

Teoría del Derecho y Derecho subjetivo en Alf Ross

Por ANA RUBIO CASTRO

Granada

«Al jurista de habla hispana tan maltrecho y calibrado por el intelectualismo jurídico de la Europa continental, no le vendrá mal verse alguna vez desde afuera para saber si lo satisface el espejo; no le será inútil dar un trote por la realidad; y no le caerá a disgusto tener una ocasión para reflexionar que en otros países de la tierra otros estudiosos que él no conoce porque aún no los ha comprendido, buscan la misma verdad de diferente manera y con menos dogmatismo.» *Carlos Cossio.*

INTRODUCCION

La elección del realismo jurídico escandinavo y más concretamente de la teoría jurídica de Alf Ross para la realización de este trabajo de investigación ha estado motivada por el interés que me suscitaba una teoría jurídica que se presentaba a sí misma como alternativa a los diferentes planteamientos jurídicos existentes y que prometía ser capaz de desvelar la realidad del derecho. Esta es una de las razones por la que resulta interesante adentrarse en la comprensión de esta corriente del pensamiento jurídico y en la aportación que, en su seno, ha realizado Ross, que puede considerarse como uno de sus más importantes representantes.

Ante la complejidad de la teoría jurídica de Ross conviene centrarse en su análisis del derecho subjetivo, y esto por dos razones: la importancia del derecho subjetivo en la ciencia jurídica y las peculiaridades y novedades que Ross aporta en la comprensión y conocimiento del derecho, al tratar el tema del derecho subjetivo.

ANTECEDENTES DE LA TEORIA JURIDICA DE ROSS

El estudio de la teoría jurídica de Ross obliga inexcusablemente a hacer referencia a los presupuestos filosóficos en los que se apoya: el realismo escandinavo. Y hablar del realismo escandinavo es hablar de

Hägerström (1). En 1908, Hägerström fija las tesis esenciales sobre el concepto de realidad, concretamente en su obra *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität* (2).

El interés central de Hägerström, una vez abandonada su inclinación por la teología, es resolver el problema de la posibilidad del conocimiento humano, que —según él— se encuentra imposibilitado o distorsionado por la defensa durante años de un subjetivismo epistemológico que ha conducido al hombre a múltiples desviaciones metafísicas, al tiempo que le muestra una imagen falsa de la realidad. Desde este presupuesto, Hägerström se propone demostrar el error del subjetivismo epistemológico, el carácter lógico de la realidad sensible y la imposibilidad de la metafísica como doctrina de lo absoluto. Entre estos objetivos la piedra angular de todo su sistema, su tesis central, es la independencia entre el acto de conocer y el objeto conocido. El conocimiento presupone el objeto (3).

«La incoherencia fundamental del subjetivismo consiste en combinar una teoría indirecta de la percepción (los objetos eternos se perciben mediante representaciones) con una teoría directa de la introspección (los estados de conciencia propios se perciben inmediatamente). Esta incoherencia era el único camino para evitar el callejón sin salida de la epistemología subjetivista: si la conciencia sólo puede conocer sus propios estados de conciencia, cualquiera de ellos se percibe como distinto de los demás, es decir, como objetivado, y como tal objeto sería percibido por medio de una representación, la que, a su vez, tendría que ser percibida por medio de otra. Y así hasta una reducción al infinito. El conocimiento no puede, por tanto, explicarse desde esta perspectiva, salvo aceptando que la percepción de los propios estados de conciencia es inmediata» (4).

Para Hägerström todo conocimiento presupone la aprehensión de cierto estado de cosas como real. A través del conocimiento el hombre aprehende una parte de la realidad. Esta forma de comprender la

(1) Dejamos de lado el debate existente respecto a la verdadera paternidad y originalidad de Hägerström como padre de la escuela realista o su deuda (no reconocida) con sus mejores discípulos, Phalén y Hedvall. Véase: L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981, págs. 133-136.

(2) Esta fecha ha sido objeto de debate por los estudiosos del realismo, pero hemos optado por ella siguiendo las aportaciones de S. Castignone y de L. Hierro. Este último afirma: «En todo caso Hägerström publicó en 1908 su *Das Prinzip der Wissenschaft* y, a partir de él, y de acuerdo con su producción posterior, cabe reconstruir su crítica al subjetivismo y su consecuente tesis de la realidad». L. HIERRO, *op. cit.*, pág. 136. En el mismo sentido S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström. Alle origini del realismo giuridico scandinavo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 1971, págs. 253 y sigs., y en *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974, pág. 9.

(3) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, pág. 255.

(4) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, *cit.*, págs. 137-138.

relación existente entre sujeto cognocente y objeto de conocimiento exige responder en primer lugar al siguiente interrogante: ¿En qué consiste esa realidad que puede ser conocida por el hombre?

La realidad no puede explicarse, afirma Hägerström, como una propiedad más de los objetos, como lo es su color, su textura y su grosor. Aclarar el problema de qué cosa es la realidad obliga a hacer referencia a la ley fundamental de nuestro pensamiento: el principio de no contradicción. Principio que para Hägerström es también la ley de la realidad.

«Tale principio è generalmente ritenuto una legge del pensiero... Ma questa concezione non va abbastanza in profondità, il cuore del problema. Dal mio punto di vista el cuore del problema riguarda la stessa realtà. La legge di non-contraddizione infatti serve a individuare ciò che è reale, indica la realtà» (5).

La explicación de la realidad se alcanza para Hägerström cuando se comprende que el principio de no contradicción o el de identidad no son leyes de nuestro pensamiento, sino leyes de la realidad misma. Por consiguiente, realidad es sinónimo de determinación, no contradicción y objetividad. La realidad no necesita, como afirmaba Kant, ser reconstruida ni ordenada por el sujeto cognoscente para poder ser conocida.

«In sostanza credo si possa dire che per Hägerström la realtà coincide con il logicamente possibile e che vi sono vari livelli di possibilità logica: un giudizio, vero in se stesso, può essere falsificato immettendolo in un insieme più complesso, e sarà falso qualora entri in contraddizione con gli elementi costitutivi del giudizio più ampio. Connessa con la questione della non contraddittorietà è anche quella della "possibilità reale". Che cosa significa che "A" è una possibilità reale, cioè che può essere reinclusa nel contesto a cui la sua idea appartiene, ma che può anche no essere inclusa? Significa che si hanno due distinte idee di "A", l'una l'opposto dell'altra, e che si è consapevoli del fatto che ambedue non possono essere vere allo stesso tempo: bisognerà vedere quale delle due *fits* si inquadra con l'insieme della realtà, con la *sum-total of reality*. Ma in ogni caso la consapevolezza de una possibilità è una vera e propria conoscenza (consapevolezza) di realtà» (6).

La afirmación de que lo real es objetivo y lógico obliga a sostener además que tal sistema ha de ser único y exclusivo para permitir de-

(5) Esta cita de Hägerström ha sido tomada de S. Castignone, quien a su vez ha utilizado la traducción inglesa de R. T. Sandin sobre: A. HÄGERSTRÖM, *Selbstdarstellung*, in *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellung*, vol. 7, Leipzig, 1929. S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, pág. 260.

(6) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs. 262-263.

terminar los diferentes objetivos y sistemas que en él existen, pues de otro modo se necesitaría de un sistema más amplio capaz de permitir su determinación.

«Questo continuum finale è el presupposto de ogni possibilità di conoscenza, è il presupposto del pensiero stesso: e deve anch'esso essere determinato per essere reale, data la definizione di realtà como *determinateness* e *self-identity* posta da Hägerström» (7).

