

70773 (mbq)
C. Q. 2850542
KARL OLIVECRONA

Biblioteca de Ética,
Filosofía del Derecho
y Política

DIRIGIDAPOR:

Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vazquez (ITAM, México)

LENGUAJE
JURÍDICO
Y REALIDAD

AXA AZCAPOTZALCO
CENTRO BIBLIOTECA

2850542



Título del original en inglés: *Legal language and reality*
incluido en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*,
Bobbs Merrill Company, Inc., Indianapolis, 1962.

Traducción: *Ernesto Garzón Valdés*

Primera edición: 1968, Centro Editor de América Latina, S. A.,
Buenos Aires, Argentina
Primera edición: 1991, Distribuciones Fontamara, S. A.
Séptima reimpresión: 2007

K 237
O 4.18
1992

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-128-7

©Karl Olivecrona
©Distribuciones Fontamara, S. A.
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282
Email: fontamaranx@yahoo.com.mx

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro lenguaje jurídico es substancialmente una parte del lenguaje corriente. En la vida cotidiana, todos tenemos que realizar un buen número de actos jurídicos: comprar algo en una tienda, extender un cheque, alquilar un departamento, etcétera. El lenguaje que usamos en estas ocasiones nos parece perfectamente comprensible. Más aún, no podríamos saber qué sucede en el mundo sin una cierta comprensión del lenguaje jurídico. Leemos en los periódicos noticias acerca de actos de gobierno y parlamentos, acerca de la sanción de leyes y la imposición de gravámenes. Nos enteramos de que un grupo de personas en alguna parte remota del globo ha declarado la independencia de su país y ha establecido un gobierno propio, etcétera. Todos estos sucesos están más o menos descritos en términos jurídicos.

Algunas zonas del lenguaje jurídico son altamente técnicas y, por consiguiente, incomprensibles para el lego. Pero sus elementos más importantes nos son familiares y necesarios para nuestra orientación en el mundo.

Los conceptos fundamentales de nuestro lenguaje jurídico son los derechos (subjctivos) y los deberes. El principal objeto del derecho parece ser, en verdad, la determinación de los derechos y deberes de los individuos y su aplicación práctica. Pero también hablamos

de *potestades* jurídicas y de muchos tipos de *calidades* jurídicas, tales como la de ser jurídicamente capaz, casado, hijo legítimo o ilegítimo, fideicomisario, representante de otro, miembro del gobierno, funcionario público, etcétera.

Hablamos de estas cosas como si estuvieran realmente presentes. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. La negación de su existencia excita nuestra ira. Los deberes, al menos los de los demás, nos parecen también reales. En cuanto a las calidades jurídicas, ¿no es algo muy real estar casado, ser juez, obispo o profesor?

Sin embargo, es obvio que los derechos y deberes, al igual que las calidades y potestades jurídicas, no pertenecen al mundo sensible, al mundo de los hechos. Nadie puede comprobar en forma directa su presencia en un caso particular. Si un astronauta de un distante planeta descendiese algún día en la Tierra, no podría percibir derechos ni deberes, calidades ni potestades jurídicas.

Todo lo que se dice acerca de estas cosas está basado, en última instancia, en inferencias. Se considera que el derecho vincula efectos jurídicos con ciertos sucesos llamados hechos operativos. Cuando sabemos que se ha realizado un hecho operativo, nos sentimos autorizados a inferir que el efecto también se ha producido, siempre que otra circunstancia no lo haya impedido. Una promesa, según las normas jurídicas, hace surgir un deber a quien promete y un derecho a favor de aquel a quien se promete. Si sabemos que una cierta promesa ha sido hecha en debida forma por una persona dotada de capacidad jurídica, inferimos que quien promete ha contraído un deber y que el destinatario de la promesa ha adquirido el derecho correspondiente. Las normas jurídicas establecen que el derecho de propiedad sobre un inmueble debe ser transferido mediante declaración es-

crita del propietario; cuando se ha hecho esta declaración, nos sentimos seguros de que el beneficiario de ella es realmente propietario del inmueble. Cuando dos personas cumplen con la ceremonia del matrimonio adquieran, por este hecho, un nuevo *status* jurídico, el de casados, que a su vez implica muchas otras consecuencias jurídicas. Se designa a un abogado para ocupar un juzgado y de esta manera se transforma en juez.

Se considera que los efectos jurídicos se producen porque el derecho dice que ellos deben producirse. Hablamos como si el derecho tuviese el poder de establecer una relación causal entre los hechos operativos y los efectos jurídicos. Los derechos (subjctivos) y los deberes son *creados*; los derechos son *transferidos* mediante declaraciones verbales. Las calidades o potestades jurídicas son *conferidas* a personas o cosas mediante ceremonias o declaraciones de las autoridades. La causalidad puede, también, afectar el pasado, tal como ocurre cuando las consecuencias jurídicas de un acto son anuladas con efecto retroactivo.

Cuando usamos este lenguaje parece que nos moviéramos en una esfera de la realidad diferente a la del mundo sensible. Sin embargo, esto no molesta en lo más mínimo a los juristas ni a los legos. Parece perfectamente natural que, en cuestiones jurídicas, se hable de esta manera. Utilizamos el lenguaje corriente en nuestra actividad práctica, y lo hacemos con éxito evidente. Celebramos un contrato para un fin cualquiera, por ejemplo, para obtener el uso de un automóvil, y este fin es alcanzado: recibimos el automóvil. Así, pues, nadie se preocupa por plantear ninguna cuestión referente a la conexión del lenguaje jurídico con la realidad. Este lenguaje es un medio útil para un fin, y esto es suficiente para los propósitos prácticos.

El teórico se encuentra en una situación diferente. Está inclinado a preguntar qué es todo esto. Suponga-

mos que quiere utilizar sólo conceptos científicamente correctos, entendiendo por tales aquellos que corresponden a la realidad. En este caso tiene que preguntarse qué es realmente un derecho (subjetivo) o un deber, en qué consisten en realidad las calidades jurídicas y cómo pueden ser creadas por hechos operativos, tales como las declaraciones verbales. Pero aquí comienzan las perplejidades.

El problema ha sido tratado, a lo largo de los siglos, por la ciencia del derecho. Pueden distinguirse dos corrientes principales: la metafísica y la naturalista.

II. EL ENFOQUE METAFÍSICO

Desde el punto de vista metafísico, el derecho, y todo lo que a él pertenece, corresponde a una esfera suprasensible. Esto era evidente para los grandes maestros del derecho natural del siglo XVII, tales como Grocio y Pufendorf. Un derecho (subjetivo) creado por las normas jurídicas incluye, según ellos, un poder espiritual, una *potestas* que está colocada por encima de los hechos de la vida real. Es concebido como un poder inherente a la voluntad de quien posee el derecho. Lo que este poder significa se muestra con mayor claridad en el caso de una pretensión fundada en una promesa. Cuando se hace una promesa, por ejemplo, la de pagar una suma de dinero, el que promete enajena una parte de su libertad y la transfiere al acreedor. Esto significa que el acreedor adquiere un poder sobre el deudor, pero no solamente en el sentido de que puede someter al deudor a la coacción legal en caso de incumplimiento. *Obliga* al deudor mediante su pretensión. Esto es, crea una necesidad interna en el deudor: la de actuar según su promesa. Este poder del acreedor sobre el espíritu del deudor es de naturaleza mística; el acreedor no tiene poder real para crear una necesidad interna, es decir, una obligación moral.¹

¹ Grocio, *De iure belli ac pacis*, 1, 1, 4; 2, 11, 4; 2, 11, 1; Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1, 1, 19. Hägerström ha presentado un análisis de los conceptos de Grocio y Pufendorf en un ensayo publicado en sueco (2 *Minnesskrift ägnad 1734 ars lag*, 1934).

Esta idea de los derechos y deberes como poderes místicos y de los vínculos correspondientes, se extiende hasta nuestro tiempo, aunque a menudo en forma velada, Ihering y Salmond, por ejemplo, definen al derecho (subjetivo) como un interés jurídicamente protegido.² Pero es obvio que este "interés" no es un interés en sentido psicológico. Se puede tener un derecho sin saberlo. La palabra "interés" sólo puede ser entendida como una engañosa expresión que se refiere al poder místico. Por lo tanto, la definición dice que un derecho es un poder místico que puede hacerse valer, en caso de necesidad, mediante el aparato del derecho.

III. EL ENFOQUE NATURALISTA

Desde el punto de vista metafísico, el concepto de *derecho* (*subjetivo*) es generalmente el concepto primario; el deber jurídico es la contrapartida de aquél; es concebido como si estuviese determinado por el derecho subjetivo. Los naturalistas o antimetafísicos, por el contrario, suelen partir del concepto de *deber*. Lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber.

El positivismo de Austin

Según Austin —el más destacado de los antimetafísicos—, tener un deber no es otra cosa que estar bajo el mandato de otra persona o de un grupo de personas; y esto significa recibir la intimación del deseo de otra persona que tiene el poder y el propósito de causar un mal si el hecho deseado no se realiza. El concepto de derecho subjetivo, a su vez, es definido por el de deber. Todo derecho subjetivo descansa sobre un deber; un derecho es un corolario de un deber, es conferido mediante la imposición de un deber.³

² Von Ihering, *Geist des römischen Rechts* (3ª ed., 1877), pág. 60 (existe traducción castellana de Enrique Príncipe y Satorres, Madrid 1891); Salmond, *Jurisprudence*, 10ª ed., editada por Glanville Williams, 1947, pág. 75.

³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (editado por H. L. A. Hart, 1954), págs. 14, 158, 278 y 285.

De esta manera, los derechos y deberes son tratados a la Tierra. El término "deber" significa una posición de verdadera coacción de una persona sobre otra, y la expresión "derecho subjetivo" corresponde a la ventaja de la otra persona. Las afirmaciones referentes a la existencia de derechos y deberes son consideradas como afirmaciones que se refieren a ciertas situaciones fácticas. Decir que A tiene un derecho con respecto a B es lo mismo que decir que B puede verse expuesto a algunas consecuencias desagradables si no se comporta de acuerdo con los deseos de A respecto de cierto acto.

Esta teoría ha sido objeto de críticas diversas. Ella pretende afirmar cuáles son los hechos observables que hallamos en una situación en la que se considera que existe un deber jurídico. Puede ser correcto que sólo encontremos una situación real de coacción. En todo caso, sin embargo, no es ésta la situación a la que nos referimos cuando hablamos de deber jurídico. El profesor Hart la ha llamado la "situación del asaltante".⁴ Nadie diría que tengo el deber de entregar mi libreta de apuntes simplemente porque un asaltante me amenaza con una pistola para que se la entregue. Es, por cierto, verdad que cuando se considera que una persona está jurídicamente obligada a hacer algo, ella se halla normalmente en una situación de coacción. Cuando el acreedor puede probar la existencia de la obligación, el deudor corre un serio peligro de sufrir medidas coactivas si no cumple con ésta. Pero es esencial, en la idea de obligación jurídica, que esa obligación sea el antecedente de las medidas coactivas. Éstas son aplicadas porque el deber no ha sido cumplido.

Por lo tanto, es evidente que los enunciados acerca de deberes jurídicos no pueden ser interpretados correctamente como enunciados acerca de consecuencias

⁴ Hart, *The Concepts of Law*, 1961, págs. 6 y 80 (existe traducción castellana de Genaro R. Carrío, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1963).

perjudiciales que probablemente han de producirse en caso de desviación de la conducta prescrita. Tampoco los enunciados acerca de derechos subjetivos pueden ser interpretados como enunciados acerca de las medidas coactivas que probablemente serán aplicadas en beneficio de una persona y en perjuicio de otra.

