

CAPÍTULO I

El problema de la definición del concepto de derecho

I. Propuesta del problema

Las definiciones conceptuales ayudan –en gran medida– a presentar y explicar diversas situaciones o estados de cosas que se presentan en el mundo; facilitan su comprensión y caracterización. Recurrir a ellas se hace necesario, si se pretende validar hipótesis y propuestas en el ámbito de la ciencia o en cualquier disciplina del conocimiento.

Aristóteles y Kant, desde el terreno filosófico, han esbozado posibles alcances de lo que implica definir un concepto. El primero expresa que definir es determinar la “esencia” de algo; en este sentido, la definición supone hallar la “esencia” de la cosa. Se conoce la “naturaleza” de algo cuando se logra comprender su causa.¹ El segundo puntualiza que por medio de la definición, se concibe un concepto en su total plenitud; para esto, es preciso circunscribir el contenido y límite del objeto que se quiere definir.² La completitud del concepto se obtiene cuando se consigue identificar la existencia de suficientes predicados que caractericen y diferencien adecuadamente el concepto que se define de otros conceptos. Tanto la perspectiva aristotélica, como kantiana –en líneas generales– han sido utilizadas [obviamente, con sus respectivas reservas y alcances] en el campo de la filosofía y en la ciencia en general.

Las ciencias formales y naturales no han tenido dificultades insuperables que impidan aceptar ciertas definiciones como correctas o válidas; tampoco se han efectuado grandes discusiones, al momento de definir y delimitar sus respectivos campos de estudio. Por ejemplo, los científicos [de ámbitos como la química o física] no se detienen en su quehacer científico para reflexionar acerca de lo que es su ciencia. Sin embargo, no es el caso del conocimiento jurídico, puesto que a nivel de la iusfilosofía, siempre se está discutiendo acerca de la utilidad y corrección de las definiciones que se formulan en el derecho. De todos los conceptos existentes en la “ciencia” jurídica, tal vez, el que ha generado mayor contrariedad es el concepto de derecho.

El estado de indeterminación que se presenta al momento de definir el concepto de derecho no es una particularidad que haya

¹ Aristóteles, *Metafísica*, trad. Tomás Calvo Martínez, España, Gredos, 2011.

² Kant, Immanuel, *Critica de la razón pura*, 1ª reimp., edición bilingüe, trad. de Mario Caimi, México, Fondo de Cultura Económica-UAM-UNAM, 2011, p. 639.

sido revelada por las teorías jurídicas contemporáneas, sino más bien es una constante que surgió desde antaño, como si fuese una peculiaridad insoslayable e insalvable del propio concepto. Una forma de graficar la singularidad que aqueja al concepto de derecho es a través de las palabras de I. Kant y G. Flaubert –a pesar de haber sido escritas hace tiempo– aún tienen plena vigencia y retumban con gran eco en oídos de los iusfilósofos. El primero, desde la filosofía, ha manifestado que los juristas buscan todavía una definición de su concepto de derecho.³ El segundo, desde la literatura, ha definido al derecho como algo que “no se sabe qué es”.⁴ Estas expresiones –por muy amargas e irónicas que parezcan– reportan algo de plausibilidad.

Desde la óptica científica, se han elaborado tres cánones que sirven como referentes para elaborar y evaluar la pertinencia y corrección de las definiciones,⁵ cuya finalidad es dar cabida a la creación de un grupo de definiciones que se corresponda con la realidad, que sean correctas, útiles y válidas científicamente, y permitan un diálogo fluido entre sus pares. El primer criterio es el *de fundamentación* y exige que cualquier definición que se ensaye de un concepto debe necesariamente justificarse; es decir, se tienen que brindar buenas razones del porqué se define como se define. Con este procedimiento, lo que se quiere es evitar arbitrariedades al momento de definir. El segundo es conocido como el *de primacía lógica* e implica que un concepto debe ser definido antes de ser aplicado a un

³ *Ibidem*, p. 642. La anotación se encuentra en un pie de página.

⁴ Flaubert, Gustave, *Diccionario de los lugares comunes*, trad. de Tomás Onaindia, España, EDAF, 2006.

