

EL CONCEPTO DE DERECHO EN KARL OLIVECRONA

JORGE ALEJANDRO RAMÍREZ

I. INTRODUCCIÓN

Karl Olivecrona fue un jurista sueco que insistió en la consideración de elementos psicológicos unidos a una función instrumental del lenguaje a la hora de brindar una explicación sobre el fenómeno jurídico. Perteneciente a la corriente analítica del derecho denominada Escuela Escandinava, se esforzó por iluminar muchos de los conceptos de su maestro Axel Hägerström y su contemporáneo Alf Ross.

Poniendo un marcado énfasis en las motivaciones psicológicas de los individuos en torno a la idea de derecho, Olivecrona llega a la conclusión de que lo que entendemos por tal no es más que un estado psíquico materializado por la continua sedimentación en la habitualidad de prácticas de grupos de individuos que mediante las mismas mantienen el *status* de aquél, creyendo que han de seguir tales prácticas en el futuro, convencidos del hecho de que el no hacerlo así puede acarrear ciertamente una sanción; ello sumado a que la mentada motivación psicológica constriñe además al individuo a la realización de la práctica en cuestión en el convencimiento de que lo que impulsa su acatamiento consiste, ciertamente, en lazos místicos tan sólo explicables metafísicamente desde la figura de un legislador omnipresente, o bien desde la de un juez que se nutre del sentimiento sociológico de facticidad imperante en la sociedad para decir lo que tales prácticas representan, delimitando sus alcances y marcando las precisiones necesarias.

Así concibe a las normas jurídicas no como órdenes coercitivas, tal como lo hacía John Austin, sino como *imperativos impersonales* o *independientes* que, ayudados por la particularidad del lenguaje y el ritualismo de las prácticas que llamamos derecho, contribuyen a formar la impresión de que lo prescrito ha de ser obedecido en base a la sugestión, desempeñando la previa reflexión por parte del agente, en caso de tener lugar, un mero papel secundario.

Todo ello se fundará, según Olivecrona, en las relaciones de poder gestadas en el seno de cualquier sociedad que organiza la fuerza para imponer o mantener determinadas prácticas con ayuda de la educación y de la propaganda, mostrando en estos términos la noción de autoridad.

En suma, resulta más que interesante analizar, aunque sea brevemente, la atractiva concepción del fenómeno jurídico que propone Olivecrona, a los fines de saber si es o no capaz de convencernos.

Para ello atenderemos a la síntesis del pensamiento del autor contenida en su obra *Lenguaje jurídico y realidad*, sin perjuicio de referirnos a otros trabajos del mismo.

II. UNA APROXIMACIÓN AL ENFOQUE PSICOLÓGICO DE OLIVECRONA

¿Qué es lo que hace, se pregunta Olivecrona¹, que dos conductas iguales desde el punto de vista de su desarrollo físico-perceptible, sean distintas en cuanto a quedar subsumida la una en el plano jurídico y la otra no?

Procura ejemplificarlo del siguiente modo: “Al botarse un nuevo barco, la mujer del presidente de la compañía naviera rompe una botella contra la proa de la embarcación diciendo: ‘Bautizo a este barco con el nombre de *Queen Elizabeth*’. Pero, supongamos que a último momento un obrero se adelanta, toma la botella y la rompe contra el casco diciendo: ‘Bautizo a este barco con el nombre de *Generalísimo Stalin*’”².

¿Qué diferencia, pues, una conducta de otra?, se preguntará Olivecrona, ¿por qué una consume sus efectos si tiene lugar (la primera) y la otra no (la segunda), aunque se den análogas circunstancias?

El autor, señalando lo que ocurre con el acto del matrimonio y la ceremonia de coronación de algunos reyes, concluye que todas las relaciones

¹ OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 1ª ed., Fontamara, México, 1991 (la primera publicación fue incluida en *Ensayos de Teoría General del Derecho, en honor de Roscoe Pound*, en el año 1962), traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 44; y del mismo autor, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959, traducción de Jerónimo Cortés Funes (publicado por primera vez en 1939, tanto en alemán como en inglés), esp. ps. 35 y ss. En sentido concordante Hans Kelsen dice: “...¿por qué interpretamos, en un caso, el sentido subjetivo del acto [de voluntad, esto es, orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otros] también como su sentido objetivo, mientras que en el otro caso no? ...o como una norma objetivamente válida” (el autor desarrolla un ejemplo en el que compara la orden de un órgano jurídico y la que da el ladrón de caminos a alguien para que entregue su dinero, bajo amenaza de infligirle cierto mal si no lo hace) (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 58).

² OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...*, cit., ps. 43/44. Este ejemplo es tomado de AUSTIN, John L., *Ensayos filosóficos*, traducción de Alfonso García Suárez, Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 222, para enunciar la función preformativa del lenguaje llamada por aquél *expresiones realizativas* que Olivecrona entiende, tiene el lenguaje jurídico (ver *infra*, nota 5 y punto VI).

jurídicas son producto de nuestra imaginación, que no existe nada de eso en la realidad y que las mismas no consisten en otra cosa que en *palabras mágicas* sobre las cuales hay un adecuado (o determinado) consenso acerca del acatamiento que debe seguirse respecto de ciertas conductas.

Magia pura, señala Olivecrona, es la coronación del rey de Inglaterra, y en alguna medida se cree en dicha magia, al menos con cierto grado de convicción. El matrimonio es un acto mágico, un proyecto sobre urbanización que idean unos individuos, el cual es místicamente “transformado” en ley por efecto de una imputación mágica de nuestro intelecto ³.