La elaboración de este sistema o «continuum» fuera del cual no es posible concebir lo real, exige, dado el planteamiento de Hägerström, ser determinado para ser real, y tal determinación remite al sujeto cognoscente. Al igual que Descartes, Hägerström afirma que no es posible dudar de nuestra existencia como seres conscientes. Esta afirmación es correcta en el sentido de que ningún ser consciente puede concebir su existencia como una simple idea, ahora bien, el problema surge ante la necesidad de responder a los siguientes interrogantes: cómo y qué distingue a cada ser consciente particular.

«This can be none than the place in space and the point in time for the existence of the particular conscious being» (8).

Espacio y tiempo sin determinar son simples palabras, meras abstracciones, pero espacio y tiempo determinados, aquellos a que Hägerström se refiere para diferenciar y distinguir a los seres conscientes particulares es lo que nosotros denominamos naturaleza sensible. La experiencia sensible es el sistema o «continuum», presupuesto determinado de todo conocimiento (9).

La construcción de este «continuum» se realiza a través de una reelaboración materialista del *cogito* cartesiano. La realidad de la experiencia no admite ser probada, es un presupuesto. Afirmar de algo que es real significa, para el realismo escandinavo, afirmar que pertenece al contexto de la experiencia espacio-temporal (10).

La crítica desarrollada por el realismo de Hägerström respecto a la metafísica no tenía por objeto combatirla en su forma más explícita: los sistemas filosóficos, sino mostrar su influencia en el pensamiento científico. El interés por este último deriva del hecho de que el pen-

(7) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs.264-265. En el mismo sentido L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, *cit.*, págs. 138-140.

(8) A. HÄGERSTRÖM, *Selbstdarstellung*, in *Die Philosophie der Gegenwart... cit.*, El texto está citado por la traducción inglesa de R. T. Sandin *A summary of my Philosophy*, publicado junto a otros ensayos de Hägerström sobre teoría moral y religión en el volumen *A. Hägerström, Philosophy and Religion*. London, 1964. A. HÄGERSTRÖM, «A Summary...», *cit.*, pág. 55.

(9) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», *cit.*, págs. 265-266.

(10) S. CASTIGNONE, *Ibidem*, pág. 271. En el mismo sentido L. HIERRO, *op. cit.*, pág. 139.

samiento científico se presenta como un conocimiento cierto y objetivo fundado en hechos empíricos.

Hägerström trata de demostrar que tanto en lenguaje vulgar como en el lenguaje científico existen restos importantes de elementos metafísicos que actúan fundamentalmente en los conceptos. Para realizar tal prueba examina la ciencia moral, la ciencia jurídica y la religión. Nosotros vamos a centrarnos en el llamado problema de los valores, por tener esta cuestión mayor interés para la comprensión de los presupuestos filosóficos del realismo escandinavo.

En Hägerström los valores no hacen referencia a ninguna realidad objetiva, sino expresan sentimientos o deseos de uno o más sujetos (11). Una afirmación semejante es posible también hacerla respecto al concepto de obligación.

«La frase “questo è mio dovere” è un giudizio solo in apparenza e ciò che le sta dietro non è la esperienza de una qualità oggettiva, bensì la associazione simultanea tra un sentimento de costrizione provato dal soggetto che la pronuncia e l'idea di una certa azione» (12).

Todo el complejo análisis realizado por Hägerström en *Critical Points in the Psychology of value (Kritika punkter vaedepsykologien)*, 1910 y *On the Truth of Moral Propositions (Om moraliska foreställningarsa sanning)*, 1911, acerca de los valores permite extraer las siguientes consecuencias: los juicios de valor al no hacer referencia a una determinada realidad no pueden ser considerados verdaderos o falsos. De esta afirmación se deriva una distinción importante entre el lenguaje descriptivo y el lenguaje valorativo, distinción articulada de manera extraordinariamente moderna si pensamos en las fechas en que fue realizada, 1910-1911.

Además, Hägerström diferencia el lenguaje valorativo que sirve para expresar sentimientos y el lenguaje prescriptivo que, además de expresar sentimientos, tiene el objetivo de influir en los comportamientos de los sujetos. Todo su discurso respecto a los imperativos y los mandatos se mueve en esta dirección, aunque existe una afirmación explícita, al respecto, en el análisis de la dimensión práctica que poseen los juicios de valor.

La expresión de un sentimiento o de un valor, unida a la idea de un cierto estado de cosas, produce una tendencia a ver realizado tal estado de cosas (o no realizado, según los casos). Por ello es necesario diferenciar los juicios de valor que expresan sentimientos o deseos y juicios de valor que tienen un contenido no exclusivamente impulsivo, sino también imperativo (13).

(11) A. HÄGERSTRÖM, *A Summary...*, cit., pág. 71.

(12) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström...», cit., pág. 277.

(13) S. CASTIGNONE, «Axel Hägerström, alle origini del realismo giuridico...», cit., pág. 284.

Las conclusiones que de estos presupuestos filosóficos interesa extraer son las siguientes (14):

— No tiene sentido lógico hablar de una realidad espiritual, puesto que no puede ser conocida.

— Los valores no pueden ser considerados propiedades reales de los objetos, sino expresión de simples sentimientos.

La reducción del conocimiento objetivo y lógico al conocimiento de los hechos empíricos, reduce la función de la filosofía a una simple actividad de carácter analítico aplicada a los conceptos fundamentales de las disciplinas particulares con la finalidad de eliminar en ellas cualquier noción metafísica. Aquellas teorías que no superen el filtro del análisis filosófico serán descalificadas y eliminadas como falsas objeciones, como simples creencias o como errores lingüísticos.

Esta actitud antimetafísica, como ha puesto de manifiesto S. Castignone, acerca el realismo a otras corrientes, fundamentalmente el neopositivismo lógico (15). Aunque ambos movimientos teóricos se han ignorado mutuamente y existe entre ellos una importante diferencia de tiempo, es posible establecer puntos importantes de contacto. Nos estamos refiriendo a su concepción de la metafísica como conjunto vacío de palabras y a su teoría emotivista de los valores (16). Esta reducción empirista es el punto de partida desde donde el realismo escandinavo pretende aportar una visión renovada de la realidad jurídica. Desde esta posición se enfrenta a las concepciones iusnaturalistas negando la existencia de una naturaleza jurídica axiológica, pero también a las concepciones positivistas en su doble vertiente normativista y voluntarista. A la corriente normativista crítica el carácter sustantivo que reconoce a la norma y al lenguaje normativo, cuando la verdadera naturaleza del derecho es preciso situarla en el mundo del ser. A la corriente voluntarista crítica su consideración del derecho como producto de la voluntad del Estado, cuando sólo tienen existencia las voluntades individuales. La naturaleza del derecho ha de ser determinada en la experiencia. Las normas jurídicas no tienen más existencia que la de operar, en un grupo social, como pautas de conducta generalmente admitidas como obligatorias. La realidad, pues, de las normas jurídicas viene determinada por su efectividad.

El derecho es para Hägerström, así como para sus discípulos, un conjunto de formulaciones imperativas de ciertas líneas de comportamiento referidas a un determinado grupo social, que se imponen en virtud de una serie de factores combinados internos a ese grupo (17).

Para esta gran máquina de compulsión que es el derecho, los hombres constituyen simples engranajes, pues su base está integrada por complejos elementos psicológico-sociales, los cuales inducen a los indi-

(14) He evitado conscientemente valorar estos principios filosóficos, por estimar que no es ésta la finalidad del presente trabajo.