⁵ Siempre se ha tratado de presentar e imponer a las ciencias naturales como prototipo epistémico y metodológico para la obtención del conocimiento de cualquier área del saber. Los científicos de las ciencias naturales han buscado, en este sentido, ser una autoridad de modelo explicativo que los investigadores sociales y la ciencia social deben imitar y alcanzar. Norberto Bobbio, en relación con el paradigma científico natural y el derecho, sostiene que: “el positivismo jurídico surge como consecuencia de transformar el estudio del derecho en una verdadera y auténtica ciencia, que tuviese las mismas características de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales. El rasgo fundamental de la ciencia es su neutralidad valorativa”. *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate, 1993, p.145.

conjunto de proposiciones. El tercero es el *de no duplicidad* e impone que las definiciones que han sido aceptadas en un sector del conocimiento no tienen que duplicarse mediante interpretaciones posteriores. Las interpretaciones que se realicen tienen por objetivo mejorar la definición.

Sucede que los preceptos proporcionados por la ciencia no son de aplicación pertinente en el campo jurídico, además de ser constantemente vulnerados. Esta observación ratifica que el proceder científico y sus reglas definitorias no son de mucha utilidad para la construcción de la noción de derecho. Dicho lo anterior, es patente que el camino para la definición conceptual en la ciencia jurídica y, por ende, del derecho, deberá ser distinto al impuesto por la ciencia; por ejemplo, cuando en la ciencia, se utiliza una definición –casi siempre– se hace con la finalidad de presentar ciertas características o propiedades del objeto que se pretende definir y se identifican los supuestos fácticos que encajan en ella. En el caso de existir una divergencia entre la definición ofrecida y la realidad, lo que se modifica es la primera y no la segunda.⁶

En el derecho, cuando se utilizan las definiciones, no solamente se cumple con la función antes descrita, sino que también se fundamentan situaciones, se atribuyen consecuencias, se configura la realidad y se guía la práctica jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de propiedad [v. gr.], cuando se la define, no se presentan solo sus particularidades, también se explican [desde la óptica del teórico del derecho] y se atribuyen derechos [desde la perspectiva de los oficiales del derecho] como el de uso, disfrute y enajenación; de igual forma, la situación de la persona que encuadra en la definición de propiedad cambia, se convierte en propietario y se forma una realidad. Si se llega a variar la definición de propiedad, lo más

⁶ “Las leyes de la naturaleza son *descriptivas*. Describen regularidades que el hombre cree haber descubierto en el curso de la naturaleza. Son verdaderas o falsas. La naturaleza no obedece, excepto, en un sentido metafórico, a estas leyes. Si se descubre una discrepancia entre la descripción y el curso efectivo de la naturaleza, es la descripción y no la naturaleza la que tiene que ser rectificad”. Wright, G. Henrik von, *Norma y acción una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1970, p. 22.

probable es que se alteren las situaciones de la realidad, hecho que no sucede en la ciencia formal y natural.

II. Teorías de la definición: planteamientos desde la filosofía del derecho

En líneas generales, el problema de la definición en el ámbito jurídico ha sido tratado desde dos perspectivas: una metafísica (platónica) y otra realista.⁷ Los representantes del conceptualismo metafísico consideran que los conceptos jurídicos son entidades ideales y pertenecen a un espacio suprasensible. Los partidarios de la versión realista manifiestan que los conceptos en el derecho tienen asidero en la realidad; en consecuencia, tienen que ser definidos teniendo en cuenta datos empíricos.

Las posturas citadas son puntos extremos que –en cierta manera– han sido abandonadas y superadas por los iusfilósofos contemporáneos. No existe, hoy en día, algún teórico del derecho que defienda o esté dispuesto a sostener la variante metafísica al estilo platónico o medieval. Los modernos positivistas jurídicos analíticos, con sus planteamientos, no persiguen verdades ideales, perennes, universales y atemporales del concepto de derecho, la pretensión de los iuspositivistas es encontrar características del derecho situadas en un espacio y tiempo específicos. Frente a esta consideración, se encuentra el giro naturalista de Brian Leiter, quien desde su trinchera iusfilosófica, señala que el concepto de derecho tiene que ser reconstruido a partir de las investigaciones que proveen las ciencias empíricas y no a través del análisis conceptual *a priori*, como procuran los iuspositivistas analíticos.⁸ Por último, entre la posibilidad del positivismo jurídico analítico y el giro naturalista, existe una tercera vía impulsada por Ronald Dworkin,