En este sentido, resulta mágico el pensamiento que delimita o circunscribe el alcance o ámbito de actuación de un funcionario público, llamándolo “órgano” y diciendo que tiene el poder de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Podríamos, entonces, por lo visto, seguir enumerando casos que se nos presentan a diario sin que nos temblase el pulso.

Sin embargo, hablamos de todo ello “como si” ese proyecto fuera realmente transformado en algo que llamamos ley, al igual que el pan y el vino, se dice, sufren la metamorfosis que los lleva a convertirse en el cuerpo y la sangre de una deidad. No tenemos reparo alguno en sostener que “hay” derechos y obligaciones que nacen de contratos y otros actos y que tenemos poderes jurídicos y cosas semejantes, cuando nada de ello existe en la realidad.

Acaso, ¿quién hablaría de magia cuando dos bancos cancelan una serie de reclamos recíprocos ⁴, o cuando un sujeto compra un atado de cigarrillos en el kiosco de la esquina de su casa, o aun cuando el mismo afirma que esta última le pertenece?

Tales conductas son realizadas en determinadas circunstancias y repitiendo determinadas fórmulas verbales, lo cual hace que la oración realizativa produzca un efecto psicológico en la mente de los demás, quienes las aceptan sin reflexión, por estar acostumbrados a responder de una manera uniforme al acto ante el empleo o uso de una cierta forma del lenguaje con respecto al objeto denotado o aparentemente denotado en cuestión, lo que significa, observando las formalidades del caso (por supuesto, establecidas en algún momento), que las *palabras mágicas* de antes que advirtiera

³ OLIVECRONA, *El derecho...*, cit., p. 89; y del mismo autor *El imperativo de la ley*, que figura como apéndice en la primer obra citada, traducida de la edición original en alemán de 1942 por José Julio Santa Pinter, ps. 169, 189 y ss.

⁴ *El derecho...*, cit., p. 89.

Hägerström, ahora denominadas *expresiones realizativas*⁵, siguen haciendo de las suyas.

Todo consistirá para Olivecrona, entonces, en producir ciertos efectos con el uso de las palabras. Consecuentemente, las oraciones pronunciadas fuera del contexto adecuado no son tenidas en cuenta, inclinando nuestra conducta en tal sentido⁶.

Es por eso que afirma que estas oraciones, en el modo en que son formuladas, expresan juicios mentales y nosotros creemos que tras ellas hay verdaderos juicios: “creemos tener el conocimiento de nuestras obligaciones y que podemos transmitir ese conocimiento a otros, como si ello no fuera más que un problema de hechos”.⁷

Así el “efecto psicológico” que imprime el acto en la mente de quienes lo internalizan es hecho bajo un determinado modo (las formas, el ritualismo y el lenguaje de los “imperativos independientes” que más tarde llamará “imperativos impersonales” y finalmente entenderá como “performativo”), que se mantiene en el público tan rígida y uniformemente que aquel acto opera sin prácticamente ningún esfuerzo.

“Estamos tan familiarizados con la situación de legislar —señala Olivecrona— que ella parece ser parte del orden del universo como la salida y la puesta del sol, por lo tanto, no reflexionamos sobre el hecho simple de que

⁵ OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...*, cit., ps. 43, 44 y 45. La locución “operatives utterances” o “performatives utterances” de Austin traducida como “expresiones” o “emisiones realizativas” al castellano, refiere al uso de ciertas expresiones que no describen nada sino que evidencian un particular uso del lenguaje respecto del cual han de prestar especial atención los estudiosos del derecho, pues es el lenguaje en el que se formulan las promesas, los contratos, los testamentos, las llamadas capacidades jurídicas de algunos sujetos de derecho y la competencia de otros. Por medio de estas expresiones en el contexto de cierta fraseología pensamos ciertamente que creamos, cambiamos y suprimimos derechos, deberes y calidades jurídicas, en una palabra relaciones jurídicas. Así quien presta juramento y asume el cargo, consiguientemente adquiere el *status* de funcionario; a la muerte de aquel que legó el reloj a su hermano, éste adquiere el derecho de propiedad del reloj; el vendedor promete la entrega del automóvil previo pago de una suma de dinero, y el comprador promete pagar esa suma por el automóvil, considerándose a ambas partes como dotadas de derechos y cargadas de deberes de acuerdo con el contenido del contrato. Derechos y deberes son establecidos mediante contratos; el derecho de propiedad se transfiere. Se constituye una sociedad y se la registra debidamente; ella se convierte en una persona jurídica. Un inmigrante de un país extranjero es naturalizado por una declaración de la autoridad competente y, de esta manera, se convierte en ciudadano. Una persona es designada profesor y se convierte en tal (cfr. *Lenguaje jurídico*, cit., ps. 38 y 39). Por supuesto que las frases que se requieren para que la magia tenga lugar efectivamente necesitan observar ciertas circunstancias (*op. cit.*, ps. 39 y 40).

⁶ *Ibidem*, p. 46. De ahí la función instrumental del lenguaje. Nótese como Olivecrona se aproxima a Kelsen al negar los hechos de la realidad como objeto de la ciencia del derecho y a subrayar la función técnico-jurídica de los términos como *deber*, poniendo énfasis en la función de signo de las expresiones y en las particulares circunstancias que han de observarse para que las relaciones jurídicas en general tengan lugar (cfr. *infra*, notas 13 y 15, y esp. ps. 39 y 55 de *Lenguaje jurídico...*, cit.).

