Ficha de Cátedra
Filosofía del Derecho - Cát. "A"
Facultad de Derecho - UNR
Dr. Juan Cruz Ara Aimar

# ALF ROSS

## 1. Introducción.-

Alf Ross es sin duda alguna uno de los iusfilósofos más reconocidos e influyentes del siglo XX tanto a nivel nacional como internacional, lo que constituye una grata excepción, al menos en un país como el nuestro donde, en el plano filosófico y jurídico, la tradición e historia han sido marcadas primordialmente por autores alemanes, franceses, italianos y, en menor medida, ingleses y norteamericanos. Sin embargo, este pensador danés se ha ganado el lugar de clásico en nuestra literatura, siendo muestras de ello las incontables citas en obras nacionales y que sus ideas sean de tratamiento obligatorio en cualquier currícula de Teoría Jurídica.

Otra nota llamativa es que la obra de Ross es tomada por autores de escuelas jurídicas de lo más diversas. Así, los analíticos adoptan sus estudios sobre las normas jurídicas y la axiología, los miembros de la Escuela Crítica sus propuestas respecto a la relación entre derecho y poder, e incluso las modernas corrientes neoconstitucionalistas aceptan su idea de vigencia. Asimismo, tanto el Trialismo como la Egología pueden referir puntos de encuentro con los postulados de Alf Ross; el primero para analizar la dimensión sociológica y normológica, y el segundo para compartir que el derecho es conducta y que la sentencia es el fenómeno jurídico por antonomasia.

Si bien lo dicho hasta aquí pareciera justificar la necesidad de aproximarse a un autor reconocido y adoptado por diversas posiciones iusfilosóficas, entendemos que su trabajo se enaltece por sí solo y que sus postulados son el mejor argumento para

acercarse una teoría que, propugnada hace más de cincuenta años, continúa siendo en gran parte útil y precisa para analizar los fenómenos jurídicos de la actualidad.

A lo largo de las siguientes páginas nos ocuparemos sintéticamente de las principales ideas filosóficas e iusfilosóficas de Alf Ross relativas a conceptos clave de nuestra materia tales como derecho y norma, como así también de su análisis respecto a temas siempre acuciantes de la ciencia jurídica, como es el caso de la administración de justicia o la interpretación; no sin antes repasar sucintamente su vida académica y profesional.

## 2. Vida y obra.-[1]

Alf Ross nació el 10 de junio de 1899 en Copenhague, capital de Dinamarca. Hijo de un funcionario estatal, luego de un breve paso por la Universidad Técnica, comienza la carrera de Derecho, de la cual se gradúa en 1922 con promedio destacado. Posteriormente, no satisfecho con su primer trabajo como empleado en un estudio jurídico, obtiene una beca para continuar sus estudios en el extranjero. Así, hacia el año 1923, el joven Ross emprende un viaje por dos años que lo llevaría a Francia, Inglaterra y Austria. Si bien no tenía un plan de estudios detallado o premeditado, fue durante su paso por Viena donde comienza su interés por la filosofía del derecho, luego de asistir a diversas conferencias y clases impartidas por el ya célebre Hans Kelsen, quien a la postre, sería una de sus influencias más notables

Regresado a su país en 1926, Ross presenta un trabajo doctoral sobre las fuentes del derecho en el que había trabajado durante el transcurso de su viaje en la Universidad de Copenhague. Para su sorpresa, el trabajo es rechazado, lo que motiva que tome contacto con la Universidad de Uppsala, en Suecia, donde se

[1] Para una biografía completa de Alf Ross, puede consultarse en inglés: EVALD, Jens, *Alf Ross, a life,* DJØF Publishing, Copenhague, 2014.

radicaría durante unos años y obtendría su ansiado título doctoral en filosofía del derecho. Cabe destacar que es durante esta estadía donde conoce a Axel Hägerström, su segundo norte académico.

Durante su estancia en Suecia, Ross medita y emprende un ambicioso trabajo consistente en cuatro volúmenes dedicados a la filosofía jurídica que comenzaban con el desarrollo de una postura anti-metafísica, pasaban por la ética y culminaban en los fundamentos mismos del derecho y sus temas centrales. Aunque solo dos de estos volúmenes son publicados, el segundo de ellos titulado *Virkelighed og Gyldighed i Retslœren* (1934) -publicado en inglés en una versión más breve bajo el rótulo de *Towards a Realistic Jurisprudence* (1936)- le permite obtener el antes negado doctorado en la Universidad de Copenhague, como así también comenzar a impartir clases de Derecho Constitucional en dicha academia.

A partir de allí, Ross inicia una prolífica carrera docente y publica dos obras de Derecho constitucional -una relativa al Derecho Constitucional danés y otra de corte político-jurídico (*Why Democracy?*)-, como así también un libro de Derecho Internacional Público[2] y dos de similar temática dedicadas específicamente a la naciente Naciones Unidas. Su bibliografía se completa con tres obras de filosofía jurídica: *Tû-Tû* (1957), *Directive and Norms* (1968) y su trabajo más reconocido *Sobre el Derecho y la Justicia* (1953), dos dedicadas al Derecho Penal y una colección de artículos misceláneos intitulada *Democracy, Power and Law*.

[2] Llama la atención que Ross se haya dedicado al Derecho Internacional cuando el mismo no lo considera un ordenamiento jurídico *stricto sensu.* Como veremos más adelante, si bien el Derecho Internacional reconoce autoridades y cuenta con normas de conducta y competencia, carece de una nota fundamental del derecho: la posibilidad última de aplicar sanciones jurídicas.

Para culminar esta prieta biografía, cabe destacar que a la par de su fecunda labor como escritor y profesor, Ross también fue durante más de cuarenta años un destacado asesor legal de la Cámara de Comercio danesa, como así también juez de la Corte Europea de Derechos Humanos entre 1959 y 1972 -más allá de la acotada labor que durante esos años llevó a cabo el mentado tribunal-.

Alf Ross fallece en agosto de 1979 dejando un legado que traspasaba ya las latitudes de su Dinamarca septentrional y habiéndose convertido en uno de los más influyentes juristas del siglo XX.

## 3. Postura iusfilosófica.-

La respuesta a la pregunta ontológica "qué es el derecho" suele utilizarse como variable o parámetro para clasificar a los juristas en grandes posturas o escuelas. La estrategia es clásica y acorde teniendo en cuenta lo caótico que sería considerar siempre todas y cada una de las individualidades de cada autor a lo largo de la historia. Cierto es también que algunas clasificaciones son más sencillas y menos discutidas que otras. En este orden, es usual encontrar a Alf Ross como formando parte del llamado "realismo escandinavo", palabras que sirven para referir una posición más "sociológica" del derecho y para distinguirlo de una postura similar edificada en Norteamérica. Sin embargo, Ross ni es tan "realista" como parece, ni tan "escandinavo" como se cree.

En efecto, como dijéramos parágrafos antes, la teoría iusfilosófica esbozada por Alf Ross tiene dos influencias notorias que el propio autor reconoce: por un lado, el iuspositivismo de Hans Kelsen; por el otro, el realismo de Axel Hägerström. Sin embargo, nos inclinamos por sostener que el autor danés adopta más al primero como jurista, mientras que al segundo como filósofo -especialmente en lo que refiere a los postulados epistémicos-. Asimismo, sus ideas y planteos no se reducen a un mero intento de síntesis, así sin más, de ambos autores, sino que se propone

una verdadera superación integradora de las premisas que considera más acertadas en uno y otro. Finalmente, no podemos olvidar que Ross también ve con buenos ojos ciertos planteamientos de Oliver Wendell Holmes Jr. y Roscoe Pound, ambos autores del realismo norteamericano.

En este sentido, asiste razón a Bulygin cuando sostiene que si por "realismo jurídico" se entiende una teoría para la cual el Derecho no consiste en normas, entonces Alf Ross no es un realista[3]. Para el jurista danés "Derecho es siempre simultáneamente, regla o norma y fenómeno jurídico, aspectos que sólo por abstracción pueden separarse"[4]. Por ello, amén de las clasificaciones a veces tan útiles en cualquier disciplina, lo cierto es que debemos comenzar por admitir y recordar que la teoría de Ross constituye un caso particular dentro de la filosofía jurídica.

### 3.1. Contra la metafísica y el iusnaturalismo.-

El realismo filosófico heredado de la Escuela de Uppsala lleva a Ross a criticar duramente tanto al iuspositivismo como al iusnaturalismo[5], acusándolos

[3] BULYGIN, Eugenio, *"Alf Ross y el Realismo Escandinavo"*, publicado en Anuario de Filosofía Jurídica y Social [Buenos Aires], Nº 1, 1981, Págs. 75/89.

[4] AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio, *Introducción al Derecho*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Pág. 279.

