

LA TEORÍA DEL JUEGO DEL AJEDREZ DE ALF ROSS Y SU APLICACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO PERUANO

THE THEORY OF THE CHESS GAME OF ALF ROSS AND ITS APPLICATION IN THE PERUVIAN LEGAL ORDER

Millitza Franciskovic Ingunza¹
Universidad Femenina del Sagrado Corazón
Lima - Perú
millitzafranciskovici@unife.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6525-6387>

Jorge Luis Godenzi Alegre²
Universidad de Lima
Lima - Perú
jgodenzzi@yahoo.es
<https://orcid.org/0000-0002-9116-9033>

RESUMEN

Un estudio analítico comparativo sobre la vigencia del derecho nos lo ofrece el iusfilósofo danés Alf Ross, en su obra: "Sobre el Derecho y la Justicia". Ross iniciará su travesía académica mediante la cautelosa observación al juego del ajedrez y plantea que el concepto de la "vigencia del derecho" debe ser analizado e interpretado de la misma manera que el concepto de la "norma vigente de ajedrez". Y es aquí, donde proporcionará el significado de derecho vigente. También, clarificará el contenido del orden jurídico con la explicación respecto a quiénes está dirigido y cuál es el significado de las reglas de un orden jurídico nacional, diferenciando y definiendo para este efecto, las normas de conducta y las normas de competencia a fin de elucidar y comprender, con los parámetros del pensamiento de Ross, el derecho vigente y su aplicación en el orden jurídico peruano.

PALABRAS CLAVE:

Orden jurídico, derecho vigente, normas de conducta, normas de competencia

¹ Doctora en Derecho, Magister en la Especialidad de Derecho Civil y Comercial, Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, docente nombrada en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón-UNIFE y responsable Académica del Círculo de Estudios en Ambiente y Desarrollo Sostenible. Autora de Libros de derecho ambiental, minero e internacional público.

² Magíster en la Especialidad del Derecho del Trabajo, Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, actualmente es catedrático universitario de los cursos de Derecho Romano e Historia General del Derecho en la Universidad de Lima. Autor de libros de Derecho Romano. Articulista y conferencista.

ABSTRACT

A comparative analytical study on the validity of the law is offered by the Danish legal philosopher Alf Ross, in his work: "On Law and Justice". Ross will begin his academic journey through a careful observation of the game of chess and argues that the concept of the "validity of law" must be analyzed and interpreted in the same way as the concept of the "current rule of chess". And it is here, where he will provide the meaning of current law. It will also clarify the content of the legal order with the explanation regarding to whom it is directed and what is the meaning of the rules of a national legal order, differentiating and defining for this purpose the rules of conduct and the rules of competence in order to elucidate and understand with the parameters of Ross' thought, the current law and its application in the Peruvian legal order.

KEY WORDS:

Legal order, current law, rules of conduct, rules of competition

INTRODUCCIÓN

Alf Ross es uno de los más destacados exponentes del realismo jurídico escandinavo y fue además un fervoroso animador y protagonista de numerosos debates iusfilosóficos en el transcurso del siglo que nos precede. Su pensamiento ha sido objeto de sesudos estudios por los renombrados juristas argentinos, Genaro Carrió y Carlos Santiago Nino.

Precisamente, uno de sus trabajos epistemológicos es el texto: Sobre el derecho y la justicia de cuyo capítulo uno, análisis preliminar de concepto de derecho vigente, se desprende la teoría del juego del ajedrez que lo esbozó con la finalidad de ser aplicado al derecho vigente. Por esta vertiente, se desarrolla el presente artículo en el que, según la estimativa jurídica de Ross, el derecho es un hecho y que como tal debe de estudiarse.

El derecho no consiste en reproducir sistemáticamente las normas jurídicas mediante su interpretación, sino que tales teorías normativas del derecho vigente, Ross las desborda para entender el derecho como la acabada demostración de experiencias sociales con el ritualismo de las prácticas, tal como ocurre con las reglas y práctica del juego del ajedrez

Ideas previas

El renombrado filósofo del Derecho Alf Ross, afamado portador danés del realismo jurídico escandinavo, nos propone, usando el juego del ajedrez, que no es un mero juego solamente, toda una línea comparativa con el derecho vigente, cuando sostiene que lo que desarrollan los jugadores al mover las estatuillas del juego lo hacen conforme a reglas preestablecidas. Son las habilidades y estrategias adquiridas no solo por la experiencia y entendimiento de esas reglas, sino también por el conocimiento acerca de la teoría del juego del ajedrez.

Precisamente, es en ese escenario ajedrezado en el que Alf Ross distingue la regla vinculante del juego con la experiencia del ajedrez a través del movimiento de las estatuillas, pues ambos elementos están unidos no solo por la validez de esas reglas del juego, sino también por su desenvolvura, visto que esas estatuillas adquirirán sentido mediante la observación externa de un tercero por medio de la ejecución de las reglas que corre a cargo de los jugadores.

Entender el pensamiento jurídico de Alf Ross respecto del derecho vigente no es tarea fácil. Sabemos que es legatario de las aportaciones doctrinales de Hans Kelsen y del jurista Axel Hägerström. Del austriaco asume, esencialmente, la preocupación por desenvolver un razonamiento rigurosamente lógico, coherente; del sueco, la necesidad de desterrar la metafísica del pensamiento científico.

