

Capítulo I

POR QUÉ EL DERECHO

La ubicuidad del Derecho

El Derecho es un fenómeno omnipresente, no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. Lo jurídico es solamente un aspecto de lo social del que no podemos prescindir. Hasta tal punto están justificadas nuestras sociedades que, con frecuencia, lo que en principio aparece como alternativas al Derecho resulta ser simplemente otra forma de Derecho. Por ejemplo, se habla de parejas de hecho (contraponiéndolas a las parejas legales o de Derecho), pero se hace para reclamar que también ellas tengan una protección jurídica: esto se trata de un Derecho alternativo al establecido, que no discrimine por razón de la orientación sexual de los individuos, esos procedimientos están, regulados jurídicamente; se negocia a la sombra del Derecho; los negociadores, mediadores o árbitros suelen ser personas con formación jurídica que, aplican formas de proceder típicamente jurídicas, sociedades más desarrolladas son las que hacen un mayor uso de los instrumentos jurídicos.

El Derecho y el progreso

¿son nuestras sociedades progresivas?

La ubicuidad del Derecho es un hecho del que no siempre somos conscientes.

Como consecuencia, tampoco solemos plantearnos cuestiones como la de por qué existe el Derecho o si está bien que exista, si nuestras sociedades son o no mejores por el hecho de estar organizadas jurídicamente.

Para contestar necesitaríamos saber qué debe entenderse por Derecho y por sociedad justa, qué funciones sociales cumple el Derecho, o cuales son las alternativas que existen frente al mismo, la pregunta es pertinente y no puede despacharse con una apelación al progreso. Hoy tendemos a pensar que la evolución de nuestras sociedades es progresiva, que nuestra vida es mejor que la de nuestros antepasados y que, que nuestras sociedades se caracterizan por la importancia creciente del Derecho, entonces estos últimos son también hechos progresivos, positivos.

Sin embargo, las cosas no son tan simples: el progreso no parece haber seguido una trayectoria lineal, no afecta por igual a todas las sociedades, a todos los individuos en una misma sociedad. La idea de progreso parece tener múltiples facetas: nuestras sociedades serán progresivas cuando se las considera desde una perspectiva, pero no desde otras, por ejemplo: progreso científico y tecnológico. Nuestras sociedades no están necesariamente mejor organizadas, no son más justas. El progreso tecnológico y científico significa un enorme potencial de liberación humana, pero no está claro que hayamos sido capaces de sacar partido de ello. Las sociedades primitivas resolvieron mejor que nosotros problemas básicos como el de la integración social: su Derecho penal era mucho menos desarrollado que el nuestro, pero también menos cruel y más eficiente.

¿vivimos en una sociedad justa?

Por ejemplo los indios cheyenes castigaban la muerte de un miembro de la tribu a manos de otro simplemente con pena de destierro de uno a cinco años. El juicio (el homicidio era considerado un pecado que afectaba a toda la tribu), participaban todos los miembros, a excepción del homicida y de su familia; con ello se lograba no sólo evitar la venganza, nuevos derramamientos de sangre o un testigo cruel como es la pena de prisión, sino también reforzar los vínculos sociales en momentos críticos. Éste no tiene por qué llevarnos a pensar que la vida de esos indios de las praderas norteamericanas haya sido superior –preferible– a la de las

sociedades desarrolladas, la comparación puede hacerse en relación con cierto sistema de valores. Eso explica que pocos de nosotros estaríamos dispuestos a cambiar nuestra vida por la de un cheyenne, de la misma manera que tampoco ellos se sintieran muy a gusto llevando la existencia típica de un individuo de nuestras ciudades. Lo que sí tiene sentido afirmar es que, de acuerdo con la noción de sociedad justa muchos miembros de la cultura occidental comparten la organización social de los cheyenes ha sido más justa que la de la mayor parte de las sociedades contemporáneas.

Es difícil pensar que el nuestro es un mundo ordenado, justo. Aún dejando a un lado el hecho de que el siglo XX ha sido el más violento de la historia ¿cómo no considerar injusta una situación en la que se dispone de recursos suficientes para satisfacer las necesidades básicas, y menos básicas de todos, pero la mayor parte de la humanidad carece de lo más imprescindible: uno de cada cinco habitantes pasa hambre y más de la mitad son pobres? Incluso en las sociedades capitalistas aumentan las diferencias entre ricos y pobres. La población reclusa es también un índice elocuente.

En resumidas cuentas, las sociedades pueden hacerse más complejas sin que ello signifique que son más justas; la mayor presencia del Derecho, de instrumentos jurídicos, no lleva aparejado un orden social de tipo superior.

La hipótesis del no Derecho

La conciencia de vivir en una sociedad injusta debe haber llevado a autores de muy diversas épocas a hipotizar la existencia de una Edad en la que los hombres vivían en un estado que no hacía necesario el establecimiento de instituciones como el Derecho, llevan aparejado el ejercicio del poder, el uso de la coerción de unos hombres sobre otros.