⁷ OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, cit., ps. 30 y 31.

el efecto de la legislación está condicionado por la actitud psicológica que adoptamos al igual que millones de personas. En virtud de esta actitud los legisladores pueden ejecutar en nuestras mentes como en un instrumento musical”⁸.

Para él, en definitiva, las normas no son más que la expresión de ideas bajo una forma lingüística muy particular que se presentan en la mente de las personas de manera “intermitente” (y no permanente) y que se transmite con el hábito⁹.

III. EL DEBER COMO EXPRESIÓN TÉCNICA DEL LENGUAJE DE LAS FORMAS

Si las normas han de tener un sentido, señala Olivecrona, el mismo siempre es subjetivo, forma parte de nuestras ideas o componentes psicológicos que reviven una y otra vez en nuestras mentes acompañadas por un particular modo de expresión o exteriorización de las mismas bajo el enunciado: “Esta línea de conducta *debe* ser seguida”, o algo parecido y al mismo efecto, por ejemplo, el matrimonio *deberá* observar tales y tales formas; el homicidio *deberá* tener lugar bajo estas y estas circunstancias (y no otras), etcétera.

De este modo, la conexión psicológica y la fuerza obligatoria toma forma en expresiones como *deberá*. La existencia o convicción de poderes y lazos imaginarios, los derechos, hace creer a las personas que esos poderes, lazos o derechos no son producto de su imaginación, máxime si se ha reducido considerablemente el componente sobrenatural, con lo cual la maquinaria legal se nos aparece como inconcebible sin esos derechos, y por lo tanto la preserva con alto grado de inmunidad a la crítica¹⁰.

⁸ OLIVECRONA, *op. cit.* en nota anterior, ps. 38 y 39; véase también ps. 36, 41 a 43, 55 y ss., y 66 y ss.

⁹ En *El imperativo de la ley* señala que toda norma de conducta opera como un modelo de acción a seguir forjado en la fantasía que presupone dos momentos, a saber: a) la representación imaginativa por parte de los sujetos que siguen ese modelo o pretenden que otros lo sigan, y b) la expresión o señal imperativa asociada a la conciencia de un “deber” u otro término equivalente que permite la virtualización de la acción o el acatamiento de la misma (la tornan “psicológicamente eficaz”), como ser la promulgación de una ley por parte del presidente (jefe de Estado), consistente en la firma por parte de éste de un documento que contiene el texto original de la ley sancionada, consuetudinariamente acompañado por locuciones estereotipadas, que instan al cumplimiento de la ley, de manera análoga a lo que importa una orden verbal, una insignia o un ademán (*op. cit.*, ps. 169-170, 188 y 193). De manera tal que si bien una ley tiene carácter imperativo, ella no contiene órdenes en sentido propio, sino que puede ser definida como un “imperativo independiente”, pues básicamente falta una relación personal, directa, inmediata o concreta (*op. cit.*, p. 185 y *El derecho como hecho...*, cit., p. 29).

¹⁰ *El derecho como hecho...*, cit., ps. 31, 32, 90, 91 y 94.

Según el jurista sueco, tal es el mundo de las formas que describe la teoría jurídica tradicional, cargado de oscura metafísica.

Si bien en *Lenguaje jurídico y realidad* el autor desarrollará el uso performativo del lenguaje como instrumento para el seguimiento de cursos de acción, lo cierto es que ya en su trabajo anterior de 1942, *El imperativo de la ley*, señalaba que no sólo las palabras sino el modo en que ellas son expresadas (contexto, gesticulación, expresiones del rostro, mímica, tensión, predisposición a la autosugestión, solemnidad, etc.) suscitan o refuerzan un sentimiento de volición correspondiente, de manera tal que el “¡tú debes!” se convierte en un simétrico “¡yo quiero!”, estimulando directamente una acción, sin representación o correspondencia de contenido imaginativo alguno, sino percibiendo el destinatario sólo la palabra, y no lo que con ella se quiere expresar ¹¹.

Concedamos, pues, que Olivecrona nos está advirtiéndolo que el *lenguaje de las formas*, tal como el ritualismo de muchos actos en la antigüedad y en el presente ¹², condicionan nuestras mentes a reaccionar irreflexivamente sin reparar en el contenido de los actos que realizamos ni en el modo en que lo hacemos (ceñirnos al deber y a su contenido; esto es, lo debido).

Por ello es —afirma Olivecrona, siguiendo el análisis de Hägerström— que se explica la sensación de compulsión ante una obligación jurídica, y viceversa, la de poder frente a un derecho subjetivo.

IV. LA NOCIÓN DE AUTORIDAD COMO CONEXIÓN PSICOLÓGICA

De acuerdo con lo visto anteriormente, para Olivecrona la conexión de tipo psicológico entre nuestras ideas y la acción, asegurada por cierto uso de las palabras, que no dejan lugar para la reflexión, ello sumado al respaldo de la fuerza organizada, se presenta como esencial para comprender el fenómeno jurídico.

Así concibe el autor analizado la noción de autoridad, la que no reside en nadie en particular (v. gr., no son mandatos de un soberano, sea el Estado, sea el pueblo, ni de los legisladores), sino en nuestras mentes en general; esto es, en la “creencia” o la “impresión” de que hay que obedecer.