[5] Es dable destacar que los planteamientos de Ross no suponen un quiebre fundamental en la teoría filosófica danesa o escandinava. En efecto, uno de los más reconocidos juristas clásicos de Dinamarca, Anders Sandøe Ørsted -quien además de su labor doctrinario fue juez de la Suprema Corte de su país-, no sostenía una postura iusnaturalista clásica del derecho como otros autores continentales de su tiempo, sino que creía que el mismo estaba determinado por el contexto socio-histórico.

peyorativamente de idealistas. Lo que es más, imbuido en la corriente cientificista de la primera mitad del siglo XX[6], el autor considera que toda la teoría jurídica tradicional es idealista, dado que la misma reposa en la creencia de que existen dos mundos diferentes a los que corresponden dos métodos de conocimiento distintos. Por un lado, el mundo de la realidad, que abarca todos los fenómenos físicos y psíquicos en el tiempo y en el espacio y que son captados por medio de la experiencia de los sentidos. Por el otro, el mundo de las ideas, que abarca varios conjuntos de ideas normativas absolutamente válidas (la verdad, el bien y la belleza) que son captados inmediatamente mediante la razón, que es *a priori*.

En el caso del iusnaturalismo -en cualquiera de sus variantes- la distinción anterior resulta más que clara ya que esta postura adopta y defiende la existencia de una idea de justicia que puede ser captada por el hombre -mediante la razón o la fe-. Además, esta idea de justicia no sólo sirve para apreciar el derecho positivo, sino que constituye el derecho *lato sensu*, de manera tal que si una norma positiva se enfrenta a un ideal la misma no es derecho válido, sino pura violencia. Desde que Antígona se revelara contra las órdenes de Creonte hasta la fórmula de Radbruch, los ejemplos literarios, históricos o hipotéticos abundan a este respecto.

Ahora bien, como dijimos anteriormente para Ross el iuspositivismo kelseniano también es idealista. Esto se debe a que, en la teoría jurídica esgrimida por el autor austríaco, la validez es reducida a categoría formal del pensamiento; no tiene sustento en la realidad ni es asequible por medio de la experiencia. En efecto, Kelsen intenta construir un sistema de derecho positivo prescindiendo de la realidad psicológica y social. Según Ross, la imposibilidad de este método se hace patente cuando llegamos a la hipótesis inicial -la norma hipotética fundamental-, ya que no

[6] En este punto vale recordar que durante la estancia de Ross en Austria funcionó el reconocido Círculo de Viena, cuyos miembros forjaron el positivismo científico moderno.

se puede ir por encima de ella, que termina siendo un ente ideal que el jurista puede y debe comprender.

No obstante esta asimilación epistémica entre posturas generalmente contrapuestas, el iusnaturalismo es sin duda alguna el objetivo predilecto hacia el que Ross dirige su devastadora crítica. Para el autor, las diversas variantes de este enfoque se caracterizan por buscar refugio para los cambios y la existencia, refugio que está constituido por algo absoluto, que tiene "tanto naturaleza cósmica como naturaleza moral; es a la vez orden del cosmos y ley moral"[7]. Ross espeta de manera frontal y sin tapujos, llegando a expresar que tal actitud ante la vida es típicamente infantil, mientras que la historia de la ciencia es la historia de la liberación del espíritu humano de las pesadas cadenas del temor[8].

---

[7] ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia,* Tercera Edición, Traducción Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2006, Pág. 283.

[8] El interés de Ross por el iusnaturalismo lo lleva a realizar un no muy extenso pero sí completo análisis de la historia del derecho natural, desde los tiempos del mito, Homero y Hesíodo, pasando por Heráclito y los sofistas, Platón y Aristóteles, los estoicos, Santo Tomás y la escolástica y el racionalismo moderno. Ross incluye bajo el rótulo de derecho natural a todas las teorías jurídicas metafísicas que son también político-jurídicas, es decir, que suministran un criterio para la corrección o justicia del derecho. Por ello, aunque tenga otro nombre, también puede haber derecho natural encubierto. En este orden, acusa a la escuela histórica alemana de Savigny y Puchta de que sus conceptos de espíritu del pueblo y conciencia jurídica popular son una nueva variante de la doctrina aristotélico-tomista. De esta manera, cualquier postura que considere en última instancia que hay un *telos*, un camino determinado o predestinado para el derecho, es acusado de metafísico y iusnaturalista, corriendo dicha suerte autores diversos como Hegel, Comte, Bentham, Stuart Mill, Spencer, Ihering (por su idea de comunidad como un organismo vivo independiente), como así también aquellos que luego de la Segunda Guerra Mundial fundaron los derechos humanos en cuestiones metafísicas como Stammler, Duguit, del Vecchio, Binder o Gény.

Arribados a este punto, es importante destacar que la gran diferencia de Ross con estas posturas no es de corte moral o dogmático, sino metodológico y epistémico. Conforme su realismo, no puede aceptar una filosofía jurídica fundada en posturas metafísicas porque las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. De esta manera, sostiene que "el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización."[9]

Finalmente, siendo un autor que no reniega del vínculo entre derecho y política, Ross parece tener cierto contrapunto político con las ideas del derecho natural, respecto al cual advierte que está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. Así, aunque el derecho natural pueda utilizarse para dominar o hacer la revolución, Ross señala que en el curso de la historia el derecho natural ha cumplido en forma primordial la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez. Para el jurista danés, "el derecho natural es primera y principalmente una ideología creada por quienes se encuentran en el poder -los estadistas, los juristas, el clero- para legitimar y robustecer su autoridad".[10]

### 3.2. Realismo escandinavo y norteamericano.-

Hemos visto que la posición de Ross es clara: la distinción entre el iusnaturalismo y el realismo que pregona no es el contrataste entre dos teorías sino "entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y

[9] ROSS, Op. Cit. Pág. 319.

[10] Ibídem, Pág. 325.

otra de naturaleza científica"[11]. Sin embargo, no todo el realismo jurídico es para él tan "efectivo" o "correcto" científicamente hablando.

En este orden, distingue el autor dos posturas dentro del realismo: uno psicológico, que encuentra la realidad del derecho en, valga la redundancia, hechos psicológicos y donde una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular; y otro conductista, que encuentra la realidad del derecho en las acciones de los tribunales. La oposición entre ambas la expresa como sigue: "mientras que [la postura psicológica] define la vigencia del derecho de tal manera que tenemos que decir que *el derecho es aplicado porque es vigente*, la teoría conductista define el concepto de tal manera que tenemos que decir que *el derecho es vigente porque es aplicado"*.

Conforme esta diferenciación, Ross consiente los alcances del análisis propuesto por el realismo conductista norteamericano que concibe al derecho como la predicción de cómo resolverán los tribunales. No obstante, entiende que la misma es limitada para explicar por sí misma la totalidad del fenómeno jurídico. Para él, la cambiante conducta de los jueces no es azarosa y sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.

En relación al realismo psicológico, conocemos ya que Ross parte de los enunciados de la Escuela de Uppsala, de donde toma especialmente la idea de deber en su función ideología. De acuerdo a ello, la idea de deber actúa en los individuos como motivo para el comportamiento lícito, no por temor a las sanciones, sino por

[11] Ibídem, Pág. 283.

virtud de una actitud desinteresada respecto al derecho. Esta función ideológica da al derecho su carácter, agrado o validez y sin ello no puede crearse un orden social.[12]

De esta manera, lo que propone el autor danés es, en sus propias palabras, una síntesis de estos dos realismos, aunque desde una perspectiva más cercana en el tiempo, podríamos decir que más que una mera síntesis se trata de un verdadera superación teórica. En tal sentido, manifiesta:

> "Sólo podemos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y le realismo conductista [...] Mi punto de vista es conductista en la medida en que buscar hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente 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"[13]

### 3.3. Postura sociológica.-

Fiel a su realismo epistémico, Ross adopta una postura metodológica individualista en el plano social, rechazando la posibilidad de que la sociedad exista como un todo distinto a los individuos que la componen[14]. Así considera que "la idea de que la comunidad es una entidad independiente, con necesidades e intereses

---

[12] Ibídem, Pág. 199.

[13] Ibídem, Pág. 102.

[14] Adoptamos aquí una clasificación clásica respecto a las posturas metodológicas de la Sociología, sirviendo lo dicho respecto a esta técnica académica lo referido en relación a las clasificaciones de escuelas jurídicas. A todo evento, se sigue en especial la distinción realizada por Philpipe Corcuff en *Las nuevas sociologías*, Trad: Luciano Padilla López, Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

propios, debe ser rechazada como ilusoria. Todas las necesidades humanas son experimentadas por el individuo y el bienestar de la comunidad es lo mismo que el de sus miembros"[15]. Y también: "atribuir el interés a un todo supraindividual (un sujeto colectivo, una comunidad) es usar una expresión metafórica para la experiencia individual de coparticipación de intereses"[16] lo cierto es que hay intereses individuales, aunque la gente los viva como sociales.