Alf Ross, circunspecto jurista, negaba que el derecho vigente solo fuese normas y no hechos. A pesar de mantener esa postura, también, aunque resulte paradójico, fue un crítico pertinaz del realismo norteamericano, en razón de que tampoco el derecho podía ser reducido solo a hechos sociales.

La originalidad de la propuesta de Ross consiste en que el derecho es concebido, al mismo tiempo, como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos, y como unas normas obligatorias como el de la moral o el de los valores; al mismo tiempo, como algo físico y no metafísico, como empírico y a priori, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición.

Dicho esto, podemos comprender que, cuando divide al derecho en fenómenos jurídicos y directivas en correlación mutua, la ciencia del derecho ha de salir de un formalismo constructivo y ficticio para integrarse a una teoría social. Se trataría de abandonar de cierta manera el método lógico-formal por un método empírico de las ciencias sociales; en consecuencia, asignándosele a las ciencias jurídicas una función predictiva que, como bien sabemos, no es concebible para la teoría pura de Kelsen.

Por eso, la ciencia jurídica por ser una porción de la teoría social, el conocimiento que adquiera se originará a partir de hechos y de la participación de las racionalizaciones como elementos del fenómeno jurídico.

De allí que la ciencia del derecho, según Ross, es exponer sistemáticamente el derecho vigente en un tiempo y lugar determinados. En ellos, el concepto de norma jurídica es mucho más refinada ya que está compuesta de dos elementos relacionados de cierta manera: una directiva y ciertos hechos sociales. Las directivas tienen un contenido abstracto, y el hecho social que la ciencia del derecho debe descubrir y exponer al trazar el derecho vigente.

Ross siempre expresará con firmeza que será posible comprender los actos humanos sociales mediante un sistema de normas, como un todo coherente de significado y motivación.

Para proseguir con este bosquejo, así como las movidas del juego del ajedrez no se encuentran en una relación mutuamente causal, sino que su conexión está establecida por reglas, la conexión entre los fenómenos jurídicos es también de significados. Con las reglas del juego del ajedrez, se deja claro que las normas o reglas son una condición necesaria de la comprensión y de la existencia de tales fenómenos como actos jurídicos o movidas del ajedrez.

Luego, el concepto de validez en el juego —asegura Ross— implica dos elementos. Uno se refiere a la real efectividad de la regla que puede ser establecida mediante la observación externa; los movimientos de las piezas adquieren sentido por medio de la ejecución de las reglas y las reglas tienen validez cuando son aplicadas por los jugadores. El otro se refiere a la forma en la que una regla es sentida como motivo de la propia acción, es decir, como socialmente vinculante.

Por lo tanto, las reglas valen como esquemas de interpretación de lo que harán los jugadores, que convierten sus movimientos en un todo coherente y comprensible. Igualmente, el derecho vigente (existente) es una conjunción de regla (las normas) y fenómeno (la práctica jurídica).

Lo expresa claramente Ross (1963): “el derecho puede ser considerado constituido, en parte, por fenómenos jurídicos y, en parte, por normas jurídicas en recíproca relación” (p.18). El derecho, la juridicidad, no es producto exclusivo de las normas jurídicas, ni tampoco de la experiencia o los hechos, sino que es necesaria la interpenetración causal de ambos elementos. La norma jurídica adquiere la juridicidad en el momento en que es aplicada, en el que se convierte en práctica social,

y los hechos se hacen jurídicos siempre que son interpretados o calificados por una norma. Una norma jurídica sin aplicación es un mero enunciado; un hecho sin norma jurídica que lo califique es un mero hecho natural.

Y es aquí, donde cobrará el significado de derecho vigente. El contenido del orden jurídico, la explicación respecto a quienes está dirigido y cuál es el significado de las reglas de un orden jurídico nacional, diferenciando y definiendo para este efecto las normas de conducta y las normas de competencia, que serán tratados respectivamente.

Análisis Preliminar Del Concepto Derecho Vigente

1.1. Las reglas y la teoría del juego del ajedrez

Como decíamos antes, el análisis del autor parte de la observación del desarrollo del juego del ajedrez. Juego que comprende no solo el conocimiento de las reglas del ajedrez (las movidas de cada una de las piezas prescritas por las reglas), sino que además comprende el conocimiento de la teoría del juego de ajedrez (aptitud para entender los problemas tácticos de la posición de las piezas, posibilidad de predecir jugadas). Y, por último, también considera importante tener presente la finalidad individual que se han propuesto los jugadores dentro del juego.

Asimismo, plantea la situación desde el nivel de observación; es decir, una tercera persona que no conozca nada del ajedrez y observe el juego, presumirá que se trata de un juego cualquiera, y otra que conozca solo las reglas del juego, pero no la teoría del juego, se limitará a advertir únicamente las movidas de cada una de las piezas del juego, sin poder predecir las jugadas, ni mucho menos entender los problemas tácticos de las piezas.

Igualmente, acoge el nivel de observación del juego del ajedrez que estará dirigido a comprender los sucesos, a partir del conocimiento de las reglas que componen el ajedrez y la teoría del juego del ajedrez.

Asimismo, las movidas de las piezas, por ejemplo, la pieza de rey que puede moverse en cualquier sentido, según las reglas del juego prescritas, no solo tendrán el significado de una simple movida como el cambio de posición de objetos en el espacio, sino que, las movidas serán interpretadas, en su caso, como ataque o defensa de acuerdo con la teoría del juego.