¹¹ Cfr. *El imperativo de la ley*, cit., ps. 176 a 179.

¹² Piénsese, por ejemplo, en la utilización del latín en la Edad Media para dotar de “animismo” a las palabras pronunciadas en armónica conjugación con determinados ritualismos, y ello en la creencia —altamente efectiva, por cierto— de que ellas por sí referían hechos actuales y determinaban los futuros. Actualmente, podríamos señalar, en este sentido, que contamos con expresiones tales como “derechos humanos”, que en mayúsculas y rodeadas de formales declaraciones, además de implicar una tautología, potencian la sugestión procurando transformarla en volición.

El “tener que” o su equivalente, “deber”, no significa nada en particular, sino la “creencia psicológica” que produce la “impresión” de que hay que obedecer. En nadie ni en nada hay que buscar la idea de autoridad, concluye Olivecrona, más que en nuestra imaginación.

Es decir que si el derecho consiste, en definitiva, en normas que regulan el uso de la fuerza, aquéllas, entonces, se vuelven psicológicamente efectivas en la mente de la gente a partir de ciertos usos del lenguaje. De ahí que el “efecto psicológico” que producen las palabras en sus contextos y formas adecuadas en los individuos, conforman una relación o conexión psicológico-funcional que determina la acción, o lo que es lo mismo, los cursos de conducta a seguir, como obligatorios bajo la “palabra mágica” *deber*, como quien acciona un interruptor que provoca el flujo de corriente eléctrica que canalizada adecuadamente a través de un foco permite obtener luz de una lámpara ¹³.

Por último, la explicación acerca de la naturaleza del derecho no ha de ser buscada, entiende Olivecrona, ni en los hechos ni en las abstracciones intelectuales de tipo trascendental o “racional”, sino simplemente en la in-

¹³ Olivecrona asevera que análogamente puede expresarse: “la fidelidad del pueblo para con las leyes significa que los súbditos tienden a guiarse en sus acciones según modelos caracterizados porque están dotados de determinada manifestación imperativa. En la Constitución se establece en qué debe consistir esa manifestación...” (*El imperativo...*, cit., p. 195). Es decir que la señal imperativa en el caso de las leyes estaría dada por la promulgación del jefe de Estado (v. gr., por el presidente en un sistema presidencialista); esto es, que él dé su visto bueno a que la misma obligue, previa votación del proyecto por parte de un cuerpo determinado de personas, no importando que todos ellos conozcan o no su contenido, o hayan participado en la elaboración de dicho proyecto, pues ello no hace a su función esencial que es la de expresar o atribuir al texto convencional señal imperativa. Así, si se sigue la formalidad adecuada se respeta la obediencia ante la ley sin importar cuál sea su contenido. Obsérvese el esquema derivativo del ordenamiento jurídico que plantea Olivecrona en el pasaje que se comenta. En efecto, él sostiene que lo decisivo en la cuestión de autoridad de una ley es el carácter formal; así, si una norma es derogada por otra, esta última adquiere autoridad en tanto aquélla la pierde de manera “automática”, pues la señal o sello imperativo es conforme a la Constitución; o lo que es lo mismo, todo el procedimiento de creación del derecho (y también el de aplicación) es reconducido a la Constitución que por la posición realista de Olivecrona no puede ser otra que la que efectivamente rige en la comunidad de que se trate, o sea la Constitución eficaz de la que habla Kelsen (confróntese *El imperativo...* cit., ps. 194 a 197). Más que curioso resulta entonces el análisis análogo que realizan —aunque con diferentes conclusiones debido a la también diferente utilización del método y enfoque del objeto de la llamada “ciencia jurídica”— durante su exposición Olivecrona y Kelsen. Cabe agregar que Olivecrona parece reconocer un papel particular a la legislación que no se relaciona finalmente con la sugestión sino con la automaticidad, ya que el adherir a prácticas repetidas en el tiempo como ser los actos de legislación, y la autoridad que emana de ellos, no implica asentir con un determinado modelo de acción en el sistema de las reglas, a las que se remite el respeto a la ley, es decir que se respetan formas y no contenidos, de ahí que la sugestión no tenga nada que hacer en estos casos, a diferencia de lo que ocurre con las órdenes propiamente dichas (*op. cit.*, p. 194).

fluible y tan vulnerable psique humana, es decir, en imputaciones de la imaginación que con el tiempo se generalizan y objetivizan ¹⁴.

V. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS COMO PALABRAS HUECAS

Olivecrona señala, como se vio, que el lenguaje y los efectos psicológicos generados por quienes lo utilizan coadyuvan a conformar la idea de que la norma existe y con ella cobran fuerza expresiones tales como deber, derecho subjetivo, potestad jurídica, relación jurídica, persona jurídica, propiedad y los demás conceptos que maneja la teoría jurídica, cuando en realidad nada de ello existe en términos de experiencia. Sólo podemos afirmar —dirá el autor— que nos encontramos ante palabras “huecas” o “vacías” que nuestra mente genera y que se desenvuelven en el plano social a través de una forma del lenguaje que no es descriptiva sino “performativa” (tampoco es imperativa en el sentido propio de orden).