Más allá de eso, podemos notar interesantes rasgos de su teoría que, al igual que los realistas suecos, lo acercan a la sociología de la cultura o, en todo caso, a la filosofía cultural. En esta inteligencia, refiere que "bajo la forma de mito, religión, poseía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teorética, que incluye una teoría social más o menos primitiva"[17]. Asimismo, no reniega de la relación directa entre derecho y cultura, afirmando que "las normas jurídicas, al igual que toda otra manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado"[18].

### 3.4. Posicionamiento político.-

Más allá de la creencia común de que caracterizar políticamente a un jurista es condenarlo a un sector de la biblioteca relegado por quienes no comparten su ideología, entendemos que datos como este sirven no sólo para conocer mejor al autor sino para comprender las actitudes que motivan su teoría y, así, su teoría

[15] Ibídem, Pág. 363.

[16] Ibídem, Pág. 440.

[17] Ibídem, Pág. 129.

[18] Ibídem, Pág. 130.

misma. El caso de Ross es singular a este respecto, por cuanto se trata de un jurista que no reniega de la íntima conexión entre derecho y política.

En este orden, y ampliando la prieta biografía de páginas anteriores, hemos de rememorar que durante casi toda su vida, Alf Ross apoyó al partido Socialdemócrata de su país, restándoselo cuando el mismo formó coalición con otros sectores más izquierdistas[19]. Atento este dato histórico, es comprensible que para el jurista danés la tarea de la política jurídica consista en lograr un ajuste suave del derecho a las condiciones técnicas e ideológicas modificadas, sirviendo la conciencia jurídica de estrella polar. Asimismo, considera menester preservar la continuidad en la tradición jurídica e intentar, al mismo tiempo, satisfacer nuevas aspiraciones, pero todo ello a través de técnicas fundadas en conocimientos sociológicos o en cálculos.

Como deja en claro en el último párrafo de su obra: "el papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político"[20].

### 4.1. El concepto Derecho.-

Como hemos referido, la respuesta a la pregunta ontológica "¿qué es el derecho?" es lo que se utiliza como parámetro común para definir a los juristas. Al no adoptar una teoría "pura" como la de Kelsen o simplificada como la del realismo norteamericano, Ross aparenta ser un autor de difícil clasificación y comprensión. ¿Puede el derecho ser un conjunto de normas y al mismo tiempo la conducta de los

---

[19] Parte de esta cambio se debe a que en ese momento su esposa, Else-Merete Helweg-Larsen, decide presentarse a elecciones por un pequeño partido liberal del que hacía tiempo formaba parte y por el cual fue parlamentaria durante trece años.

[20] Ibídem, Pág. 457.

jueces? La respuesta afirmativa dada por el autor en análisis pareciera requerir de un forzado encuentro de posturas antitéticas. Sin embargo, más allá de cualquier dificultad aparente, la explicación que el jurista danés ensaya en *Sobre el Derecho y la Justicia* es sumamente ilustrativa, por lo que resta simplemente su repaso para comprender cabalmente sus ideas.

A fin de explicar qué entiende por el objeto "derecho" y cuáles son sus principales características, Alf Ross comienza apelando a la analogía con el funcionamiento de una partida de ajedrez que se ha transformado ya en un clásico de la literatura jurídica. Al respecto, Ross aduce que "para una completa comprensión de la partida es esencial no sólo un conocimiento de las reglas del ajedrez, sino también un cierto conocimiento de la teoría del juego. La probabilidad de poder predecir la movida próxima aumenta si se toman en cuenta no sólo las reglas de juego sino también la teoría de éste y la comprensión que cada uno de los jugadores tiene de ella. Finalmente, es menester también tomar en cuenta el propósito que rige el juego de los jugadores individuales"[21]. Asimismo, destaca que "el movimiento de las piezas no es considerado como un simple cambio de posición de objetos en el espacio, sino como movidas del juego, y éste se transforma en un todo coherente pleno de sentido, porque las movidas se motivan recíprocamente y son interpretadas como ataque y defensa de acuerdo con los principios teoréticos del juego"[22].

En primer término, el juego de ajedrez constituye para Ross un modelo simple de cómo funcionan los fenómenos sociales. En efecto, la vida humana-social no es para él un caos de acciones individuales aisladas sino que un grupo de ellas, no

[21] Ibídem, Pág. 35.

[22] Ibídem.

todas, son relevantes y tienen significado en relación con un conjunto de reglas comunes. En segundo término, las reglas comunes del ajedrez, al igual que las reglas jurídicas, son directivas; aunque en el caso del juego sean formuladas específicamente como aserciones acerca de la capacidad o poder de las piezas para moverse (los peones sólo se mueven de a un casillero y siempre hacia adelante), resulta claro que ellas se proponen indicar cómo ha de jugarse.

Hasta aquí pareciera que la explicación va de la mano con la teoría jurídica clásica: al jugar una partida de ajedrez los jugadores no lo hacen de manera caótica sino siguiendo determinadas reglas. La novedad de la conjetura de Ross proviene de su respuesta a un interrogante fundamental: ¿cómo determinar qué reglas de ajedrez rigen el juego?; o en otros términos, ¿cuáles son las reglas vigentes del ajedrez? Frente a esta pregunta, un iuspositivista manifestaría que las reglas válidas -vigentes- del ajedrez son aquellas dictadas por la Federación Internacional de Ajedrez (FIDE), mientras que un iusnaturalista aristotélico nos diría que son aquellas que responden a determinada esencia del juego. Alf Ross, en cambio, sostiene que ante la pregunta formulada sólo podemos adoptar un método introspectivo a partir del cual el criterio para determinar cuáles son las normas vigentes será si esas normas son de hecho efectivas en el juego y si son externamente visibles como tales. Es decir, que "una regla de ajedrez «es vigente» significa que dentro de una comunidad determinada (que fundamentalmente comprende a los dos jugadores de una partida concreta[23])

[23] Llama la atención que Ross refiera a la necesidad de que las acciones que constituyen el juego de ajedrez tienen que ser intersubjetivas, algo que ya está presente en la literatura iusfilosófica de nuestro país de la mano de Carlos Cossio. En tal sentido, expresa el jurista danés que "las acciones que constituyen el juego de ajedrez sólo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona" (ROSS, Op. Cit., Pág. 36), siendo que la coparticipación (*fellowship*) es esencial para que las reglas reciban la misma interpretación, dado que de otro modo no habría juego y las movidas individuales permanecerían aisladas sin significado coherente. Otro

esta regla recibe adhesión efectiva, porque los jugadores se sienten obligados por las directivas contenidas en ellas"[24].

Ahora bien, una vez efectuada la analogía y aplicadas las pretéritas conclusiones a las normas jurídicas, nos encontramos en condiciones de comprender que el derecho vigente es "el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias"[25].

De lo dicho en los parágrafos precedentes pareciera que Ross no hace otra cosa que seguir el lineamiento general dictado por los autores de la Escuela de Uppsala -especialmente de Olivecrona-. No obstante, el jurista danés no sólo reconoce explícitamente que el derecho es un conjunto de normas, sino que también da un papel relevante a la conducta del juez. Por ello, dirá que "el contenido de la aserción A = D es derecho vigente, es una predicción de que, bajo ciertas condiciones, D será adoptada como base para decisiones en controversias jurídicas futuras".[26]

---

acercamiento con la postura egológica se vislumbra cuando Ross refiere que la contrapartida de las normas jurídicas son hechos sociales o fenómenos jurídicos que no pueden ser otra cosa que acciones humanas (Ibídem, Pág. 71). No obstante, la diferencia es clara por cuanto para Ross el derecho no deja nunca de ser un conjunto de normas (directivas), mientras que para Cossio el objeto derecho está constituido por conductas, sirviendo las normas para significar a las mismas.

[24] ROSS, Op. Cit. Pág. 38.

[25] Ibídem, Pág. 41.

[26] Ibídem, Pág. 105.

El rol del juez en la estructura teórica de Ross es crucial y le acerca a su ansiada síntesis de realismo psicológico y conductista. Lo importante es que las normas efectivamente operen en el espíritu del juez en tanto es éste quien las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece y ordena su aplicación ante una situación jurídica dada. Por ello, "el Derecho presupone no sólo la regularidad en el comportamiento del juez, sino también la experiencia que éste tiene de hallarse sometido a las reglas"[27].

Arribados a este punto, una pregunta parece obligada: ¿de dónde surge quién es el juez y por qué debe obedecérsele? Frente a este interrogación, el razonamiento de Ross resulta circular, lo que no implica que no sea brillante. El autor manifiesta que "la vigencia es una cualidad atribuida al orden como un todo. [Por lo tanto] el test de la vigencia es que el sistema en su integridad, usado como un esquema de interpretación, nos haga comprender, no sólo la manera cómo actúan los jueces, sino también que ellos actúan en calidad de tales"[28]. En suma, es el propio sistema jurídico-social el que, a través de normas, le dice a los ciudadanos y a los propios jueces que son estos últimos quienes habrán de aplicar esas mismas normas[29]. Por lo pronto, esta actitud frente al sistema "se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias"[30].

