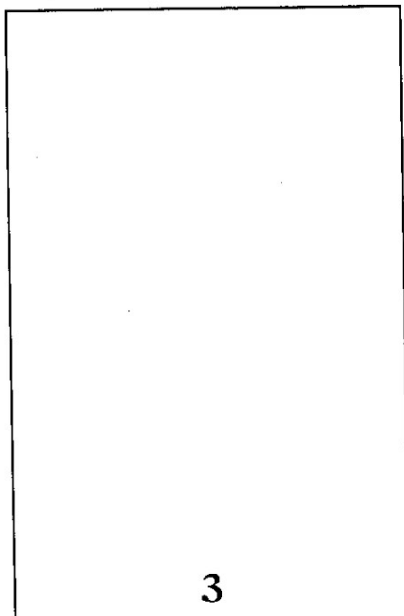


**Biblioteca de Ética,
Filosofía del Derecho
y Política**

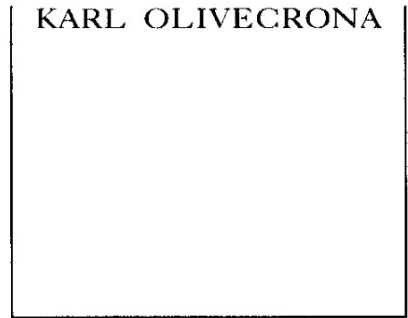
DIRIGIDA POR:

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



3

KARL OLIVECRONA



**LENGUAJE
JURÍDICO
Y REALIDAD**



EX 10
BIB. UNIV. N. L.

5. ed. DFD

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

Traducción: *Ernesto Garzón Valdés*

Primera edición: 1968, Centro Editor de América Latina, S.A.,
Buenos Aires, Argentina
Primera edición: 1991, Distribuciones Fontamara, S.A.
Segunda edición: 1992
Tercera edición: 1995
Cuarta edición: 1998
Quinta edición: 1999



31383/01

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-128-7

© **Distribuciones Fontamara, S. A.**
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

V. FUNCIONES DEL LENGUAJE

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

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

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

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

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

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

La función técnica de las palabras huecas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Expresiones realizativas**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹ *Ibidem*.

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