(15) S. STRÖMHÖLM y H. H. VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, cit., págs. 40-42 y L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 115.

(16) S. CASTIGNONE, *La Macchina del diritto*, cit., págs. 15-18.

(17) S. CASTIGNONE, *La Macchina del diritto*, cit., págs. 82-83.

viduos a cooperar entre sí para satisfacer determinadas necesidades e intereses. Y donde la voluntad del legislador o del parlamento es un elemento secundario relativo al momento de la formulación de las conductas.

«En realidad no hay una fuente homogénea de las normas que llamamos “jurídicas”. El origen del núcleo más antiguo de normas se pierde en las tinieblas de la historia; y las reglas más recientes fluyen hacia el fondo jurídico común por canales muy diferentes. La unidad relativa del sistema jurídico surge de la estabilidad de ciertas ideas sobre derechos y deberes, de la existencia continuada de ciertas instituciones (legislativas, judiciales y administrativas) y de la continua aplicación de un amplio conjunto de normas relacionadas con esas instituciones. No hay una única fuerza directriz en el sistema: la aplicación regular de las normas y su eficacia a la hora de gobernar la vida social, dependen de una red de factores psicológicos y materiales (ideas sobre derecho y deberes, creencias sobre la autoridad, miedo de sanciones, etc.)» (18).

BASES DE LA TEORIA JURIDICA DE ROSS

Una vez establecidos los presupuestos filosóficos sobre los que se sustenta el realismo escandinavo y las consecuencias que éstos conllevan en el análisis y comprensión del Derecho, es preciso detenernos en la evolución e influencias que esta línea de pensamiento ha experimentado desde sus orígenes hasta la actualidad. Aún consciente de los peligros que encierra diferenciar distintas etapas en cualquier corriente de pensamiento, creo que es pertinente por varias razones: permite precisar el momento en que Alf Ross toma contacto con el realismo escandinavo, y esta precisión nos facilitará determinar las aportaciones o rupturas, si es que las hay, del pensamiento de Ross respecto a las líneas generales de la escuela de Uppsala.

Desde 1908 hasta la segunda guerra mundial, el realismo escandinavo se desenvuelve en un clima de marcada ortodoxia, que permite el asentamiento y consolidación de sus principales presupuestos. A partir de la segunda guerra mundial y superado el aislamiento que ésta conllevó, el realismo toma contacto «con el pensamiento angloamericano, pero en un doble sentido: tanto en la colaboración académica dentro del ámbito de la filosofía del derecho, como en la recepción abierta de la filosofía analítica» (19). Este intercambio de ideas fue especialmente relevante para el realismo escandinavo, pues encontró en la filosofía analítica inglesa importantes instrumentos teóricos para

(18) K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, edit. Labor, Barcelona, 1980, págs. 77-78.

(19) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 166.

afrontar, con nuevas perspectivas, cuestiones y problemas tradicionalmente debatidos en el seno de la escuela realista. Al tiempo que le permitió, como destaca Strömholm-Vogel, enriquecer algunos de sus planteamientos.

«Vers 1950, une certaine réaction se fait remarquer parmi la génération de juristes qui prend alors la relève. In ne s'agit pas, certes, d'un retour en arrière, aux idées générales combattues par l'école d'Uppsala; en ce sens, celle-ci est restée victorieuse. Mais on peut relever deux traits qui semblent caractériser cette "troisième génération" de théoriciens. D'un côté, ils sont plus ouverts aux influences étrangères ainsi qu'aux leçons de nouvelles sciences, telles que la sémantique et la sociologie juridique. D'un autre côté ils se penchent sur des problèmes plus proches du travail quotidien des juristes, notamment dans le domaine de l'interprétation» (20).

Con este interesante período de intercambio de influencias y expansión, que dura hasta mediados de los sesenta, se cierra «un período en el que "el realismo jurídico escandinavo" ha consolidado su influencia sobre la ciencia jurídica nórdica y se ha instalado con posición protagonista en el debate filosófico-jurídico» (21).

A partir de estos años ningún cambio relevante se produce, salvo la publicación de la obra de Olivecrona *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, obra en la que el realismo jurídico escandinavo encuentra, a nuestro juicio, su mejor exponente.

Cuando Alf Ross toma contacto con la Escuela de Uppsala y más concretamente con Hägerström, hay en él una primera influencia del pensamiento jurídico danés, pensamiento de raíz kantiana en el que existe una base idealista más fuerte que en el pensamiento jurídico sueco (22), y una influencia kelseniana (23). Pero será a partir de la se-

(20) STRÖMHOLM y VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit...*, cit., pág. 45.

(21) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 173.

(22) L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., págs. 116-117.

(23) La influencia del pensamiento de Kelsen a quien Ross dice deber el interés por el pensamiento coherente y sistemático, aparece con claridad en su obra *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, publicada en Copenhague en 1929. Véase: S. STRÖMHOLM y H. H. VOGEL, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du Droit*, LGDJ. París, 1975, pág. 16; E. PATTARO, *Filosofía del Derecho, Derecho. Ciencia del Derecho*, edit. Reus, Madrid, 1980, págs. 189-190; L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, cit., pág. 162, nota 397.

La influencia que Kelsen tiene en la teoría jurídica de Ross ha sido objeto de interesantes trabajos, entre los que cabe destacar: J. ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980; LUCIA TRIOLO, «Ross e il superamento di Kelsen; due pagine a confronto», *Scienza e politica nel pensiero di Alf Ross*, a cura di Antonio Tarantino, Milano, 1984, págs. 219-254, y E. PATTARO, *Elementos para una teoría del derecho*, Edit. Debate, 1985. Al margen, claro está, de la comparación realizada por el propio Kelsen en *Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y*

gunda guerra mundial, establecidas las conexiones entre el realismo jurídico escandinavo y el pensamiento angloamericano, cuando Ross exponga de forma más elaborada su teoría jurídica. Esta diversidad de influencias ha permitido afirmar que Ross es el representante más heterodoxo de la escuela realista escandinava (24).

La teoría jurídica de Ross está estructurada en torno a una tesis central: el intento de llevar hasta sus últimas consecuencias, en el ámbito jurídico, las tesis empiristas. Tesis que le obligan, desde el punto de vista metodológico, a someter el conocimiento del derecho a los patrones de observación y verificación propios de la ciencia empírica moderna. Y, desde el punto de vista analítico, a exigir que los conceptos jurídicos sean interpretados y entendidos como modos de comprender la realidad social y el comportamiento del hombre en la sociedad.

«La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas» (25).

Desde estos presupuestos Ross intenta establecer las diferencias entre el derecho y el conocimiento sobre el derecho, la ciencia jurídica. Para Ross el derecho tiene naturaleza normativa en cuanto está compuesto por normas. Normas que son definidas como proposiciones directivas, es decir, como proposiciones que no describen la realidad, sino que tienen la misión de dirigir las conductas humanas en una determinada dirección. Hasta aquí, es posible establecer una clara identidad entre el pensamiento de Kelsen y el de Ross, las diferencias surgen en la forma del entender el conocimiento acerca del derecho, en la forma de definir qué es la ciencia jurídica. Para Ross, a diferencia de Kelsen, la ciencia jurídica sólo puede tener una naturaleza, naturaleza empírica, como cualquier otra ciencia.