Una crítica similar puede dirigirse contra otras formas de teorías antimetafísicas o naturalistas que aspiran a identificar a los derechos y deberes jurídicos con ciertos hechos empíricos. Es característico de estas teorías el ir *directamente* a los hechos, y decir que nos referimos a este o aquel conjunto de hechos cuando hablamos de un derecho subjetivo y de una obligación jurídica. Todas estas teorías están condenadas al fracaso. Corresponde a la esencia misma de nuestras nociones jurídicas el que los derechos y deberes no se identifiquen con ningún hecho. Poseer un derecho no es nunca la misma cosa que gozar de una ventaja real; la importancia del derecho es especialmente notable cuando uno se ve privado de la ventaja que implica su posesión. Y viceversa, tener una obligación jurídica de hacer algo o de abstenerse de algo no es nunca la misma cosa que estar expuesto a un mandato, a una amenaza o a la probabilidad de sufrir cualquier otra forma de coerción. Equiparar derechos y deberes con los meros hechos importa negarles su substancia misma.

El realismo norteamericano

El movimiento realista en los Estados Unidos reconoce que nuestro lenguaje jurídico está abrumado por el peso de nociones metafísicas. Su objetivo es eliminarlas y situar a la ciencia jurídica sobre bases realmente científicas. La ciencia jurídica tiene que ocuparse de hechos y no de entidades metafísicas.

En el vigoroso lenguaje de F. S. Cohen este programa es formulado de la siguiente manera:

"Nuestro sistema jurídico está repleto de conceptos supranaturales, es decir, de conceptos que no pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. La teoría jurídica moderna presenta un ultimátum a estos conceptos no verificables. Toda palabra que no tenga provisión de fondos en moneda de hechos a la vista, es declarada en quiebra".⁵

Como es sabido, el movimiento realista fue inspirado en las famosas palabras del juez Holmes: "No tenemos que contentarnos con fórmulas vacías simplemente porque hayan sido utilizadas y repetidas con frecuencia de un extremo al otro del país. Tenemos que pensar cosas, no palabras, o por lo menos tenemos que traducir constantemente nuestras palabras a los hechos que ellas representan, si queremos arenarnos a la realidad y a la verdad".⁶

"Los derechos y deberes primarios de los que se ocupa la teoría jurídica no son nada más que profecías. Uno de los numerosos efectos perjudiciales de la confusión entre las ideas jurídicas y morales, sobre lo que habré de decir algo enseguida, es que la teoría puede colocar el carro delante del caballo, y considerar al derecho subjetivo o al deber como algo que existe aparte e independientemente de las consecuencias de su vio-

⁵ "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *35 Col. L. Rev.*, pág. 823 (1935) (existe traducción castellana de Genaro R. Carrió con el título *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires (1962)). Cf. también Morris, y Félix Cohen, *Readings in jurisprudence and Legal Philosophy* (1953) pág. 572, y Llewellyn, en 44, *Harvard L. Rev.*, pág. 1223 (1930-31). Cohen dice que los conceptos jurídicos (por ejemplo "persona jurídica" o "derecho de propiedad") son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable, excepto ante los ojos de la fe, *35 Col. L. Rev.*, pág. 821.

⁶ Holmes, *Collected Legal Papers* (1920), pág. 238.

lación, a la que se agregan, con posterioridad, ciertas sanciones. Pero, como trataré de mostrar, el llamado deber jurídico no es nada más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas se verá obligado a padecer de esta o aquella manera en virtud de la decisión de un tribunal; y lo mismo (vale) para el derecho subjetivo".⁷

De esta manera, puede obtenerse una base empírica para la ciencia jurídica sustituyendo enunciados acerca de derechos y deberes en sentido tradicional por enunciados referentes a la acción judicial. Como dice Cohen:

"Holmes y Hohfeld han proporcionado una base lógica para la redefinición de todos los conceptos jurídicos en términos empíricos, es decir, en términos de decisiones judiciales. Desaparece el mundo fantasmal de las entidades jurídicas supranaturales en las que nuestros tribunales delegan la responsabilidad moral de decidir los casos; en su lugar vemos conceptos jurídicos como pautas de conducta judicial, conducta que para bien o para mal afecta vidas humanas, y que está, por lo tanto, sometida a la crítica moral".⁸

Una redefinición de este tipo ha sido intentada por A. L. Corbin en su artículo "Legal Analysis and Terminology". Su punto de vista general es presentado con claridad de esta manera:

"Cuando afirmamos que existe alguna relación jurídica particular, afirmamos implícitamente la existencia de ciertos hechos, y expresamos nuestro concepto actual de las consecuencias sociales que se producirían normalmente en el futuro. Un enunciado de que existe una relación jurídica entre A y B es una *predicción* acerca de lo que la sociedad, actuando a través de sus tribunales o

⁷ *Ibid. cit.*, pág. 168 y sigs.

⁸ *35 Col. L. Rev.*, pág. 828 y sigs. (1935) (Cohen, *Readings*, pág. 576).

de sus órganos ejecutivos, hará o no hará en favor de uno y en contra de otro".⁹

Esta teoría, que ha sido llamada la teoría de la predicción, puede ser entendida de dos maneras diferentes.

1) Puede ser tomada como una interpretación de las nociones tradicionales de derechos y deberes. En este caso la teoría dice que lo que queremos afirmar al atribuir, en un cierto caso, un derecho o un deber a una persona, es que los tribunales y los órganos ejecutivos del Estado, bajo ciertas condiciones, probablemente harán algo en su favor o en su contra. Esta, sin embargo, no puede ser la intención del lego cuando invoca un derecho en contra de otro. Si alego tener derecho a que otra persona me pague una indemnización por daños y perjuicios, no formulo una predicción acerca de lo que pasará si el otro no satisface de inmediato mi reclamo. Quiero decir que soy titular de una pretensión que el otro debe satisfacer y que estoy facultado para obtener un fallo favorable del tribunal, porque tengo un derecho.

El abogado que defiende ante un tribunal el derecho de su cliente no predice de qué manera el tribunal va a decidir el caso: procura influir en la decisión, venciendo a los jueces acerca del derecho de su cliente. Al fallar en favor del demandante, el tribunal no predice lo que otros tribunales harán en el futuro; adjudica un derecho al demandante. Como interpretación de las nociones corrientes, la teoría de la predicción es, por consiguiente, un obvio fracaso.

2) El sentido de la teoría no es interpretar las nociones usuales sobre derechos y deberes, sino afirmar cuáles

⁹ "Legal Analysis and Terminology", 22 *Yale L. J.*, pág. 163 y sigs. (1819); también en Hall, *Readings in jurisprudence* (1938), pág. 473. *Cf.* Corbin, *Contracts*, pág. 4: "Las relaciones jurídicas son simplemente hechos existentes de la vida vistos a la luz de una pasada uniformidad de acción societaria, que nos permite predecir una acción similar en el futuro con respecto a dos o más personas".

les son los hechos empíricos que encontramos normalmente en una situación en la que se atribuye un derecho o un deber a una persona. El único hecho que encontramos cuando se considera que una persona está obligada es que probablemente está expuesta a una sanción jurídica en caso de conducta contraria a aquella que es calificada como su deber. Los hechos que están presentes en el caso de un derecho subjetivo consisten en la probabilidad de que un tribunal, si quien posee el derecho lo solicita, actuará de cierta manera en su favor.

Esta última interpretación de la posición realista me parece la mejor, aun cuando el lenguaje usado sugiere a menudo la primera. Su sentido es, por consiguiente, señalar acerca de qué tenemos que hablar en la teoría jurídica si queremos atenernos a los hechos: "traducir nuestras palabras a los hechos que éstas representan", o utilizar palabras que "pueden pagar con moneda de hechos". La "redefinición" de los conceptos jurídicos implica entonces un cambio de conceptos metafísicos sobrenaturales por otros conceptos con una base empírica.

Es una verdad evidente que hablamos de hechos empíricos cuando calculamos la probabilidad de acciones futuras por parte de los tribunales, en casos individuales o en un cierto tipo de casos. Sin embargo, pueden formularse las siguientes observaciones a esta teoría:¹⁰

a) No explica el valor y la función real de los conceptos tradicionales.

b) Es discutible que la redefinición nos dé conceptos utilizables. Habrá muchos "si" condicionantes aun en el caso simple de una deuda en dinero: si se interpone una demanda ante un tribunal de manera adecuada, si ciertos testigos dicen la verdad, si el tribunal cree lo que ellos

¹⁰ Como señala Llewellyn, la forma de considerar el derecho como una "predicción de la acción oficial" no es una forma equivocada, pero sí incompleta. 40 *Col. L. Rev.*, pág. 593 (1949).

dicen, si el tribunal acríta de acuerdo con la prueba producida, si interpreta el derecho correctamente, etcétera, el fallo será pronunciado en contra de B y en favor de A; si, además, es posible incautarse de algunos bienes que pertenecen a B, etcétera, estos bienes serán embargados y vendidos y, finalmente, con el producto de la venta se entregará una suma de dinero a A. En el caso del derecho de propiedad, los "si" condicionantes se multiplican varias veces y el tribunal puede actuar de maneras muy diferentes. ¿Cuándo y con qué fines será necesario hablar de situaciones fácticas tan enormemente complicadas?

c) Las posibilidades de un fallo a favor del demandante son calculadas sobre la base del conocimiento del derecho (cuando no únicamente sobre la base de la idiosincrasia del juez o del hecho de que éste ha sido sobornado, etcétera). Pero las reglas jurídicas que se refieren a pretensiones y al derecho de propiedad son concebidas como reglas acerca de derechos subjetivos y deberes. Sin embargo, estas reglas no son enunciados sobre probabilidades: el derecho no predice las acciones probables de los tribunales; se lo concibe como imponiendo ciertas acciones a estos últimos. Cuando estudiamos los precedentes encontramos decisiones que se refieren a los derechos y deberes de las partes en los litigios; como se señaló, las decisiones judiciales no son predicciones de la conducta futura de los tribunales. Las nociones jurídicas son aquí utilizadas en su sentido corriente.

d) La teoría está basada en la suposición de que las reglas jurídicas son reglas impuestas por los tribunales; por esta razón se dice que los enunciados que se refieren al derecho son profecías de lo que los tribunales harán. Pero, ¿qué es un tribunal? Un tribunal está constituido por uno o más jueces designados para esta función de una manera legal, por una autoridad legíti-

ma. El juez, por consiguiente, no es un Atlas que sostiene al mundo del derecho sobre sus hombros. Se encuentra situado dentro del sistema jurídico; está condicionado por otros elementos del sistema a cuyo funcionamiento contribuye en colaboración con muchos otros órganos.

Podrían, así, continuarse las observaciones posibles a la teoría de la predicción. Lo esencial es señalar que las tradicionales nociones jurídicas, digamos, las ideas corrientes de derechos subjetivos y deberes, etcétera, pertenecen al contexto de la realidad social; son, en verdad, un elemento importante de ésta. Por consiguiente, es imposible eliminarlas de la ciencia del derecho. Tienen su lugar en ella; el problema es sólo descubrir qué lugar hay que asignarles, si es que se quiere proceder científicamente.

El punto de vista de Hägerström

Hägerström compartió con los realistas la tendencia antimetáfisica. Su lema era: *praeterea censeo metaphysicam esse delendam*. Pero tenía un agudo interés en las ideas metafísicas como hechos psicológicos. Gran parte de su trabajo, en todas las ramas de la filosofía, estuvo dedicada a analizar estas ideas y a explicarlas psicológica e históricamente. Y no fue poco su interés por estas ideas en su conexión con el derecho.

La idea de derecho subjetivo fue examinada por Hägerström en varios contextos, pero no publicó nunca una exposición sistemática de sus concepciones. Podemos comprenderlo mejor si seguimos su razonamiento desde el comienzo.