Es decir, las movidas de las piezas del juego, tendrán el carácter de tales, si se encuentran en relación con la teoría del juego.

Por lo cual, en el caso de que la conexión de las movidas de las piezas del juego, como está establecida por medio de las reglas y de la teoría del ajedrez, no es una conexión puramente causal (leyes de causalidad) sino que se trata de una conexión de significado.

Por esta razón, los jugadores deberán conocer las reglas (movidas de las piezas), los jugadores deberán conocer la teoría del juego (aptitud para comprender los problemas tácticos de la posición de las piezas o aptitud para predecir la próxima movida) y los jugadores se propondrán una finalidad (ganar el juego o dejar ganar).

Resulta ser necesario e imprescindible la coparticipación, es decir, es imposible proponerse a jugar solo y ganarse a la vez. Por ello, es importante que, si participan en el juego dos personas, ambas interpreten de igual manera las reglas del ajedrez para que el juego tenga un significado coherente.

Vale decir que el juego del ajedrez es un modelo simple de un fenómeno social, entendiéndose que las acciones (no todas) de los hombres en una comunidad solo tendrán significado si se encuentran en relación con un conjunto de reglas comunes.

Por ende, para que esas reglas comunes tengan un significado coherente tendrán que ser interpretadas de la misma manera por los hombres de esa comunidad.

1.2. ¿Qué es una regla de ajedrez?

Entendamos, en principio, que alude a las reglas primarias, esto es todo lo que regule la ubicación de las piezas, las movidas de las piezas, etc. No alude a las reglas de la teoría del ajedrez.

A causa de que las reglas de la teoría del ajedrez, que constituyen reglas técnicas, son enunciados hipotéticos - teóricos, que presuponen la existencia de reglas primarias (ubicación de las piezas, las movidas de las piezas) e indican las consecuencias que las movidas producirán. Como cualquier regla técnica, las reglas de la teoría del ajedrez estarán condicionadas a un interés: ganar el juego.

Las reglas primarias son directivas - indican cómo ha de jugarse, y además son vividas por el jugador como socialmente obligatorias. Significa que sabe que una transgresión provocará una reacción (una protesta). En cambio, en las reglas técnicas, que forman parte de la teoría del juego, una movida torpe suscita sorpresa, pero no protesta

1.3 ¿Qué reglas rigen el juego del ajedrez?

Son aquellas reglas que han sido aprobadas por vía de autoridad, por ejemplo, en un congreso de ajedrez, o reconocidas por libros de ajedrez. De lo que no hay certeza es que estas declaraciones reciban la adhesión en la práctica. Tales reglas deberán ser entendidas como reglas que gobiernan una partida concreta entre dos jugadores específicos.

Es decir, que las reglas sean vividas por los jugadores y sean aceptadas como socialmente obligatorias, esto es, que se traten de reglas efectivas en el juego, donde los jugadores se sientan ligados a las reglas.

1.3 ¿Cuándo una regla de ajedrez es vigente?

Una regla de ajedrez es vigente (regla que comprende a los dos jugadores de una partida concreta) cuando recibe la adhesión efectiva; es decir, cuando los jugadores se sienten socialmente obligados a cumplir las directivas contenidas en ellas.

2. Concepto de vigencia en las reglas del juego del ajedrez

Desde la perspectiva rossiana planteada, comprende dos elementos: A. Se refiere a la efectividad real de la regla, que puede ser establecida por la adhesión a la misma. B. Se refiere a la manera en la cual la regla es vivida como motivadora, esto es, aceptada como socialmente obligatoria. (Ross, 1963)

De otro lado, se plantea una ambigüedad sobre el concepto de regla de ajedrez: A. Las experiencias de los jugadores sobre ideas de ciertos patrones de conducta; B. El contenido abstracto de esas ideas, es decir, se refiere a las normas del ajedrez compelidas a obedecer.

Las normas que regulan el juego del ajedrez son el contenido ideal abstracto (directiva) que posibilitan, como un esquema de interpretación, comprender los fenómenos del ajedrez (las acciones

de las movidas y los patrones de acción experimentados) como un todo coherente de significado y motivación; es decir, como una partida de ajedrez; y que posibilita junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir el curso de la partida.

2.1. Los Fenómenos del ajedrez y las reglas del ajedrez

Los fenómenos del ajedrez y las reglas del ajedrez son aspectos diferentes de la misma cosa. Esto es que los fenómenos se vuelven tales solo cuando son puestos en relación con las normas de ajedrez y viceversa. Por ejemplo: una directiva o una regla de ajedrez no tiene por sí el carácter de norma válida de ajedrez, adquiere tal calidad cuando puede ser efectivamente aplicada, es decir, al darse el fenómeno del ajedrez. Una movida de una pieza de ajedrez no tiene por sí el carácter de movida, adquiere tal calidad cuando es interpretada en relación con una norma de ajedrez.

3. Norma vigente del ajedrez, como modelo de derecho vigente

Tal como lo expresa explícitamente, el derecho puede ser considerado en parte por fenómenos jurídicos y en parte por normas jurídicas en recíproca relación (Ross, 1963).