---

[27] AFTALIÓN, VILANOVA, RAFFO, Op. Cit. Pág. 279.

[28] Ibídem, Pág. 63.

[29] La postura esbozada por Alf Ross en estos pasajes tiene semejanzas claras con el estructuralismo filosófico y sociológico.

[30] ROSS, Op. Cit. Pág. 55. En el mismo sentido, refiere que "la mayor parte de las personas obedecen el derecho no sólo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de reputación, confianza, etc.) sino también por respeto desinteresado al derecho. También el ciudadano ordinario está animado, en mayor o menor grado, de una actitud de respeto al derecho, a la luz de la cual los gobernantes aparecen como "poderes legítimos" o "autoridades", las exigencias del derecho se hacen acreedoras al respeto, y la fuerza ejercida en nombre del derecho no es

Por último, huelga señalar que si derecho vigente es el conjunto de predicciones de cómo resolverán los tribunales, es obvio que para un realista como Ross lo mismo no puede darse en un vacío histórico-social, sino en un contexto cultural dado. Por ello, el derecho vigente siempre será de un lugar y momento determinados.

### 4.2. Ordenamiento jurídico - Derecho y poder.-

Habiendo comprendido qué entiende el autor por el objeto Derecho y por derecho vigente, es oportuno preguntarnos cómo distinguir las reglas jurídicas vigentes -o más precisamente el ordenamiento jurídico de otros conjuntos normas, tal el caso de la moral.

Al respecto, Ross expresa que lo primero que hay que tener en cuenta es que las normas jurídicas no son definidas sino señaladas: "éstas son las reglas argentinas". Es decir, que todos los sistemas de normas son hechos, gusten o no, por lo que definir algo como "derecho" es una decisión científica o metodológica. El problema radica en que, como hemos visto, otras tradiciones iusfilosóficas -principalmente las iusnaturalistas- derivan el derecho de un fundamento metafísico superior, dándole a la palabra "derecho" una carga emotivo-moral. Desprovisto de esa carga, a un filósofo realista como Ross sólo le resta adoptar una visión kelseniana-weberiana de ordenamiento jurídico. En tal sentido, sostiene que:

---

considerada como mera violencia, sino que resulta justificada como respaldo de aquél. Este componente de motivación desinteresada, de naturaleza ideológica, a menudo es descripto como conciencia moral producida por la observancia tradicional del orden jurídico".

"Un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. O, más brevemente: un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado"[31]

Esto último se vislumbra con mayor claridad cuando el autor refiere que un orden jurídico puede ser caracterizado por dos notas: 1) que el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza (la fuerza aparece como una sanción, como una presión para provocar la conducta deseada) y, 2) que el derecho consiste no sólo en normas de conducta (que señalan la conducta que se debe adoptar) sino también en normas de competencia, es decir, de un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer la fuerza de conformidad con ellas. De esta manera, los otros fenómenos normativos pueden ser clasificados de acuerdo a estas dos notas. Así, las asociaciones y organizaciones privadas están basadas en reglas de carácter institucional, no obstante la sanción no consiste en fuerza física -al menos legítima-. Por su parte, el derecho internacional si bien tiene autoridades públicas que dictan normas carece de reglas para la aplicación de sanciones. Mientras tanto, el derecho comunitario contiene normas de conducta (aplica sanciones) pero no así de competencia.

Como corolario, es necesario no pasar por alto la íntima relación que Ross señala entre fuerza (poder) y derecho, cuestión que no considera por fuera del fenómeno jurídico como Kelsen. En efecto, para el jurista danés esta relación se da porque las normas jurídicas se refieren a la aplicación de la fuerza y no a que están

[31] Ibídem, Pág. 60.

respaldadas por la misma.[32] En esta inteligencia, expresa que "un punto de vista realista no ve el derecho y el poder como cosas opuestas. Si por poder social entendemos la posibilidad de dirigir las acciones de otros hombres, entonces el derecho es un instrumento de poder, y la relación entre los que deciden qué ha de ser derecho y aquellos que están sometidos al mismo, es una relación de poder".[33] Además, en la misma tónica que los postulados de la Escuela Crítica aunque años antes de la fundación de la misma, sostiene que "el derecho surge de las mismas actitudes prácticas, intereses, factores de poder y componentes ideológicos que se hacen presentes en la comunidad en esferas que están fuera de la vida del derecho"[34].

### 5.1. Norma Jurídica.-

Es en su desarrollo de la idea de norma jurídica donde Ross deja ver su costado más analítico, reconociendo la influencia de Austin, aunque marcando también sus diferencias[35]. Atento a ello, el autor deja de lado cualquier presupuesto metafísico que considere a las normas como entes y, asumiendo la mentada postura analítica,

---

[32] Ibídem, Pág. 80.

[33] Ibídem, Pág. 85.

[34] Ibídem, Pág. 350.

[35] En *Tû-Tû*, Ross presenta una investigación etnográfica imaginaria en la que un investigador observa cómo los habitantes de una aldea utilizan el término para referir no sólo a un determinado tabú, sino también a las consecuencias de su violación y el camino para remediarlo. *Tû-Tû* es un término que carece completamente de sentido fuera del contexto de la aldea pero produce efectos importantes en aquellos que sí lo comprenden. Con ello, Ross intenta demostrar el carácter simbólico del lenguaje.

considera a las mismas como directivas, prescripciones, o más precisamente, expresiones lingüísticas cuyo único fin es el de influir en la conducta del otro[36].

Por "expresión lingüística" entiende Ross un arreglo consciente del lenguaje en el uso efectivo, oral o escrito[37], distinguiendo tres tipos: aserciones -que son expresiones con significado representativo, por ej.: "los perros son animales"-, exclamaciones -expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia, por ej.: "me agradan los animales"-, y directivas -expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia, por ej.: "prohibido ingresar con animales"-.

En este orden, el autor manifiesta que "parece obvio que [las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas] tienen que ser directivas y no exclamaciones ni aserciones. Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teoréticas sino para dirigir el comportamiento de los hombres -tanto de los jueces como de los ciudadanos- a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social"[38].

---

[36] Desde la fenomenología el concepto esbozado por Ross parece limitado. Para Zucchi, "la concepción de Ross tiene el acierto de retornar a Austin en cuanto no excluye a la amenaza de sanción dentro de la noción de norma jurídica, pero importa un retroceso respecto del desarrollo de Olivecrona en cuanto descarta el elemento semántico representativo de las normas jurídicas (el *ideatum*) que incluye el autor sueco. No se comprende cómo el legislador puede pretender que los destinatarios se acomoden a un determinado tipo de conducta sin su previa representación y comunicación. La formulación de cualquier enunciado importa la referencia a «algo» que de algún modo se halla en el mundo". En ZUCCHI, Héctor A., *El Derecho como objeto tridimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, Pág. 77.

[37] ROSS, Op. Cit. Pág. 28.

[38] Ibídem, Pág. 30. El autor afirma que si bien toda expresión emana de un autor individual y el mismo no existe en el derecho, lo mismo carece de importancia porque funcionan de la misma manera que las directivas comunes y la legislación lleva una "intención social". Todo ello, que remarca

De esta manera, haciendo una analogía con lo expresado respecto a las normas del ajedrez por el propio autor, podemos sostener que las normas jurídicas son, para Ross, el contenido ideal abstracto -de naturaleza directiva- que posibilita, en tanto esquema de interpretación, comprender los fenómenos jurídicos como un todo coherente de significado y de motivación, como un sistema jurídico, y que posibilita también, junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir cuál será la solución de un caso dado en determinado contexto.[39] Como puede notarse, "la tesis de Ross no choca en este punto mayormente con las ideas tradicionales (norma-orden), sino que parece más bien un desarrollo más pulido de las mismas"[40]

**5.2. Normas de conducta y de competencia.-**

Ross distingue entre dos tipos de normas jurídicas: las normas de conducta y las normas de competencia. Si bien esta distinción ha pasado desapercibida dentro de su teoría, probablemente por la adopción de una gran parte de la doctrina de las posturas de Hart en igual sentido, amerita detenerse en ellas un instante.

Las normas de conducta son directivas para el juez respecto de las condiciones bajo las cuales debe ordenar el ejercicio de la fuerza física contra una persona. En efecto, si bien las normas de conducta son aquellas que prescriben una cierta línea de acción y se dirigen tanto a los ciudadanos en general como al juez, es a éste a quién obliga en mayor medida porque es quien será, en última instancia, el que decida la aplicación de esa norma y obligue su acatamiento a través de la fuerza. Lo

---

en una nota al pie, lo acompaña recordando que las normas son llamadas "imperativos independientes" por Olivecrona.

[39] Ibídem, Pág. 39.

[40] AFTALION, VILANOVA, RAFFO, Op. Cit. Pág. 280.

que es más, para Ross una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica alguna.