Se pueden distinguir tres diferentes etapas en su argumentación, aun cuando Hägerström mismo no hiciera esta distinción. En la primera etapa, la idea de derecho

subjetivo es confrontada con hechos objetivos.¹ En la segunda, intenta aclarar cuál es el contenido de la idea de derecho subjetivo. Este es enfocado, por así decirlo, desde dentro.² El análisis de la idea de deber jurídico se realiza siguiendo líneas similares.³ En la tercera etapa, estas ideas son consideradas críticamente desde afuera.⁴ A este análisis se agrega una explicación psicológica⁵ y una histórica.⁶

1) Ante todo, Hägerström sostiene que un derecho subjetivo, tal como se lo concibe generalmente, no puede ser identificado con ningún hecho. Señala que la ciencia moderna trata de usar sólo aquellos conceptos que corresponden a hechos; pero en el caso de los conceptos de derechos subjetivos y deberes no es posible encontrar tales hechos.

Investiga todas las posibilidades concebibles de identificación de un derecho con una situación fáctica, pero todas son rechazadas. No es necesario repetir los argumentos en toda su extensión. Hägerström dice: "Mi derecho de propiedad sobre una casa no puede consistir en el hecho de que el Estado garantice mi posesión tranquila de la casa. El Estado no hace nada de esto. Los órganos del Estado actúan únicamente si mi posesión ha sido violada por alguien que no tiene fundamento jurídico para tomar posesión. Lo que el Estado puede hacer es sólo facultarme a recuperar la posesión de la casa. Más aún, ¿quién podría hacer depender la existencia del derecho de propiedad de la prueba de mi título? Sin embargo, yo no puedo obtener ayuda jurídica de las autoridades si mi título no está probado".

"También se ha dicho —continúa Hägerström— que el derecho de propiedad de una persona significa el hecho de que el Estado ordena a todos los demás respetar la posesión de aquélla, y que amenaza con tomar medidas coactivas en su beneficio en caso de desobediencia a esta orden. Pero si se falla a favor del demandante, la

razón aducida es que su derecho ha sido infringido. Si la parte contraria creyó, de buena fe, que tenía derecho, no puede decirse que ha desobedecido: pues en este caso no sabía que existiera alguna orden dirigida contra ella, y nadie puede desobedecer una orden si no sabe que existe".

Hägerström pone énfasis en el hecho de que se cree que un derecho es creado a través de hechos operativos sin tener en cuenta cuáles pueden ser sus consecuencias reales. Dice al respecto:

"De acuerdo con la manera corriente de ver las cosas, tan pronto como existen hechos que están conectados por la ley o por la costumbre con la aparición de un 'derecho' o de un 'deber' dentro de la esfera del derecho privado, el 'derecho' o el 'deber' en cuestión se transforma en una realidad, aun cuando la persona que tiene el 'derecho' no goza de la ventaja que aquél implica sin recurrir a los tribunales, y tampoco puede llenar las condiciones requeridas para obtener algo equivalente mediante un proceso legal."¹¹

Hägerström concluye que no es posible descubrir hechos que correspondan a la idea de derecho subjetivo:

"La base fáctica que buscamos no puede ser encontrada, pues, ni en la *protección garantizada* ni en el *mandato dispuesto* por una autoridad externa. Pero, por otra parte, no podemos encontrar ningún otro hecho del que pueda decirse que corresponde a nuestra idea de derecho de propiedad o de pretensión legítima. Esta dificultad insuperable para encontrar los hechos que corresponden a nuestras ideas de tales derechos, nos obliga a suponer que estos hechos no existen y que aquí nos ocupamos de ideas que no tienen nada que ver con la realidad."¹²

¹¹ (Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (1953) (Trad. inglesa de C. D. Broad) pág. 322. El argumento precedente está expuesto en la misma obra, pág. 1 y sgs.

¹² *Loc. cit.*, pág. 4.

2) Si no es posible encontrar una base fáctica a la idea de derecho subjetivo, el problema siguiente consistirá en elucidar esta idea. Hägerström señala que un derecho no puede significar únicamente que su poseedor no hace nada moralmente malo al pretender aquello que le es debido. Se dice que el acreedor *puede* demandar al deudor el pago de una suma de dinero. Esto implica un poder sobre el deudor; pero este poder no puede ser reducido al mero hecho de que el acreedor no hace nada malo al formular su deseo. De acuerdo con la concepción común, el derecho del propietario a hacer lo que quiere con la cosa es una simple consecuencia del hecho de que la misma le pertenece. Pero la cosa no pertenece a su personalidad de la misma manera que puede pertenecerle un miembro de su cuerpo; es siempre algo externo a éste. Lo que aquí se quiere significar es un poder sobre una cosa. El poder, sin embargo, no es un poder real. Hägerström continúa:

“Parece, pues, que lo que queremos indicar por derechos de propiedad y pretensiones legítimas son fuerzas reales, que existen con total independencia de nuestros poderes naturales; fuerzas que pertenecen a un mundo distinto del de la naturaleza, y que la legislación o las otras formas de creación de derecho simplemente liberan. La autoridad del Estado se limita a prestar su ayuda para hacer que estas fuerzas, en la medida de lo posible, incidan en la realidad. Pero ellas existen antes de que se les preste esa ayuda. De esta manera, podemos entender por qué uno lucha mejor cuando cree que le asiste un derecho.

“Sentimos que hay aquí fuerzas misteriosas en el trasfondo, de las que podemos obtener apoyo. La teoría jurídica moderna, bajo la presión de la demanda universal que se ejerce actualmente sobre la ciencia, trata de descubrir hechos que correspondan a estas supues-

tas fuerzas misteriosas, y se encuentra con dificultades insalvables porque estos hechos no existen. Los puntos de vista tradicionales nos dominan, y tratamos de incorporarlos a la estructura del pensamiento moderno, sin éxito, porque no están adaptados a él”.¹³

3) Los intentos de reducir un deber jurídico a una relación fáctica han sido análogos. La crítica es similar. Un deber no se identifica con el hecho de que se ha dictado una orden por la autoridad legislativa, ni con el hecho de que la autoridad amenaza con aplicar una sanción en caso de incumplimiento del deber.

“A partir de aquí somos conducidos inevitablemente a la concepción de que la noción de deber jurídico no puede ser definida con referencia a ningún hecho, sino que tiene una base mística, tal como ocurre con la de derecho subjetivo. Parecería que ‘deber jurídico’ significa una obligación con respecto a una acción determinada, que existe independientemente de cualquier autoridad real y que es cristalizada por la legislación o por cualquier otra forma de creación de derecho. La interferencia de la autoridad legislativa es una reacción que depende de nuestra falta de cumplimiento de la acción que constituye nuestro deber.”¹⁴

4) Si se acepta que el análisis es correcto, se presenta la cuestión de saber qué significa un poder misterioso. Hägerström no ha examinado sistemáticamente este problema; sólo se encuentran formulaciones ocasionales en sus escritos. Sin embargo, parece posible captar lo que este autor quiere decir.

En una parte, Hägerström dice que el poder sobrenatural, lo mismo que su contraparte, el vínculo sobrenatural, es lógicamente absurdo: se considera que pertenece a una esfera suprasensible y, sin embargo, su

¹³ *Loc. cit.*, págs. 5 y sigs.

¹⁴ *Loc. cit.*, pág. 8.

objeto pertenece al mundo fáctico del tiempo y del espacio. Por consiguiente, es y no es al mismo tiempo un elemento de este mundo:

“Se considera que el derecho subjetivo hace referencia a una realidad que se eleva por encima del mundo físico. Sin embargo, por otra parte, se supone que todo ‘derecho subjetivo’ tiene como *objeto* propio una ventaja que pertenece al mundo físico y que todo ‘deber’ tiene como objeto propio una cierta manera de actuar en este mundo.”¹⁵

Evidentemente, Hägerström considera que tenemos una noción del *objeto* del derecho subjetivo, que consiste en una “ventaja”; por ejemplo, la posesión tranquila de una cosa, o una acción de otra persona, como la entrega de ciertos bienes. Pero, ¿qué noción se expresa al decir que uno tiene un derecho a la ventaja en cuestión? ¿Qué es lo que tenemos en mente más allá de la noción del objeto? ¿Qué es el derecho subjetivo en sí mismo? Hägerström dice que es un poder sobrenatural, pero de este poder sobrenatural se dice que es lógicamente absurdo. Esto implica, sin embargo, que la expresión “derecho subjetivo” en sí misma no expresa noción alguna. En otro contexto, Hägerström resume su análisis de la noción de derecho subjetivo diciendo que uno simplemente *cree* que está dotado de una fuerza sobrenatural con respecto a cosas y personas, que es independiente del poder natural.”¹⁶

El resultado final del análisis parece ser, pues, que la expresión “derecho subjetivo” no expresa ninguna noción de representación. Es una fórmula “hueca” en el sentido de que no tiene trasfondo conceptual. Tene-

mos la noción del objeto de un derecho pero no del derecho mismo.

Que yo sepa, Hägerström nunca afirmó expresamente esta consecuencia. Sin embargo, la misma parece surgir de su razonamiento. Tenemos que concluir que cuando hablamos de un derecho como presente, ninguna noción puede encontrarse más allá de la palabra misma, auditiva o visualmente dada; pero esta noción está acompañada por una idea flotante de que la palabra da expresión a algo indeterminado que creemos que es un poder que existe independientemente de las situaciones reales de poder. Esta interpretación está de acuerdo con la caracterización de Hägerström de los conceptos “metafísicos” en general, por ejemplo, el concepto de una *causa sui*. Considera a estos “conceptos” como simples concatenaciones de palabras sin pensamiento real detrás de ellas. Sin embargo, debido a ciertas razones psicológicas, uno tiene la ilusión de que hay realidades conectadas con estas palabras.

5) Psicológicamente, Hägerström explica la ilusión de los poderes y vínculos místicos, por el trasfondo emocional: la idea de poseer un derecho respecto de algo hace surgir un sentimiento de poder; la idea de estar obligado a hacer algo genera un sentimiento de estar bajo presión. Estos sentimientos alimentan la creencia de que existen poderes y vínculos reales.

6) Históricamente, las ideas de derechos y obligaciones son explicadas como derivaciones de ideas primitivas de poderes y vínculos sobrenaturales que podrían ser establecidos y manipulados por medios mágicos, Hägerström concluye su introducción a *Der römische Obligationbegriff* diciendo:

“Hemos explicado ahora lo que sucede a la ciencia jurídica cuando, impelida por la exigencia que se formula a la ciencia moderna, trata de exhibir los hechos que corresponden a sus nociones características de de-

¹⁵ *Loc. cit.*, pág. 324.

¹⁶ “Selbstdarstellung”, en *7 Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, 1929.

rechos y deberes jurídicos. Por una parte, no puede descubrir nada que corresponda a aquellas nociones, tal como son efectivamente usadas; por otra, recurre a algo que sólo aparentemente es objeto de la experiencia. De esta manera, se muestra que las nociones en cuestión no pueden ser reducidas a ninguna realidad. La razón es que, en verdad, aquéllas tienen sus raíces en ideas tradicionales de fuerza y vínculos místicos.¹⁷

Esa obra voluminosa está dedicada a una investigación de las ideas jurídicas de los romanos, especialmente aquellas vinculadas con el antiguo derecho de los ciudadanos romanos, el *ius civile*. Tiene como complemento el ensayo "Das magistratesche Jus".¹⁸ Hägerström quiere mostrar que el *ius civile* era un sistema de reglas para adquirir poderes sobrenaturales, ya que todos los antiguos actos jurídicos, tales como la *mancipatio*, la *stipulatio*, etcétera, eran actos mágicos.