El ideal de sociedad que postularon los anarquistas y los marxistas en el siglo XIX y en el XX viene a ser una versión del mito de la Edad de Oro: la existencia de esa edad es cosa del futuro y si el futuro lo situamos en el más allá el mito adquiere tintes religiosos: en la religión cristiana supone la aparición del mal en el mundo, el surgimiento del Derecho y del Estado mientras que la verdadera justicia quedaba aplazada al otro mundo, al reino de los cielos.

Marxismo y Derecho

En el caso del marxismo, la idea central es la que existe una lógica del desarrollo social y que la clave para comprender cada tipo de sociedad se encuentra en el modo de producción, esto es, la manera como los hombres se ganan la vida, y el tipo de relaciones sociales que establecen entre sí, se distinguen así, momentos : el modo de producción de las comunidades primitivas , el modo reproducción asiático, el modo de producción antiguo esclavista, el modo de producción feudal y el modo de producción capitalista. El Derecho y el Estado surgen cuando aparecen las clases sociales.

Una vez que en el curso del desarrollo hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos, el poder público perderá su carácter político. Para Marx y Engels, el poder político es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra y dejará de existir cuando en sustitución de la antigua sociedad burguesa, con sus clases surja una asociación en la que libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos.

¿Sociedades sin Derecho?

Los cheyenes fueron un pueblo en el que no cabría hablar propiamente de clases sociales y donde hubo un sistema de propiedad privada limitado, los bienes materiales podrían ser objeto de apropiación privada, pero existía la obligación de compartirlo con los demás. ¿Existió un Derecho de los cheyenes? En esa sociedad estaban en vigor normas que prohibían y sancionaban el homicidio y tipos de conductas violentas contrarias a

los intereses de la comunidad. La base de esas prescripciones tenía un carácter religioso, lo que no ocurre con nuestros sistemas jurídicos que se basan en la separación entre el Derecho y la religión: los cheyenes creían que el hombre está subordinado a fuerzas sobrenaturales y la muerte de un cheyenne por otro contaminaba al homicida, pero también a los fetiches de la tribu: hasta que no fueran purificados, la mana suerte perseguiría a la tribu. Por otro lado, existían autoridades elegidas regularmente con poder para adaptar las normas a las nuevas circunstancias y para aplicarlas en casos de conflicto o de incumplimiento de las mismas, pero diferían en diversos aspectos de los cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales de nuestros sistemas.

Donde hay una sociedad también hay un Derecho. El Derecho es un aspecto de la sociedad, no la sociedad sin más. ¿Por qué considerar que las normas que ponen algún límite a la violencia son jurídicas y no meras costumbres morales o religiosas?

¿Qué es el derecho?

No hay manera de contestar a esa pregunta, para ello necesitaríamos partir de un concepto de lo que es Derecho. Por ejemplo, los autores marxistas pondrían como condición necesaria para hablar de Derecho la existencia de un Estado y de autoridades centralizadas. Esto no sería aceptable para muchos antropólogos. Bronislaw Malinowski, sostuvo que eran jurídicas todas aquellas normas que se conciben y aplican como obligaciones vinculantes; para que existan, basta con que exista alguna presión por parte del grupo, lo cual puede darse sin necesidad de autoridades.

Existe un procedimiento que permite llegar a una respuesta razonable a la cuestión planteada. Consistiría en averiguar cuáles son los rasgos sobresalientes que caracterizan a lo que llamamos Derecho, y comprobar hasta qué punto esos elementos están o no presentes en todos los otros tipos de sociedad. Si partimos de lo que usualmente consideramos que es un sistema jurídico podemos convenir en que está formado por normas de conducta que establecen prohibiciones, obligaciones o permisos.

Lo privativo parece estar en la existencia de órganos públicos, de autoridades, de varios tipos. Por ejemplo: autoridades que tienen poder para establecer o modificar normas de conducta vinculante para todos los miembros del grupo; autoridades que tienen poder para aplicar esas normas a los casos en disputa y para resolver los conflictos en forma vinculante para las partes; autoridades con poder para hacer cumplir las anteriores decisiones recurriendo en último término al ejercicio de la fuerza física.

En el caso de los cheyennes, dado que parecen existir órganos tendría sentido hablar de Derecho, para marcar la diferencia con nuestros sistemas jurídicos, podríamos emplear expresiones como Derecho rudimentarios (primitivo). ¿qué ocurriría si nos encontráramos con que existen sociedades en las que no hay legisladores, ni jueces, ni policía, ni ningún tipo de autoridad permanente? ¿tendría sentido en tal caso seguir hablando de un orden jurídico?

Normas y autoridades

Tomemos el caso de los esquimales considerados como uno de los pueblos más primitivos. Están organizados en grupos locales muy pequeños que suelen integrar a una docena de familias. No existen entre ellos ningún tipo de autoridad constituida de manera permanente. En cada grupo hay un jefe, no hay ningún procedimiento reglamentado de elección – el jefe es el cazador más diestro–.