La ciencia jurídica está formada, afirma Ross, por un conjunto de aserciones que predicen que ciertas directivas son derecho válido. La ciencia del derecho es, pues, un conocimiento referente a normas, no un conocimiento normativo.

«Cuando la ciencia jurídica describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales... si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de lo que es y ciencia de lo que debe ser se derrumba» (26).

la justicia, publicado en Viena en 1959. La influencia de Hägerström en Ross se aprecia dos años más tarde a la publicación de su obra *Teoría sobre las fuentes jurídicas*, en *Una crítica del llamado conocimiento práctico*, publicada en Uppsala en 1933.

(24) Como ejemplo de su no ortodoxia se señalan sus duros y continuos enfrentamientos con Lundstedt.

(25) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., Prefacio a la edición inglesa, pág. XIII.

(26) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Edit. Universitaria, Buenos Aires, 1970, pág. 11, nota 29.

El derecho válido sólo puede ser determinado atendiendo a las conductas de los jueces y tribunales. Es el reconocimiento por los órganos primarios que aplican las normas a los casos particulares, lo que hace posible afirmar que una norma pertenece a un conjunto unitario que se denomina derecho vigente. Junto a este reconocimiento expreso, que se realiza mediante la aplicación del derecho (elemento externo), Ross habla de la necesidad de otro elemento, el elemento interno, que define del modo siguiente:

«Mi punto de vista es conductivista en la medida que busca hallar consistencia y predicibilidad en la conducta verbal, externamente observada, del juez. Es psicológico en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos» (27).

Mediante esta doble exigencia Ross se distancia del realismo americano, para quien derecho es lo que los jueces disponen, las decisiones judiciales (este elemento interno nos hace recordar bastante el planteamiento jurídico de Hart. Sin embargo, ya analizaremos, más adelante las diferencias existentes entre ambos elementos internos). Y muestra cómo la efectividad de la norma no es suficiente para reconocer el derecho vigente en un cierto lugar y tiempo, exigiéndose además que la norma sea sentida por el juez como socialmente obligatoria.

La función que Ross asigna a la ciencia jurídica es exponer un determinado sistema nacional individual de normas (28). Sistema que puede ser definido como un conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque las vive como obligatorias (29). Ahora bien, lo que proporciona coherencia interna a este conjunto de normas es que organizan y disponen en qué condiciones es posible usar la fuerza del Estado y por quién.

«un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado por reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece el aparato de autoridades públicas (tribunales, órganos ejecutivos), cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en estos casos específicos» (30).

(27) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 72.

(28) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 31.

(29) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 34.

(30) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 34.

EL DERECHO SUBJETIVO

Desde esta clara diferenciación entre lo que es derecho y ciencia jurídica, Ross se acerca a la comprensión del derecho subjetivo tratando de demostrar que el derecho subjetivo es una simple individualización del derecho, una ejecución en el plano individual de ciertos principios generales.

«Como fenómeno jurídico el derecho subjetivo es la realidad objetiva del derecho considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de conducta individual. La realidad jurídica puede ser un factor restrictivo o de expansión en la conducta del individuo. El derecho subjetivo, por tanto, se llama restricción de la conducta (obligaciones) o expansión de conducta (conductas preferidas, derechos)» (31).

Esta perspectiva le enfrenta a Lundstedt (32) y Hägerström, para quienes el derecho subjetivo es una realidad que surge del simple funcionamiento de la máquina jurídica (33). Ross sostiene, por el contrario, que el derecho no funciona como tal máquina, es decir, no es un riguroso sistema fijo de *funciones*. El funcionamiento de la máquina misma depende en ocasiones de la existencia de lo que la doctrina jurídica llama el derecho subjetivo (34). Por esto Ross adopta un método de trabajo diferente a Lundstedt y Hägerström: no analiza el derecho subjetivo como tal, centra su atención en el análisis de sus fundamentos teóricos, con el objetivo de demostrar que los diferentes aspectos del derecho subjetivo están íntimamente ligados a la teoría que se adopte respecto a la naturaleza del derecho como tal. No le interesan las consecuencias que la creencia en los conceptos metafísicos producen en la psicología de las personas, sino la concatenación lógica que pueda existir entre los supuestos de hecho originarios de la noción y las consecuencias que el ordenamiento establece para el caso de que se produzcan tales supuestos, teniendo siempre presente que ambos elementos de la relación lógica han de ser analizados desde la consideración fundamental de su punto de partida: la norma jurídica que posibilita el adecuado funcionamiento de la maquinaria jurídico-social (35).

(31) ROSS, *Hacia una ciencia realista*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 193.

(32) «Lundstedt porta la critica hägerströmiana fino alle conseguenze più radicali, proponendo di eliminare dal linguaggio giuridico, a tutt'al più di usera solo tra virgolette, per vendere palese il loro uso strumentale, parole quali "diritto", "dovere" e simili.» Carla Faralli, «Diritto e magia, Saggio su Axel Hägerström», *Contributi al realismo giuridico*, a cura di Enrico Pattaro, Milano, 1982, pág. 40.

(33) Véase: Strömholm y Vogel, *Le realisme scandinave dnas la philosophie du droit*, cit., págs. 54-57).

(34) ROSS, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 188-189.

(35) IGNACIO ARA PINILLA, «Acercas de la concepción del derecho subjetivo en el

Este giro metodológico había de producir cambios importantes en la valoración y comprensión del derecho subjetivo. Cambios en los que vamos a centrar nuestra atención.

En un primer momento, a Ross le interesa demostrar el paralelismo existente entre el concepto de derecho y el derecho subjetivo. Para mostrar esta relación efectúa, en su obra *Hacia una ciencia realista*, un estudio de las distintas direcciones iusfilosóficas. Estudio que le permite sostener: todos los planteamientos filosóficos-jurídicos, elaborados hasta el momento, adolecen de un importante error, que consiste en que:

«se ha tratado de interpretar el derecho básicamente como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios «a priori» de justicia. Al tiempo que resultó imposible negar la obvia dependencia de que el derecho vigente tiene la ciertos hechos, y su resultado fue un típico dualismo: el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las ideas eternas de validez» (36).

Este dualismo que ha invadido el pensamiento jurídico, produce en el seno de las distintas teorías insalvables contradicciones o antinomias (37), que invalidan los distintos conceptos de derecho, así como los conceptos jurídicos fundamentales elaborados sobre su base (paralelamente a las antinomias presentadas al respecto al concepto de derecho, presenta Ross antinomias del concepto de fuentes del derecho y del derecho subjetivo) (38). Ante esta situación, Ross defiende la necesidad de disolver, en primer lugar, este dualismo mediante un análisis realista del derecho. Sólo desde una posición realista será posible eliminar las contradicciones que encierran los planteamientos analizados y presentar una correcta definición del concepto de validez del derecho, no como una noción abstracta, «a priori», sino como *vivencias de validez*.

«Desde que ni la realidad ni la validez pueden ser eliminadas del concepto de derecho, la dialéctica sólo puede ser superada mostrando que realidad y validez —debidamente interpretadas— no son categorías irreductibles que se excluyen mutuamente... El principio de disolución, por tanto, a través de toda la teoría jurídica, consiste en introducir en lugar de la validez en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de la realidad las vivencias de validez (en el sentido de ciertas actitudes de conducta reales)...» (39).

realismo escandinavo», *Revista de legislación y jurisprudencia*, semestre enero-junio 1982, pág. 512.

(36) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., Prefacio, pág. 12.

(37) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., cap. VII, págs. 61-85.