¹⁴ Conjúguense estas ideas de *El derecho como hecho* con la sustentada en *Lenguaje jurídico y realidad*, donde con la explicación acerca del papel decisivo que juega el lenguaje en esta última, deja definida su posición “psicologista” en torno a la autoridad jurídica y el carácter instrumental del lenguaje como medio para obtener, entre otros, aquel fin. Aunque como se expresará más abajo, no puede desentenderse finalmente en su análisis de los elementos predictivos de la conducta oficial, que oportunamente criticara. Entre nosotros, el profesor Enrique Marí adhiriendo a la teoría del “como sí”, ha expresado que la justificación que buscamos en el derecho en lo que hace a su obediencia (a su autoridad), es reconducida a una última razón o fundamento imaginario “como si” este existiese en realidad, pero no en términos empíricos, sino “presupuestos” o “fingidos”, a los efectos de poder explicar cómo es que un orden jurídico logra, precisamente, un orden, una unidad y expresa un tipo de cimiento o base de ese sistema u orden jurídico, tal como Kelsen lo ha propuesto, afirma Marí, con su doctrina de la norma fundamental en el ámbito jurídico. Aun en el plano de la política —agrega el autor— se ha tratado de buscar una justificación racional análoga a la señalada en el derecho, con la teoría del contrato social propuesta por Thomas Hobbes en el *Leviatán*, en la que se da por aceptado como presupuesto de la construcción del conocimiento y justificación del sistema político absolutista, que un pacto fue firmado (“como si” hubiese sido firmado) en algún momento por el pueblo (entiéndase los señores feudales) cediendo la casi totalidad de su poder al más poderoso entre ellos, el Rey absoluto. Esto a fin de evitar destruirse en la guerra de unos con otros y con la sola condición de que el beneficiario de la cesión garantizara la paz y la armonía entre todos (véase MARÍ, Enrique E., “Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1997, nros. 67/68, ps. 27-30; y del mismo autor “Las ficciones en el derecho”, en MARÍ, Enrique Eduardo y otros, *Derecho y Psicoanálisis*, 2ª ed., Buenos Aires, Edicial, 1994, esp. ps. 51 a 54). Las ficciones fundadoras del como si, explica Marí, tienen por función proporcionar el punto de partida para la producción argumentativa y las soluciones conceptuales que se inscriben en ellas “...permiten un acceso a los objetos del conocimiento por un lado, en tanto por el otro, conservan una función de legitimación política y jurídica. (...) Cumplen, pues, la doble función de conocimiento y legitimación, o sea, función gnoseológica y política” (cfr. la primera de las obras citadas del autor, ps. 27, 28 y 29).

Por lo tanto, habrá de concluir que el *status* de los conceptos jurídicos fundamentales no es más que el de herramientas auxiliares en la descripción de un sistema jurídico que en sí no son nada ¹⁵.

A propósito de la no existencia en la realidad de las expresiones a que refiere la teoría jurídica, Ross dice que sería deseable que las exposiciones doctrinarias del derecho vigente, eliminaran el concepto de deber, término inadecuado; convendría atenerse simplemente a la conexión jurídico funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas ¹⁶.

Ross también en este sentido ha señalado que lo único que existe son hechos condicionantes (hechos 1) y condicionados (hechos 2, o reacciones condicionadas) y en el medio la "situación" que imaginativamente los relaciona como *deber ser*, la cual es nada. En el marco de esta "situación" que imaginamos quedan comprendidos todos los conceptos jurídicos fundamentales que maneja la teoría jurídica, tales como el ya señalado deber, el derecho subjetivo, la propiedad, la persona jurídica, etc.

Tal es la situación "tú-tú", afirma Ross, imaginada, mágica, propia de un pueblo primitivo. Tales palabras se encuentran desprovistas de todo significado y sólo cumplen la mentada función técnico-jurídica de relacionar hechos condicionantes con hechos condicionados, en el marco de la señalada imaginaria situación "tú-tú" ¹⁷.

Finalmente, digamos que Olivecrona cree que el fenómeno jurídico es una compleja realidad a la que no podemos imprimir el cómodo trámite de simplificarla a través de ficciones y metáforas, o aun, evitar hablar directamente de ellas.¹⁸

VI. EL LENGUAJE PERFORMATIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL Y COMUNICACIÓN SOCIAL

Las "expresiones realizativas" que para Olivecrona, como se dijo, equivalen a no poco menos que la locución "palabras mágicas", asumen, según él mismo lo afirma, el papel de instrumentos de control social y de comu-

¹⁵ Aquí también se hace notable cómo el análisis de la obra de Olivecrona concuerda con la posición de Kelsen al tratar los conceptos jurídicos fundamentales en su *Teoría pura...* cit., cap. IV, esp. en lo referente al carácter de auxiliar de la ciencia del derecho del concepto de persona jurídica (*op. cit.*, p. 198). En torno a lo expresado sobre el particular, H. L. A. Hart lo advierte en *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 295 (cita a la p. 13). También véase lo señalado *supra*, notas 6 y 13.

¹⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1977, traducción de Genaro R. Carrió, p. 154.

¹⁷ Ross, Alf, *Tu-Tu*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, ps. 8, 9, 21, 22 y 32.

¹⁸ OLIVECRONA, *El derecho...*, cit., p. 68.

nicación social, cumpliendo tales fines siempre que sean pronunciadas en conexiones especiales (guardando ciertas formas y circunstancias), logrando de este modo el “efecto psicológico” en cuestión ¹⁹.

La gente —agrega el autor— es enseñada así a responder sólo a las fórmulas que satisfacen estos requisitos. De tal modo es que la situación “es vivida como correcta” al pronunciar las palabras de modo apropiado, situación ésta que, como reconoce expresamente el autor, sólo puede ser vagamente descripta ²⁰.