⁷ Una breve e importante exposición de ambos enfoques es desarrollado por Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

⁸ Para un mejor estudio de la propuesta de Leiter, Brian, revítese su libro *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, España, Marcial Pons, 2012.

quien desde su postura antipositivista, considera que el derecho es un concepto interpretativo.⁹

III. Complejidad del concepto de derecho

Es una condición necesaria que al estudiar un concepto, se ofrezca, al menos, una somera definición del mismo. Esto se acomoda –de manera obvia– a ciertas ramas del conocimiento, sobre todo, a las ciencias naturales y formales. Se puede determinar la ciencia matemática como aquella que se encarga del estudio de los números. Sin embargo, tal facilidad o generalidad de definición es algo que no se puede dar en el derecho.¹⁰

Los investigadores jurídicos han asumido una postura prudencial y casi obligatoria, ante el hecho de no querer brindar o aceptar cualquier formulación como definición del concepto de derecho, debido a que el mínimo aporte novedoso que se efectúe al respecto es capaz de reestructurar y redefinir la comprensión que se tiene del mismo.

⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 3ª reimp., trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 47.

¹⁰ “No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas: ‘¿Qué es química?’ o ‘¿Qué es medicina?’; como lo hay para responder a la pregunta: ‘¿Qué es derecho?’. Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental son todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3ª ed., trad. de Genaro Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot, 2009, p. 1.

“No deja de ser sorprendente que los estudiosos del derecho aparentemente tengan las dificultades que tienen y disientan en la forma en que lo hacen cuando se ponen en la tarea de identificar y clasificar los fenómenos a cuyo estudio han dedicado toda su vida y que, por otra parte, no parecen ser nada misteriosos ni requerir técnicas especiales de observación.

Seguramente, ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, etcétera, tendrían tantas dificultades para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas; en la mayor parte de los casos les bastaría con señalarnos algunos objetos o fenómenos o darnos alguna breve explicación para transmitirnos una idea más o menos precisa de lo que ellos estudian”. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Argentina, Astrea, 2003, p. 11.

Las constantes redefiniciones que se han efectuado al concepto [ya sea por la adición de nuevas características o por interpretaciones originales], demuestran que dicha definición es una cuestión que no puede ser resuelta de manera absoluta. El debate actual evidencia que los especialistas en el tema discrepan seriamente en sus postulados. Resulta necesario, entonces, justificar teóricamente el porqué es relevante determinar qué es el derecho.

Fundamentalmente, es una cuestión trascendental caracterizar y comprender adecuadamente el derecho; también, porque de ello dependen la validez jurídica¹¹ y el aspecto normativo del derecho. La validez jurídica se refiere a comprender las circunstancias y condiciones por las que una norma cualquiera, común y corriente se convierte en una norma jurídica válida.¹² El aspecto normativo está relacionado con la intención del derecho de presentarse como una razón para motivar las acciones del ser humano.¹³

Dado que lo verdaderamente importante se presenta bajo el ropaje de la complejidad e indeterminación, es urgente realizar dos observaciones que aquejan a la problemática de la definición del concepto de derecho. Por un lado, no existe una opinión dominante

¹¹ La expresión validez jurídica es un concepto complejo y problemático al que se le han atribuido distintos significados que varían, no únicamente de acuerdo con la posición iusfilosófica desde la que se le analice, sino también respecto a cada autor que exponga el tema. Una idea aproximada de las acepciones que puede tomar la validez jurídica es graficada por los siguientes ejemplos: a) la norma X es válida porque existe dentro del sistema jurídico Y; b) la norma X es válida porque pertenece al sistema jurídico Y; c) la norma X es válida porque generalmente es obedecida; d) la norma X es válida porque es aplicada por los oficiales del derecho; e) la norma X es válida porque reúne los requisitos formales y sustantivos que exige el sistema jurídico Y; f) la norma X es una norma válida; g) la norma X es válida porque es eficaz; h) La norma X es válida porque es reconocida por los oficiales del derecho; i) la norma jurídica es válida porque es aceptada por el colectivo, etcétera. De los enunciados realizados, se desprende que existe una asimilación de validez jurídica con pertenencia, existencia, obediencia, aplicación, aceptación, reconocimiento, etcétera.

¹² Marmor, Andrei, *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, trad. de Jorge Luis Fabra Zamora y Juan Gabriel Acosta Castro, Lima, ARA, 2011, p. 50.

