

REVISTA N.º 9**Junho de 1984 - p. 76-86**

Hay derecho a definir el derecho?

Ricardo Víctor Guarinoni

Professor da Universidade Nacional de Buenos Aires

El propósito de este trabajo es tratar de esclarecer algunos malosentendidos que se producen en torno a la definición de "Derecho", y que suelen plantearse como discusiones ontológicas. (1) La respuesta - o la conclusión de que no la hay - dada al interrogante: "qué es el Derecho?", posee enormes consecuencias desde el punto de vista epistemológico, dado que ella determinará los contenidos de lo que podemos considerar jurídico y los métodos de acceso a los mismos.

1) HAY DERECHO?

Es un lugar común en los textos de Filosofía jurídica, el que la Ciencia del Derecho es la única que posee el problema de definir su objeto, cosa que en otras disciplinas no se da. Así, suele decirse que un biólogo no tiene problemas para identificar el objeto de sus investigaciones, pero el jurista sí.

Como muchos lugares comunes, éste es falso, y lo es por un doble motivo.

En primer lugar, la idea de que las Ciencias Naturales poseen objetos perfectamente definidos, podía ser verdadera a fines del siglo pasado, cuando, incidentalmente, la Ciencia Jurídica creía poseer las mismas características, pero ya no lo es en éste. Pregúntese a un estudioso de las partículas elementales si las teorías que maneja pertenecen a la Física o la Química, o a alguien que se dedica a la Cibernética si ésta forma parte de la Biología o la Teoría Social, y se verá que no se obtienen respuestas. Por otra parte, el problema de la definición del objeto de las ciencias es un problema metacientífico. Si aceptamos la idea de Kuhn de que la práctica científica determina lo que es ciencia en un momento determinado, de acuerdo con el paradigma dominante (2), tendremos que concluir en que el problema de identificación del objeto de una ciencia excede a dicha ciencia.

Por lo tanto, el problema de la identificación del Derecho como objeto excede a la Ciencia del Derecho, y se ubica en el campo de la Filosofía Jurídica. Esto, además, se ve corroborado por los hechos, dado que la Ciencia del Derecho he transcurrido en general por carriles mas pacíficos que la Filosofía jurídica. Entre los juristas prácticos no suele haber inconvenientes para la identificación de un problema como jurídico, ni, en general, para encontrar la solución del caso. Es curioso ver que adherentes a diferentes teorías acerca de lo que el Derecho es pueden resolver problemas prácticos en forma similar, en la mayoría de los casos. La discusión solo aparece cuando la solución del caso involucra problemas ideológicos o valorativos importantes, aunque es común ver juristas que sostienen una posición determinada en cuanto a Filosofía jurídica, y sin embargo adoptan otra cuando se enfrentan a la solución de casos. Así, es común ver a iusnaturalistas *enragés* que, al acceder a la magistratura, se muestran ardientes defensores de la letra de la ley y rechazan argumentos basados en la equidad, o firmes defensores del positivismo que argumentan en forma valorativa para dejar de lado una solución que no los convence.

En la mayoría de los casos la discusión no se plantea como una disputa ontológica o metodológica, sino

meramente interpretativa. Esto es así porque la actividad del jurista posee mucho de actividad *práctica*, por mas que frecuentemente se la cubra con un plumaje trascendente, destinada a buscar soluciones jurídicas a casos planteados. Y estas soluciones deben ser en cierta medida uniformes. De lo contrario, enfrentados a un problema jurídico, daría lo mismo consultar a un Abogado que tirar una moneda o inquirir por la solución a un especialista en tarot australiano.

Si padecemos de un problema jurídico y consultamos a un abogado, nuestra primera pregunta no será: "Es usted partidario de la escuela de Derecho Natural?", o "Cree Ud. que el Derecho es conducta en interferência intersubjetiva?", sino que prantaremos nuestro caso y esperaremos que el profesional nos provea de una solución jurídica. Y la respuesta, los abogados lo sabemos, será en general similar.

Si alguien consulta a un letrado acerca de si puede vender un inmueble mediante un mero convenio privado, éste contestará que en el Derecho de nuestro país la transmisión de inmuebles debe realizarse por escritura pública, porque así lo impone el art. 1184, inciso 1.º, del Código Civil. Por mas que letrados de diferentes tendencias iusfilosóficas provean a la norma citada de diferentes *fundamentos de validez* (así, por ejemplo, un positivista kelseniano dirá que la mencionada norma es válida porque deriva su validez de una norma superior, La Constitución, que designó al órgano competente para dictarla; un iusnaturalista agregará que la norma no es injusta ni afecta derechos naturales; un realista como Ross dirá que es predecible que los tribunales admitirán esa pauta para fundar futuras decisiones, por lo que es Derecho vigente, etc.). Parecería, entonces, que se puede partir de presupuestos diferentes acerca del concepto de Derecho, y admitir soluciones similares a casos jurídicos.(3)

2) WHAT'S IN A NAME?

