por ello, en el ámbito de las ciencias sociales, incluida la ciencia del derecho, no se puede diferenciar nítidamente entre ciencia y política. En nuestro caso entre ciencia jurídica y política jurídica.

La tesis a que acaba de arribarse, nos advierte nuestro autor, no nos debe llevar a la errónea conclusión de que en la ciencia del derecho pueden introducirse injustificadamente, y a cualquier pretexto, directivas políticas que tratan de influir en el juez. Ello es así porque en nuestra disciplina pueden formularse aseveraciones cognoscitivas (científicas) sobre lo que es derecho vigente con un alto grado de certeza. Esto ocurre cuando tales aseveraciones se encuentran respaldadas por un gran número de precedentes anteriores que las avalan. Distinto es el caso respecto a las supuestas aseveraciones que no tienen ese respaldo, pues no hay precedentes que las avalen.

Poseen un alto grado de incertidumbre. Más que aseveraciones cognoscitivas, son consejos (directivas) al juez para que resuelva de determinada manera. Más que ciencia del derecho constituye política jurídica.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Por último, nuestro autor efectúa un alcance respecto a su tesis que afirma que derecho vigente es aquel que los tribunales aplican porque lo consideran obligatorio. A una tesis como ésta se le podría objetar que impide realizar una crítica científica a lo que se entiende por derecho vigente, subordinando totalmente la teoría a la práctica. Esto sería así porque, si por derecho vigente se entiende el que aplican los tribunales, esta aplicación judicial sería el único referente que nos permitiría corroborar tal vigencia. No habría, por ejemplo, una ley u otra regla que nos sirviera de criterio para efectuar la comparación, que nos permita hacer una crítica que señalara si la sentencia se ajusta o no a la norma. Esto porque, en la concepción rossiana sólo la sentencia es derecho vigente. Pero nuestro iusfilósofo rechaza esta objeción, reiterando que las proposiciones de la ciencia del derecho son predicciones acerca de cómo resolverán los tribunales un asunto en el futuro (próximo) y no sobre cómo han fallado en el pasado. De este modo, expresa que es perfectamente posible formular una crítica a una sentencia que acaba de dictarse, diciendo que en el futuro los tribunales resolverán el caso de una manera distinta. Dando, obviamente, los argumentos que justifiquen la afirmación.