Por su parte, la directiva a los ciudadanos en general está implícita en el hecho de que conocen cuáles serán las reacciones de los tribunales en condiciones dadas. De esta manera, si quieren evitar dichas reacciones, ese conocimiento los llevará a adoptar la conducta dispuesta por la norma[41]. Ross ejemplifica esto último de manera clara a través de las normas del derecho penal, sosteniendo que las mismas "no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole [...] Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada o norma en sentido figurado, deducido de aquélla".[42]

Las normas de competencia, por su parte, son aquellas que crean una competencia (poder o autoridad). Ellas disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta -serán derecho válido, para Kelsen-; es decir, que determinan un procedimiento para establecer directivas jurídicas. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada: para aquellos que sancionan las normas y para el juez que ha de aplicarlas llegado el caso. Conforme a ello, "los tribunales deben aplicar sólo las reglas de conducta creadas de acuerdo con las condiciones establecidas en las normas de competencia. Si no se han cumplido

---

[41] Asimismo, respecto a la estructura de la norma, Ross plantea el deseo de que se elimine de las exposiciones doctrinarias del derecho vigente el concepto de deber, para atenerse simplemente a la conexión jurídico-funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas. Esto resulta claramente acorde con lo propuesto por Hägerström, Olivecrona y Lundstedt.

[42] ROSS, Op. Cit., Págs. 59, 61 y 79.

dichas condiciones, los tribunales deben dejar a un lado esas normas de conducta, por nulas".[43]

Como puede notarse, esta distinción no hace más que pulir la idea de validez de Kelsen. Las normas de conducta -que dicen al juez qué debe hacer y a los individuos qué esperar- reciben su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales la sanción que el juez habrá de aplicar tendrá fuerza legal. Estas condiciones pueden ser formales -aquellas que disponen el procedimiento y las personas calificadas para adoptar el mismo (operadores jurídicos)- o materiales -aquellas que definen el objeto o contenido de la norma-. De esta forma, "combinando ambos conjuntos de condiciones podemos decir que una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material"[44].

No obstante lo expuesto en el parágrafo precedente, la postura de Ross se diferencia fundamentalmente de Kelsen cuando se somete al ordenamiento jurídico al test de validez originario. Es decir, si aceptamos que la validez de una norma inferior depende de las condiciones formales y materiales dispuestas por una norma superior, ¿cuál es la norma primera que determina a todas las demás? ¿qué norma está en la cima de la pirámide jurídica?

Como sabemos, para responder a esta incógnita, Kelsen apela a la tan conocida, abstracta y difícil norma hipotética fundamental o fundante, pero esta idea no puede contentar a un filósofo que, como Ross, descree absolutamente de conceptos ideales. Por ello, cuando éste llega a una autoridad o norma superior que no

[43] Ibídem, Pág. 78.

[44] Ibídem, Pág. 110.

reconozca dentro del sistema otra por encima de ella, apela al concepto de ideología presupuesta; esto es, a un hecho puramente psicológico-sociológico o político, llegado el caso, pero fundamentalmente no jurídico. Como el derecho es una construcción cultural, resulta innecesario buscar su origen remoto en una construcción lógica y no histórica. Finalmente, reconoce el autor que aunque no puede emitirse un juicio respecto a cómo pueda cambiar esta ideología, lo cierto es que ésta cambia ya sea por evolución o revolución.

### 5.3. Derecho subjetivo.-

Influido directamente por el realismo escandinavo, Ross descree de la existencia de los derechos subjetivos como entes ideales o realidades independientes, cuestión que considera una herencia de las posiciones metafísicas. Para él, el concepto de derecho subjetivo no es más que una mera herramienta en la técnica de presentación del derecho, una forma de explicar la realidad. No obstante, huelga señalar que no llega al extremo de Duguit y Lundstedt de sostener que los derechos no existen.

En palabras del autor, "el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible -en forma más o menos precisa- representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas"[45]. De esta manera, el concepto de derecho subjetivo implica solamente que la situación jurídica es contemplada desde la perspectiva de la persona a quien favorece. Por su parte, manifiesta Ros que el derecho subjetivo es

[45] Ibídem, Pág. 215.

siempre el correlato de un deber, de una restricción al prójimo. Esta ventaja puede ser porque otra persona está obligada a una acción positiva beneficiosa (derecho *in personan*) o porque todas las personas están obligadas a abstenerse de realizar ciertos actos, por ejemplo, el uso y goce de un objeto (derecho *in rem*).

En conclusión, el concepto de derecho subjetivo se utiliza únicamente 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. El concepto de derecho subjetivo indica la "autoafirmación autónoma del individuo"[46], pero no se trata de un ente que existe por sí mismo o cosa semejante.[47]

### 6.1. Ciencia del derecho, Sociología y Filosofía.-

Ross distingue entre los fenómenos jurídicos -el derecho en acción- y las normas jurídicas -directivas-. Mientras que la sociología jurídica[48] se ocupa de los primeros, la ciencia del derecho hace lo propio con las segundas. Esto implica que la ciencia del derecho dirige su atención al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción. Se trata de una ciencia normativa, pero no a la

[46] Ibídem, Pág. 219.

[47] Estas conclusiones parecen no tener asidero en las modernas corrientes que afirman la existencia ya sea ideal o real de los derechos humanos. Sin embargo, este error parte de confundir la necesidad de defender a los mismos con el rigor metodológico propio de la ciencia jurídica. La postura de Ross no pretende ni pone en peligro los logros conseguidos sino que busca dar fundamento a una disciplina empírica. A todo evento, no debe olvidarse que Ross fue juez de la Corte Europea de Derechos Humanos durante muchos años.

[48] Para Ross, el conocimiento sociológico-jurídico versa sobre la conexión causal entre la función normativa del derecho y la conducta humana, o sobre las posibilidades de influir en la acción humana mediante el aparato de las sanciones jurídicas (control social).

manera neokantiana de Kelsen que coloca al Derecho por encima del mundo de los hechos, sino de una forma realista; es una ciencia normativa empírica.

Esto último se explica mejor si recordamos que para Ross el derecho vigente es el conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones judiciales. Atento a ello, las proposiciones de la ciencia del derecho no deben interpretarse como proposiciones que aluden a una validez inobservable o fuerza obligatoria derivada de principios o postulados *a priori* (como es el caso de Kelsen), sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales, que no son otros que las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones.

Asimismo, esta postura es conteste con lo que postula respecto de las normas jurídicas. Si, como hemos visto, las normas jurídicas son directivas, las proposiciones cognoscitivas de la ciencia del derecho no pueden tener la misma estructura o forma que las normas jurídicas sino que deben ser aserciones referentes a normas. Es decir, que la ciencia del derecho no se ocupa de postular o imponer normas sino en establecer si las mismas son o no derecho vigente.

En definitiva, la ciencia del derecho (que también llama dogmática jurídica), tiene por objeto un orden jurídico determinado en una sociedad determinada (el derecho vigente de Santa Fe, Argentina, el Mercosur) y se refiere siempre a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a ciertas condiciones. V.gr.: el científico del derecho no puede expresar lisa y llanamente que el sistema jurídico argentino pena el delito fotocopiar libros o la tenencia personal de pequeñas cantidades de estupefacientes porque si bien existe una norma válida en tal sentido resulta hipotéticamente improbable a la luz de la realidad jurídica actual que un juez dicte sentencia condenando dichas conductas.

A todo esto, ¿qué lugar le queda a la filosofía del derecho? Como si fuera un analítico, Ross plantea que el "objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni

parte o aspecto de éste, sino la ciencia del derecho"[49], siendo esta la tarea a la que avoca Ross a lo largo de su obra. "La tarea de la filosofía jurídica se reduce a revisar y a refinar los conceptos tradicionales"[50]; de las normas jurídicas se ocupa la dogmática.

### 6.2. Doctrina y política jurídica.-

Hemos visto que la ciencia del derecho o la dogmática jurídica deben ocuparse del derecho vigente. En tal sentido, Ross advierte que una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor, lo que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada. Este grado de probabilidad depende del material de experiencia sobre el que descansa la predicción. La probabilidad es alta, y la regla posee un correspondiente alto grado de vigencia, si la predicción se basa en una doctrina bien establecida apoyada en una serie continua de precedentes no discutidos; o si se basa en una prescripción legislativa[51] cuya interpretación ha sido establecida en una práctica larga y coherente[52]. Por ello, ejemplifica que "el contenido real del enunciado que dice que las reglas constitucionales referentes al poder legislativo son derecho vigente es una predicción de que las normas de

[49] Ibídem, Pág. 49.

[50] Ibídem, Pág. 251.

[51] Es dentro de este rol de la ciencia del derecho de predecir las resoluciones judiciales que las fuentes del derecho se vuelven importantes para Ross. Dependiendo del sistema jurídico que se analice (recuérdese que el derecho vigente es de un contexto y lugar determinados) las fuentes del derecho servirán para que la predicción sea más coherente o una mera conjetura. Por ello, es engañoso tratarlas como si tuvieran todas el mismo *status*.