(38) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 145-151 y págs. 188-191.

(39) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 88-89.

El camino elegido por Ross no es negar la fundamental significación de las distintas nociones de validez, sino reinterpretarlas como racionalizaciones de ciertas experiencias emocionales e incluirlas así en el mundo de los hechos. De este modo se reconduce la noción de validez a donde únicamente puede ser defendida y verificada, en la realidad, en los hechos.

El interés de Ross por replantear, desde un punto de vista realista, los presupuestos teóricos de los llamados conceptos fundamentales del derecho es mostrar que tales conceptos pueden ser utilizados por el pensamiento jurídico y por los juristas prácticos, si se elimina de ellos los residuos metafísicos. No le interesa desvelar tan sólo el trasfondo mágico, metafísico que en ellos existe, esto ya había sido hecho por Hägerström y Lundstedt; era preciso ahora recuperarlos para la teoría y la práctica jurídica. Esta recuperación es importante porque, «aunque las nociones racionalizadas del derecho, de acuerdo con su sentido literal, son falsas o de naturaleza supersticiosa, significan o simbolizan alguna realidad jurídica. O en última instancia, que ellas corresponden a ciertas realidades jurídicas que, una vez sometidas a la crítica, se asegura que son lo que era *realmente* significado por las ideas en cuestión. Y este aserto no puede de ninguna manera ser desechado como un mera frase» (40).

Descubrir el verdadero significado del derecho subjetivo es el fin que Ross se propone en su artículo «Tû-Tû». A través del término «Tû-Tû» Ross nos muestra el carácter simbólico del lenguaje, así como su doble función descriptiva (aserciones) y prescriptiva (directivas).

A partir de unas imaginarias investigaciones etnográficas realizadas por el doctor Nadie, en las islas Ilusión, sobre el pueblo Ficción, Ross nos presenta el término «Tû-Tû», término que, en un primer momento, carece de sentido para el doctor Nadie, pero que a medida que descubre las costumbres y los ritos del pueblo Ilusión comprueba que con él se hace referencia a la situación que surge como resultado de haber sido violado un tabú. Tû-Tû describe no sólo la situación, de la que se derivarán una serie de consecuencias desgraciadas fruto de la violación del tabú, sino también transmite una prescripción: ha de realizarse una ceremonia de exorcismo para evitar las consecuencias desgraciadas que genera la violación del tabú (41).

Este término que carece de sentido fuera del contexto de las islas Ilusión, produce importantes efectos entre aquellos que conocen su significado.

Esta situación imaginaria tiene el propósito de ejemplificar las funciones que desempeña el lenguaje jurídico (42). Ross afirma que la mayoría de los enunciados jurídicos son semejantes al término «Tû-Tû». Para probar esta afirmación toma como ejemplo la siguiente frase del lenguaje jurídico:

(40) Ross, *Hacia una ciencia realista*, cit., págs. 20-21.

(41) ROSS, «Tû-Tû», en *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Uberto Scarpelli, Milano, 1976.

(42) Ross, «Tû-Tû», cit., págs. 171-172.

1. Si se concede un préstamo, nace una pretensión.
2. Si existe una pretensión, el pago ha de ser hecho en el plazo acordado.
3. Si se concede un préstamo el pago ha de hacerse en el plazo debido (43).

El término «pretensión» que aparece en los apartados uno y dos, tiene el mismo sentido que el término «Tû-Tû». Con él no se describe ninguna situación real, ningún hecho. El término «pretensión» aparece como un fenómeno intermedio que se sitúa entre el hecho y la consecuencia jurídica, pero es un fenómeno que no existe, sólo cumple la función de reforzar, invocando una especie de poder sobrenatural, que el pago ha de hacerse en el plazo acordado. Esto muestra la semejanza estructural que el lenguaje jurídico guarda con el pensamiento mágico primitivo (44).

Los motivos que justifican la conservación de estas formas de presentación los expone Ross a través del análisis de la propiedad. La regla jurídica referente a la propiedad conecta, como anillos de una cadena, una serie de hechos jurídicos individuales (aquellos que el ordenamiento jurídico establece como hechos que originan la propiedad: donación, compraventa, herencia, etc.) con las consecuencias jurídicas individuales que de ellos se derivan (45).

Afirmar, en estos supuestos enormemente diversificados, que existe un derecho de propiedad, elimina realizar una penosa y larga enumeración de hechos y consecuencias jurídicas, agilizando y simplificando extraordinariamente la práctica jurídica. El término propiedad, que se sitúa entre el hecho y la consecuencia jurídica, no representa ninguna realidad, pero es un útil instrumento de presentación de una situación compleja.

«Il concetto di diritti soggettivi è uno strumento della tecnica di presentazione che serve a fini esclusivamente sistematici, e che, in se stesso, no significa niente di più e niente di meno di quanto significhi “Tû-Tû”» (46).

Esta función estrictamente sistemática que Ross asigna al derecho subjetivo en el artículo «Tû-Tû», será matizada y completada más tarde en *Sobre el derecho y la justicia*.

Una vez establecido el verdadero significado del derecho subjetivo y eliminados de él los residuos metafísicos heredados del pasado, Ross explicita los comportamientos sociales a que alude el término derecho subjetivo. Las situaciones en que puede emplearse correctamente esta herramienta o técnica de presentación son las siguientes:

1. Se usa para señalar la posición ventajosa que surge como re-

(43) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 172.

(44) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 173.

(45) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 173.

(46) Ross, «Tû-Tû», *cit.*, pág. 181.

sultado de una situación jurídica. La situación es contemplada por la norma desde la perspectiva de la persona a la que favorece. No puede ser utilizado el término derecho subjetivo para afirmar «tengo derecho a...», si tal afirmación no está avalada por una norma jurídica. Por consiguiente, el derecho subjetivo hace referencia siempre a un cierto contenido jurídico.

2. El término derecho subjetivo hace referencia también al titular de un derecho que posee facultad respecto a la persona obligada. Esta facultad sólo significa que el titular del derecho puede poner en marcha la maquinaria jurídica de acuerdo con su voluntad.

Podemos afirmar resumiendo que: «el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses» (47).

Desde esta perspectiva, la discusión tradicional entre la teoría del interés y la de la voluntad para determinar la naturaleza del derecho subjetivo ha de ser rechazada, por falta de realismo.

«Se ha considerado que lo más importante era determinar la esencia del derecho subjetivo. Por un lado está la teoría de Ihering, según la cual la esencia de un derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. En oposición a ella se encuentra la teoría de Windscheid, que sostiene que la esencia del derecho subjetivo es un poder o supremacía de la voluntad. El debate entre estas dos teorías parece ser interminable... Esta discusión no lleva a ninguna parte. Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde, en modo alguno, a una realidad que aparezca entre los hechos condicionados y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa. Tras las diversas ideas de una esencia sustancial se ocultan diferentes puntos en la situación típica de derecho subjetivo: la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potestad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición. Las dificultades con las que tiene que luchar cada una de las teorías nacen del hecho de que las funciones, que están integradas en las situaciones típicas se dan divididas entre sujetos diferentes en las situaciones atípicas» (48).

Una vez depurado el término derecho subjetivo de connotaciones metafísicas, establecida su función técnica como herramienta de presentación de situaciones jurídicas complejas, así como indicadas las situaciones en las que el término derecho subjetivo puede ser empleado

(47) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 171.

(48) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 182-183.

correctamente por el jurista teórico y práctico, Ross, por último, se centra en el análisis de los derechos *in rem* y derechos *in personam*.