Observando el derecho en nuestra sociedad, un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación, por medio de normas jurídicas que configuran el esquema de interpretación. (Ross, 1963)

3.1. Significado de derecho vigente

Derecho vigente interpretado como una secuencia de sucesos que abarcan las acciones humanas, como fenómenos jurídicos, que constituyen un todo coherente de significado y motivación; es decir, que cada acción humana adquiere su carácter jurídico cuando es considerada en relación con la norma jurídica, al igual que cada movida del ajedrez adquiere tal calidad cuando es considerada en relación con la norma de ajedrez; por ejemplo, el matrimonio como acto jurídico regulado por el Código Civil- Libro Familia.

Derecho vigente significa: El conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos jurídicos (acciones humanas en relación con las normas jurídicas), mediante el cual se realiza la abstracción y construcción de categorías y principios, lo que, a su vez, significa que estas normas son obedecidas efectivamente y lo son porque son vividas como obligatorias. Son vividas así por el juez al aplicar el derecho.

O también, entendiéndolo bajo los parámetros kelsenianos como:

El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. (Kelsen, 2009 p. 133)

Sin embargo, Ross sostiene que la gran mayoría de autores de filosofía del derecho ha expresado que el concepto de derecho vigente no puede ser explicado sin hacer una referencia a la metafísica.

Asimismo, otros autores sostienen que el derecho no es simplemente un fenómeno empírico. Cuando se sostiene que una regla rige o vale, nos referimos no solo a algo que puede ser observado,

o algo fáctico, sino a una validez de carácter metafísico. Esta validez es puramente un concepto de la razón, de origen divino o que existe independientemente de la experiencia, en la naturaleza racional del hombre.

Aun cuando, aquellos que niegan tal metafísica consideran que la vigencia del derecho solo puede ser explicada por medio de postulados específicos.

4. El contenido del orden jurídico

Según Ross (1963), las normas jurídicas como las normas de ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto de actos sociales, el derecho en acción. Se acepta todo ese conjunto de actos como un todo coherente de significado y motivación que permite predecirlo, dentro de ciertos límites. Efectivamente, las normas jurídicas se obedecen porque se las vive como socialmente obligatorias. Ante lo expuesto, surgen dos interrogantes que se tratarán a continuación.

4.1. ¿Cómo distinguir las normas jurídicas de otro grupo de normas, por ejemplo, las normas del ajedrez?

Si la vigencia de un sistema de normas significa que el sistema, en razón de su efectividad, puede servir como esquema de interpretación. ¿Cómo aplicar ese criterio al derecho?

En lo referente al contenido del ordenamiento jurídico (normas jurídicas) se sostiene que cada ordenamiento jurídico nacional se distingue por su contenido de otros ordenamientos jurídicos nacionales, es decir, cada cuerpo individual de normas de un orden jurídico nacional es distinto, por su contenido, del cuerpo individual de normas de otro orden jurídico nacional. El derecho peruano es distinto, por su contenido, al derecho argentino. No obstante, en su esencia, responde a su matriz que es el sistema jurídico romano-germánico canónico o el *civil law*.

Es el caso de las normas del juego del ajedrez, por ejemplo, al igual que las normas de un ordenamiento jurídico nacional constituyen un sistema individual determinado por una coherencia interna de significado.

En qué consiste aquello: En el caso de las normas del juego del ajedrez, la coherencia interna de significado está dado por el hecho de que todas ellas, directa o indirectamente, se refieren a las movidas hechas por los jugadores.

La respuesta: En el caso de las normas jurídicas, como constituyen un sistema de normas, ellas tienen que referirse a acciones definidas realizadas por personas determinadas.

4.2. Las reglas de un orden jurídico a quiénes están dirigidas y cuál es su significado

¿Qué acciones y qué personas? Esto es, las reglas consideradas como un orden jurídico nacional ¿a quiénes están dirigidas y cuál es su significado?

Para este propósito y prosiguiendo con esa línea de pensamiento, las normas jurídicas se dividen en dos grupos según su contenido inmediato: A. Normas de Conducta y; B. Normas de Competencia.

- A) Las normas de conducta prescriben una cierta línea de acción; por ejemplo, el artículo N° 1428 del Código Civil, establece que, en caso de que el comprador dejase de cancelar tres o más letras de cambio, el vendedor puede exigir el cumplimiento de su prestación o demandar la resolución de contrato.

- B) Las normas de competencia, crean una competencia (Poder, Autoridad, Juridicidad), son las normas que han sido válidamente promulgadas siguiendo un procedimiento establecido en la Constitución Política. En consecuencia, las normas de competencia son consideradas como normas de conducta, indirectamente expresadas. Normas de la Constitución.

Debemos afirmar que las normas de conducta están dirigidas a los tribunales (que aparentemente prescriben cómo debe comportarse una persona). En realidad, y en última instancia es una directiva para los tribunales o normas que deberá ser aplicada por los jueces, quienes ejercerán, dentro de su competencia, su autoridad cuando tengan que hacer cumplir esa norma, por ejemplo: un proceso judicial.

En términos concretos, el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva para el particular es una norma jurídica derivada, o norma en sentido figurado, deducida de aquella.

De otro lado, las normas de competencia, como también son normas de conducta indirectas, también constituyen directivas para ser aplicadas por el juez.

Y un ordenamiento jurídico nacional es entendido como una totalidad de reglas debidamente jerarquizadas que establecen las condiciones bajo la cual debe ejercerse la fuerza de una autoridad pública (Aplicación de Tribunales- Órganos Ejecutivos), esto es, a través de la estructura de poder que es el aparato estatal.