Así los abogados aprehenden fórmulas y, sin reflexionar un momento sobre tal circunstancia, las repiten con el ritualismo transmitido, puesto que en su mente un “*status* psicológico” se mantiene incólume mientras se mantengan de ese mismo modo las prácticas que observan de los demás y que ellos mismos han aprehendido en el sentido de receptarlas por su intermedio, a modo de frecuencia radiofónica; palabras que, expresadas de un modo apropiado y en el lugar y momento apropiado y, munidas de una cierta performance, disparan el acatamiento o seguimiento de un curso de acción “N” al receptor de las mismas, que neutralizan cualquier otra razón para actuar que el mismo pueda poner en consideración.

Olivecrona piensa que esto detiene el proceso reflexivo del sujeto, quien siente que la idea lo motiva a actuar de tal o cual modo, aunque no tome conciencia de por qué lo hace, lo cual es solamente explicable, como se dijo ya en varias oportunidades, en términos de conexiones psicológicas entre las formas del lenguaje, las consecuencias desagradables, la idea del bien y el mal y la uniformidad del hábito entre las “impresiones” que experimentan los agentes.

Es importante señalar que varios años antes, en *El derecho como hecho*, Olivecrona ha señalado en la misma línea argumentativa que... “la utilidad de los conceptos fundamentales [entiéndase como instrumentos del lenguaje] no pueden suponerse ni por un momento que ellos son delibera-

¹⁹ El autor refiere que, en la antigüedad, los actos jurídicos eran, en general, sumamente formales. La ceremonia, dice, debía ser realizada exactamente y había que pronunciar las palabras precisas; y, como sabemos por la obra de Gayo, primeramente, entre los romanos, la menor irregularidad anulaba el acto: la magia no producía sus efectos (*Lenguaje jurídico...*, cit., p. 47). Olivecrona dice además que ya Hägerström había advertido que institutos como la *mancipatio* y la *stipulatio*, eran actos mágicos, dado que especialmente el antiguo *jus civile* romano era un sistema de reglas para adquirir poderes sobrenaturales (*op. cit.*, p. 26). Kelsen, por su parte, en *Sociedad y Naturaleza; una investigación sociológica*, traducción de Jaime Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945, aborda *in extenso* la concepción de la naturaleza por parte de los primitivos y analiza la “magia” en el punto 11 (p. 61, *op. cit.*), llegando a diferentes conclusiones, afirmando que para ellos no se trataba de magia, sino de la atribución de conductas y reacciones sociales entre categorías sociales análogas.

²⁰ OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...*, cit., p. 48 (el entrecomillado nos pertenece).

damente elaborados con un propósito. Por lo contrario son la herencia de un largo pasado y han evolucionado muy lentamente. (...) No intentaré aquí explicar el origen de las nociones ficticias del derecho. Señalaré solamente que el profesor Hägerström las hace remontar hasta la magia”²¹.

Añade luego: “...Creemos que esa palabra [a la que nos referimos] significa una realidad objetiva, creencia que es una ilusión. (...) Lo que tenemos en la mente es, en modo primario, la palabra por sí misma. (...) la palabra tiene así peculiar importancia. Se identifica con la cosa que se cree significa, o aun ocupa el lugar de ella. Esta situación psicológica contribuye a prevenir la crítica”²².

En efecto, el autor aclara que todo ello explica por qué resulta tan difícil aceptar las críticas a lo que referencian estas palabras, dada la íntima vinculación “psicológica” entre la palabra y lo que creemos ella representa, pues es claro que si, v. gr., se imprime un alcance determinado a la palabra derecho, el intento de modificar tales alcances a través de la crítica se hace sumamente dificultoso, puesto que el crítico se enfrenta a una especie de escudo conformado por la fundición de la palabra y nuestra creencia acerca de lo que ella significa, lo que es conocido con el nombre de “cosificación”²³

Para Olivecrona en definitiva, las “palabras mágicas” de Hägerström o las “expresiones realizativas” de Austin del lenguaje, tales como propiedad o derecho subjetivo a la propiedad, muestran que nuestra creencia en la realidad del derecho de propiedad es lo relevante y no la propiedad misma.

VII. CRÍTICA A LA TESIS DE OLIVECRONA

Puede señalarse en primer lugar que si para Olivecrona el “efecto psicológico” que conlleva a los individuos a la realización de determinadas prácticas o acciones se funda en la utilización de ciertas palabras que resultan “mágicas”, pronunciadas en un cierto contexto y situación, equivocamos el efecto con la causa, y ponemos, como se ha dicho alguna vez, el carro delante de los bueyes, ya que si las aludidas “palabras mágicas” son fruto de la aceptación entre los individuos que las utilizan, son precisamente aceptadas o gozan de cierto reconocimiento social por parte de aquéllos²⁴, lo

²¹ *El derecho...*, cit., p. 86.

²² *Ibidem*, p. 94.

²³ *Ibidem*, cit., ps. 90, 91 y 94.

²⁴ Utilizo la expresión aceptación en lugar de acuerdo, pues esta última puede dar lugar a pensar en ideas contractualistas, las que en lugar de explicar y clarificar los conceptos, los entierran en los misterios más profundos o en las suposiciones menos fundadas.

cierto es que, por un lado, esas expresiones ciertamente poco tienen de mágicas, en tanto por el otro, las mismas en el contexto del lenguaje que utilicen esos individuos, sólo tendrán lugar si, y sólo si, la situación anteriormente referida se configura.