La concepción de Lundstedt

Sobre la base de las investigaciones de Hägerström, su amigo y discípulo Vilhelm Lundstedt lanzó su vigorosa crítica a la teoría jurídica, cuya substancia se expresa en el título de su obra más importante: *El carácter no científico de la teoría jurídica*.¹⁹ Lundstedt dice que no hay derechos subjetivos ni deberes. Por consiguiente, cuando la teoría jurídica pretende examinar derechos y deberes, aprecia su importancia y establecer las condiciones de su existencia, su objeto es ilusorio. Los derechos y deberes no pueden ser objeto de investiga-

¹⁷ *Inquiries* (en donde se publica una traducción de la Introducción), pág. 16.

¹⁸ Hägerström, "Das magistratesche Jus in seinen Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte", en *Uppsala universitets årskrift*, 1929.

¹⁹ En alemán: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (1932-35).

ción científica. Cuando se los transforma en objeto aparentemente de una ciencia, ésta degenera en un puro escolasticismo.

Lundstedt nunca logró evitar hablar de derechos y deberes al examinar los problemas jurídicos. En sus escritos en sueco dice a veces que un derecho subjetivo, en el sentido realista, no puede ser otra cosa que una posición favorable que se produce con respecto a una persona en virtud de la presión psicológica ejercida en los demás debido al mantenimiento del aparato jurídico; un deber en sentido realista es la correspondiente situación de coacción. Desde luego, sabía perfectamente que, cuando hablamos de derechos y deberes, nosotros referimos a estas situaciones fácticas; en un lugar dice expresamente que él mismo violenta el lenguaje al usar las expresiones "derecho subjetivo" y "deber" para denotar estas situaciones fácticas.²⁰ En su última obra fue aún más lejos y propuso que estos términos fueran evitados en el lenguaje científico:

"Hablando con propiedad, las expresiones 'derechos subjetivos', 'deberes', 'obligaciones', 'relaciones', 'pretensiones' y 'demandas' no deberían ser utilizadas ni siquiera como términos o rótulos (para ciertas realidades). Pero creo que será imposible eliminarlas en la práctica común del derecho (fuera o dentro de los tribunales). Si los juristas usan tales términos y si tienen miedo de ser mal interpretados, deben colocar la palabra en cuestión entre comillas."²¹

²⁰ *Grundlinjer i skad standstratten*, II: 1 (1944), pág. 523.

²¹ *Legal Thinking Revised* (1956).

IV. PROBLEMAS ACTUALES

Si tratamos ahora de hacer un balance de la discusión anterior, éste, en mi opinión, sería aproximadamente así.

Hay que abandonar los intentos de identificar derechos y deberes con hechos reales; nunca tendrán éxito. Los derechos y deberes no son concebidos como situaciones fácticas. La idea es que la situación fáctica *debe* ajustarse al derecho o al deber.

Volver a la posición metafísica es algo que está fuera de discusión. Esto significaría la declaración de quiebra de la ciencia jurídica.

Un enfoque antimetafísico, según las líneas indicadas por Hägerström, parece ser el único posible desde el punto de vista científico. Pero hay muchos problemas que deben ser solucionados.

Las teorías de Hägerström y Lundstedt con respecto a los conceptos de derecho subjetivo y deber han tropezado con la oposición de los juristas. Tres objeciones les fueron formuladas en repetidas oportunidades.

La primera afirma que la interpretación de las ideas corrientes es equivocada. Ningún jurista reconocerá que su idea de un derecho subjetivo es la de un poder misterioso. Será imposible convencerlo de que ésta es su idea. Tampoco podrá ser persuadido de que los hombres de negocios creen que intercambian poderes misteriosos cuando hacen sus transacciones —que consisten,

precisamente, en un intercambio de derechos— o que alguno de nosotros realiza un acto de magia al comprar un periódico en la calle.

La segunda objeción se basa en que el derecho es inconcebible sin derechos subjetivos y deberes. El derecho es, para nosotros, un sistema de reglas acerca de derechos subjetivos y deberes. Como el profesor Allen señala: "No es fácil ver en qué pueda consistir el derecho, si faltan derechos subjetivos y deberes".²²

La tercera objeción sostiene que es imposible analizar problemas jurídicos sin usar las expresiones "derecho subjetivo" y "deber". No se puede dar un solo paso en la teoría jurídica sin emplear estos términos. Esta objeción está íntimamente vinculada con la segunda; es, en realidad, sólo su aspecto lingüístico. Con respecto al intento de Lundstedt de usar los términos en un nuevo sentido realista, se ha considerado que, en la práctica, su terminología no difiere de la usual; esto podría significar que el uso corriente satisface las exigencias científicas o que Lundstedt no ha logrado establecer una nueva terminología en lugar de la corriente.

La primera de estas objeciones ha sido ya considerada. Es evidente que no pensamos en poderes y lazos misteriosos. Más aún, un poder misterioso no significa nada. Como se acaba de afirmar, la expresión "derecho subjetivo" es una fórmula hueca en el sentido de que no expresa ninguna noción. La ilusión de un poder de tipo no fáctico proviene de un sentimiento de poder. Este sentimiento se presenta sólo en ocasiones especiales, sobre todo en situaciones de conflicto. La mayoría de las veces no existen sentimientos fuertes ni sentimientos de ninguna especie, en el lenguaje jurídico o en la vida diaria. Lo mismo hay que decir de la

palabra "deber". Usamos las expresiones "derecho subjetivo" y "deber" como si significasen poderes y vinculaciones no fácticas, pero lo hacemos sin pensar realmente en tales cosas.

Si esto es correcto, las otras dos objeciones siguen siendo válidas. Para aclarar su importancia es necesario un estudio empírico del lenguaje jurídico. La explicación ofrecida tiene que ser corroborada por la experiencia. Supongamos, por consiguiente, a los fines de este argumento, que las expresiones "derecho subjetivo" y "deber" son realmente "huecas" en el sentido indicado. ¿Es posible explicar su función o sus funciones reales sobre la base de esta suposición? Este es el problema que habrá que examinar ahora.

Para preparar el terreno son necesarias algunas observaciones con respecto a las funciones del lenguaje.

²² Allen, *Legal Duties and other Essays in Jurisprudence* (1931), págs. 157.

V. FUNCIONES DEL LENGUAJE

Nuestro lenguaje está modelado para servir a nuestros propósitos. En la filosofía moderna se ha señalado frecuentemente que estos propósitos son múltiples. Las palabras son usadas no sólo para describir la realidad o informar acerca de hechos; también se las usa para expresar emociones, para provocarlas y para influir en la conducta.²³ En cierta medida, las mismas funciones son llenadas con miradas y gestos. Con respecto al lenguaje, es particularmente importante señalar que no hay razón para que los *sustantivos* sean utilizados únicamente para denotar realidades. Fácilmente somos inducidos a creer que tal es el caso, debido a que el denotar realidades es, indudablemente, la función primaria de los sustantivos. Pero, ¿por qué los sustantivos no han de ser utilizados para estimular una acción o una omisión o para expresar o provocar emociones?

No es necesario ir muy lejos para encontrar sustantivos cargados de propiedades emotivas, aparte de la denotación de realidades.

Es el caso de palabras tales como "padre" y "madre". Pero, ¿no tienen también estas palabras una ten-

²³ Esto es tenido en cuenta por Glanville Williams en su ensayo "Language and the Law", en 61 y 62 L. Q. Rev. (1945-46). No trato de tomar ningún partido en la controversia acerca del significado del signifi- cado. El razonamiento que sigue es independiente de la discusión sobre este tema.

dencia a influir en la conducta? Otro ejemplo lo da la palabra "iglesia". Es usada en el sentido concreto para designar ciertos edificios, pero su propiedad emotiva es evidente; en ciertas circunstancias, la palabra misma puede incitar a la acción. Supongamos que entramos en una sala de reunión en un edificio moderno que no hemos reconocido como una iglesia, y que alguien nos informa que es una iglesia: automáticamente nos quitamos el sombrero. La palabra misma provoca una acción, quizás sin intervención del pensamiento.

Palabras como "padre", "madre" o "iglesia" tienen una referencia a hechos; a esto se agrega una significación emotiva. Pero, ¿por qué no ha de ser posible que existan sustantivos que carezcan de tal referencia? Esta posibilidad no puede ser excluida *a priori*. Es verdad que, aparentemente, todos los sustantivos se refieren siempre a realidades. El objeto al cual se refieren puede, por supuesto, existir sólo en la imaginación, como en el caso del sustantivo "centauro". Pero, ¿por qué no habrá de ser posible que este objeto no exista siquiera en la imaginación? Tal sería el caso de una palabra "hueca" y ésta es la posibilidad que tenemos que investigar ahora.

La función técnica de las palabras huecas

Yo creo que aquí nos ocupamos de un aspecto muy importante del lenguaje que merece detenida atención. Tomemos como ejemplo palabras relativas a unidades monetarias, tales como "dólar" y "libra". Esto puede ser instructivo.

¿Qué es una libra? No es, desde luego, idéntica al billete de papel, pues un billete de una libra se considera que únicamente representa una libra, y un billete de diez libras representa diez libras. Durante un tiempo se

pensó que una libra significaba una cierta cantidad de oro de una cierta finura. Se cuenta que Robert Peel dijo en la Cámara de los Comunes que "por más que se esforzara, no podía concebir otra idea de una libra estrellada que la de un determinado peso de metal oro".²⁴ Esta opinión, que en aquella época era compartida por casi todos, fue plausible en los días de apogeo del patrón oro; de cualquier manera, no es posible mantenerla cuando los billetes no pueden ya ser convertidos en oro.

¿Qué es, pues, una libra? En el billete de una libra se lee que el Banco de Inglaterra promete pagar a quien lo presente la suma de una libra. Pero, ¿qué sucede si se pide al venerable Banco de Inglaterra que cumpla su promesa? Se recibirá otro billete con la misma inscripción, y así hasta el infinito. Nunca se recibe la libra misma.

Parecería que la libra se ha desvanecido en el aire. El profesor Hawtrej la ha comparado con la sonrisa del gato Cheshire, que es lo único que queda cuando el gato mismo ha desaparecido.²⁵

A fin de dar alguna substancia a la noción de unidad monetaria se ha dicho que la unidad significaba una cierta cantidad de valor. Pero, ¿qué es una cantidad de valor? ¿Cómo se puede representar mentalmente una cantidad de valor? Es posible representar las cosas que se compran con una libra o con un dólar; pero esto es algo diferente. Más aún, lo que se puede comprar con una libra depende del número de libras que uno disponga.

Parece que es imposible encontrar lo que denotan las palabras "libra" o "dólar". ¿No es esto paradójico? Contamos cantidades de libras y de dólares; ¿sería posible hacerlo si no hubiera objetos que contar?

²⁴ Citado en el libro del autor, *The problem of the Monetary Unit*, Mac Millan, Nueva York, 1957, pág. 89.

²⁵ Hawtrej, *The Gold Standard in Theory and Practice*, 5^a ed., 1947.

Sin embargo, la dificultad de encontrar objetos denotados por las palabras "libra" o "dólar" parece ser insuperable. Es necesario buscar otra salida.

El asunto se aclara si consideramos los efectos sociales y jurídicos que tiene la promesa de pagar una suma de libras. Si hago esta promesa me coloco en una posición de coacción. Una trampa se cierra sobre mí. A menos que quiera exponerme a consecuencias muy desagradables, tengo que realizar lo que se llama "pagar a su debido tiempo". Si no hago esto perjudicaré mi reputación y sufriré una pérdida de crédito. Más aún, el que promete se ve amenazado con consecuencias jurídicas muy serias. Puede ser demandado y sus bienes embargados y vendidos para satisfacer al acreedor.