[52] Ibídem, Pág. 72.

conducta creadas por la legislatura de acuerdo con la Constitución, serán aplicadas por los tribunales"[53].

En esta inteligencia, Ross sostiene que "el jurista no debiera tratar de engañarse a sí mismo o de engañar a los demás pasando por alto que hay diferentes grados de certeza"[54]. Es decir, que los doctrinarios deberían adoptar una postura objetiva y limitarse exclusivamente a señalar cuál es el derecho vigente que está analizando y no emitir juicios de valor respecto a las situaciones político-jurídicas. Cuando la interpretación de la doctrina no pretende estar basada en principios de interpretación vigente, ella es política jurídica y no ciencia del derecho. No obstante, la visión de Ross no es para nada inocente, siendo él mismo quien reconoce que tamaña tarea no es más que una expresión deseo y que "no podemos trazar una línea divisoria tajante entre los enunciados cognoscitivos referentes al derecho vigente y la actividad político-jurídica"[55]. Reiteremos, "cuando habla de la ciencia jurídica Ross no se refiere a lo que de hecho hacen los juristas, sino a un modelo ideal de lo que debe ser una ciencia jurídica"[56].

Íntimamente relacionado con esto último, resulta oportuno detenerse ahora en la relación entre ciencia del derecho y política, temática que para un autor que reconoce la relación directa entre derecho y fuerza (poder), no puede pasar desapercibida. Además, el tema en cuestión permite tratar indirectamente ciertas consideraciones epistemológicas de considerable interés.

En este orden de ideas, refiere Ross que existe primero una relación entre conocimiento (ciencia) y acción (política) general, y luego una relación específica entre la ciencia jurídica y la política. Con respecto a la primera, el autor reconoce que

---

[53] Ibídem, Pág. 78.

[54] Ibídem, Pág. 76.

[55] Ibídem, Pág. 75.

[56] BULYGIN, Op. Cit.

la mera aprehensión como tal, la pura captación y conocimiento de la realidad, carecen de toda fuerza motivadora. El conocimiento nunca puede motivar la acción pero, presuponiendo un motivo dado -interés, actitud- puede dirigir esa actividad. Con esto se acopla a las posiciones más actualizadas de su época en relación a la epistemología y las teorías de la verdad y la objetividad.

Así las cosas, expresa el autor que toda acción está condicionada por dos factores: las creencias del agente y sus actitudes. Las creencias son aquellas ideas que el sujeto cognoscente tiene sobre la realidad que considera verdaderas o, por lo menos, probable. Dentro de esta categoría podemos encontrar desde hechos cotidianos hasta teorías científicas. Las actitudes, por su parte, son aquellos fenómenos de conciencia volitivos y emocionales que son la fuente de toda actividad consciente. Ellas se dirigen a un objeto determinado que se presenta al sujeto cognoscente, pudiendo ser una cosa, una persona, un suceso o un estado de cosas. A todo evento, es importante recalcar que las creencias y actitudes están en interacción mutua y a menudo es imposible decidir cuál es la primera y cuál secundaria. Las razones que la gente da para sus actitudes no siempre son las verdaderas[57].

[57] Para Ross, las discusiones pueden darse por tres motivos: 1) desacuerdo de creencia, acuerdo de actitud -A y B están de acuerdo en bajar el delito, A cree que hay crear cárceles, B empleos-, 2) desacuerdo (conflicto) de actitud, acuerdo de creencia -A está en contra del aborto y B a favor, ambos están de acuerdo en que determinada ley lo permitirá por eso uno quiere que sea sancionada y el otro no-, 3) desacuerdo (divergencia) de actitud) -A y B están a favor de crear empleos y bajar la inflación pero a cada uno le parece más importante ocuparse de uno de ellos primero-. Por su parte, sugiere como lograr un acuerdo: 1) los métodos racionales: que procuran influir directamente en el

Arribados a este punto, podemos ahora sí destacar que el punto de vista adoptado por Ross "es que la misión de la ciencia [en general] consiste únicamente en estar al servicio de la argumentación racional suministrándole aserciones científicamente sostenibles y excluyendo, con discriminación crítica, aquellas que no pueden resistir un *test* científico"[58]. Esta misión implica que el científico deje de lado sus actitudes emocionales al hacer su trabajo y hable como un verdadero científico, en su rol de. Al mismo tiempo, se trata de una actitud moral, una ética profesional que manda ser objetivo a pesar de los deseos o consecuencias. Por supuesto que Ross no apela ni cree en una objetividad absoluta, siendo para él suficiente que las actitudes ocultas sean traídas a la luz como presupuestos explícitos. Las conclusiones adquieren entonces un carácter hipotético-objetivo: se las sostiene bajo la condición de que se acepte un determinado conjunto de actitudes. En todo caso, el autor adopta el camino de la intersubjetividad.

Continuando con la relación ciencia-política, especifica Ross que las ciencias sociales deben comenzar y concluir distinto a las naturales. Estas últimas no se preguntan sobre los intereses a los que responden, pero las ciencias sociales, en cambio, han de comenzar por estudiar y tabular las actitudes políticas fácticas, tal como se expresan en los intereses, simpatías, aspiraciones e ideologías de los distintos grupos influyentes. Asimismo, destaca que las mismas no deben concluir en soluciones inequívocas a los problemas de acción o políticos. El teórico debe hacer conocer y dar instrucciones al práctico, pero este no está exento de la resolución final y de la responsabilidad final.

Lo dicho hasta aquí respecto a las ciencias en general y a las ciencias sociales resulta, claro está, aplicable a la ciencia jurídica. Hemos visto cómo el jurista dedicado

---

conjunto de creencias de A (y de forma indirecta a sus actitudes) y 2) métodos irracionales, influir directamente las actitudes y de manera indirecta las creencias.

[58] Ibídem, Pág. 385.

a la dogmática debe limitarse a señalar el derecho vigente intentado que sus creencias y actitudes no interfieran en su análisis o, en todo caso, advirtiendo a sus interlocutores de las mismas. Ahora bien, cuando el jurista deja de hacer ciencia del derecho y se dedica en cambio a la política jurídica, la situación es harto distinta. Para explicarlo, Ross apela a una distinción entre la postura idealista (metafísica) y la postura realista.

Para la postura idealista, "el derecho tiene su objetivo en sí mismo: perfeccionar la idea de justicia inherente a él, [por lo que] la política jurídica es la doctrina que enseña cómo alcanzar este objetivo"[59]. La postura realista, en cambio, asume al derecho positivo como una técnica social o como un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo (económicos, culturales y políticos), motivo por el cual la política jurídica será para esta postura una "técnica específica que abarca todos los problemas prácticos que origina el uso, para el logro de objetivos sociales, de la técnica del derecho, en particular de la legislación"[60].

Así las cosas, la política jurídica se trata de cómo y hasta dónde es posible influir en la conducta humana mediante la maquinaria jurídica -leyes y sentencias-, alcanzado en la práctica los siguientes elementos: 1) los problemas específicamente técnico-jurídicos de naturaleza sociológica-jurídica (política jurídica en sentido propio), 2) los otros problemas políticos estrechamente conectados con aquellos en la práctica, que por su índole pertenecen, en realidad, al campo profesional de otros expertos, y respecto de los cuales el jurista aparece, por lo tanto, como un inexperto de segunda mano; 3) la actividad de pensar consideraciones y decidir como árbitro

[59] Ibídem, Pág. 401.

[60] Ibídem.

de los expertos; y 4) la formulación lingüística de la decisión en un lenguaje jurídico aceptable, y que armonice con el cuerpo de normas existente.

Aunque no sea la intención de Alf Ross, es necesario poner de resalto que una posición como la propuesta llevada al extremo parecería condenar a la ciencia jurídica a la pasividad política, limitando toda propuesta de cambio social. Si el jurista sólo refiere al derecho vigente sin proponer soluciones distintas, entonces será un mero reproductor del sistema. No obstante, reiteremos que no es ésta la intención de Ross, quien en todo caso propondría que las posturas políticas o sociológicas discurran por medio de estas disciplinas y no a través de la ciencia jurídica. Esto sin dudas recuerda a Hans Kelsen, cuya lectura superflua lleva a concluir que se trata de una postura políticamente reaccionara o conservadora -el derecho es lo que es y no se puede cambiar- cuando ello no es así.

## 7. Axiología.-

La postura de Alf Ross respecto a la (no) relación entre derecho y moral es una de las más reconocidas y adoptadas por aquellos que suscriben a la idea de separar tajantemente estos conceptos. Heredero de Hägerström y Kelsen, el jurista danés no puede menos que descreer totalmente de la existencia de valores absolutos o la posibilidad de conocerlos; los valores son cuestiones puramente subjetivas, puntos de vista (actitudes) que responden a un interés.