Lo que quiero decir es que las palabras que Olivecrona llama “mágicas” no conllevan al referido “efecto psicológico”, sino que en todo caso esta última situación que el autor denomina “efecto psicológico” y que no resulta ser adecuadamente descripta en esos términos, se constituye en condición necesaria para poder comprender el alcance de aquellas expresiones que, como se dijo, el autor llama “mágicas”.

Por otro lado, es claro que Olivecrona trata de diferenciarse de las teorías predictivas del derecho esbozadas por el realismo norteamericano que ven en las profecías de los funcionarios el modo adecuado de describir el fenómeno jurídico ²⁵.

Lo cierto es que el mentado “efecto psicológico” no es precisamente el modo adecuado para diferenciarse de aquella escuela, ya que si uno “tiene la impresión” de que debe seguir tal curso de acción, esto es, realizar tal o cual conducta, ello no explica por qué es que lo hace, y en qué medida tiene ello que ver con cuestiones atinentes a la predicción o profecía de las conductas, más concretamente la acción de los tribunales o predicción de la conducta oficial.

En efecto, el autor vuelve a caer en la falta de distinción que agradeció efectuara Hart en su momento, acerca de lo que significa “verse o sentirse obligado” y “tener una obligación o un deber” y la referente a enunciados internos y externos; esto es, entre la normatividad por un lado (enunciados normativos genuinos) y las prácticas, acciones, creencias y actitudes de los individuos (procesos mentales o psicológicos), o lo que es lo mismo, la diferencia entre reglas y hábitos ²⁶.

En consecuencia, Olivecrona no explica acabadamente lo que se propone; es decir, elucidar qué es lo que diferencia una conducta jurídica de una que no lo es y cómo se lo hace, para poder dar una consiguiente explicación acerca de la noción de derecho, dado que el reconocimiento de propiedades místicas específicas que nos hacen comportar de cierto modo sin previa reflexión, no ha de contentarnos como lo reconoce el propio Olive-

²⁵ Tal cual lo ha expresado, por ejemplo, Oliver Wendell Holmes en *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, esp. ps. 16, 17, 21 y 22.

²⁶ Cfr. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...*, cit., p. 14; HART, *El concepto...*, cit., cap. V, “La idea de obligación”, y cap. VI; y RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982, p. 197).

crona ²⁷, máxime si la escuela realista escandinava quiere distinguirse de la metafísica clásica del iusnaturalismo. En tanto, si bien la función del lenguaje asume en su teoría un papel instrumental decisivo, el “efecto psicológico” aludido con el que lo asocia, no explica nada.

Olivecrona no sólo no logra explicar la noción de conducta significativa socialmente y su relación y alcances con el derecho, del modo en que por ejemplo lo hace Hart, sino que además está lejos de hacerlo, pues los procesos psicológicos que experimentan los individuos que comprenden el momento representativo de un obrar imaginario y otro imperativo (expresión imperativa) asociado con él en la conciencia, como “deber” u otra expresión equivalente ²⁸, no dicen nada acerca de la obligatoriedad de ciertas prácticas sociales uniformes; esto es, no dan cuenta acerca de la normatividad que comprende la noción general de sistema social y la específica de sistema jurídico.

Creo que, como ha señalado Hart, la explicación pasa por una acabada conceptualización y entendimiento no sólo del papel decisivo del lenguaje, sino también del que asumen las reglas sociales en el funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Sin embargo, no me detendré en el análisis de estas cuestiones, pues las mismas exceden naturalmente el presente trabajo.

VIII. CONTRIBUCIÓN DE OLIVECRONA A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Es evidente que Olivecrona ha contribuido notablemente, al igual que Stevenson, Waissmann, Winch, y hasta el propio Hart, a poner de relevancia el fundamental papel que cumple en las relaciones sociales y específicamente en lo que hace a nuestro particular interés, las jurídicas, el lenguaje.

Sin embargo, se quedó a mitad de camino al señalar unas cuantas verdades a las cuales no supo brindar una adecuada explicación, ya que no podemos darnos por satisfechos al tomar por explicación de la normatividad, aquella que refiere, como vimos anteriormente, a un “efecto psicológico” (efectividad psicológica) que produce en la gente y en los tribunales el uso de ciertas expresiones del lenguaje, que lleva a la impresión de que debe actuarse de tal o cual manera, siendo estos efectos, tanto inmediatos —los que lo hacen “sentirse o verse obligado” a uno en miras a las reacciones hostiles que puedan sobrevenir al no comportarse en tal sentido, por ejemplo a quien promete (efectos 1)—, como mediatos —al saberse que los órganos estatales aplican regularmente las reglas (efectos 2)—, todo lo cual se halla

²⁷ *Lenguaje jurídico ...*, cit., p. 30. Por otro lado, resulta insatisfactoria la explicación que da Olivecrona sobre la falta de reflexión en muchos cursos de acción como conexión psicológica habitual.

²⁸ OLIVECRONA, *El derecho...*, cit., ps. 170 y ss.

sustentado por el uso de “palabras mágicas” (o que hacen sus veces), que impiden o enervan la reflexión del agente ²⁹.