Cabe aquí preguntarse si la respuesta a "Cuál es el concepto de x?" es una respuesta unívoca.

Esto nos lleva a aludir a dos posiciones divergentes que, con diferentes matices, poseen larga data en la Filosofía: el realismo y el nominalismo. No puedo entrar aquí a considerar esta polémica, aunque en lo que sigue voy a tomar partido por una suerte de nominalismo (4), calificado respecto del término que nos ocupa.

Aceptaré por principio que no hay ninguna conexión natural entre un término y su significado, tesis antiplatónica que posee una larga tradición filosófica y es común a la Lingüística contemporánea desde Saussure. La única manera que entonces se impone para responder a preguntas tales como: "Cuál es el concepto de x?", o "Qué es x?", no es la investigación acerca de la esencia de x, sino acudir al uso común de los términos en una comunidad lingüística determinada.

Empero, el recurso al "uso común" no es tan sencillo. Me propongo sostener también la tesis de que para la gran mayoría de los términos de clase que utilizamos en nuestra comunicación diaria, se da que hacemos referència a un grupo de características indeterminadas, de las que no se puede establecer a priori cuáles son las definitorias. En un ejemplo muy esquemático, si sostenemos que un término es aplicable a un objeto que posea las características A, B, C, D, E, podemos sostener que también se aplica a objetos con características ABCE, ABDE, ACDE o BCDE.

En general, aceptamos que el término es aplicable cuando se presentan algunas de las características, aunque falten otras. Esto, que parece un problema típico de denotación, sin embargo es un problema de *designación*, dado que no proviene de nuestra incapacidad para identificar objetos a los cuales el término sea aplicable o inaplicable, sino de no tener, en general, en claro las definiciones de los términos que utilizamos. El problema se ve agravado cuando se trata de palabras que por su naturaleza hacen que cualquier definición excluya bueno

parte del uso que se les otorga.

A esta última clase se refiere Wittgenstein en su pensamiento postrero (6), y toma como ejemplo al término "juego". Sostiene que no hay una característica común a las actividades que llamamos con ese nombre, sino un grupo de ellas, que pueden estar presentes o ausentes en diverso grado. Pero no hay ninguna propiedad que esté presente en todas las actividades que calificamos de "juego", solamente una serie de similitudes y relaciones. (Cabe hacer hincapié nuevamente en que no se trata de un problema de denotación, dado que se resolvería en un simple caso de vaguedad).

Sucede, según Wittgenstein, que las actividades que calificamos como "juego" tienen entre sí un "aire de familia", que hace que las podamos cubrir a todas con el mismo término, aunque no podamos definir con claridad en qué consiste tal propiedad común (7).

La idea de este trabajo será, de aquí en más, sostener que la palabra "Derecho", así como la mayoría de los términos jurídicos, poseen las mismas características.

3) DE JURISTAS VARIOS

La tesis de Wittgenstein ha sido, aunque probablemente sin conocerla, postulada por varios juristas respecto de los conceptos jurídicos.

En un trabajo de Sergio Le Pera (8) se citan dos ejemplos, que demuestran el uso de un esquema similar al de Wittgenstein para los conceptos jurídicos.

En primer término, Kari Larenz (9), tomando una distinción ya antes realizada por Heck, sostiene que hay tipos jurídicos que son "tipos estructurales", que se caracterizan por no definir una lista de caracteres conjuntivamente necesarios para la aplicación de un término. En realidad se trata de una multiplicidad de rasgos particulares, entrelazados entre sí, pero que pueden faltar en algún caso u otro, sin que por ello haya que poner en duda la pertenencia de un individuo a la clase. "Lo propio de estos tipos es, en consecuencia, que ellos no definen, en cuanto no proporcionan una lista de características conjuntivamente necesarias en todos los casos". (10)

En segundo término, Messineo, en su Manual de Derecho Privado, distingue los derechos personales de los reales enunciando una serie de doce características para los primeros y ocho para los segundos. Pero no hay un caso de derecho, personal o real, en que se den todas las características del conjunto, y en cada caso las que se dan se dan en forma distinta. La conclusión de este autor es: "No porque en casos singulares los mismos (caracteres) resulten desconocidos, se los debe abandonar como inútiles. Se deberá concluir en que tendencialmente aquellos corresponden a diversas figuras y que, cuando nos encontramos ante casos en los que no concurren todos los caracteres diferenciales respectivos, habrá que acudir a los otros que están presentes". (11)