La falta de autoridades no significa que no existan disputas, al parecer surgen con cierta frecuencia y suelen tener una motivación sexual. El ideal de los varones es tener éxito en obtener comida y mujeres, son frecuentes las disputas por adulterio (para los esquimales significa: tener relaciones sexuales con una mujer casada sin el consentimiento del marido) o por la apropiación por la fuerza de la mujer de otro hombre, el ofendido puede contentarse con desafiar al ofensor a un torneo de canciones, la reconciliación no se produce estableciendo derechos y obligaciones, sino que lo que se persigue es que los litigantes se sientan

psicológicamente satisfechos; y, al parecer, ese espectáculo produce tal fascinación que es usual que en el transcurso del mismo se olvide el origen de la disputa, lo que constituye un indicio de que el conflicto ha sido superado. Otras veces los conflictos se resuelven mediante combates reglamentados en los que los contendientes luchan golpeándose con los puños o con la cabeza.

En muchos casos, el conflicto provoca la muerte del ofensor: la tasa de homicidios entre los esquimales es muy alta: en parte porque dar muerte a otro es una forma de resolver conflictos, y en parte porque la sociedad no puede tolerar la existencia de miembros improductivos, lo que justifica formas de homicidio y de suicidio.

No significa que en la sociedad esquimal no existan límites frente al ejército de la violencia. Alguien que da muerte a una persona puede no sólo no sufrir ninguna desaprobación por parte del grupo, sino incluso ver cómo aumenta su prestigio. Pero con el homicida reincidente es considerado como una amenaza social se convierte en un enemigo público y es castigado con la muerte a manos de un agente de la comunidad; sin embargo, el ejecutor no es un órgano de la comunidad, sino alguien que ha obtenido la aprobación del grupo para actuar en ese caso, aprobación necesaria para que su acto no sea considerado como un nuevo homicidio, puede decirse que la sociedad esquimal es una sociedad anarquista, sin autoridades permanentes, tribunales, policía o normas escritas. ¿No parece entonces razonable decir que no existe un orden jurídico de carácter moral o religioso?

El derecho y el conflicto

Repasemos el camino recorrido hasta aquí. Empezamos constatando el carácter acusadamente jurídico de nuestras sociedades. Luego vimos que eso no era necesariamente un dato positivo, en el sentido de un mayor desarrollo jurídico y una mayor complejidad social, no significa una sociedad mejor ordenada, más justa. Nos planteamos a continuación si el Derecho es un fenómeno que ha estado presente en todos los tipos de sociedad y llegamos a la conclusión de que no: en relación con los esquimales, no tiene sentido hablar de Derecho, dado que no encontramos ninguna de las instituciones que parecen ser características de los sistemas jurídicos. En estos casos cabría hablar de un Derecho rudimentario dado que existen esas instituciones.

Grados de juridicidad

Lo anterior sugiere la idea de que la juridicidad es algo graduable, algunos autores han partido de que los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan porque en los mismos existen mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas, lo que implica la participación en la resolución de los conflictos de un tercero que no representa los intereses de ninguna de las partes; tribunales; si además de la decisión de ese tercero vincula a las partes; policía, utilización de una fuerza armada para hacer cumplir las normas; juristas profesionales o abogados, personas que participan de manera regular en la resolución de las disputas, asesorando a las partes, interpreta las normas. A partir de aquí se podría hacer una clasificación de las sociedades (por su grado de juridicidad). Además, cada una de esas características es necesaria para la siguiente: prácticamente no existen sociedades con tribunales en las que no haya también mediación; ni policía sin tribunales ni mediación; ni abogados sin policía, tribunales y mediación. En definitiva, hay un grado cero de juridicidad, un grado uno, la mediación; un grado dos, mediación más tribunales; un grado tres, mediación, tribunales, policía y abogados; un grado cuatro, mediación, tribunales, policía y abogados; un grado cinco, cuando aparece la legislación, etc.

Las sociedades con el mismo grado de juridicidad comparten rasgos de carácter social, económico y cultural. Por ejemplo, las de grado cero, son sociedades muy simple, formadas por pocos individuos, que carecen de escritura y de moneda, en las que no hay especialización del trabajo y en donde los bienes son comunes.

Las de grado cuatro y cinco que tienen un sistema jurídico evolucionado, son sociedades urbanas, con una economía agrícola desarrollada que da lugar a ocupaciones de tipo secundario y terciario y con escritura.

Conexión necesaria entre Derecho y conflicto

A donde nos lleva todo lo anterior no es a la tesis marxista, pero quizás a una bastante próxima: el Derecho existe porque existe el conflicto o cierto tipo de conflicto: enfrenta a individuos pertenecientes a la misma forma o a distintas sociedades, a grupos de individuos que forman parte de la misma sociedad. Ese conflicto parece haber existido siempre que se alcanza un cierto nivel de complejidad social y su solución requiere de la existencia de una o varias de las instituciones, estos mecanismos se vuelven más complejos a medida que aumenta la complejidad social.