Se detiene Ross en el análisis de esta clasificación, entre las muchas existentes, porque es en el ámbito patrimonial donde el derecho subjetivo actúa con más fuerza en las sociedades modernas, consecuencia de ser la propiedad privada un derecho subjetivo clave en las relaciones económico-sociales. Por consiguiente, es en este ámbito donde se hace más necesario introducir rigor y precisión terminológica.

Esta clasificación ha sido usual, desde la antigüedad, en el ámbito del derecho de contenido patrimonial. La doctrina, en torno a esta distinción, presupone que la división de los derechos patrimoniales, según su contenido, está acompañada de una correspondiente división de la protección. Los derechos que según su contenido son *in rem* están dotados de una protección *in rem* y los derechos que según su contenido son *in personam* están dotados de una protección *in personam*. Ross critica esta clasificación, en primer lugar, porque crea confusión, desde el punto de vista terminológico, al emplear el mismo término para aludir al contenido del derecho y a la protección que este contenido posee. Para eludirla Ross propone utilizar términos distintos para los derechos —derechos de disposición en vez de derechos *in rem* y derechos de pretensión o facultad para los derechos *in personam*—, manteniéndose la misma denominación para la protección: protección *in rem* y protección *in personam* (49).

En segundo lugar, analiza Ross el contenido de estos dos tipos de derechos y observa que las situaciones que los integran son semejantes. Esta semejanza es consecuencia de que la clasificación ha sido realizada utilizando dos criterios en vez de uno sólo. Cuando se habla de la existencia de un derecho de disposición se centra la atención en el efecto económico que la situación jurídica genera. Cuando se habla de derecho de pretensión, la situación jurídica es observada y descrita en relación a la posición jurídica en que se encuentran los sujetos que en ella intervienen (facultad del acreedor, deber del deudor) y deja a un lado la ventaja económica. Si se utilizara un solo criterio se comprobaría que no existen diferencias entre el contenido de un derecho de disposición y un derecho de pretensión, pues el primero puede consistir en la facultad jurídica que el titular del derecho hace valer mediante un procedimiento jurídico y el segundo encierra también el establecimiento de un uso y disfrute económicos.

«El derecho de pretensión o facultad representa una etapa preliminar del derecho de disposición. Tarde o temprano todo derecho de pretensión o facultad se transforma en un derecho de disposición» (50).

Todo derecho subjetivo «consiste en las facultades jurídicas que el

(49) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 185.

(50) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 189.

titular puede hacer valer mediante procedimientos» (51). De ahí que la única base admisible para mantener la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión sea la de establecer una diferencia de facultades.

El derecho de disposición «es un derecho que consiste únicamente en facultades no exigibles; y el derecho de pretensión en un derecho con facultad o facultades exigibles» (52). Facultades exigibles son aquellas que designan situaciones jurídicas en las que el titular del derecho puede iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia o puede, por lo menos, indicar en forma definida la conducta que daría lugar a ello; mientras que las facultades no exigibles designan situaciones jurídicas que hasta el momento de iniciar el procedimiento no pueden ser explicitadas.

Este análisis pormenorizado pretende demostrar que la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión está conectada con una visión dinámica de la relación jurídica, puesto que el derecho de pretensión se transforma con el paso del tiempo en un derecho de disposición y el derecho de disposición puede transformarse, según las circunstancias, en un derecho de pretensión o facultad (53).

Finalmente, plantea Ross la posibilidad de seguir manteniendo la conexión entre el contenido de un derecho subjetivo y su protección. Y demuestra que esta conexión es insostenible desde el punto de vista de la protección dinámica y desde el punto de vista de la protección estática. Las diferencias existentes en la protección de los derechos subjetivos patrimoniales no están fundamentadas en el contenido del derecho, sino en el tipo de colisión de derechos que se produzcan en el tráfico jurídico (54).

REFLEXIONES CRITICAS

Es curioso que después de este largo análisis todo quede reducido a la siguiente expresión: «siempre que esto sea claramente advertido, no hay razón para abandonar la terminología existente» (55). Se trata, si se me permite la expresión, de un amagar y no dar. ¿De qué sirve esta larga tarea de depuración y precisión terminológicas si todo puede continuar igual?

Creemos que el proyecto realista prometía más que los logros reales conseguidos. La falta de referencia semántica que Ross afirma del derecho subjetivo había sido ya establecida no sólo por Hägerström y Lundstedt, también por Comte y Duguit desde una posición sociológica y con anterioridad por Bentham.

(51) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 190.

(52) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 190.

(53) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 191.

(54) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., págs. 195-196.

(55) Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., pág. 196.

Bentham afirma la falta de realidad de los derechos, así como su carácter de ficción, defendiendo, al mismo tiempo, la necesidad de que sean suprimidos, por peligrosos, del lenguaje jurídico y político, dado que tienden a ser absolutizados por los ciudadanos, cuando el único principio absoluto existente es el principio de autoridad (56).

En 1890 Comte en *Système de politique positive* sostiene la necesidad de que la palabra «derecho» sea desterrada del lenguaje político, pues:

«Chacun a des devoirs, et envers tous; mais personne n'a aucun droit proprement dit» (57).

Cincuenta años más tarde, Duguit continúa defendiendo el carácter metafísico del derecho subjetivo y critica duramente la consideración tradicional, que entiende el derecho subjetivo como una relación de poder o de señorío, de propiedad en definitiva (58), cuando el derecho subjetivo es siempre una relación entre voluntades, «una frente a otra: una voluntad que puede imponerse a otra voluntad» (59).

Frente a este tipo de negaciones del derecho subjetivo, Ross pretende un cambio de perspectiva que «en relación al período anterior significaba la polémica Ekelöf y Strahl; y llamó «jurídico» al nuevo enfoque, contraponiéndolo así al sociológico, representado, según él, por Duguit y Lundstedt» (60).

Este cambio de método parece poner de relieve un cambio en el seno de la corriente realista escandinava respecto a los conceptos jurídicos fundamentales. Ross intenta desvelar que, a pesar de la falta de referencia semántica de estos conceptos, con ellos se describen ciertas situaciones, ciertas realidades, ciertas conductas que es donde debemos centrar nuestra atención. Exponer y precisar estas realidades le obliga a utilizar el método analítico. Sin embargo, Hernández Marín afirma que: «este cambio metodológico que Ross propone es insuficiente para justificar un giro en el seno de la corriente realista, porque tal método, el método analítico no existía» (61).

Esta falta de determinación del método no impide hablar de ciertos objetivos logrados por Ross, continúa diciendo Hernández Marín, entre los que cabe mencionar: «sintácticos (las expresiones de dere-

(56) Véase, H. L. A. HART, «Legal Rights», en *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, cap. VII, págs. 162-193.

(57) A. COMTE, «Système de politique positive ou Traité de Sociologie», en *Oeuvres D'Auguste Comte*, Anthropos, París, 1969, t. VIII, pág. 361.

(58) Esta visión tradicional sobre el derecho subjetivo está defendida y argumentada con detenimiento por Jean Dabin... Véase, J. DABIN, *El derecho subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, págs. 100-111.

(59) L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 175.

(60) R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho», en *Estudios de Filosofía del derecho y ciencia jurídica en Memoria y homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, 1983, T. I., pág. 516.