De otro lado, tenemos el punto de vista del análisis crítico de Elias (2015) quien afirma que las reglas se dirigen directamente a los jueces y solo indirectamente a otros ciudadanos. Esto quiere decir que la mencionada eficacia de las normas se relaciona con su efectiva aplicación por parte de los jueces cuando actúan en su calidad de jueces. El autor danés se ocupaba principalmente de los fenómenos jurídicos en sentido estricto, a diferencia del sentido más amplio, por ejemplo, el cumplimiento real de las normas. Esto puede parecer paradójico, ya que el cumplimiento común de las normas implica que su vigencia no se verifique efectivamente en la práctica judicial. Sin embargo, este es un problema aparente, que se vuelve claro cuando se considera la idea de Ross de que cada oración sobre la ley válida es una predicción sobre futuras decisiones judiciales. Analicemos el siguiente ejemplo: "la regla R es una ley actualmente válida". Esta regla se puede reformular en una predicción. Tal predicción es precisa si existen razones suficientes para reconocer que se incluirá en el futuro razonamiento judicial. Sin embargo, la predicción es siempre una cuestión de grado. Puede juzgarse, que, dependiendo de las circunstancias, la probabilidad de su aplicación por el juez sea mayor o menor. Esto significa que, para Ross, una regla no es solo válida o inválida, sino que es una cuestión de probabilidad entre la imposibilidad absoluta y la certeza completa. El grado de validez depende de la probabilidad variable con respecto a decisiones judiciales futuras. El grado de validez se puede juzgar en base al material empírico. El análisis de dicho material permitirá señalar el grado de certeza con que se puede suponer que una determinada norma será aplicada por el juez. De modo que la norma que no es aplicada por los ciudadanos también se considerará norma válida, cuando todas las premisas indiquen que se convertirá en base para futuras decisiones judiciales. Dependiendo del material empírico, es posible juzgar si la norma será válida en mayor o menor grado según la probabilidad de su aplicación. También, la certeza de tal predicción depende de la fuente de derecho considerada en un caso dado será distinta según las leyes, los precedentes, la costumbre o la tradición de la cultura.

4.3 La vigencia del orden jurídico

Reiteramos, no solo la vía que propone Ross, el orden jurídico nacional es considerado como un sistema de normas vigente que comprende el conjunto de normas que están dirigidas, en realidad, a ser aplicadas por el tribunal o por los jueces.

Así como las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido y para predecirlas, el orden jurídico nacional, como sistema de normas, nos permite comprender las acciones de los jueces (decisión de tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas, es decir, a condiciones determinadas por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho, como dice Kelsen (2009) "tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas". (p. 34).

5.1. Definición del fenómeno jurídico

Alf Ross, en su estudio realizado en 1961, define fenómeno jurídico (en sentido amplio) a las acciones humanas interpretado como un todo coherente de significado y motivación por medio de las normas jurídicas que configuran esquemas de interpretación.

Pero, advierte que solo los fenómenos jurídicos en sentido restringido, es decir, la aplicación de la norma por los jueces, es decisiva para determinar la vigencia de las normas jurídicas.

La vigencia de la norma jurídica se comprueba cuando la norma jurídica es aplicada por los tribunales.

Reitera en el sentido que las normas jurídicas, que el derecho provee, son directivas para ser aplicadas por el juez.

En consecuencia, para el jurista danés, un fenómeno jurídico no puede estar constituido por los comportamientos humanos que evidencia la realidad social cuyos eventos son contendientes con el conjunto de normas jurídicas frente al cual, el derecho debe otorgarle consecuencias jurídicas.

5.2. El fundamento de la vigencia del derecho

Por consiguiente, el fundamento de la vigencia del derecho se encuentra en las decisiones de los tribunales, (a notar que, a su vez, los jueces han sido designados por aplicación de las reglas que rigen la organización de tribunal y por el procedimiento que rige para nombrarlos).

Antes de verificar si una regla de derecho es vigente, será necesario establecer qué es derecho vigente.

Con Ross, respondemos que el orden jurídico hay que entenderlo como un todo, integrado por reglas de derecho privado y derecho público. Fundamentalmente, la vigencia es una cualidad que se le atribuye al orden jurídico entendiéndolo como un todo.

No puede determinarse lo que es derecho vigente mediante la observación externa de las reacciones de los jueces. La cambiante conducta de un juez solo puede ser comprendida mediante la interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.

El concepto de vigencia involucra dos aspectos a. parcialmente, el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción y b. parcialmente, la experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria. (Ross, 1963)

Ross limita la noción de vigencia de las normas a la aplicación del derecho por el juez.

6. Verificación de proposiciones jurídicas referentes a normas de conducta

6. 1. El principio de verificación en la ciencia del derecho

Iniciará Ross (1963) el desarrollo del presente tema aplicando el método que permita comprobar cuándo una norma dada es derecho vigente.

En principio, divide su investigación en dos aspectos. Según se trate de normas de conducta o según se trate de normas de competencia (normas de conducta indirecta).

Señala que el principio de verificación, a través del procedimiento de verificación, es el que será aplicado a la ciencia del derecho, reconocida esta como una ciencia social empírica moderna, susceptible de implicaciones verificables. Sostiene que las proposiciones acerca del derecho vigente constituyen proposiciones referidas a "hechos sociales".