Esa vinculación entre el Derecho y el conflicto no tiene por qué asumir una actitud pesimista sobre el Derecho. El Derecho no es necesariamente un mal, el mal en cada caso está representado por el conflicto no males absolutos: no deja de ser inquietante la idea de una sociedad sin conflicto y, por tanto, sin Derecho. La existencia del Derecho no asegura una ordenación justa de la sociedad, pero en las sociedades complejas, en las que existen fuentes de conflicto, no hay alternativas al Derecho, sino en un Derecho de otro tipo; no en una alternativa al Derecho, sino un Derecho alternativo.

Tanto las utopías como las antiutopías coinciden en ofrecernos modelos de sociedad en los que no hay propiamente lugar ni para el Derecho ni para los juristas.

CAPITULO II

POR QUÉ ES EL DERECHO

Una cuestión difícil

¿Cómo es posible que los juristas hayan considerado un problema definir lo que es el Derecho? El Derecho es un fenómeno histórico, la juridicidad no pueda aprovecharse a partir de propiedades muy abstractas, si se parte de las sociedades quizás no se encuentren en el mismo grado:

- En las sociedades primitivas hay inexistencia de conflicto social, hace innecesarias instituciones como la mediación. Falta de diferenciación social (en relación con nuestras sociedades) que no sea fácil separar los aspectos jurídicos del resto de los elementos.
- La discusión si el derecho internacional es o no un verdadero Derecho tiene que ver con la inexistencia de un Estado mundial, no existe en el orden internacional nada completamente equivalente. Eso confiere al ordenamiento internacional una indudable originalidad, pero, no es razón suficiente para negarle por juridicidad. Se trata de un sistema jurídico peculiar, las sanciones más características consisten en medidas como la condena pública, el no reconocimiento de los actos de otro Estado, la atribución de responsabilidad internacional.
- Las dudas sobre la juridicidad del Derecho canónico se plantea por su carácter de Derecho no estatal. En muchos aspectos es semejante a los sistemas plenamente jurídicos: sus normas guían la conducta de sus destinatarios; existen autoridades legislativas y judiciales, abundan las sanciones como la prohibición de residir en un determinado lugar o territorio. Sin embargo, la existencia de diferencias que no son meramente accesorias: los canonistas, por ejemplo, consideran que el núcleo esencial de ese Derecho lo constituye el Derecho divino, esto es, un conjunto de normas inmodificables, eternas, que provendrían de Dios; su finalidad es la salvación de las almas muchas normas pretenden regular las conductas externas e internas. Algunas sanciones no son equivalentes a las estatales (por ejemplo: la excomunión).
- Existen comunidades ajenas al Estado y que poseen ordenamientos que regulan con cierta eficacia el comportamiento de sus miembros: la comunidad gitana. El problema es que algunas de las normas de la comunidad gitana se oponen frontalmente al Derecho estatal, algunas normas de los gitanos establecen la desigualdad a favor de los varones.

Variedades de perspectivas

- Otra de las causas que hacen difícil encontrar una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué es el Derecho es el carácter enormemente complejo del fenómeno. Se trata de una práctica social, de una institución o de un conjunto de instituciones, que nos envuelve a todos en general, ciudadanos y a algunos en particular, órganos encargados de su producción y aplicación. Por ejemplo, los legisladores y los juristas alcanzan metas de carácter político, económico, etc.; los jueces tienen una perspectiva más moralista; el abogado tiene reglas de un juego que hay que saber utilizar. Entre los estudios de Derecho hay científicos sociales. Las imágenes sobre el Derecho varían según cuál sea la rama desde el cuál se contempla el fenómeno. Incluso entre quienes se sitúan frente al Derecho desde una misma perspectiva profesional suele haber también diferencias notables que pueden tener una base ideológica, histórica, etc.

Santo Tomás de Aquino (iusnaturalista) definió el Derecho como la ordenación de la razón encaminada al bien común. Hans Kelsen tiene una concepción positivista, para el cuál el Derecho vendría a consistir esencialmente en un conjunto de normas coactivas. El Derecho de Marx: el Derecho es un instrumento de dominación de una clase sobre otra.

Las perspectivas la gente en general son distintas y dependen de un gran número de factores. Quienes viven bajo un sistema jurídico contemplan desde una perspectiva estratégica: el hombre malo el cual considera cómo obtener el máximo provecho del orden jurídico como un orden justificado, el cual debe ser obedecido no por temor a las sanciones sino, porque en él se plasma el sustrato moral de una sociedad. Plano estratégico/moral.

-

Carácter práctico y valorativo del Derecho

El Derecho es una forma de regular la conducta de la gente y ello envuelve necesariamente juicios de valor: Por ejemplo, cuando un juez condena a alguien por haber cometido alguna acción, esa supone que una persona deberá pasar tanto tiempo en la cárcel, sino también un juicio de reproche por la conducta realizada que el juez dirige al condenado en nombre de toda la comunidad. Con ella podemos guiar nuestra conducta, mostrar una aprobación o rechazo frente a las acciones de quienes establecieron esas normas, se quienes las interpretan y aplican y quienes las cumplen o incumplen.