Es cierto que estos autores no se refieren al concepto de "Derecho", pero resalta la similitud al considerar los conceptos jurídicos. Como veremos, hay más ejemplos. (12)

Otro ejemplo relevante es el de la caracterización de la llamada "relación de dependencia" en el ámbito del Derecho del Trabajo. Un texto doctrinario importante manifiesta que es decisiva la dependencia personal o jerárquica del trabajador, aunque "deben contemplarse también otros aspectos posibles de la dependencia, como, sobre todo, la dependencia económica. Normalmente,

ambas clases de dependência se unen en la persona del trabajador. Pero ello no es necesario .(13)

La jurisprudência ha ido mas lejos, hasta expresar una tesis similar a la que ahora nos ocupa. Así: "La relación de dependencia - aspecto fundamental del contrato de trabajo - no es un concepto cuyas características definitorias puedan enumerarse taxativamente. Constituye un clima econômico y social en el cual se desenvuelve la relación entre las partes y resulta de diversos elementos que, en su conjunto y valorados según las circunstancias de cada caso, contribuyen a encuadrar el vínculo en el ámbito laboral". (14) Asimismo: "La existência de una relación laboral no es el resultado matemático de la presencia o ausencia de ciertas notas características: constituye un clima socioeconómico compuesto por una cantidad de factores que coadyuvan a crearlo, sin que ninguno de ellos sea individualmente definitorio". (15)

No vale la pena seguir prodigando ejemplos, de cuya existencia estimo que ya no pueden caber dudas.

4) LA DEFINICIÓN EN LA PICOTA:

He dicho mas arriba que la tesis de este trabajo es sostener que el término "Derecho", al igual que otros términos jurídicos, presenta las características de las "familias de palabras" de que hablaba Wittgenstein, sin que se pueda responder inequívocamente cuando se inquiere por sus características definitorias. Hemos visto con los ejemplos mencionados que se ha dado una respuesta similar respecto de todos los conceptos jurídicos, de algunos o de uno en particular. Con mas razón se advertirá que no puede haber una sola respuesta a "Cuál es el concepto de Derecho", si se observa que las respuestas se dan en el marco de una teoría general, o filosofía jurídica. Como las teorías pueden ser vistas como *modelos* de la realidad, cuanto mas abstracta sea la teoría, menos aspectos de la realidad va a reflejar, y ninguna, desde ya, puede reflejarla en su totalidad (ya que sería idéntica a ella). Por eso es que ningún uso teórico de "Derecho" puede reflejar todos sus usos en el lenguaje natural.

Por otra parte, el uso del término "juego", sugiere un paralelo interesante. Una modelización abstracta de los juegos, como es la de Von Neumann (16), ha podido ser aplicada a diversos campos, como por ejemplo la economía o la toma de decisiones en una empresa u otra organización. También la lógica deóntica puede ser vista como lógica jurídica o de imperativos morales.

En definitiva, lo que sostengo es que no hay una definición "real" de Derecho. Sin duda que cada definición de Derecho implica un compromiso ontológico (decir que el Derecho es un conjunto de normas, o de normas justas, etc.). Sin embargo, si es dudoso que haya una ontología única en todos los campos, mas lo es en el presente, a la luz de las consideraciones anteriores.

5) EL USO POCO COMÚN

Puede ser el investigar cómo es que el término es utilizado por los particulares y los juristas (sin que haya una necesaria coincidencia entre ambos). Lo primero involucraría una investigación empírica, la cual, que yo sepa, nunca ha sido realizada. Me animo a pronosticar, de todos modos que, por los motivos apuntados en 2), no se podría arribar a un resultado concluyente mediante este expediente.

Lo segundo, en cambio, es mas factible, dado que los cultores de la Teoría General del Derecho suelen hacer explícitas sus definiciones.

Sin embargo, los criterios que los iusfilósofos utilizan para definir "Derecho" no son uniformes ni siquiera dentro de la misma corriente de pensamiento.