La interpretación concluyente es que el contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho está referida a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones.

Tras todo lo escrito, vamos a consignar un ejemplo de derecho vigente del Estado peruano, vale decir, de nuestro ordenamiento jurídico nacional: El artículo N° 1428 del Código Civil establece: En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

El contenido real de esta proposición jurídica (artículo N° 1428 del Código Civil) es derecho vigente peruano, solo si se dan ciertas condiciones, los jueces del Estado peruano actuarán de acuerdo al tenor imperativo de esa proposición.

En consecuencia, el tenor de esa proposición jurídica es una directiva para que sea aplicada por el juez.

6.2. Casuística: planteamiento de un caso

Juan, en calidad de vendedor, celebra un contrato de compra - venta a plazos, con Pedro en calidad de comprador, sobre un terreno y fijan como precio total la suma de S/ 20,000 nuevos soles, pactando en el contrato la siguiente modalidad de pago: S/ 5,000 nuevos soles como cuota inicial, que será cancelada al momento de la firma del contrato. El saldo de S/ 15,000 nuevos soles estará representado en 55 letras de cambio de S/ 100 nuevos soles cada una, con vencimiento mensual.

Pedro firma el contrato, es decir cancela la cuota inicial y cumple con cancelar solo 10 letras de cambio; sin embargo, en el transcurso del tiempo deja de abonar 4 letras de cambio.

Juan recurre al juez mediante una demanda, en la que pretende que declare resuelto el contrato y que fije una indemnización, e invoca como fundamento de sus pretensiones el artículo N° 1428 del Código Civil.

Las condiciones están dadas para que el juez, al momento de decidir (sentenciar), aplique el artículo N° 1428 del Código Civil, en razón de haberse presentado la circunstancia prevista en dicha proposición jurídica. Esto es, la falta de pago de más de 3 letras de cambio.

En consecuencia, una regla es derecho vigente cuando es aplicada en la práctica, por los Tribunales.

6.3 ¿Qué significa que una regla es aplicada por los tribunales?

El concepto de validez o el de competencia jurídica, cuando es usado en un juicio justificatorio como el del juez que debe fundar su decisión, no es un concepto descriptivo (como el que alude a la eficacia de la norma o a su pertenencia a un sistema), sino que es un concepto normativo que implica predicar de la norma que tiene fuerza obligatoria o que debe procederse como ella establece. Esta predicación no puede hacerse exclusivamente sobre la base de lo que disponen otras normas jurídicas (ya que, si así fuera no se podría hacer de las normas de mayor jerarquía ni, por ende, de las restantes). Tampoco puede basarse la validez de las normas en un mero hecho...ya que un enunciado justificatorio o de "deber ser" no puede derivar de la descripción de un hecho sin infringir el principio de Hume. (Nino,1985. p.91)

Ahora bien, Ross sostiene que este enunciado requiere de un análisis más preciso. ¿Qué significará que una regla "es aplicada" por los tribunales?

Dos respuestas:

- a) Concluye en principio que los enunciados, que se refieren al derecho vigente de hoy, constituyen enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a condiciones.

Si se plantea una demanda de Resolución de contrato invocando la norma contenida en el artículo N° 1428 del Código Civil, y si esa norma jurídica no ha sufrido modificación alguna, es decir, no ha sido derogada aún, la norma será aplicada por el juez.

Por tanto, la regla contenida en el artículo N° 1428 del Código Civil será derecho vigente del Estado peruano.

El análisis no lo limita a algo tan simple. Manifiesta que, para verificar una proposición jurídica acerca del derecho vigente, hay que satisfacer las condiciones prescritas y observar la decisión del juez.

Sin embargo, puede sostenerse que constituiría derecho vigente una norma que fue derogada, luego de un período corto desde su promulgación, pero que nunca fue aplicada por el Tribunal; es decir, no se dieron, en su caso, las condiciones que prescribían dicha norma, por ello no fue invocada en ninguna demanda y, en consecuencia, no fue aplicada por el juez.

- b) Se requiere una definición más precisa de lo que significa que la regla "es aplicada" por los tribunales.

En el caso de la norma contenida en el artículo N° 1428 del Código Civil del Estado peruano, su "ser aplicada" no solo estará referida a una sentencia en un sentido determinado, por ejemplo, Sentencia: FALLO: declaro resuelto el contrato fijando un monto indemnizatorio. Ello porque puede darse el caso de que el demandado (comprador) se defienda en ese proceso (conteste la demanda, ofrezca pruebas) invocando otra norma, que sería el artículo 1562 del Código Civil que dice: "...El

vendedor pierde el derecho a optar por la resolución del contrato si se ha pagado más del cincuenta por ciento del precio...” y en un caso hipotético, esta contestación sea amparada por el juez.

Como sabemos, el artículo N° 1428 del Código Civil pertenece a un todo coherente de significado, junto con otras reglas jurídicas. (Libro VII - Código Civil - Fuentes de las Obligaciones; desde artículo N° 1351 - Sección Primera: Contratos en General, Sección Segunda: Contratos Nominados (compra-venta) Sección Tercera: Gestión de Negocios, Sección IV: Enriquecimiento sin causa, Sección V: Promesa Unilateral, Sección VI: Responsabilidad Extracontractual, hasta artículo 1988).