Kant, definió el Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro. O sea, para Kant, el Derecho es aquello que hace posible la libertad de todos ¿Se está refiriendo a lo que es o a lo que debe ser el Derecho? ¿Podemos realmente separar los juicios descriptivos y los prescriptivos?.

Otra explicación para encontrar una respuesta a la pregunta de qué es el Derecho tiene que ver el concepto de definición y con sus límites.

1.- Las definiciones en el Derecho

la definición de definición no es pacífica. Definir: mediante la cual describe, se especifica, se aclara o se establece el significado de una expresión lingüística.

- *Definiciones legislativas*

Sirven para dar una mayor claridad y precisión a los textos y, operan también como un mecanismo de distribución de poder. Suele hablarse de tres tipos de definición: las definiciones lexicográficas, las definiciones del diccionario, las definiciones estipulativas; cuando a un término ya existente en un lenguaje se le atribuye un significado diferente al usual, o cuando se introduce un nuevo término, para el que se propone un determinado significado. Finalmente, hay un tercer tipo que consiste en partir del significado usual de una expresión y, a partir de ahí, precisar dicho significado: redefinición; está a mitad de camino entre las

lexicográficas y las definiciones estipulativas.

Por razones de economía –las leyes no contienen definiciones lexicográficas– : se entiende que las palabras se están usando según el sentido que tienen en esa lengua. En general, las definiciones legislativas son de carácter estipulativo o bien son redefiniciones.

- *Definiciones doctrinales y análisis conceptual*

Las obras que escriben los estudiosos del Derecho, suelen ser libros que versan sobre otros libros. En los libros de Derecho abundan las definiciones. Muchas de ellas vienen a ser –redefiniciones– de las definiciones legislativas. Por ejemplo, el Código civil considera como alimentos la asistencia médica. ¿Pero habría que considerar también como asistencia médica un tratamiento de adelgazamiento o una intervención de cirugía estética?

Una parte importante del trabajo de los juristas consiste en ofrecer definiciones más precisas. Las definiciones vendrían a ser elementos auxiliares para comprender los mensajes directivos del Derecho: definición de alimentos, nos permite entender el significado de la norma que establece que los cónyuges o los ascendientes y descendientes están obligados recíprocamente a darse alimentos.

En los libros de Derecho existe otro tipo de definiciones referidas a términos teóricos y que cumplir una función diferente. Los penalistas, por ejemplo, suelen definir delito como acción típica, con ello no parecen querer expresar simplemente que cada vez que nos encontramos con la palabra delito podemos sustituirla por acción típica. Términos no son para el lector usual más claros que delito. Esos términos poco claros pueden a su vez ser definidos con otros que también pueden ser definidos llegado el caso, al final, se lograría el efecto de clarificación terminológica. Lo que sí constituye un problema para la noción de definición (la aclaración del significado de una palabra) es que los penalistas ven en la definición de delito, un instrumento teórico que les resulta de utilidad en diversos sentidos: por un lado, les permite tratar de una manera unitaria y sistemática una serie de cuestiones que afectan a todos los supuestos de conducta delictiva. Por otro lado, la definición les suministra el esquema a seguir al estudiar cada uno de los delitos.

La definición de estas no puede verse como una guía para poder entender mejor enunciados en los que aparecen usados esos términos. Son, más bien, el resultado de análisis conceptuales previos que puede ser utilizado como una herramienta de exposición y clarificación teórica.

Definiciones reales

Además de estas funciones de clarificación lingüística y de análisis conceptual, los juristas atribuyen en ocasiones a las definiciones una función práctica que consiste en resolver un problema normativo, en encontrar una solución que no estaba en las normas del sistema. Ejemplo: búsqueda de la naturaleza jurídica de una determinada institución. Enfitéusis. Se trata de una institución mediante la cual dos personas tienen ciertos derechos con respecto a un mismo bien inmueble: enfitéuta o dueño útil, tiene sobre la cosa casi las mismas atribuciones que si fuera el propietario exclusivo, y la otra, el censalista o dueño directo, tiene el derecho a cobrar del enfitéuta una pensión. Los civilistas discuten desde hace tiempo sobre el cuál es la naturaleza jurídica de esa institución, o sea, si ambos son condueños, o si el único dueño es el enfitéuta y el censalista tiene solo el derecho real. La cuestión suele enfocarse como si se tratara de un problema de definición, y de ahí el esfuerzo por descubrir, en que consiste la enfitéusis.

La definición verdadera de enfitéusis sería aquella que captara la verdadera realidad de la institución. Una vez logrado esto, su regulación jurídica tendría que corresponderse con esa realidad.