Para que suceda todo esto es irrelevante que existan o no los objetos denotados con la palabra "libra". Lo que importa es que alguien haya hecho la promesa de pagar tantas y tantas libras; la opinión pública, al igual que el derecho, exige una cierta conducta cuando se ha hecho una promesa de ese tipo. La conducta contraria trae aparejadas las mencionadas consecuencias.

Pero, ¡un momento! La conducta que se me exige consiste en el pago de una suma de libras. ¿Cómo puedo realizar este acto si no existen objetos que son caracterizados como libras? ¿No es necesario que yo entregue algunos objetos, llamados libras, que pueden ser contados?

Para responder a esta objeción basta con que recordemos de qué manera se realizan los pagos en nuestra sociedad. Los pagos pequeños se hacen entregando ciertos trozos de papeles o trozos de metal emitidos por un banco con este fin. En estas hojas de papel y trozos de metal hay una inscripción que reza "una libra", "un che-lín", etcétera; en virtud de esta inscripción se dice que estos objetos representan tantas unidades monetarias. No tenemos en nuestras manos las unidades mismas,

sino sus representantes; pero mediante la entrega de estos representantes, se considera que se transfiere el correspondiente número de unidades.

La mayor parte de los pagos son hechos por medio de cheques. Esto significa que el acreedor, en lugar de su pretensión contra el deudor, recibe una pretensión contra un banco. Ella puede ser utilizada por el acreedor, por ejemplo, para pagar sus propias deudas. Hay una cadena infinita de intercambio de pretensiones, en la cual las pretensiones de grado inferior son cambiadas por pretensiones de grado superior contra los bancos y las pretensiones recíprocas de los bancos son compensadas mediante el *clearing*.

Los fondos de las cuentas bancarias, al igual que las monedas y los billetes, no se consiguen fácilmente. Por esta razón, es un paso muy serio el comprometerse a pagar una suma de dinero. Tengo que preocuparme de poder realizar uno de aquellos actos que se consideran causantes de la transferencia de la suma prometida.

En ninguna parte se encuentran las libras, salvo en el lenguaje. Pero esta forma de lenguaje es socialmente muy importante. No interesa que las libras sean objetos. Lo importante es que hablemos de ellas de una cierta manera.

En realidad, una de las más fecundas invenciones de la mente humana es el conservar las formas del lenguaje, no obstante haber sido eliminados los objetos a que aquéllas se refieren. Sería imposible manejar miles de millones de objetos; pero es fácil hablar de ellos y utilizarlos en la contabilidad.

Para poder cumplir sus funciones sociales, el lenguaje no puede ser desordenado. Hay ciertas reglas que gobiernan su uso. Para que una promesa de pagar una suma de dinero sea jurídicamente relevante tiene que llenar los requisitos que impone el derecho; un cheque, por ejemplo, debe ser redactado en la forma prescripta. No

sin razón el sistema monetario ha sido comparado a un juego gigantesco; es esencial jugar este juego de acuerdo con sus reglas.

El caso de la unidad monetaria es altamente esclarecedor. Encontramos aquí un sustantivo que, aparentemente, es usado para denotar un objeto. Pero no hay objeto alguno: la palabra ha cesado de denotar algo. Sin embargo, desempeña un papel importante cuando se la usa de cierta manera, de acuerdo con el derecho y la costumbre social. Por su intermedio se lleva a cabo todo el intercambio de bienes y servicios. Para obtener la entrega de algunos bienes o la realización de un servicio, uno se coloca a sí mismo en una posición de coacción, al hacer una promesa de pagar una suma de dinero en una cierta fecha; para liberarse de la posición de coacción es necesario realizar uno de aquellos actos formales que son considerados necesarios para lograr la transferencia de la suma de dinero prometida. Así funciona la maquinaria de la economía. Nadie se interesa por preguntar acerca de los supuestos objetos designados por la palabra que menciona la unidad monetaria; los bienes, los servicios, las posiciones de coacción y los medios para liberarse de ellas es lo que interesa.²⁶

La función de la palabra que designa la unidad monetaria es técnica; no es ni emocional ni volitiva. Además, la función técnica ha sido sumamente afinada por medio de reglas precisas que se refieren a promesas, billetes bancarios, monedas, cheques, letras de cambio, contabilidad, etcétera. Vale la pena preguntar si hay otros ejemplos de estas funciones técnicas de las palabras en el campo del derecho.

Antes de entrar en esta cuestión es conveniente examinar una forma lingüística muy usada en las transacciones jurídicas de todo tipo.

²⁶ El argumento está expuesto en *The problem of the Monetary Unit*.

*Expresiones realizativas**

El término "expresiones realizativas" (*performatives utterances*) fue acuñado por el profesor Austin.²⁷ Es un término y un concepto que merece la atención de los estudiosos del derecho.

Se puede poner como ejemplo aquello que el nuevo funcionario dice en la ceremonia de juramento, al asumir el cargo: "Si juro", esto es, "juro cumplir con todas las obligaciones inherentes al mismo". Otro ejemplo es: "doy y lego mi reloj a mi hermano".

Reconocemos inmediatamente la forma de lenguaje que se utiliza por lo general en promesas, contratos, testamentos y otros tipos de negocios jurídicos. Tales expresiones no son utilizadas para relatar hechos. No describen nada. Su propósito es establecer una nueva relación jurídica.

El giro "expresiones realizativas" es muy apropiado. Evidentemente, al formular tales expresiones realizamos una acción. Pero, ¿qué clase de acción es la que realizamos según la idea que subyace en la forma lingüística?

Esto se ve claramente si se repara en las consecuencias jurídicas vinculadas a estas expresiones. Se considera que hacen surgir derechos y deberes o calidades jurídicas. El que presta juramento toma posesión del cargo, esto es, adquiere el *status* jurídico de funcionario. A la muerte de aquel que legó el reloj a su hermano, éste adquiere el derecho de propiedad del reloj. El vendedor promete la entrega de un automóvil previo pago de mil libras, y el

* "Realizativas" es, sin duda, un neologismo. Pero también lo es "performative" en inglés, palabra ésta derivada del verbo "to perform", que significa realizar o ejecutar (una acción o un acto). (*N. del T.*)

²⁷ En una conferencia radial pronunciada en 1956 y publicada en el volumen *Philosophical Papers*, editado por J. O. Urmson y G. J. Warnock, Oxford, The Clarendon Press, 1961, pág. 220 y sigs.

comprador promete pagar esta suma por el automóvil; ambas partes son consideradas entonces como dotadas de derechos y cargadas de deberes de acuerdo con el contenido del contrato.

En pocas palabras, con las expresiones realizativas en el campo del derecho, ostensiblemente realizamos la creación de derechos y deberes, relaciones y propiedades jurídicas. Derechos y deberes son establecidos mediante contratos; el derecho de propiedad se transfiere. Se constituye una sociedad y se la registra debidamente; ella se convierte en persona jurídica. Un inmigrante de un país extranjero es naturalizado por una declaración de la autoridad competente y, de esta manera, se convierte en ciudadano. Una persona es designada profesor y se convierte en tal.

Por consiguiente, se supone que las expresiones realizativas jurídicas tienen un efecto creador. De acuerdo con nuestra manera de pensar, derechos, deberes y calidades jurídicas son creados, cambiados o suprimidos mediante la formulación de estas frases. De esta manera se realiza el negocio jurídico.

Se considera que estas frases no son efectivas en cualquier circunstancia. Es necesario observar ciertas condiciones. Las palabras del nuevo funcionario tienen que ser pronunciadas durante el acto de asunción del cargo; si se pronuncian en cualquier otra ocasión son consideradas sin valor al efecto. El contrato tiene que ser concluido entre personas mayores de edad que no estén afectadas de incapacidad mental, etcétera. Se considera que las frases tienen el efecto deseado sólo cuando son pronunciadas en una situación de tipo especial; a menudo la persona que las pronuncia debe ocupar una cierta posición dentro de la organización social, pero si estos requisitos son cumplidos, nadie duda de que realmente son efectivas.

Estamos tan acostumbrados a este lenguaje y a esta forma de pensar que no nos detenemos generalmente a

reflexionar sobre esto. Pero supongamos que lo hacemos; supongamos que preguntamos cómo es posible que se produzca un efecto simplemente pronunciando palabras y diciendo que el mismo *debe* tener lugar; súbitamente, el lenguaje parece algo absurdo. Es el lenguaje de la magia.

En realidad, el sentido de todas las expresiones verdaderamente realizativas es, en verdad, mágico. Se proponen crear algo. Lo que se considera que se realiza es la creación de una relación o de una propiedad no física por el hecho de pronunciar algunas palabras. Estos actos caen dentro de la categoría de la magia.

Hägerström prestó gran interés a estas observaciones. Hablaba de magia donde ahora otros hablan de expresiones realizativas. En uno de sus últimos escritos afirma que una ama de casa que compra pescado en el mercado realiza un acto de magia.²⁸ Lundstedt arguyó de manera muy semejante en sus ataques a la teoría jurídica.

En su obra sobre el derecho romano, Hägerström ofrece una prueba abundante de que las transacciones jurídicas del *jus civile* tenían el carácter de actos mágicos. Probablemente eso ocurra en todas partes con las transacciones jurídicas.

Es posible preguntarse por qué, cuando los noruegos comenzaron a colonizar Islandia en el siglo IX, no eligieron un lugar más agradable para su residencia. Pero esto estaba fuera de la cuestión. El lugar tenía que ser elegido por los dioses. Consecuentemente, cuando el barco se aproximaba al nuevo país, los postes en los que habían sido colocados los dioses del hogar eran arrojados por la borda. Era necesario radicarse en el lugar en que aquéllos llegaban a la costa. Pero esto no era sufi-

²⁸ Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und modernen Kulturvölker, en *Festschrift für Gronenskiöld*, Helsinki, 1933, pág. 84.

ciente. Para apropiarse de un terreno requerían ciertas ceremonias mágicas, tales como disparar flechas encendidas por encima del terreno.²⁹ Entonces la tierra era de uno. Se había adquirido un poder místico o mágico con respecto a ella, bajo la guía de los dioses, a través de los ritos apropiados. ¿Puede dudarse de que uno de los orígenes de la idea de derecho de propiedad ha de ser buscado en la creencia de un poder místico obtenido de esta manera?

Un buen ejemplo de un antiguo acto jurídico con carácter mágico es la ceremonia para ungir reyes referida en las leyes provinciales suecas del siglo XIII. Esta ceremonia es mucho más antigua que la coronación que introdujera la Iglesia. No sabemos cómo era designado el hombre que debía ser rey; pero era necesario "crear" al rey mediante un rito complicado. El elegido era colocado en una piedra sagrada, los hombres de derecho de las diferentes provincias recitaban varias veces una fórmula y se le entregaban las insignias de la realeza. De esta manera se suponía que quedaba dotado de los poderes místicos pertenecientes al rey.³⁰

La ceremonia de casamiento de nuestras antiguas leyes es análoga al rito de "creación" del rey.³¹ Las ceremonias de transferencia del derecho de propiedad sobre la tierra eran también notoriamente mágicas. Por donde busquemos en los anales del derecho, encontraremos probablemente casos semejantes. En los primeros estadios de los que nos quedan vestigios, los actos jurídicos eran actos mágicos.

Este es un hecho de gran importancia para la comprensión de nuestro lenguaje jurídico. En su origen, éste

es el lenguaje de la magia. Ha conservado su forma hasta el presente. Hablamos como si creásemos efectos invisibles con simples palabras. Pero sería erróneo rechazar, por esta razón, a ese lenguaje, como si careciese de sentido. Su utilidad es obvia. Lo importante es tratar de comprender nuestro lenguaje jurídico tal como es. Para intentar esto podemos pasar por sobre la cuestión de saber en qué medida es posible comprobar la existencia de creencias mágicas en nuestra época.