La “aplicación práctica” de ese artículo, el N° 1428 del Código Civil, solo podrá tener significado cuando, en las decisiones de los Jueces, se den por probados los hechos condicionantes de dicha norma, por ejemplo, el comprador dejó de pagar más de 3 letras de cambio y el monto de lo pagado no constituye más del cincuenta por ciento del precio, esta regla, contenida en el artículo N° 1428 del Código Civil, en consecuencia, formará parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y, por eso, se constituirá en uno de los factores decisivos que determinen la conclusión a que los jueces puedan llegar.

De otro lado, combina las definiciones expuestas en el acápite a. y en el acápite b. con la siguiente fórmula: El contenido real de la afirmación.

A = Artículo N° 1428 contenido en el Libro VII del Código Civil - Fuentes de las Obligaciones es hoy derecho vigente del Estado peruano.

Es una predicción en el sentido de que si, ante los Tribunales del Estado peruano, se plantea una demanda en la que se afirman los hechos condicionantes del artículo N° 1428 del Código Civil (si el comprador dejó de pagar más de tres letras de cambio y no ha pagado más del cincuenta por ciento del precio del bien, el vendedor demanda la Resolución del contrato) y si, en el transcurso del tiempo, no se ha producido modificación alguna, es decir el artículo N° 1428 no ha sido derogado, la directiva al juez contenida en el artículo N° 1428 del Código Civil será la parte esencial del razonamiento en la que se funde la sentencia.

A = será considerada verdadera si se dan las condiciones determinantes que permiten suponer que esta predicción será cumplida y, en consecuencia, será aplicada por el Juez en su sentencia.

Aunque después, se dicten sentencias que contengan, como fundamento de su razonamiento, el artículo N° 1428 del Código Civil.

El artículo N° 1428 será, en principio, una predicción incierta respecto de las decisiones jurídicas del futuro, es decir, no puede afirmarse en forma definitiva que A será considerada verdadera, porque constituye el artículo N° 1428 una predicción incierta respecto del contenido de futuras sentencias que dictarán los jueces.

La verdad de A no presupone que se pueda predecir, con certeza razonable, el resultado de una decisión concreta y futura de un juez, aun cuando se conozcan los hechos relevantes.

El resultado de una decisión judicial dependerá de la prueba aportada y de la forma en que será evaluada o apreciada por el juzgador.

6.4. El valor práctico de la ciencia del derecho

Para la cuestión del valor práctico de la ciencia del derecho, Ross menciona dos teorías y la importancia que ellas tienen sobre este respecto. Ambas definen la sentencia como un silogismo jurídico. Y son:

- a) La teoría tradicional que sostiene que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento efectuado y contenido en los considerandos de la sentencia que constituyen las premisas, y la parte dispositiva es la conclusión.
- b) La teoría que se contrapone a la tradicional y sostiene que el razonamiento hecho en los considerandos constituye una racionalización de la parte dispositiva.

Es decir, el juez primeramente tiene la conclusión y encuentra los argumentos jurídicos - ideológicos con posterioridad, que justificarán su conclusión.

Si se acepta la teoría tradicional, el conocimiento académico del derecho vigente y de su interpretación ofrece la mejor base- si se deja de lado las cuestiones de prueba- para predecir el resultado de las decisiones futuras de los jueces. Esto es, se puede predecir las premisas jurídicas (considerandos), en consecuencia, se puede predecir la conclusión (parte dispositiva).

En cambio, si se acepta la teoría opuesta a la tradicional, sería difícil predecir el resultado de las decisiones jurídicas.

Si afirmamos que el artículo N° 1428 del Código Civil, de acuerdo con su contenido real, es una predicción de que la regla será aplicada en decisiones jurídicas futuras; sin embargo, encontramos que, con esta afirmación, no se puede pretender una certeza absoluta de que la predicción será aplicada, solo puede ser sostenida con un mayor o menor grado de probabilidad en el que se pueda predecir que la regla será aplicada. El grado de probabilidad depende del material de experiencia sobre el que descansa la predicción.

La probabilidad es mayor y la regla tendrá un mayor grado de vigencia. Esto es, si la predicción se basa en una doctrina bien establecida, apoyada por precedentes no discutidos (jurisprudencia), o si la predicción se basa en una prescripción legislativa cuya interpretación ha sido establecida de una práctica larga y coherente.

La probabilidad es menor y por tanto la regla tiene un menor grado de vigencia si la predicción se basa en un solo precedente y dudoso, o aun en «principios» o «la razón».

Entre estos dos extremos, se presentan unas variaciones intermedias.

El análisis efectuado ha intentado interpretar el contenido real de proposiciones que tienen el carácter de aserciones de que una cierta regla es derecho vigente.

7. Verificación de proposición jurídicas referentes a normas de competencia

Ya se ha mencionado que las normas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas y que están dirigidas al juez.

7.1. Método de aplicación de normas de competencia.

La verificación referente a las normas de competencia será explicada de acuerdo a los criterios que se han aplicado para la verificación de las normas de conducta.

Se plantea el siguiente ejemplo: afirmar que el contenido real de las normas de la Constitución referentes al Poder Legislativo es derecho vigente constituye una predicción de que las normas referentes al Poder Legislativo, reguladas en la Constitución, serán aplicadas por los Tribunales. Esto solo será posible bajo ciertas condiciones.