2.– La definición del Derecho

- *Tres nociones de definiciones*

El examen de la utilización que los juristas hacen de las definiciones, hay tres nociones: la definición como técnica para describir, introducir, modificar o precisar el significado de ciertas expresiones; la definición como herramienta de análisis conceptual; y la definición como forma de referirse a las entidades, a los objetos que están detrás de las palabras. La definición de Derecho puede verse, bien como una operación lingüística consistente en aclarar los diversos usos de esa expresión, bien como una indagación de carácter teórico o conceptual o bien como una investigación dirigida a encontrar la verdadera esencia, la realidad, en que consiste el Derecho. La primera no plantea demasiados problemas, pero no lleva a grandes resultados; la segunda tiene un notable interés, pero encierra una considerable complejidad y la tercera envuelve una serie de errores o de imprecisiones que merece la pena desvelar

- *Palabras, conceptos y objetos*

Resulta absurdo pensar que los conceptos científicos deben definirse desde el primer momento y que, en la ciencia, una investigación no puede empezarse antes de tener definido su objeto. Se parte de conceptos vagos. Si nos planteamos la pregunta de qué es el Derecho no es porque nos sepamos nada sobre el Derecho, sino porque queremos saber más o distinguir entre las palabras, los conceptos y los objetos: los términos designan conceptos, los cuales pueden o no referir a la realidad. Términos sin designación: él o la. Términos que designan conceptos que no tienen referencia: infinito, unicornio o utopía y términos que designan conceptos que tienen referencia empírica u objetiva, objetos que podemos percibir con nuestros sentidos o que existen aunque estén más allá de nuestra experiencia directa. Esto último es lo que sucede con Derecho. El término Derecho designa un concepto que tienen referencia, dado que con él aludimos a una realidad compleja que incluye normas, instituciones, comportamiento, etc .

¿Es posible una definición real de Derecho?

Hay palabras que no tienen referencia, de manera que su definición no podría hacerse indicando algún tipo de objeto o de realidad: en el mundo no existen las utopías, esto no quiere decir que esos conceptos carezcan de sentido. Los juristas utilizan, por ejemplo el concepto de legislación racional, con el cual no quieren referirse a ningún individuo o conjunto de individuos que haya existido, exista o pueda existir en el futuro. Lo que pretenden es constituir un modelo ideal de legislador. Estos conceptos sin referencia se los denominan tipos ideales. Se construyen no con la pretensión de ofrecer una descripción de la realidad, sino de configurar un modelo, un ideal. Su utilidad es dudosa. No se puede dar una definición ostensiva de juez, porque su referencia está constituida por todas las personas que son, han sido o serán jueces, y podría ser una forma de identificar aproximadamente de qué se está hablando, pero nada más.

Una razón de más peso es que el significado de las palabras es convencional. Una palabra puede designar diversos conceptos.

Las definiciones, en sentido técnico, son operaciones relativas a un lenguaje, no a la realidad.

¿Qué son las definiciones?

Deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística y/o de análisis conceptual: sirven para informar sobre cómo se usa una palabra.

Problemas de ambigüedad y de vaguedad

Derecho objetivo, Derecho subjetivo, Ciencia del Derecho y justicia

El término Derecho es, ambiguo, es decir, susceptible de asumir diversos significados, distinguibles por el

contexto:

- El Derecho de familia español ha sufrido en las últimas décadas grandes transformaciones.
- El Derecho al divorcio fue introducido en España mediante una ley de 1981
- El carácter científico del Derecho es aún objeto de debates
- no hay derecho a que diariamente mueran en el mundo miles de seres humanos y nosotros no hagamos nada por impedirlo.

En el 1º designa el concepto de Derecho objetivo. En el 2º el concepto de derecho subjetivo. El 3º el estudio sobre el Derecho. El 4º el concepto de injusticia.

Convendría escribir con mayúscula en 1) y con minúscula en 2)

Un par de puntualizaciones para Kelsen. Derecho objetivo y de derecho subjetivo: denotan una misma realidad, pero contemplada desde los ángulos distintos. La segunda es que entre el Derecho en sentido objetivo y la ciencia del Derecho es, en la relación que se puede establecer entre un lenguaje objeto y un metalenguaje.

Vaguedad intencional y extensional

La ambigüedad es una dificultad que afecta a las palabras. La vaguedad afecta a los conceptos. Estos pueden analizarse en un plano intencional y en un plano extensional. La intensión de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su extensión el campo de aplicabilidad del mismo. La intensión y la extensión son inversamente proporcionales, aumentamos su intensión, juez español actual, es menos extenso que el de juez: el concepto de jueces más amplio que el de juez español actual.

La vaguedad consiste en que la intensión y/o la extensión de los conceptos no esté bien determinada. Hay vaguedad intensional cuando las propiedades connotadas no pueden determinarse exhaustivamente. Hay vaguedad extensional cuando la indeterminación afecta al campo de aplicación del concepto. La expresión Derecho es vaga intencionalmente, ya que no parece posible establecer todas las notas.

Además padece también de vaguedad extensional, pues no está perfectamente determinado cuál es su campo de aplicación.

Algunas conclusiones

El concepto de Derecho se ha considerado una cuestión suficientemente compleja como para que no tenga sentido pretender resolverla desde el comienzo con una simple definición. No basta con indicar los diversos usos de Derecho sino que es preciso dilucidar también el concepto de Derecho. Hay que huir de diversos errores. Uno es suponer que los conceptos reflejan una esencia inmutable. No es posible porque dicho concepto tiene como referencia un fenómeno histórico y variable.