En el capítulo de *Sobre el Derecho...* dedicado especialmente a "la idea de justicia", Ross comienza realizando un análisis de las distintas posturas o ideas que se han desarrollado a lo largo del tiempo (v.gr. "a cada uno según su mérito", "a cada uno según su contribución", "a cada uno según sus necesidades", etc.), concluyendo que ninguna de ellas resulta completamente adecuada y que, por ende, la idea de justicia no puede utilizarse o definirse de manera abstracta.

Asimismo, destaca que las palabras justa e injusta o correcta e incorrecta sólo tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Por lo tanto, "decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes"[61]. Por ello, la expresión "estoy en contra de esta regla porque es injusta", en realidad quiere decir "esta regla es injusta porque estoy en contra de ella".

Así las cosas, en un párrafo clásico que no amerita demasiadas precisiones, el maestro danés afirma que:

> "Invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Ésta no es la manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien a apela a la «justicia», porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses"[62]

[61] Ibídem, Pág. 339.

[62] Ibídem, Pág. 340.

Frente a este escenario, Ross parece más cercano a las teorías modernas de la argumentación o discusión racional como las que proponen Habermas o Appel que a las posturas nihilistas de Heidegger o Gadamer. Como hemos visto al tratar la relación entre ciencia del derecho y política, lo que debiera hacerse es, por lo menos, admitir las actitudes e intereses que tenemos como sujetos a la hora de plantear soluciones a los problemas sociales. No obstante, esto último no pasa de ser una expresión de deseos más que un pronóstico, dado que el propio Ross se muestra descreído de que la situación otrora descripta cambie en el futuro, puesto que la ideología de la justicia es un arma muy efectiva. En tal sentido, indica que aun cuando estadistas, políticos y agitadores perciban la verdad, se verán reacios a pactar su desarme.

Ahora bien, más allá de que Ross sostiene que los valores o la justicia no existen como objetos reales, sí reconoce los efectos sociales que conlleva la creencia por parte de los individuos en la existencia de los mismos. Por ello, la justicia aparece en su teoría como un ideal para el juez -para todo aquel que tiene que aplicar un conjunto determinado de reglas o *standards*-, dado que representa lo que se espera de un buen juez y es aceptada por el magistrado mismo como *standard* profesional supremo. Desde esa óptica, la justicia sí tiene sentido, dado que se refiere a hechos observables y es posible realizar aserciones al respecto. Así, expresar que un juez ha cometido una injusticia significa que se ha dejado guiar por intereses personales, por amistad, por el deseo de complacer a los que están en el poder u otros motivos, pero no por la regla jurídico-moral que le impone ser imparcial, impartial e independiente.

Finalmente, es menester destacar que como ideología, la idea de justicia puede traducirse para Ross de dos maneras: en una justicia formal o en la equidad, lo que se expresa en la diferencia entre el estilo sujeto y el estilo libre de interpretación que el sistema jurídico impone a los jueces. Es decir, que la justicia formal que impone el estilo sujeto de interpretación conllevará que tanto la sociedad como los propios

jueces consideren justo el hecho de aplicar la ley sin tener en cuenta las peculiaridades de las partes; mientras que si se impone el estilo libre y la equidad, se le exigirá a los jueces que adoptan soluciones únicas en cada caso aun cuando las mismas parezcan ir contra lo que dispone la norma[63].

En este sentido, Ross refiere que "cuando el derecho cede ante las presiones del deseo moral de soluciones adecuadas para los casos concretos, y disminuye su objetividad conformándose a «las circunstancias particulares», hablamos de «amoralización» del derecho, o de «equidad» como cosa opuesta al derecho estricto (*strictum jus*). Con frecuencia el ajuste o adecuación obedece a la simple razón de que las reglas del derecho prescriben que el juez se guíe por los estándares morales corrientes"[64]; tal y como sucede con nuestro nuevo Código Civil y Comercial.

## 8. Juez y Sentencia.-

Hemos visto que la ciencia jurídica se ocupa de predecir cómo resolverán los tribunales en una situación dada. Ahora bien, para que esa predicción sea posible, la administración de justicia no puede tratarse de algo meramente antojadizo o azaroso, algo que varíe de manera exponencial de un juez a otro como pareciera inspirar el realismo norteamericano, sino que debe estar determinada por actitudes

[63] Estimamos que cuando Ross utiliza el vocablo "justicia" en el tramo analizado de su obra, bien podría reemplazarse el mismo por el de "legitimidad". Ello no sólo solucionaría el problema de intentar resignificar un término que el propio autor pretende en todo caso desterrar de la ciencia jurídica, sino que ayudaría también a comprender que lo que sugiere al hablar de la idea de justicia como ideología tiene que ver con la plausibilidad o aceptación social de las conductas de los jueces al dictar sentencia.

[64] Ibídem, Pág. 92.

y conceptos, por una "ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en calidad de tales"[65], por algo que, en suma, sea pasible de medirse científicamente.

En efecto, la ciencia del derecho es una ciencia empírica que estudia qué normas jurídicas están vigentes a través de la conducta de los jueces y aunque es claro que no se puede observar directamente qué es lo que ocurre en el espíritu del juez, sí es posible construir hipótesis referentes a ello, y su valor puede ser comprobado simplemente observando si las predicciones fundadas en aquéllas resultan verdaderas. Por todo ello, resulta crucial para la ciencia jurídica entender cómo funciona efectivamente el fenómeno de la administración de justicia más allá de las ficciones legales.

A este respecto, el punto de partida de Ross es que "la tarea del juez es un problema práctico, el juez tiene que decidir si habrá de ejercerse o no la fuerza contra el demandado o acusado"[66]. Así, más allá de que la administración de justicia se funda en procesos cognoscitivos respecto a los hechos y el derecho, la misma no deja de ser una decisión, un acto de voluntad. Al mismo tiempo, sostiene el autor que el juez "no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural"[67]. Todo esto lo opone sin dudas al iuspositivismo más radicalizado que transforma al juez en un autómata y a la sentencia en un acto puramente racional -un silogismo-. Para mayor comprensión, nos permitimos citar en extenso las propias palabras del jurista danés:

> "El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como

[65] Ibídem, Pág. 105.

[66] Ibídem, Pág. 172.

[67] ROSS, Op. Cit., Pág. 131.

actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómata que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como «correctas», de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto, la obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, *standards* o valoraciones que hemos denominado tradición cultural".[68]

Refinando conceptualmente su teoría, sostiene Ross que "la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídico formal y la conciencia jurídica material"[69]. La conciencia jurídico formal es la ideología normativa que lleva al magistrado a no apartarse del derecho vigente. Es decir, que si bien el juez no es un autómata, tampoco hace lo que le viene en gana. Lo que es más, son contadas las excepciones en las que las sentencias se apartan radicalmente de la aplicación de las reglas vigentes.

En esta inteligencia, expresa Ross que "tenemos que dar por sentado en forma definitiva que el juez está motivado primera y principalmente por impulsos desinteresados, por un puro sentimiento del deber y no por el temor a las sanciones jurídicas o por cualquier otro interés", y llama la atención respecto a que "jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un

[68] Ibídem, Pág. 174.

[69] Ibídem, Pág. 175

sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor".[70]

Ahora bien, no podemos obviar que el juez rossiano al dictar sentencia no sólo aplica el derecho vigente sino que también lo construye. Para él, el juez crea derecho en sentido amplio y la administración de justicia es una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad. No obstante, la teoría clásica y la ideología jurídica intentan opacar esta función creadora intentado convencer de que el magistrado sólo aplica la ley. En tal sentido, el propio Ross manifiesta que "por lo común el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el «significado de la ley» o por la «intención del legislador»".[71] Trata así de preservar ante sus propios ojos o de los demás una ficción, es decir que la administración de justicia sólo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho.

No obstante, como hemos visto en la cita precedente, la conciencia jurídico formal no es la única que determina cómo decide el juez, sino que vive en él una conciencia jurídico material que está determinada por su tradición cultural -política y moral- y que puede crear un motivo que llegue a entrar en conflicto con la ideología normativa y su reclamo de obediencia al derecho. La conciencia jurídico material está presente en todas las decisiones judiciales. Aunque parezca que el magistrado sólo hace una interpretación cognoscitiva -que deduce los hechos del caso y el derecho aplicable a los mismos-, ello no es más que un signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, que

---

[70] Ibídem, Pág. 81.

[71] Ibídem, Pág. 188.

no la ha hallado incompatible con lo justo o socialmente deseable en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún otro argumento para liberarse de las ataduras legales. Es decir, que si su obligación de seguir las normas se opone a su tradición cultural, el juez puede optar por no seguirla, ya sea por una mera reacción emocional espontánea o luego de un análisis consciente de los efectos de la decisión.