"Derecho" designa, pues, a varias figuras que poseen entre sí un "aire de familia", y que pueden no compartir mas que algunos caracteres. Mas aún, las características que son compartidas muchas veces nada tienen que ver con las líneas divisarias de las diferentes escuelas iusfilosóficas, tal como ellas se presenta tradicionalmente. (Sin contar con el problema que representa ubicar a algún autor en una escuela cuando es anterior a la distinción o no se manifiesta adherente a alguna. Por ejemplo, era Marx iusnaturalista? Hay problemas, asimismo, cuando las categorías de la clasificación no son claras. Por ejemplo, era Hobbes lo que Bobbio llama un *positivista ideológico* o un iusnaturalista? (17)

Veamos algunos ejemplos:

Desde el punto de vista de la separación del Derecho y la Moral, podemos dividir a las posturas entre aquellas que definen al Derecho con un componente moral y aquellas que no hacen. En la primera posición encontraríamos al iusnaturalismo y en la segunda al positivismo. De todos modos, habría que distinguir entre los diferentes autores, ya que por ejemplo, Kelsen y Ross estarían en este punto en una posición mas extrema que Hart, que admite una especie de naturalismo ético como fundamento del Derecho. Y qué decir de la Egología, que por una parte sostiene la separación del Derecho y la Moral en cuanto a que el primero es intersubjetivo y la segunda subjetiva, pero por otra manifiesta que la conducta (el Derecho) se integra ontológicamente con un valor? Por otra parte, las nuevas comentes de la filosofía anglosajona, orientadas hacia la justificación de las soluciones jurídicas, han vuelto a poner el acento sobre el papel de la Moral en la determinación de las soluciones en Derecho, sea con raíces en la Filosofía práctica o kantiana (Aarnio, Rawls, Nozick).

Desde el punto de vista de considerar el Derecho como un sistema normativo, el agrupamiento de teorías es diferente. Aquí podemos encontrar en el mismo campo tanto al iusnaturalismo como al positivismo clásico y a kelsen, quienes sostienen teorías normativistas, y en el contrario al realismo y la egología, quienes pueden clasificarse entre los "escépticos frente a las normas" de que nos habla Hart, juntamente con la vieja escuela Histórica.

Una forma de caracterizar a los positivistas desde el campo contrario, ha sido la de imputarles a todos un no cognocitivismo o relativismo ético. Sin embargo, se alinean con quienes creen en la existencia de valores absolutos, tales como los iusnaturalistas, los fundadores del positivismo, que eran utilitaristas, como Bentham y Austin. Kelsen es partidario de la relatividad de los valores, y algunos realistas, como Ross, del emotivismo ético.

Podríamos seguir clasificando, pero estimo que los ejemplos son suficientes. A mayor abundamiento, baste comprobar que hay temas sobre los que algunos autores no se han pronunciado, y sobre los cuales es presumible que hubiera nuevas divisiones, aún entre los miembros de la misma escuela. (Por ejemplo, el régimen de "absoluta discrecionalidad" imaginado por Raz (19), en el que no hubiera normas de conducta sino de competencia, sería jurídico? (20). Por otra parte, se puede definir con fundamentos al Derecho como "un subsistema de control dentro del sistema social, que sirve como regulador homeostático" (21), definición que pone bajo la mira un aspecto del Derecho no considerado en los enfoques tradicionales.

6) CONCLUSIÓN APROPIADAMENTE AMBIGUA

En suma, el concepto de Derecho no puede dejar de poseer una ambigüedad que le es inherente. No existe una definición omnicompreensiva de lo que legos y juristas califican como fenómenos jurídicos. Toda definición de "Derecho" implica un recorte arbitrario del campo semántico que el término posee. Y quizás, como hemos visto sostienen algunos autores, todos los conceptos jurídicos ostentan esa naturaleza.

Un enfoque algo distinto sería el ver a los términos jurídicos como términos teóricos, cuyas definiciones aparecen

dadas contextualmente por una - ovariás - teorías. Esta posición no contradiría lo expresado en este trabajo, pero podría trasladar la discusión acerca de la definición de "Derecho" a una discusión acerca de la aceptabilidad de determinadas teorías. Pero esa es otra historia.

N O T A S

(1) Convocación presentada a las Primeras Tomadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en La Plata, del 26 al 28 de abril de 1984.

(2) Kuhn, Thomas S. La estructura de las Revoluciones Científicas, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pág. 149.

(3) No se me escapa que alguien podrá arguir que la argumentación realizada falla cuando no se trata de una norma clara y hay que interpretarla, habida cuenta que las diferentes posturas acerca del concepto de Derecho conllevan diferentes tesis acerca de la interpretación, que oscilan entre esencialismo y nominalismo, pasando por los diferentes métodos propugnados. Sin embargo, creo que la crítica sería infundada por dos razones: En primer lugar, ni siquiera la interpretación literal de la ley se halla exenta de complicaciones (cf. Vernengo, Roberto, La interpretación literal de la ley y sus problemas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971). Y en segundo lugar, creo que se podría demostrar, como tratamos de hacerlo en el texto, que diversos juristas, utilizando diferentes hermenéuticas interpretativas y teorías generales diversas, pueden arribar a soluciones similares.