Otro error es olvidarse de que Derecho es una palabra de clase, de manera que no tiene mucho sentido buscar detrás de ella un *único ente*.

La tercera, cuando se examinen las definiciones más influyentes de Derecho, encontramos que obedecen al tipo de definición que se llama *por género próximo y diferencia específica*. Nada que objetas a esa manera de definir; pero conviene tomar algunas cautelas.

Finalmente hay que darle la razón a Hart y aceptar que el término de Derecho tiene una significación tan rica que trata de expresarla mediante un *definiens* lo suficientemente breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición puede verse como una simplificación excesiva.

LOS USOS DEL LENGUAJE EN EL DERECHO

CAPITULO II

LAS NORMAS JURÍDICAS

Las normas jurídicas pueden ser bien pautas de conducta o bien objeto de la ciencia y la metodología jurídica. Cuando realiza una labor técnica, al jurista le preocupa el objeto del estudio. Le interesa el contenido de las normas jurídicas para concretar su significado y determinar el alcance de las mismas. La actividad de los juristas tiene por objeto el conocimiento del contenido de las normas jurídicas y la determinación de las consecuencias jurídicas derivadas de ese contenido formulado.

• EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Desde un punto de vista sociológico, se debe partir de la fundición comunicativa de las normas jurídicas como medios de orientación de la conducta de los individuos, tiene a prescindir de la función comunicativa en sentido amplio.

Cuando se tiene en perspectiva el estudio de las funciones sociales del derecho, el análisis del significado de las normas jurídicas parece determinado a centrarse en la función comunicativa específica que pueden tener los preceptos jurídicos dentro de un contexto determinado de interacción social.

Las normas jurídicas han de ser consideradas como actos de habla o emisiones lingüísticas que buscan influir en el comportamiento de los sujetos a los que se dirigen desde el punto de vista técnico y científico, el jurista parece interesarse por el *contenido locutivo* de las normas jurídicas. Estos es por la forma sintáctica y el contenido semántico de la locución.

Se hace necesario poner en relación los diversos aspectos locutivos y programáticos del significado de las normas jurídicas para su análisis. El análisis de los actos lingüísticos distingue, una función o uso descriptivo del lenguaje, una o uso directivo del lenguaje.

- Se habla del *uso descriptivo del lenguaje* para referirse a un conjunto de usos lingüísticos que describen hechos o estados de las cosas. Describen hechos que pueden contrastarse con la realidad.
- El lenguaje también se emplea como medio para expresar sentimiento: *usos expresivos del lenguaje*, susceptibles de ser verdaderos o falsos. Para juzgar una obra literaria, no tiene mucho sentido preguntarse si es verdadera o falsa.
- Conjunto de usos típicos del lenguaje cuya función consiste en dirigir u orientar comportamientos. *Usos del lenguaje con una función directiva*. Existen diversas clases: consejos, instrucciones, anuncios, mandatos, órdenes, normas, etc. Tienen una función directiva, esto es, pretenden conseguir del destinatario del uso lingüístico un cambio en sus actitudes y creencias. Tampoco tiene sentido preguntarse si los usos directivos del lenguaje son verdaderos o falsos (cierra la puerta). Se dan los supuestos de oportunidad necesarios: que la puerta esté abierta, si no representará un uso *incorrecto* del lenguaje. La crítica de una orden en términos de verdad o falsedad carece de sentido.

El uso del lenguaje para fijar normas jurídicas tiene como principal función la de orientar el comportamiento humano, *uso directivo*. Dentro del conjunto de los usos directivos, el uso del lenguaje para fijar normas jurídicas es un *uso directivo específico*.

La función primaria del derecho consiste en fijar normas de carácter específico dirigir comportamientos. El derecho es un sistema normativo compuesto por normas primarias y secundarias. Lo primero que hay que destacar, como consecuencia del carácter coercitivo de las normas jurídicas, es un *significado prescriptivo*.

El uso del lenguaje para fijar normas jurídicas se asemeja más a las órdenes que a los consejos, tienen un carácter prescriptivo. *Las normas jurídicas son prescripciones.*

La diferencia entre las normas jurídicas y otras clases de usos prescriptivos se han hecho descansar en el contenido de las mismas. Suelen tener un contenido abstracto y un sujeto pasivo general. Estas diferenciarían los usos normativos de otro tipo de usos prescriptivos, no se puede negar que el contenido y el elemento vocativo de las normas jurídicas son elementos de gran importancia para el estudio de la estructura de las mismas, tampoco resuelven definitivamente los problemas que se plantean cuando se trata de precisar el tipo de significado directivo de las normas jurídicas.

La característica fundamental que diferencia las prescripciones jurídicas de otras clases de usos prescriptivos del lenguaje: *la autoridad* que emite y controla el cumplimiento de las obligaciones.