(61) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., págs. 516-517.

chos subjetivos son términos de conexión entre proposiciones, nombres, variables, etc.) y, en algún caso, lógicos, y sólo indirectamente semánticos (las expresiones de derechos subjetivo carecen de sentido, carecen de referencia, designan supuestos de hecho, consecuencias de derecho, etc.)» (62). El pensamiento de los juristas escandinavos gira, al igual que el pensamiento tradicional, en torno a la «calificación sintáctica “de las expresiones del derecho subjetivo». Y, como también sucede en el pensamiento tradicional, el condicionamiento existente entre los temas “del” derecho subjetivo y de “los” derechos subjetivos, consiste en trasladar la calificación sintáctica dada a las expresiones de derecho subjetivo» (63). De este modo el problema del derecho subjetivo se sitúa en la calificación sintáctica de aquellas expresiones de derecho subjetivo.

Ross sostiene que la expresión derecho de propiedad es un término de conexión entre proposiciones. Hernández Marín, por el contrario, afirma que esta afirmación es falsa porque «las expresiones de derecho subjetivo son proposiciones (no nombres ni términos de conexión entre proposiciones) y, por tanto, expresiones con sentido» (64). De este modo, conocida la categoría sintáctica a que pertenecen las expresiones de derecho subjetivo no puede hablarse del concepto del derecho de propiedad, pues no existe tal concepto dado que el derecho de propiedad no es un nombre. Tampoco cabe, pues, hablar «del concepto de derecho subjetivo». El «problema del concepto de derecho subjetivo, más que un problema sintáctico, es un problema que surge como consecuencia de errores sintácticos» (65).

Aunque nos parecen muy interesantes las precisiones que Hernández Marín realiza al planteamiento de Ross, respecto al derecho subjetivo, creemos que el derecho subjetivo no agota su comprensión y conocimiento en un análisis formal de este tipo. Es más, el análisis que del derecho subjetivo hace Kelsen, a pesar de su positivismo y formalismo, nos parece mas acertado, por cuanto es capaz de constatar que el derecho subjetivo cumple el papel de ser una ficción necesaria histórica y socialmente para el sistema capitalista, es decir una función ideológica.

«Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y sujeto de derecho. Se trata de manter la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante, si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar

(62) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 517.

(63) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., págs. 517-518.

(64) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 519.

(65) R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho subjetivo: análisis lógico...*, cit., pág. 520.

constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene origen democrático. Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo, que no sería menos, sino más que este, un verdadero derecho, se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico» (66).

No sólo Kelsen supera la visión del derecho subjetivo de Ross, también lo hace Hart desde una posición analítica. Hart reconoce la existencia de términos que a pesar de no tener una referencia semántica, tienen sentido y significado pragmático. Y además defiende que estos términos cumplen una función imprescindible en el lenguaje jurídico dogmático.

No es posible eliminar del lenguaje jurídico términos tales como derechos, obligaciones, deberes, validez, simplemente porque no son hechos, pues los valores morales son actitudes que los seres humanos adoptan y su carácter cambiante y aleatorio no es suficiente para considerarlos un sin sentido, pues encontramos expresiones semejantes en el lenguaje ordinario tales como grueso, corto, largo, etc., que son cambiantes y aleatorias y no por eso son consideradas un sinsentido lógico (67).

El derecho exige ser interpretado como un conjunto de proposiciones de deber ser y no como hechos, pues de otro modo no es posible distinguir las conductas regularizadas de los individuos en el orden social, de las conductas gobernadas por reglas. Así como tampoco se podría apreciar el carácter normalizador del derecho y su función conformadora de la realidad social.

Hart reconoce el mérito a la teoría jurídica de Ross de haber distinguido entre un aspecto externo e interno en el derecho. Sin embargo, le critica el lugar donde establece la diferenciación. Ross representa, equivocadamente, el aspecto interno del derecho como un sentimiento. La distinción entre el aspecto externo e interno en el derecho no es una distinción basada en la diferencia existente entre conducta y sentimiento, aunque ambos elementos puedan distinguirse. La distinción interno-externo alude a dos perspectivas, a dos formas distintas de conocer el derecho. Un observador externo que no suscriba las reglas jurídicas compartidas por un determinado grupo social, puede dar cuenta del hecho informando que el grupo se comporta de cierta manera y reacciona ante las violaciones realizadas a sus reglas, tanto venga de personas públicas como privadas. Además la constatación de este hecho le permite predecir los comportamientos futuros del grupo y sus futuras reacciones. Ahora bien, si el que habla es un miembro perteneciente al grupo, afirmará la existencia de tales criterios y tra-

(66) H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1971, págs. 116-117.

(67) H. L. A. HART, «Scandinavian jurisprudence», en *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 163.

tará las desviaciones como razones que motivan las reacciones, exigiendo la conformidad con las reglas como algo justificado. Esta visión interna del derecho no hace referencia a *sentimientos*, aunque pueden acompañar al que habla, alude a que el que habla se considera obligado por las normas, es decir, tiene la convicción del carácter obligatorio de las normas jurídicas.

Ross se equivoca cuando no reconoce los usos internos del lenguaje. La afirmación, «esta regla es válida», como diferente de «esta regla se sigue en Inglaterra», es apropiada cuando un sistema jurídico contiene reglas primarias (normas de comportamiento) y una regla de reconocimiento. Así cuando un juez reconoce una regla, la identifica como regla primaria en virtud de una regla tácita de reconocimiento o un criterio de identificación, que podría formularse del siguiente modo: lo que proclama la reina en el Parlamento es criterio legal de conducta (68).

Frente al empirismo que invade la teoría jurídica de Ross, Hart propone un método hermenéutico que permita una exposición de la conducta regulada por reglas tal y como aparece para sus participantes, que la ven conformando o dejando de conformar ciertos criterios compartidos por el grupo social. Este punto de vista interno es vital para apreciar la función normalizadora y conformadora que el derecho ejerce sobre la realidad social, pero es vital también para el análisis de cualquier normativa social.

Una teoría como la de Ross, que se presenta a sí misma como realista, debía haber profundizado en la función ideológica del término derecho subjetivo, estableciendo los distintos niveles de conexión entre la realidad socio-política y las formas jurídicas. Sin embargo, esta conexión no aparece en ningún momento en la obra de Ross. Cuando Ross dice observar lo que es el derecho, observa únicamente conductas y sentimientos que son interpretados linealmente, es decir, observa comportamientos individuales que aparecen desconectados de toda realidad social.

Frente a este planteamiento de Ross, defendemos que la verdadera significación del derecho hay que buscarla en su interrelación con la estructura social y en su pretensión de reflejar determinados valores, pues la gran paradoja del derecho es la tensión constante a la que está sometido entre esos dos ámbitos: social y moral.

El positivismo legalista creía posible y necesario aislar la realidad del mundo jurídico para construir un conocimiento del derecho neutro que proporcionara al jurista práctico el bagaje conceptual imprescindible para la aplicación del derecho, protegiéndole de las actuaciones políticas. Con lo cual el derecho era presentado como un instrumento universal y objetivo. En este mismo error cae el planteamiento de Ross.

La comprensión real del derecho no se agota en la descripción de un conjunto de conceptos e instituciones que constituyen el sistema ju-

(68) H. L. A. HART, «Scandinavian jurisprudence», *cit.*, págs. 166-167.

rídico, pero tampoco es el análisis de una serie de conductas y sentimientos. Presentar la realidad del derecho, exige explicar también el por qué de estos conceptos, instituciones y conductas. El jurista que pretende conocer el derecho, ha de conocer las razones que han determinado y condicionado la configuración de estos elementos jurídicos concretos. El conocimiento del derecho no puede prescindir del elemento histórico.