²⁹ Véase Stromback, "Att helga land", en *Festskrift tillagnad Axel Hägerström* (1928), pág. 198 y sigs.

³⁰ Véase el ensayo del autor, "Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht", en *Lands universitets arsskrift*, 1947.

³¹ *Ibidem*.

VI. COMPRENSIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO

El propósito de todas las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos, es influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras. El lenguaje jurídico tiene que ser considerado, en primer lugar, como un medio para este fin. Es un instrumento de control social y de comunicación social. Podemos llamarlo lenguaje *directivo*, por oposición al lenguaje *informativo*. Conviene destacar esta distinción, pues nuestro inveterado hábito de considerar al lenguaje primordialmente como un medio para describir hechos, conduce fácilmente a falsas interpretaciones.

El análisis anterior nos ha proporcionado cuatro claves importantes para resolver los enigmas del lenguaje jurídico. Una es la función emotiva de las palabras; otra, su función volitiva. En tercer lugar está la función de las llamadas palabras huecas; ésta puede ser llamada *función de signo*. Por último, la noción de las *oraciones realizativas* es sumamente útil.

En este ensayo, sólo es posible hacer algunas pocas sugerencias. Éstas se referirán, principalmente, a las *oraciones realizativas jurídicas* y a la *función de signo* de las palabras huecas.

Expresiones realizativas jurídicas

Comencemos con otro ejemplo de Austin.³² Al botarse un nuevo barco, la mujer del presidente de la compañía naviera rompe una botella de champaña contra la proa de la embarcación diciendo: "Bautizo a este barco con el nombre de *Queen Elizabeth*". A partir de ese momento, todo el mundo está de acuerdo en que el barco se llama *Queen Elizabeth*. Pero supongamos, continúa Austin, que a último momento un obrero se adelanta, toma la botella y la rompe contra el casco diciendo: "Bautizo a este barco con el nombre de *Generalissimo Stalin*". Se consideraría entonces que la ceremonia de bautismo no ha sido realizada y el barco no lleva en realidad el nombre de *Generalissimo Stalin*.

¿Cuál es la diferencia? En ambos casos se ha pronunciado una oración realizativa con referencia al barco. En el primer caso se considera que ha sido formulada de manera adecuada. Si la mujer del presidente, siguiendo la ceremonia acostumbrada, ha pronunciado la oración que da el nombre al barco, todo el mundo está de acuerdo y llama al barco por este nombre. En el otro caso, esto no sucede. El bautismo del barco por una persona no designada para realizar esta tarea es considerado como un ultraje y la gente no lo tiene en cuenta.

La diferencia, por consiguiente, reside en el efecto de la oración realizativa en la mente de los demás. La gente está preparada para aceptar y utilizar, sin la menor reflexión, el nombre dado por la mujer del presidente. Esta disposición es la consecuencia del predominio de una cierta costumbre con respecto al bautismo de los barcos. La costumbre está enraizada en consideraciones prácticas: es conveniente que los barcos posean nombres que sean universalmente reconocidos.

Los intentos de bautizar un barco fuera de las reglas de la costumbre son mal vistos y aun recibidos con hostilidad.

El ejemplo es instructivo. De una manera simple tenemos aquí, ante nosotros, algunas herramientas valiosas de control y comunicación social: una "designación" de una persona para realizar un acto, una ceremonia designada a llamar la atención con respecto al acto y exaltar los sentimientos de los asistentes, y una oración realizativa que es el verdadero núcleo del acto. El efecto de este acto es psicológico; depende de que la gente esté acostumbrada a responder de una manera uniforme al acto, a saber, al uso de una cierta forma del lenguaje con respecto al barco. El conjunto llena una función social que se considera útil.

Evidentemente, no tendría sentido discutir si el barco tiene realmente o no este nombre. Hablando objetivamente, el nombre no está adherido al barco, aun cuando se pinten algunas letras a tal efecto en sus costados. Lo único que sucede es que la gente usa el nombre con referencia al barco.

Consideremos ahora el acto del matrimonio. Con respecto a este acto hay ceremonias, antiguas y modernas, centradas en pocas palabras realizativas que tienen por objeto transformar a las partes en marido y mujer. ¿Qué sucede aquí? El efecto psicológico es instantáneo, uniforme y de largo alcance. Todo el mundo está de acuerdo y considera a la nueva pareja como marido y mujer, usando estos términos. En virtud de ello quedan socialmente clasificados de manera diferente. Esto implica un gran número de consecuencias de tipo ético-social, religioso y jurídico. Se considera que ahora se aplican a la pareja ciertas reglas éticas. Es tratada socialmente según costumbres que se refieren a la gente casada. En la esfera jurídica se le aplica, también, un cierto número de reglas.

³² *Philosophical Papers*, págs. 222, 226 y sigs.

Con el acto del matrimonio no se crea ningún lazo místico, suprasensible. Por esta razón no necesitamos discutir si es o no una realidad el estar casado; es indudable que lo es. Pero la realidad no es suprasensible. Consiste en un cierto tipo de emplazamiento en el contexto social que depende de la reacción uniforme de la gente con respecto a la ceremonia del casamiento. Si se suprime esta reacción, las palabras realizativas se vuelven vacías. Todos estamos acostumbrados a responder a este acto de determinadas maneras y así lo hacemos. Así pues, cuando se sabe o se supone que las personas han realizado la ceremonia de la manera adecuada, la pareja está, por así decirlo, circundada por un ambiente social que le da una cierta posición y le exige adecuarse a ciertas reglas. Bajo todo esto subyacen ciertas ideas respecto de la importancia de la estabilidad de las relaciones familiares.

Si el acto está llamado a lograr estos objetivos, es esencial la observancia de la costumbre o de la forma prescripta. Si las palabras realizativas del acto son pronunciadas en el teatro o en broma, o por alguna persona que no sea la indicada, o en circunstancias no adecuadas, se considera que no se ha celebrado un matrimonio real. Se dice que el acto es nulo. Esta expresión deriva del origen mágico de los actos. Significa que el acto carece de fuerza para producir el efecto que se intentó alcanzar con las palabras. Lo que sucede en realidad es, por supuesto, que las oraciones pronunciadas fuera del contexto adecuado no son tenidas en cuenta. Este es el reverso de nuestra inclinación a responder de una determinada manera a la ceremonia correcta.

Hemos hablado de los efectos psicológicos del acto de matrimonio. Pero, ¿qué sucede con respecto a sus efectos jurídicos? ¿No son éstos algo más que aquéllos? Se habla de los efectos jurídicos en dos sentidos diferentes, que deben ser distinguidos:

1) Los efectos jurídicos son los efectos involucrados en las reglas de derecho con respecto a las relaciones personales y a la propiedad. Para expresarlo estrictamente, la palabra "efecto" es inapropiado en este contexto. En este sentido, ningún efecto jurídico tiene su *causa* en el acto del matrimonio. Lo que sucede es una modificación en la situación real a la que se refieren las reglas jurídicas. Se ha agregado un nuevo hecho a la situación; este hecho implica la aplicabilidad de una serie de reglas que se refieren a las personas "casadas". Esto es todo. Los llamados "efectos" no son otra cosa que el contenido de las reglas. La situación jurídica ha sido modificada mediante el acto del matrimonio en el sentido en que este acto es relevante de acuerdo con un complejo de reglas; las reglas que se aplican a la pareja son ahora diferentes de las que existían antes del acto.

2) Por "efectos jurídicos" entendemos aquellos efectos que tienen lugar a través de la acción de los tribunales o de otros organismos estatales. Por ejemplo un hombre es enviado a la cárcel por no proporcionar alimentos a su mujer y a sus hijos.

Los efectos de este último tipo son efectos reales. Dependen de la efectividad psicológica de las reglas jurídicas; se llevan a cabo porque los órganos del Estado se sienten obligados por las reglas y, por lo tanto, las aplican cuidadosamente. Todos estos efectos reales del acto del matrimonio son, en última instancia, efectos psicológicos.

Siguiendo líneas similares puede analizarse cualquier tipo de actos jurídicos: promesas, transferencias, designaciones, creaciones de personas jurídicas, promulgación de leyes, etcétera. Tienen el rasgo común de ser actos realizativos de tipo más o menos *standard*. Sus consecuencias son de doble naturaleza. En primer lugar, tienen efectos inmediatos, de tipo psicológico. El que

promete se siente obligado; aquél a quien se promete se siente autorizado a esperar del que promete la realización del acto prometido; la conducta contraria puede provocar reacciones hostiles. En segundo lugar, los actos satisfacen ciertos requisitos del derecho; son relevantes en una u otra forma para las acciones de parte de los órganos estatales. Como los órganos del Estado aplican regularmente las reglas, el que promete se expone a una sanción si rompe la promesa; el conocimiento de este hecho fortifica el efecto psicológico inmediato de la promesa.

Es una regla general el que estas oraciones realizativas tienen que ser pronunciadas en conexiones especiales para que logren el efecto psicológico. Esto es fácilmente comprensible. Cualquiera puede pronunciar a su arbitrio oraciones realizativas, pero las consecuencias sociales no pueden ser enlazadas a formulaciones irregulares. Es absolutamente necesario clasificar y calificar estas expresiones realizativas en tanto instrumentos del control y de la comunicación social. Esto se hace mediante la referencia a una cierta forma y a ciertas circunstancias. La gente es enseñada a responder sólo a las fórmulas que satisfacen estos requisitos. En la antigüedad, los actos jurídicos eran, en general, sumamente formales. La ceremonia debía ser realizada exactamente y había que pronunciar las palabras precisas; originariamente entre los romanos, como sabemos por Gaius, la menor irregularidad anulaba el acto: la magia no producía sus efectos. Gradualmente, se han ido reduciendo los requisitos formales. En amplios ámbitos el derecho no prescribe forma alguna; aun cuando sea hecha de manera totalmente informal, una promesa puede ser considerada como jurídicamente válida. Sin embargo, las palabras en tanto tales no son nunca pensadas como relevantes desde un punto de vista jurídico; la situación en la que son pronunciadas ha de tener el ca-

rácter apropiado, aun cuando esta situación sólo puede ser descripta vagamente o, más bien, quizás vivida como la situación correcta.

El examen precedente se ha referido a las oraciones realizativas usadas comúnmente dentro del sistema jurídico. Las oraciones realizativas sin conexión alguna con el derecho o con costumbres sociales, serían consideradas generalmente como un juego de palabras, desprovisto de sentido. Pero hay casos marginales importantes, que se presentan cuando las oraciones realizativas son usadas fuera de las reglas de derecho o de la costumbre, pero con la intención de producir un cambio más o menos radical en la situación jurídica. Éste es el caso de los coroneles que hacen huir al retador anterior y anuncian que se han hecho cargo del poder. Ostensiblemente esta frase relata un hecho. Pero la intención real es impresionar a la población de tal manera que sus integrantes crean que los nuevos gobernantes tienen el poder y, por consiguiente, que transferían a ellos su actitud de obediencia. Todo depende de los efectos psicológicos del anuncio. Si no encuentra resistencia suficiente, el poder se entregará a los "golpistas"; en caso contrario, las palabras se perderán en el tumulto.

La función de signo de la expresión "derecho subjetivo"

Volvamos ahora a la cuestión de saber si el uso real de las expresiones "derecho subjetivo" y "deber", en la vida diaria y en el lenguaje jurídico, puede ser explicado sobre la base de la teoría que afirma que estas palabras tenían originariamente el significado de poderes y vinculaciones místicas, pero que poco a poco se han ido transformando en palabras huecas en el sentido indicado más arriba. Esta cuestión tiene que ser resuelta empíricamente.

Tomemos en primer lugar un ejemplo de la vida diaria. Supongamos que he adquirido una casa con un pequeño jardín. En este caso, se considera que soy el propietario de esta parcela de tierra o que tengo el derecho de propiedad sobre ella. ¿De qué manera influye esta idea en mi propia conducta y en la de los demás?