Podríamos plantear otro ejemplo muy reciente que nos incumbe. Es el caso del Ejecutivo que presentó formalmente al Congreso de la República un proyecto de ley tendiente a modificar la Constitución Política - que es derecho vigente - para que se someta a referéndum la convocatoria a una asamblea constituyente, a fin de elaborar una nueva Constitución.

Sin embargo, y conforme prescribe el artículo 206 de la Constitución Política, la única regla procedimental de contenido constitucional para modificar la Carta Magna se encuentra en ese artículo 206, que tiene carácter pétreo, por establecer que el procedimiento formal y material para llevar a cabo cualquier modificación de naturaleza parcial o total de la Constitución política.

De lo contrario, cualquier modificación alejada de esa regla imperativa no solo afectaría al derecho vigente, sino también a las normas de competencia que le fueron asignadas soberanamente por el poder constituyente al poder constituido del Congreso de la República.

A. Si las normas de competencia tienen como efecto la anulabilidad

Significa que los Tribunales deben aplicar solo las reglas de conducta creadas de acuerdo con las condiciones establecidas en las normas de competencia, es decir, sino se han cumplido las condiciones establecidas en las normas de competencia (Constitución Política) los Tribunales no aplicarán esas normas de conducta por ser nulas.

B. Si las normas de competencia tienen como efecto la responsabilidad

Significa que los Tribunales deberán imponer sanciones contra el responsable por exceso de competencia, esto es, cuando se ha establecido un procedimiento especial contra un funcionario que transgrede las normas constitucionales.

Si una norma de competencia no tiene ninguno de estos efectos (anulabilidad ni responsabilidad) no puede ser interpretada como norma de conducta indirectamente formulada y dirigida a los Tribunales.

CONCLUSIONES

PRIMERO. Para elaborar el concepto de vigencia de derecho, elabora una explicación del juego de ajedrez. Su análisis lo orienta en este sentido, que el concepto de norma vigente de ajedrez puede funcionar, en principio, como modelo del concepto de derecho vigente.

SEGUNDO. Para una cabal comprensión de la partida de ajedrez, es esencial no solo conocer las reglas del ajedrez (movidas de las piezas), sino también un cierto conocimiento de la teoría del juego (aptitud para entender problemas tácticos de la posición de las piezas, aptitud para predecir la próxima movida).

Cuando ello se traslada al ámbito de las ciencias jurídicas y para evitar los consabidos trastornos conceptuales, las reglas de derecho es un acto de conocimiento en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad. De ahí, resulta que la regla de derecho como un juicio hipotético no determina; en cambio, la norma jurídica por ser un juicio categórico, si es decisorio.

TERCERO. Una regla de ajedrez es vigente cuando, dentro de una partida concreta compuesta por dos jugadores, la regla de ajedrez recibe adhesión efectiva de los jugadores, porque estos se sienten socialmente obligados por las directivas contenidas en las reglas.

En el plano del derecho vigente, las normas jurídicas se expresan y difunden mediante el lenguaje,

por lo que estimamos que comprender e interpretar no puede ser otra cosa que identificar, revelar y comprender el auténtico significado, sentido y alcance de la norma jurídica.

CUARTO. El contenido del concepto de vigencia en las reglas de ajedrez, comprende dos elementos: A. Se refiere a la efectividad real de la regla que puede ser establecida por la adhesión a la misma. B. Se refiere a la manera en que la regla es vivida como motivadora, esto es, aceptada como socialmente obligatoria.

Derecho vigente significa: el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos jurídicos (acciones humanas en relación con las normas jurídicas), lo que, a su vez, significa que estas normas son obedecidas efectivamente y lo son porque son vividas como obligatorias. Y de igual manera, el juez las vive intensamente cuando aplica el derecho.

QUINTO. Tanto las normas jurídicas como las normas de ajedrez sirven como esquema de interpretación para un conjunto de actos sociales, así como el derecho en su accionar. Se acepta todo ese conjunto de actos como un todo coherente de significados y motivaciones que permite predecirlo dentro de ciertos límites. Las normas jurídicas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias.

SEXTO. Un orden jurídico nacional, considerado como un sistema de normas jurídicas “vigente”, comprende el conjunto de normas que está dirigido, en realidad, a ser aplicado por el órgano jurisdiccional por medio de los jueces.

SEPTIMO. Así como las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido y para predecirlas, el orden jurídico nacional como sistema de normas, nos permite comprender las acciones de los jueces (decisión de tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas, es decir, a condiciones determinadas por las normas jurídicas. La aplicación de la norma por los jueces es decisiva para determinar la vigencia de las normas jurídicas.

OCTAVO. Entonces, el fundamento de la vigencia del derecho se encuentra en las decisiones de los tribunales. Asimismo, emplea el principio de verificación, mediante el procedimiento de verificación en la ciencia del derecho y divide su investigación según se trate de normas de conducta o según se trate de normas de competencia.

REFERENCIAS

- Eliaz Katarzina (2015) *La validez jurídica de la teoría de Alf Ross en el contexto de la investigación actual sobre la toma de decisiones judiciales*. Utopía y Praxis Latinoamericana.
- Kelsen, Hans (2009) *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Nino, Carlos Santiago (1985) *La validez del derecho*. Astrea.
- Ross, Alf (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba.
- Ross, A. (1961) *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*. Abeledo- Perrot.

Fecha de recepción: 08 de mayo de 2022

Fecha de aceptación: 18 de julio de 2022