«El derecho es norma, volición social reguladora, al tiempo que también es institución social, articulación de la sociedad. Por tanto, ésta debe ser considerada tanto como compartición asociada de voluntades, agregado voluntario de sujetos deliberantes, cuanto como recambio orgánico objetivo de entes productivos, cuyo funcionamiento es independiente de la voluntad de los individuos y responde a determinados mecanismos históricos y leyes sociales» (69).

Por consiguiente, propugnamos para el análisis y comprensión del derecho subjetivo la necesidad de restablecer las relaciones entre derecho y sociedad, reconociendo que su separación es resultado característico del proceso de formación y funcionamiento de la moderna sociedad burguesa. En segundo lugar, es necesario también disponer de una interpretación articulada del conjunto del nexo economía-derecho y sociedad-estado. Tal enfoque comporta la imposibilidad de un conocimiento y valoración del derecho como realidad autónoma (es decir, el derecho entendido como norma o conducta), y permite una comprensión del derecho, que lo integre y lo sitúe en una ciencia global.

Una vez señaladas estas cautelas metodológicas, es posible decir que el objetivo más esencial y problemático en la comprensión y valoración del derecho es investigar acerca del «nexo abstracto-concreto» (70). No se trata de evidenciar sólo que las formas abstractas de la gestión jurídica son expresiones de la dinámica socio-económica concreta del capitalismo. Tal reducción significaría explicar y comprender el derecho como un sistema de categorías históricas. La pregunta que es preciso realizarse es: por qué el capitalismo ha escogido esta forma jurídica y no otra, y qué función social cumple cada forma jurídica concreta. El planteamiento de Ross en modo alguno da respuesta a este tipo de cuestiones, cuando como «realista» debería darlas. Lo que ocurre, es que el término realista es demasiado ambiguo. También Kelsen lo pretendía para su teoría pura del Derecho.

Somos conscientes de que el derecho subjetivo es una categoría difícil de teorizar científicamente, pues en ella confluyen más agudamente que en otras categorías jurídicas, los elementos ideológicos que determinan la opción por un determinado concepto de derecho. Nos parece significativa al respecto la siguiente cita:

(69) CERRONI, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, Grijalbo, Barcelona, 1977, pág. 155.

(70) CERRONI, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, cit., pág. 156.

«Es explicable que la idea de derecho subjetivo ... tenga que ser mantenida por todos aquellos que admitan la sustancial dignidad del hombre, mientras que quieran proscribirla las teorías de carácter colectivista y totalitario, como sucedió en la Alemania de Hitler y sucede hoy con el comunismo soviético» (71).

Esta confluencia de elementos ideológicos explica que no exista en la actualidad, contrariamente a lo que se piensa, una idea generalizada acerca de qué debe entenderse por derecho subjetivo, a pesar del consenso existente respecto a la existencia de una serie de derechos subjetivos. Pero la dificultad de precisar qué es derecho subjetivo no deriva sólo de la carga ideológica que encierra el término.

Creemos que su dificultad más importante obedece, desde el punto de vista teórico, a que se encuentra recorrido por todas las contradicciones que surgen del mantenimiento de la igualdad formal en el plano jurídico y la existencia de una realidad profundamente desigual. Esta realidad integrada por individuos desiguales queda enmascarada y transformada en una realidad de individuos iguales jurídicamente, lo que sólo es posible realizar a través de una noción como la del sujeto de derecho y ésta se concreta en la práctica en el reconocimiento y ejercicio de una serie de derechos subjetivos. Los continuos desajustes que esta formalización produce son resueltos por la dogmática jurídica. De ahí que el derecho subjetivo sea punto obligado de referencia para el científico dogmático, en su intento de eliminar o enmascarar las contradicciones que surgen de la defensa de una igualdad exclusivamente formal. Esta exigencia de armonización explica por qué defensores y detractores del derecho subjetivo dedican esfuerzo y atención a su estudio; y por qué Ross, a pesar de reconocer la falta de realidad del término, mantiene su funcionalidad práctica, una vez precisado su verdadero sentido.

El derecho subjetivo, como toda categoría jurídica, es útil para explicar ciertas conductas sociales, que de otro modo tendrían que ser objeto de una larga y penosa enumeración de hechos y consecuencias. Cómo explicar las transferencias económicas, que a diario se efectúan en las sociedades modernas, sin derechos:

«El poder ilimitado sobre las cosas no es ni más ni menos, que el reflejo de la circulación ilimitada de mercancías» (72).

Si se eliminara el derecho subjetivo del lenguaje jurídico, intento llevado a cabo por Kelsen, una parte importante de las relaciones económico-sociales no podrían ser explicadas, ni comprendidas. Por esto Larenz afirmaba: «La teoría pura del derecho es en alta medida seductora como teoría, pero su rendimiento en orden a la praxis es es-

(71) L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, T. I., Tecnos, Madrid, 1975, 1.ª edición, pág. 406.

(72) E. PASUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor, Barcelona, 1976, pág. 105.

caso» (73). La falta de eficacia práctica con que Larenz critica la teoría jurídica de Kelsen es consecuencia de la imposibilidad para la teoría pura de explicar relaciones y actuaciones sociales, para las que la dogmática ha de ofrecer instrumentos conceptuales de comprensión.

Finalmente, es preciso señalar que a pesar de afirmar Kelsen que «el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma jurídica en relación con el individuo designado por la misma norma» (74), se ve obligado a reconocer que en determinadas situaciones el término derecho subjetivo puede ser empleado correctamente. Nos estamos refiriendo a los siguientes supuestos: como equivalente a no prohibido, como equivalente a autorización, como correlato de una obligación activa, como correlativo de una obligación pasiva y como acción procesal. Este último significado, al que Kelsen denomina técnico o estricto, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una noción autónoma (75). Todos estos significados tienen en común, que describen hechos donde la voluntad de los particulares es condición en determinadas normas para producir ciertos efectos jurídicos. Esto demuestra que el derecho moderno no puede ser comprendido y explicado sólo con la categoría de deber.

Creo que el conocimiento científico del derecho, para ser tal, ha de ser capaz no sólo de describir qué es el derecho, sino también de explicarlo. El valor descriptivo y explicativo de la teoría jurídica de Ross es muy reducido, crítica que hay que hacer extensiva a su comprensión y análisis del derecho subjetivo. Presenta Ross el derecho desde una visión estrictamente individualista, cuando el derecho es un fenómeno social condicionado y determinado por complejos factores sociales, éticos, políticos y económicos, a los que Ross en ningún momento hace referencia para comprender el sentido y el alcance del derecho.

Su consideración del derecho como un simple lenguaje y del derecho vigente como un conjunto de reglas que explican y dan sentido a una serie de conductas generalizadas y sentidas como socialmente obligatorias, elimina del derecho esas anteriores dimensiones.

Podemos concluir que los límites más importantes de la teoría jurídica de Ross proceden de su punto de partida, su empirismo, un empirismo corto de miras, hoy suficientemente superado, para quien la sociedad son individuos y relaciones individuales, la historia mera sucesión del tiempo y las luchas por el poder no adoptan ninguna forma determinada. Este empirismo es el que vacía el concepto de realidad que hay en la base de su «realismo», y lo hace insuficiente para el conocimiento del derecho.

(73) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, pág. 91.

(74) H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1969, pág. 90.

(75) C. S. NINO, *Introducción al estudio del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, págs. 198-205.