Las normas jurídicas son un tipo de prescripciones respaldadas por una *autoridad específica*. *La fuerza significativa* de las normas jurídicas encuentra todos los matices que la caracterizan en esa autoridad, esa fuerza se deriva de una o varias *normas de reconocimiento*. Si la promulgación de una norma jurídica se adapta a las *normas de producción* del sistema jurídico y se da la oportunidad necesaria para que esa norma se pueda cumplir, puede decirse que ese uso lingüístico tiene un carácter prescriptivo y establece pautas de conductas obligatorias.

El significado de las prescripciones jurídicas no depende de su aceptación o de su eficacia a la hora de influir la conducta, sino de la intención que dimana de su emisión o reconocimiento como normas jurídicas. La autoridad no precisa ser reconocida por todos los sujetos a los que éstas van dirigidas. Basta con que sea reconocida por el aparato coercitivo que controla su aplicación.

Hasta ahora nos hemos ocupado de *la fuerza significativa* de las normas jurídicas. En este punto trataremos de profundizar en torno a alguna de *las características* más sobresalientes del *lenguaje legal*.

Las normas jurídicas buscan ser eficaces *persuadiendo*. El lenguaje es eficaz como instrumento para guiar comportamientos, es un *uso táctico* que puede manifestarse como un *uso emotivo*, cuando se recurre a definiciones persuasivas para facilitar la aceptación inmediata de las pautas o como un *uso ideológico*, cuando el uso emotivo del lenguaje apela a elementos de carácter ideológico.

Las *definiciones y expresiones persuasivas* pretenden describir. También persiguen un impacto emotivo.

El término burocracia tiene hoy un significado peyorativo, mientras que la expresión servicio público tiene un carácter más positivo. En ocasiones es la propia forma sintáctica o retórica de la expresión la que determina el uso emotivo del lenguaje.

El *uso ideológico* del lenguaje busca la aprobación *implícita* y automática de aquellos que comparten los valores y los objetivos políticos del sistema social. Se trata de términos (libertad, igualdad, democracia, etc).

En otro orden, el uso ideológico del lenguaje del derecho puede querer enmascarar determinados aspectos de la realidad. Por ejemplo, con las normas jurídicas que regulan la relación laboral, la igualdad formal de las partes ligadas por el contrato de trabajo enmascara su desigualdad social.

El uso del lenguaje para formular normas jurídicas muestra ciertas regularidades. Mediante el uso de *definiciones* se pretende evitar los problemas de ambigüedad e imprecisión, también es importante el peso de la tradición. Algunos autores insisten en que es un *lenguaje formal o artificial o cuando menos un lenguaje semiartificial*. Sin embargo creemos que no se puede equiparar, ni tan siquiera afirmarse con propiedad que es un *lenguaje semiartificial*. Tiene características propias del *lenguaje común o natural*.

El uso de un lenguaje artificial desvirtuaría la función primaria de orientación del comportamiento del uso directivo de las normas jurídicas. Hay que destacar el alto grado de abstracción del contenido de las mismas y el uso de conceptos indeterminados. La mayoría de las normas jurídicas no se dirigen a individuos concretos, establecen para regular un conjunto amplio de hechos típicos y obliga a recurrir a *conceptos jurídicos indeterminados* para definir las hipótesis normativas básicas. Son conceptos abstractos, esto es, que no se refieren a un hecho o acción concreta, sino a un *tipo* de situaciones. En algunas ocasiones estos tienen un trasunto valorativo, es decir, son especialmente ambiguos que, además de tener una referencia objetiva, tienen carga emocional o ideológica: diligencia de un buen padre de familia.

- CRITICA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: VALIDEZ, VIGENCIA. EFICACIA Y VALOR

El estudio del significado de las normas jurídicas está relacionado con el uso de las mismas dentro de un contexto comunicativo. La crítica de cualquier uso del lenguaje debe atender a su *fuera significativa*. En este apartado se trata de saber cuándo se puede decir que éstas realizan su función correcta o incorrectamente. No tendrá sentido preguntar si las normas jurídicas son verdaderas o falsas para saber si éstas son *correctas o incorrectas*, para saber si cumplen o no su función.

La inadecuación de la crítica del significado de las normas jurídicas, suele relacionarse con la *falta de referente* de este tipo de usos del lenguaje. No existe un referente empírico, las normas jurídicas establecen obligaciones y derechos. Para quienes afrontan el significado del lenguaje desde una perspectiva realista, los términos obligación y derecho son *expresiones vacías*.

Algunos autores han llegado a afirmar que las aserciones sobre derechos y obligaciones jurídicas carecen de sentido en tanto en cuanto no son susceptibles de ser verdaderas o falsas.

La fuerza significativa de una norma jurídica, su carácter prescriptivo específico y la correspondiente obligación de cumplir la indicación de conducta que contenga, se deriva de su reconocimiento como una norma del sistema jurídico. La fuerza significativa específica de las normas jurídicas, su autoridad, se denomina validez; a pesar de estar basada en presupuestos formales, tienen consecuencias prácticas que no deben ser pasadas por alto. La pertenencia de una norma al sistema jurídico significa que es obligatoria, con independencia de que sea aceptada o no por los destinatarios de la misma. La validez determina la obligatoriedad