(4) Mis razones en favor del nominalismo pueden verse en Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, Introducción al Conocimiento Jurídico, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 46 y ss.

(5) Cf. Saussure, Ferdinand de, Curso de Lingüística General, publ. por Ch. Bally y A. Sechehaye, tr. A. Alonso, Losada, Buenos Aires, 1945, la. parte, Capítulo I, 2

(6) Wittgenstein, Ludwig, Philosophical Investigations, Tr. G. Anscombe, Basil Blackwell, oxford, 1963, pág. 31 e y ss.

(7) Wittgenstein, op. cit., pág. 32 e.

(8) Le Pera, Sergio, La "Naturaleza Jurídica", Panedille, Buenos Aires, 1971, págs. 92 y ss.

(9) Larenz, Karl, Teoría del Método de la Ciencia Jurídica, Ariel, Barcelona, 1966, págs. 346 y ss., cit. por Le Pera, op. cit., pág. 92.

(10) Le Pera, Sergio, op. cit., pág. 92.

(11) Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Ejea, Buenos Aires, 1955, Tº III, pág. 198 y 199, cit. por Le Pera, op. cit., pág. 94

(12) La conclusión que extrae Le Pera de los ejemplos citados se acerca a Wittgenstein hasta en los términos utilizados. Así, dice que en otras disciplinas hay conceptos semejantes, tales como los involucrados en distinguir entre un estilo pictórico y otro, o entre un estilo de mueble y otro. En ambos casos, sostiene, lo que permite calificarlos es compartir un cierto "aire de familia". No puedo asegurar si Le Pera conocía o no el trabajo de Wittgenstein al publicar la obra mencionada, aunque me inclino a creer que no, dado que la hubiera mencionado en caso afirmativo. De hecho, puede decirse sin duda alguna que no fue conocido ni por Larenz ni por Massineo.

- (13) Krotoschin, Ernesto, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Depalme, Buenos Aires, 1977, TII, Pág. 107.
- (14) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, in re "ASTUDILLO, Juan Carlos c/ PANIFICACION ARGENTINA SAIC s/ cobro de pesos", causa N.º 46056, sentencia del 27/VII/76.
- (15) Cám. Nac. de Apelaciones del Trabajo, Sala III, "PEZZA, Ricardo c/ MANUEL TIENDA LEON SACIFIA s/ despido, causa N.º 57748, sentencia del 22/11/82. En el mismo sentido se puede citar, del mismo tribunal, el fallo recaído en "SILVA, Segundo c/ CIA CONSTRUCTORA GALLI SCA s/ cobro de pesos", causa N.º 45787, sentencia del 30/VI/76. Las menciones del mismo Tribunal interviniente no son casuales, ya que debo mi conocimiento del texto de los fallos al Dr. Ricardo Guibourg, a quien agradezco.
- (16) Von Neumann, J. y Morgenstern, O. Theory of Games and Economic Behaviour, Princeton University Press, Princeton, 1953.
- (17) El mismo Bobbio califica a Hobbes como positivista ideológico y como iusnaturalista, y por los mismos motivos, por sostener éste que se justo obedecer las ordenes del soberano. (ver Bobbio, Norberto, El Problema del Positivismo Jurídico, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, págs. 15, 71 y 75).
- (18) En estos ejemplos obviaré las citas, para no hacer la lectura de este trabajo mas fatigosa que lo que ya es. Las posturas adjudicadas a los distintos autores o escuelas corren por mi cuenta, aunque creo poder justificarlas.
- (19) Raz, Joseph, The Concept of a Legal System, Oxford, 1970, pág. 35. Para una discusión acerca de si un sistema con esas características constituye un sistema jurídico, ver Nino, Carlos, Introducción al Análisis del Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 109.
- (20) En principio, este es un caso de vaguedad, que, como tal, escapa al análisis aquí efectuado. Sin embargo, suele suceder que las definiciones se amplíen o restrinjan cuando aparece un caso no considerado.
- (21) Guarinoni, Ricardo, El Derecho como Sistema, en la Revista del Instituto de Cibernética de la Sociedad Científica Argentina, año III, N.º 2, Diciembre de 1978, pág. 15.