Si esto es así, Olivecrona, al señalar lo expuesto más arriba, echó por tierra en primer lugar la valiosa observación de Hart, cuyos méritos aquél especialmente reconoce, acerca de que “la situación del asaltante” no puede explicar la noción de “tener” un deber jurídico, asimilándolo entonces con la de “sentirse o verse obligado”, con su idea de “efectos 1”; y en segundo lugar, vuelve en su contra la crítica que hizo a los realistas norteamericanos en punto a las profecías o predicciones de la acción estatal (los denominados “efectos 2”).

El punto a clarificar es que si queremos señalar que la función del lenguaje en el derecho como en otros ámbitos de la conducta humana es técnica (como medio para un fin y no como fin en sí mismo), que no es ni emocional ni descriptiva y, en consecuencia, que las reglas que contribuyen a formar pueden ser reducidas en última instancia a normas técnico-funcionales; esto es, a formulaciones alternativas de dos tipos, a saber: a) “Si deseas Y, debes X”, y b) “Si no deseas Y, debes X” ³⁰, damos, por cierto, un gran paso.

Inclusive si afirmamos que el derecho consiste en un cierto tipo de expresiones realizativas que permiten crear, cambiar y suprimir derechos y deberes, relaciones y propiedades jurídicas (a través de la función de signo del lenguaje performativo), que es precisamente lo que se propone Olivecrona en *Lenguaje jurídico y realidad*, como punto de partida el mismo no parece ciertamente del todo errado.

Pero si a renglón seguido decimos que el lenguaje del derecho (lenguaje jurídico) es “el lenguaje de la magia”, puesto que el sentido de tales expresiones realizativas es mágico (o por lo menos imaginado en la psique

²⁹ OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...cit.*, ps. 46/47. Con alcances similares Ross ha dicho que los fenómenos jurídicos consisten en hechos psicofísicos (*Hacia una ciencia realista del derecho. Una crítica al dualismo en el derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 155) y a aún, que el derecho consiste en una síntesis entre el conductismo y el psicologismo (*Sobre el derecho*, cit., ps. 17 y 23; y que “...un sistema válido [léase vigente de conformidad con el alcance de la teoría de Ross] de normas puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece... las normas —afirma Ross— son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias” (*Sobre el derecho...*, cit., ps. 27, 29, 34 y 38).

³⁰ Estas formulaciones normativas en torno a la concepción del derecho como norma técnica las trata BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª reimp. de la 2ª ed., traducción de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 1997, ps. 74 a 78. También puede verse el artículo de Rolando Tamayo y Salmorán, “Normas, derecho y estado (biograma de la especie homo)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, nro. 54, septiembre-diciembre, UNAM, México, 1985, ps. 1029 y ss.

del agente), dado que la creación, modificación o supresión de relaciones o propiedades no físicas (no verificables empíricamente) obedecen al hecho de pronunciar algunas palabras (ciertas palabras y no otras, en determinadas o apropiadas circunstancias y no otras) y, en este sentido, hablamos como si creásemos efectos invisibles con ciertas palabras, atendiendo a que la esencia de esto se nos hace inteligible a partir de la comprensión del efecto psicológico que producen tales palabras en quienes están “acostumbrados” a responder de una manera uniforme al acto a que ellas refieren por el sólo uso y función del lenguaje (operativo), sumado ello a las expectativas que se tiene en torno a la conducta de los tribunales en tal sentido, lo que da relleno a las palabras mágicas y no las torna “huecas” o “vacías”³¹, lo cierto es que, como lo señaláramos anteriormente, no avanzamos demasiado en la elucidación acerca de qué es lo que hace que una conducta revista el calificativo de jurídica, y aún más, el elemento predictivo que se intenta neutralizar se afirma con mayor fuerza, en tanto no se proporcionan respuestas adecuadas a “la situación del asaltante”.

Es decir que finalmente no nos quedará más opción que seguir en la búsqueda de otras respuestas en la elucidación de la cuestión propuesta por el propio Olivecrona; esto es: ¿qué es lo que hace jurídica a una conducta, o lo que es lo mismo, le otorga sentido por el lado del derecho y, consiguientemente, la distingue de la que no lo es? y, de esta manera, poder aproximarnos conceptualmente a lo que la noción de derecho pueda llegar a implicar.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John Langshaw, *Ensayos filosóficos*, traducción de Alfonso García Suárez, Revista de Occidente, Madrid, 1975.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2ª reimp. de la 2ª ed., traducción de Jorge Guerrero R, Temis, Bogotá, 1997.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, 2ª ed., UNAM, México, 1979.
- *Sociedad y Naturaleza; una investigación sociológica*, traducción de Jaime Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945.
- MARÍ, Enrique Eduardo, “Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley”, en *Lecturas y Ensayos*, nros. 67/68, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1997.

³¹ Cfr. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico...*, cit., ps. 38 a 42 y 44 a 48.

- “Las ficciones en el derecho”, en MARÍ, Enrique E. y otros, *Derecho y psicoanálisis*, 2ª ed., Edicial, Buenos Aires, 1994.

OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 1ª ed., traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

- *El derecho como hecho*, traducción de Jerónimo Cortés Funes, Depalma, Buenos Aires, 1959.

- “El imperativo de la ley”, adjunto como apéndice en *El derecho como hecho*, traducción de Julio Santa Pinter.

RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1982.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1977.

- *Hacia una ciencia realista del derecho. Una crítica al dualismo en el derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

- *Tú-Tú*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Normas, derecho y Estado (biograma de la especie *homo*)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, nro. 54, septiembre-diciembre, UNAM, México, 1985.