Por supuesto me doy perfecta cuenta de los límites de mi propiedad. Mi actitud con respecto al terreno situado dentro de estos límites es completamente diferente de la que asumo con respecto a aquello que está fuera de ellos. Me siento autorizado a utilizar mi propio terreno como quiera, siempre que acate las ordenanzas sanitarias, edilicias, etcétera. Al mismo tiempo, me abstengo de cualquier actividad con respecto a los terrenos que pertenecen a mis vecinos; en general, no se me ocurre nunca ejercer ninguna especie de dominio sobre sus lotes. Espero confiadamente que ellos adopten la misma actitud con respecto a mis propiedades; y así suele suceder por lo general.

Ahora bien, ¿qué es necesario para que la idea de propiedad tenga tales efectos en la vida diaria? Ante todo, que se considere que hay ciertas consecuencias que se desprenden del hecho de que yo tengo derecho de propiedad sobre una cierta parcela de tierra. Con respecto a mí mismo, se considera que la consecuencia es que puedo hacer lo que quiera con el terreno; con respecto a los demás, que tienen que respetar mi propiedad y abstenerse de cualquier tipo de violación. Aquí hay dos conjuntos de ideas asociadas a aquélla como sus *consecuencias*. La asociación tiene que estar establecida firmemente de manera tal que actúe sin que intervenga la reflexión. En el trasfondo está la conciencia de las consecuencias jurídicas de la violación de la propiedad de los demás; ésta es, indudablemente, una condición de la firmeza de la asociación.

¿Se requiere algo más que la conexión psicológica entre estos dos conjuntos de ideas? ¿Necesitamos tener una noción del derecho de propiedad como algo que es? No hay ninguna razón para esta suposición. Parece suficiente con que haya ciertas palabras que suenen en nuestros oídos: ¡Esta es tu propiedad!; ésta no es tu propiedad! Es suficiente que estas palabras evoquen ideas con respecto a aquello que está permitido y prohibido. Las palabras "derecho de propiedad" pueden ser vacías en el sentido de que no expresan noción alguna; no es necesario tener en mente nada más que las palabras mismas; sin embargo, pueden evocar ideas acerca de lo que se puede y de lo que no se puede hacer en ciertos respectos.

Ésta parece ser la situación real en la vida diaria. Al pensar que el vecino es el propietario del terreno situado más allá de la verja, uno puede tener en mente una serie de cosas: el terreno en sí mismo, la verja, el recuerdo de cómo el vecino nos ha contado que compró su propiedad, una cierta idea acerca de las consecuencias jurídicas desagradables que implica la violación de la propiedad de los demás, etcétera. Pero nunca encontramos el derecho de propiedad en sí mismo; encontramos tan sólo la palabra.

La situación podría ser caracterizada también de la siguiente manera. La frase que afirma que A es el propietario de este lote funciona como un *signo permisivo* con respecto a A y su relación con este lote; al mismo tiempo actúa como un *signo prohibitivo* con respecto a los demás. La frase es luz verde para el propietario y luz roja para los otros.

Lo que funciona de esta manera es la frase misma. Está presente en la mente y provoca una cierta conducta. Para tener esta función no necesita expresar noción alguna. Las luces verdes y rojas no expresan nociones. Son signos que tienen una función social porque a la

gente se le ha enseñado a reaccionar con respecto a ellos de determinadas maneras: la luz roja provoca que el conductor detenga su coche. El caso es similar con respecto a la frase que afirma que esta cosa es propiedad de alguien. La gente reacciona habitualmente ante frases de este tipo, de manera uniforme. El resultado es que generalmente se deja en la posesión tranquila del lote a quien es considerado como su propietario. Las reacciones han sido inculcadas desde la primera infancia y son luego refinadas y fortalecidas de diversas maneras.

De este modo, la función de estas frases puede ser explicada sobre la base de la suposición de que la expresión "derecho subjetivo" no denota nada. Pero hay que agregar lo siguiente. Si la expresión fuese usada al azar, de manera irregular, no podría tener función social. La conexión psicológica entre las frases y las ideas a ellas vinculadas no podría ser establecida ni mantenida si se dijese arbitrariamente que A y B y C y otros más son los propietarios del terreno. Para mantener la conexión psicológica es necesario que la propiedad sea atribuida únicamente a A de acuerdo con ciertas reglas, o al menos que se suponga que es atribuida a A de conformidad con estas reglas. Reaccionamos frente a la frase que afirma que A es el propietario cuando suponemos que él es el verdadero propietario; en otros casos consideramos a la frase como totalmente presuntuosa.

Sin embargo, una objeción podría aducirse a esta altura en contra de toda esta explicación. Si es condición de nuestra reacción frente a las frases acerca de la propiedad el que ellas sean verdaderas, esto significa que pueden ser verdaderas o falsas. Esto, sin embargo, presupone que la expresión "derecho subjetivo" denota una realidad; de otra manera no podríamos afirmar la verdad o falsedad de las frases.

Frente a esta objeción es suficiente contestar lo siguiente. No es necesario que las frases en cuestión sean realmente verdaderas o falsas; basta con que se las considere verdaderas o falsas. Nuestra creencia en la realidad del derecho de propiedad es lo relevante. Pero esta creencia puede ser errónea. Es perfectamente posible que las aseveraciones con respecto a la existencia de derechos sean de tal naturaleza que la cuestión de la verdad no se aplique a ellas.

Lo que quiero decir es esto. La cuestión de la verdad es tan inútil con respecto a las frases emotivas como con respecto a las frases destinadas a provocar una cierta conducta, como, por ejemplo, las órdenes. No tiene sentido preguntar si una orden es verdadera o falsa. Supongamos ahora que a pesar de su forma gramatical ciertas frases en indicativo tengan el propósito de influir en la conducta humana y no de referir hechos; que ellas incluyan sustantivos que no hagan referencia a la realidad; en este caso no tiene sentido preguntar si son verdaderas o falsas. Supongamos, además, que frases de este tipo son usadas regularmente por la comunidad de acuerdo con ciertas reglas generales; que a la gente se le ha enseñado a responder a ellas de determinada manera; que posiblemente se producirán consecuencias desagradables si la gente no responde como se le ha enseñado a hacerlo; esto basta para explicar la eficacia psicológica de la frase para dirigir la conducta. Al mismo tiempo es fácil comprender que estas frases pueden dar la ilusión de que expresan una realidad. En general, las frases en indicativo son usadas para informar acerca de la realidad; se considera que también esto es lo que ocurre con estas frases; pero cuando tratamos de aprehender la realidad denotada por ellas, no encontramos nada; como ya hemos visto, todo intento de darles una interpretación naturalista está condenado al fracaso.

La conclusión es que la función directiva de las afirmaciones acerca de la existencia de derechos puede ser explicada suficientemente sin suponer que la expresión "derecho subjetivo" denota una realidad.

Acceptado que lo dicho es correcto, falta por contestar, sin embargo, una cuestión. Aparte de su función como signo, las frases acerca de derechos subjetivos parecen tener una función informativa. ¿Puede negarse esto? Constantemente nos informamos recíprocamente acerca de derechos subjetivos sin tener la menor intención de influir en la conducta. ¿No transmito un conocimiento si digo a B que A es el propietario de una casa, de un cuadro, o de un automóvil? B vive en otra parte del país, no tiene contacto con A; yo no tengo la intención de influir en su conducta con respecto a la propiedad de A. Quizá B tiene sólo la curiosidad de saber, o especula con la posibilidad de comprar algo de A. ¿No es un hecho, sin embargo, que proporciono una información al decir a B que A es el propietario de esto o aquello? Es necesario aclarar ahora esta cuestión.

La función informativa de los enunciados acerca de derechos subjetivos

Aparentemente se proporciona una información mediante los enunciados acerca de la existencia de derechos. Pero, ¿cuál es la información que se comunica? ¿Cuál es el conocimiento que se imparte?

Supongamos que tratamos de interpretar los enunciados acerca de los derechos que posee A como enunciados acerca de situaciones indicadas anteriormente. Sin duda usamos la expresión "derecho subjetivo" como si ésta denotara una posición real de una persona con respecto a una cosa. Pero se comprueba que es imposible definir esta posición real. El derecho de A a la propie-

dad de un terreno no es idéntico a su posesión real de este último o a la garantía del Estado de la posesión tranquila, o a los mandatos dirigidos a los demás prohibiéndoles que interfirieran con la posesión de A. Tampoco se identifica con las posibilidades jurídicas de éste de iniciar acción en contra de aquellos que violen su posesión. Como hemos visto, todas estas interpretaciones son equivocadas.

Parece que estamos frente a un dilema. Por una parte, nadie duda que al decir algo acerca del derecho de A, está transmitiendo una información. Por otra parte, parece imposible descubrir cuál es la situación fáctica acerca de la cual informamos.

A fin de buscar una salida al dilema, es aconsejable indagar qué es lo que una persona sabe o pretende saber cuando nos dice que A es el propietario de su casa y cómo se hace para verificar este enunciado.

La pretensión del informante que afirma saber que A es propietario de la casa puede basarse, tal vez, únicamente en el hecho de que lo ha escuchado de alguna persona digna de confianza. En tal caso, su supuesto conocimiento puede ser sólo expresado en la frase: "A es propietario de la casa". No hemos dado un solo paso adelante en esta cuestión. Lo que hace el informante es, simplemente, repetir una frase expresada por una persona en la que confía.

Supongamos que esto no me satisface. Antes de entrar en una transacción con respecto a la casa, quiero asegurarme. ¿Qué se hace para esto? Lo obvio es averiguar el modo de adquisición de A. Si se me informa que compró la casa, que la recibió en donación, o que la heredó, pediré el documento que lo demuestre. En pocas palabras, quiero estar seguro con respecto a su título.

¿Qué conocimiento obtengo entonces? Evidentemente, éste se refiere a una transacción jurídica hecha

en el pasado que ha tenido el efecto supuesto de transformar a A en propietario de la casa. También necesario saber si A no ha vendido la casa o no la ha donado. Esto es más difícil; en general, tengo que confiar en lo que él dice o da a entender.

Así, pues, parece que ninguna de las informaciones que puedo reunir está directamente vinculada con el derecho de propiedad en sí mismo. Lo único que puedo saber es algo acerca de ciertas transacciones jurídicas que se considera han originado el derecho de propiedad de A.

Podría sugerirse ahora la interpretación siguiente: Si no puede darse ninguna información con respecto al derecho de propiedad en sí, la comunicación de que A es el propietario de esta casa, significa que compró la casa. Con otras palabras, la comunicación sería una información referente a su título a la casa. Pero ésta sería una concepción falsa. Al decir que A es el propietario de la casa, no digo nada acerca de la manera cómo la adquirió. Doy a entender que tiene un título jurídico a la casa; pero no hace falta que sepa cuál es el título jurídico que tiene.

En realidad, la comunicación de que A es el propietario de la casa no nos proporciona la información que aparentemente la frase pretende dar. Sin embargo, es sumamente útil para el contrato social. De esta frase yo puedo sacar la siguiente conclusión. Si el informante tiene fundamento jurídico para lo que dice, entonces A tiene que tener un título jurídico con respecto a la casa. Muy a menudo simplemente confío en lo que me dice mi informante; si exijo certeza, sé qué es lo que tengo que averiguar.

Hablando estrictamente, un enunciado que dice que A es el propietario de esta casa no es ni verdadero ni falso; pues aun cuando creemos dar información con respecto a la relación real entre A y la casa, en verdad

no lo hacemos. Únicamente repetimos una cierta frase que, aparentemente, afirma un hecho. Esta frase carece totalmente de sentido si fuera usada de manera irregular. Pero el caso es diferente si es utilizada de conformidad con el uso jurídico. Pues entonces es utilizada únicamente cuando se supone saber que A tiene un título jurídico con respecto a la casa y que no ha transferido su propiedad.