Finalmente, es importante destacar que la distinción entre los tipos de conciencia jurídica es para Ross nada más que un elemento metodológico para explicar cómo funciona realmente el fenómeno de la sentencia, dado que en la práctica las mismas se fusionan de tal manera que es imposible determinar con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. "Esto es así porque es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador, que son, por lo tanto, datos para una interpretación puramente cognoscitiva"[72].

### 9.1. Interpretación.-

Siguiendo la línea trazada respecto a la administración de justicia, a través de la categoría "interpretación" Ross propone analizar la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente guían a los jueces en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad la denomina método jurídico o, en el caso de la aplicación de derecho formulado, interpretación.

[72] Ibídem, Pág. 176. La postura de Ross permite comprender el viejo refrán que reza "quien pone el juez, pone la sentencia", y por qué a lo largo de la historia de los Estados modernos los poderes Legislativo y, especialmente, el Ejecutivo buscan nombrar magistrados que no desnaturalicen las leyes que sancionan.

En este orden, el autor refiere que la dogmática jurídica investiga el método que se aplica dentro de cada ordenamiento jurídico específico –v.gr.: qué rol se asigna a la costumbre, si se adopta un sistema de control constitucional difuso o control concentrado, etc.-; mientras que la filosofía del derecho o teoría general busca explicar ciertas presuposiciones fácticas de los problemas de los métodos y subsumir y caracterizar, dentro de una tipología general, varios estilos de métodos de interpretación que de hecho se dan. Esta última es la tarea a la que se avoca Ross en *Sobre el derecho…*, y que recorreremos a continuación.

A todo evento, vale destacar que, como realista, Ross entiende que la función de los métodos de interpretación no es otro que establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia. Así, sostiene que "las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que (dentro de ciertos límites) habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación."[73]

### 9.2. Interpretación del texto de la ley.-

Cuando se está en presencia de un ordenamiento jurídico continental donde la legislación es la fuente predominante del derecho, el método jurídico tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. Esto implica, que hay que buscar la relación entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. O lo que es lo mismo, descubrir el significado de la ley y si los hechos del caso están comprendidos o no en el mismo.

En la parte de la obra dedicada a la temática bajo análisis, Ross reluce nuevamente su costado analítico, mostrando sesudos comentarios y observaciones

[73] Ibídem, Pág. 191.

respecto al lenguaje. No obstante, sus desarrollos no tienen por qué convenir sólo a esta postura iusfilosófica, y de hecho han resultado útiles a la teoría jurídica en general. En este orden, Ross refiere e introduce cuestiones que hoy día nos resultan tan cotidianas tales como que el lenguaje siempre es convencional, que el significado de las palabras es vago y ambiguo, o que es necesario realizar una interpretación sistemática a fin de determinar el sentido real de la expresión. Luego, también dedica cuantioso espacio a los problemas de interpretación sintácticos, lógicos y semánticos.

Un detenimiento exhaustivo en cada una de estas temáticas excedería el propósito del presente trabajo. Máxime cuando las conclusiones de Ross al respecto no varían sustancialmente de otras posturas iusfilofóficas que le dan un rol preponderante a las mismas. No obstante, sí hemos de detenernos en tres de sus propuestas: la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva, lo referente al conflicto de normas, y la interpretación libre y limitada.

En relación al primer punto -interpretación objetiva y subjetiva-, Ross hace una relectura de esta clásica distinción doctrinaria comenzando por las definiciones comunes de la misma. Así, explica que la interpretación subjetiva pretendía que el intérprete buscara el significado que intentó expresar el legislador, mientras que la interpretación objetiva se dirigía al significado comunicado. Sin embargo, para Ross esto es imposible por el simple hecho de que no se puede acceder a la conciencia interna del autor, motivo por el cual la diferencia entre una y otra no debe buscarse en el contraste entre los propósitos de la interpretación -ser más o menos fiel a los intereses del legislador-.

Así las cosas, la diferencia entre ambos métodos de interpretación depende para el jurista danés de los datos que se toman en cuenta al interpretar. Mientras

que "la interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular, todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración [tales como el contexto, situación, opiniones políticas y filosóficas, propósito declarado y presumido, etc.], la interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión"[74].

En lo que respecta al conflicto de normas, más allá de que se trata de una cuestión puramente lógica, Ross descarta que existan principios fijos para su solución mecánica. Por ello, de común acuerdo a sus postulados referidos a la administración de justicia, concluye que "*lex specialis, lex posterior y lex superior*, no son axiomas, sino principios de relativo peso que gravitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular, una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos."[75]

Finalmente, con la distinción entre un estilo de interpretación relativamente libre y otro relativamente limitado, Ross quiere demostrar que el ordenamiento jurídico puede reconocer o no que la interpretación se basa en una ficción y que es, al fin y al cabo, nada más que una herramienta para establecer límites políticos al Poder Judicial. Para ello, Ross apela a los ejemplos históricos de la jurisprudencia de conceptos en Francia y Alemania que buscaban que el juez fuera sólo la "boca de la ley", evitando así cualquier creación jurisprudencial y apartamiento del texto legal. Como se sabe, más allá de las argumentaciones doctrinarias al respecto, lo cierto es que en ambos países lo que los flamantes poderes políticos querían era evitar que

[74] Ibídem, Pág. 157.

[75] Ibídem, Pág. 170.

los magistrados heredados del antiguo régimen continuaran aplicando -creando- un derecho ajeno a los nuevos tiempos. Esto demuestra, además, que los límites a la "interpretación" de los jueces varía en el tiempo conforme los escenarios políticos-sociales[76].

### 9.3. Los factores pragmáticos en la interpretación.-

Más allá de las consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes, lo cierto es que el hallazgo más importante de Ross respecto a la interpretación está dado por los llamados factores pragmáticos de la interpretación, a los que define como "consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas"[77]. Esto significa que la interpretación no tiene un punto de partida lingüístico independiente, que el juez no interpreta en un vacío lógico, sino que desde el comienzo su interpretación está determinada por los efectos de su decisión, los que pueden ser meramente prácticos o de sentido común, o bien estar dados

[76] El flamante Código Civil y Comercial de nuestro país es un claro ejemplo de cómo la interpretación varía conforme los escenarios políticos-sociales. El referido codex, dispone en su artículo segundo que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", consagrando así una interpretación objetiva y relativamente libre, conforme la clasificación de Ross.

[77] Ibídem, Pág. 182.

por valoraciones morales. En otros términos, el magistrado elige de manera consciente o inconsciente el método de interpretación previendo qué sucederá[78].

La interpretación pragmática puede ser de tres tipos: especificadora, restrictiva o extensiva. Es especificadora cuando las consideraciones pragmáticas son decisivas para la elección entre varias interpretaciones, todas ellas posibles y razonables dentro del significado lingüístico natural del texto -v.gr.: la letra del art. 86 inc. 2 del Código Penal dispone que el aborto no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, lo que puede ser interpretado, al menos, de dos maneras: o bien el aborto no es punible siempre que el embarazo sea producto de una violación o sólo cuando la víctima del delito sexual sea una mujer "idiota o demente"; en todo caso el efecto de la sentencia será una consideración para elegir el método de interpretar la norma-.

La interpretación pragmática restrictiva se da cuando estas consideraciones excluyen la aplicación de una regla que según el sentido lingüístico natural sería aplicable. Esta interpretación la subclasifica en interpretación restrictiva en cuanto al propósito, cuando la aplicación de la regla es superflua para la obtención del propósito de la ley -por ej: cuando se manda a llevar al reo ante el juez dentro de las 24 hs. y el mismo es liberado antes de ese plazo-; o interpretación restrictiva de excepción, la cual está motivada por consideraciones contrarias a pesar del hecho de que el caso en sí mismo está comprendido por el propósito de la provisión. Al

---

[78] Carlos Nino y Jorge Bacqué dan un ejemplo de la jurisprudencia argentina donde el juez en forma explícita admite la introducción de los factores pragmáticos a los efectos de interpretar el texto de ley en un sentido opuesto al que él mismo había adoptado en un fallo anterior. El artículo en cuestión se intitula *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos*. El mismo puede consultarse en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/36/el-tema-de-la-interpretacion-de-la-ley-en-alf-ross-ejemplificado-en-dos-fallos-argentinos.pdf

respecto, Ross dice que es difícil encontrar casos porque los jueces no la reconocen, sino que dicen que la intención del legislador no es aplicar la norma al caso[79].

Finalmente, la interpretación pragmática extensiva -también llamada por analogía-, se da cuando se aplica la regla a situaciones que, contempladas a la luz del sentido lingüístico natural, se encuentran claramente fuera de su campo de referencias, no obstante lo cual el juez crea la ficción de que el legislador tenía la intención real o hipotética de aplicarla a ese caso. Entendemos que los ejemplos son sobrados en la materia.

[79] "El juez atribuye cortésmente a la voluntad real o hipotética del legislador todo aquellos que él considera correcto" ROSS, Op. Cit., Pág. 185.