Creo que de esta manera tienen que ser resueltas las dificultades principales que provocan los enunciados acerca de derechos. Aparentemente, tales enunciados dan a conocer algo acerca de la existencia de derechos. Cuando se busca definir la realidad acerca de la cual se proporciona este conocimiento, la teoría jurídica queda envuelta en infinitas perplejidades. Sólo podemos salir del atolladero y recuperar terreno firme si nos damos cuenta de que es vana la búsqueda de la supuesta realidad. La expresión "derecho subjetivo" no denota una realidad; tiene otras funciones. Primariamente, tiene una función de signo, que pretende influir en la conducta. Pero como estamos acostumbrados a pensar que los hechos operativos "crean derechos", los enunciados acerca de derechos son indirectamente informativos. Si suponemos que un enunciado de este tipo es formulado de acuerdo con las reglas jurídicas acerca de la adquisición de derechos, la conclusión es que A tiene un título jurídico con respecto a cierto objeto.³³

El hábito inveterado de sacar conclusiones de este tipo hace que los enunciados acerca de derechos sean útiles. Hasta es una ventaja poder hablar del derecho de propiedad en vez de detallar en todo momento los

³³ El argumento presentado por A. Wedberg en el ensayo "Some Problems of the Logical Analysis of Legal Science" en *17 Theoria*, págs. 246 y sigs. (1951), sigue un camino diferente; pero creo que el resultado final es semejante.

hechos relacionados con el título jurídico. Aquí podemos distinguir una función técnica de la palabra "derecho" que es afín con la función técnica de los vocablos utilizados para designar las unidades monetarias.

La utilidad de las palabras que designan las unidades monetarias depende, como hemos visto, de que sean usadas de manera regular de acuerdo con ciertas reglas del derecho y la costumbre. El caso es similar al de la expresión "derecho subjetivo". Si es empleada de acuerdo con el derecho y la costumbre, tiene una importante función social, a más de ser un signo que pretende influir en la conducta.

Lo esencial es distinguir entre la *cuestión de la verdad y la cuestión de la conformidad con las reglas jurídicas y sociales*. La verdad de un enunciado fáctico puede ser comprobada empíricamente. Aplicar la cuestión de la verdad a enunciados que sólo aparentemente dicen algo acerca de hechos, carece de sentido. Pero cuando existen reglas jurídicas y sociales para el uso de tales frases, es perfectamente sensato indagar si las frases son usadas de conformidad con estas reglas o no. Hay expertos a quienes se puede consultar sobre este punto. Un abogado tiene que saber cómo usar la frase adecuada en el lugar correcto.

Los enunciados que ahora examinamos son enunciados no emotivos acerca de la existencia de derechos; enunciados que son formulados constantemente en la vida diaria por los legos y por los abogados. No son formulados con el objeto de dirigir la conducta. Su objetivo es proporcionar información. Son realmente informativos, aun cuando no en el sentido en que nosotros creemos que lo son. Por esta razón son socialmente útiles en grado eminente.

Sólo habría que agregar que estos enunciados presuponen la existencia continuada del sistema jurídico. Si este sistema fuera abolido de un día para otro —o si

la parte que se refiere a la situación en cuestión fuera alterada radicalmente— los enunciados de ese tipo perderían su utilidad. Pero esto no hace que tales enunciados sean profecías acerca de lo que los tribunales harán en situaciones hipotéticas. De ningún modo se refieren a las probables acciones futuras de los jueces. Aparentemente se refieren a una realidad suprasensible, plasmada por hechos operativos en este mundo, con la implicación de que las acciones de los tribunales de justicia *deben* tener como objetivo hacer concordar a las situaciones reales con los derechos y deberes de las partes.³⁴

La función técnica de la expresión "derecho subjetivo"

Se mencionó de paso que la expresión "derecho subjetivo" tiene, a veces, una función técnica. Esta cuestión merece especial atención. La función técnica es especialmente importante en la legislación.

Tomemos como ejemplo el derecho de propiedad. Se dictan reglas para la adquisición del derecho de propiedad. La propiedad puede ser adquirida mediante com-

³⁴ La suposición fáctica de que expresiones tales como "derecho subjetivo" y "deber" designan realidades ha encerrado a la teoría jurídica en el razonamiento circular tan bien descrito por Félix S. Cohen en su brillante artículo "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" (cit. en nota 5). En algunos aspectos importantes la crítica de Cohen es análoga a la de Lundsredt (en las obras citadas en las notas 19 y 21). La cuestión acerca de la existencia de un supuesto derecho o deber no es una cuestión significativa. Cohen sostiene que sólo hay dos cuestiones significativas en el campo del derecho: "¿Cómo deciden realmente los tribunales de justicia los casos de un cierto tipo?" y "¿cómo deben decidir los casos de un cierto tipo?" (*loc. cit.*, pág. 82). Estas son verdaderamente las cuestiones *prácticas* significativas relacionadas con aquellas partes del derecho que son administradas por los tribunales. Por supuesto, aparte de éstas hay muchas cuestiones *teóricas* que deben ser analizadas por la ciencia del derecho.

praventa, donación y muchas otras formas diferentes. Todos estos "títulos" están descriptos en las reglas. Expresa o implícitamente se establece que el derecho de propiedad sobre un objeto debe corresponder a aquel que tiene un título jurídico con respecto al objeto.

Esta es una cara de la moneda. La otra consiste en las numerosas reglas que están vinculadas con el "derecho de propiedad". Ellas hablan acerca de lo que el propietario puede o no hacer, acerca de cuándo y cómo los demás serán penados si violan el derecho de propiedad, de cuándo y cómo se condenará a pagar daños y perjuicios por la violación de este derecho, etcétera.

De esta manera, la expresión "derecho de propiedad" sirve como un nexa entre dos conjuntos de reglas por una parte, las reglas acerca de la adquisición de la propiedad; por otra, las reglas penales y las reglas sobre indemnización de daños y perjuicios, etcétera, que se refieren a la situación en la que una persona es propietaria de un objeto y otra hace algo con respecto a este objeto.

Supongamos ahora que se suprimiese este nexa. ¿Qué pasaría? Las reglas penales y las reglas acerca de los daños, etcétera, tendrían que estar conectadas directamente con los llamados títulos. Cada una de las reglas de la segunda clase tendría que referirse a cada uno de los títulos. Es difícil imaginar cuál sería el aspecto de un sistema de reglas de este tipo; sin duda sería sumamente difícil de manejar.

La noción de derecho de propiedad, o más bien esta expresión, cuando es usada de conformidad con ciertas reglas, desempeña, por así decirlo, el papel de un empalme ferroviario. Líneas que vienen en direcciones diferentes —las reglas acerca de la adquisición de la propiedad— convergen aquí; desde el empalme parten en diferentes direcciones numerosas líneas —reglas penales, reglas acerca de los daños, etcétera—. Sin el em-

palme sería necesario construir muchísimas líneas directas para conectar los puntos terminales de ambos grupos.

Los ejemplos podrían ser multiplicados fácilmente; pero esto parece innecesario. Es evidente que la función técnica de la expresión "derecho subjetivo" es, hablando prácticamente, indispensable. La función técnica no está limitada a la legislación; aparece también en el lenguaje judicial, en los decretos administrativos y en los negocios privados. Pero sería imposible entrar a considerar ahora esta cuestión.

VII. RESUMEN

Si el lenguaje jurídico es juzgado por su apariencia, será interpretado como un lenguaje que refleja una realidad. Pero esta realidad no es una parte del mundo de los hechos conocidos a través de los sentidos, de la memoria o de la inducción. Es una realidad de un orden superior. Sin embargo, todo intento de aprehender esta realidad suprasensible conduce al fracaso.

Por consiguiente, es necesario un enfoque crítico con respecto al lenguaje jurídico. El propósito primario del lenguaje jurídico no es reflejar sino plasmar a la realidad. Con este fin se utilizan palabras que tienen un sentido emotivo, palabras que incitan a la acción y palabras con una función técnica. Además, las oraciones realitativas desempeñan un papel decisivo.

El lenguaje jurídico tiene su origen en el lenguaje de la magia. Esta es la clave de su explicación histórica. Es difícil decir qué es lo que queda ahora de las creencias verdaderamente mágicas. En todo caso, la referencia a tales creencias parece tener una importancia menor para la comprensión de nuestro actual lenguaje jurídico. Este lenguaje es un hecho de importancia crucial como instrumento de control y de comunicación sociales. Sus aspectos emotivos y volitivos, al igual que sus funciones técnicas e indirectamente informativas, presentan una serie de problemas. El estudio de estos problemas sobre una base empírica sería el objeto de lo que podría llamarse la *teoría instrumental* del lenguaje jurídico.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Austin, J. L. *How to Do Things With Words*, Oxford, 1962.
- Bentham, J. "Theory of Fictions", en Ogden, *Bentham's Theory of Fictions*, Londres, 1932.
- Bulygin, E. *Naturaliza jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, 1961.
- Carrió, G. R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1965.
- Hare, R. M. *The Language of Morals*, Oxford, 1952.
- Hart, H. L. A. "Definition and Theory in Jurisprudence", Oxford, 1953 (hay traducción castellana de Genaro R. Carrió: "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en H. L. A. Hart, *Derecho y Moral [contribuciones a su análisis]*, Buenos Aires, 1962).
- Hart, H. L. A. "The Adscription of Responsibility and Rights" en *Logic and Language, First Series*, A. Flew ed., Oxford, 1959, págs. 233 a 240.
- Hohfeld, W. N. "Fundamental Legal Conceptions". 23 *Yale Law Journal* 16 (1913) (la traducción castellana de esta obra —*Conceptos jurídicos fundamentales*— aparecerá próximamente en la presente colección).
- Kelsen, H. *Society and Nature*, Chicago, 1943. Trad. castellana de Jaime Periaux: *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, 1945.
- McDonald, M. "The Language of Political Theory", en *Logic and Language, First Series*, ed. por A. Flew, Oxford, 1959.
- Olivecrona, K. *Law as Fact*, 1939 (hay traducción castellana de Jerónimo Cortes Funes, *El derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959).
- Oppenheim, F. "An Outline of Logical Analysis of Law", en *Philosophy of Science*, 11, 1944, págs. 142 a 160.
- Ross, A. *On Law and Justice*, Londres, 1958. Trad. castellana de Genaro R. Carrió: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1963.
- Ross, A. "Tu-Tu", en *Harvard Law Review*, 70 1956/57, págs. 812 a 825. (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió: "Tu-Tu", Buenos Aires, 1961.)
- Ross, A. "Definition in Legal Language", en *Logique et Analyse*, 1958, números 3 y 4.

- Scarpelli, U. "La Definition en Droit", en *Logique et Analyse*, 1958, números 3 y 4.
- Stevenson, C. L. *Ethics and Language*, New Haven, 1944. (La traducción castellana de Eduardo A. Rabossi —*Ética y lenguaje*— aparecerá próximamente en Editorial Paidós, Buenos Aires.)
- Von Wright, G. H. *Norm and Action*, Londres, 1963.
- Weldon, T. D. *The Vocabulary of Politics*, Londres, 1953.
- Wroblewski, J. "Semantic basis of the Theory of Legal Interpretation", en *Logique et Analyse*, 1963, Nros. 21 a 24.

ÍNDICE

I. Introducción	7
II. El enfoque metafísico	11
III. El enfoque naturalista	13
IV. Problemas actuales	31
V. Funciones del lenguaje	35
VI. Comprensión del lenguaje jurídico	47
VII. Resumen	67
Bibliografía complementaria	69