¹³ *Idem*.

y duradera de lo que puede entenderse por una teoría general respecto al concepto de derecho. Por otro lado, si bien existe un cinturón de categorías conceptuales medianamente compartidas y aceptadas por los filósofos del derecho, los métodos que se utilizan para su explicación son distintos; en consecuencia, los resultados son disímiles y se hace difícil sostener una discusión que ostente una coherencia metodológica a nivel general.¹⁴

Carlos Santiago Nino plantea que la dificultad para definir el derecho radica en la percepción que se tiene de la relación entre lenguaje y realidad.¹⁵ Si uno se sitúa en la concepción platónica para describir el nexo entre las dos categorías, la definición de derecho que se busca es única, inmutable, atemporal y válida para todos los tiempos.¹⁶ Aquí, el concepto derecho es perfecto. En contraposición a este enfoque, se halla la concepción convencionalista, la cual refiere que el significado que se otorga al término derecho nace de un acuerdo o convención:

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo, “derecho”, tenemos que darle algún sig-

¹⁴ “Los teóricos del derecho son en cierto modo culpables por la falta de una discusión más clara acerca de cuestiones metodológicas, en la medida en que, con frecuencia, no son tan claros como podrían serlo, si prestasen atención a la naturaleza de las afirmaciones que hacen (*e. g.* descriptivas *vs.* prescriptivas, conceptuales *vs.* empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte”. Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, trad. de Pablo E. Navarro, Erica Frontini, Laura Manrique y otros, España, Marcial Pons, 2006, p. 7.

¹⁵ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ “El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es ‘esencial’ a cierto concepto o práctica, características ‘necesarias’ para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión. Mientras que tales afirmaciones sobre ‘naturaleza’ o ‘esencia’ fueron tradicionalmente asociadas a la metafísica platónica, existen versiones modernas metafísicamente menos ambiciosas de tales afirmaciones. [...] Por ejemplo, Raz (1996) defiende una comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual y al hacerlo, argumenta que tales teorías intentan explicar ‘nuestro concepto de derecho’, no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho”. Bix, Brian, *op. cit.*, p. 20.

nificado, si pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir, por ejemplo, el derecho argentino, sin saber lo que derecho significa.¹⁷

Nino se adscribe al pluralismo conceptual y acepta, sin problema alguno, la existencia de una diversidad de conceptos de derecho:

[...] Según esta posición, el concepto de derecho surge de estipulaciones y prácticas que tienen en cuenta las necesidades del discurso en el que ese concepto se emplea. La consecuencia inmediata de esta posición es la admisión de que puede haber una pluralidad de conceptos de derecho, ya que las necesidades del discurso pueden variar en y con el discurso.¹⁸

Scott Shapiro, por su parte, resalta que el término derecho es notablemente ambiguo, y es fácilmente usado en distintos contextos con diversos significados:

En muchos casos, “derecho” funciona como lo que los lingüistas denominan términos de masa, como “nieve” o “carne”, y por tanto, refiere a una cantidad incontable de normas jurídicas. Cuando nos preguntamos, por ejemplo, si en un sistema jurídico en concreto, hay un gran volumen de derecho de las telecomunicaciones (una pregunta similar a si hay mucha nieve afuera), estamos usando este uso particular. Pero a diferencia de otros términos de masa, “derecho” también puede combinarse con un artículo indefinido. No se puede jugar con *una* nieve, pero *se puede* crear, aplicar, estudiar, detestar o respetar *un* derecho. En este primer sentido, “derecho” es como “piedra” o “cordero”: en sí mismos, se trata de términos de masa, pero cuando están precedidos por un artículo indefinido o son pluralizados, se convierten en términos contables. Entonces, del mismo modo en que puede preguntarse cuántas piedras hay en el jardín, también puede preguntarse si un país o sistema jurídico en concreto tiene muchos derechos

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del derecho*, España, Ariel, 1994, p. 32.

civiles. El término “derecho” también es utilizado con frecuencia para aludir a una organización social concreta. Puede decirse, por ejemplo, que el derecho reivindica la facultad de emplear la fuerza para garantizar el cumplimiento de las reglas. En este ejemplo, derecho no se refiere a un conjunto indefinido de normas jurídicas, sino a una organización que crea, aplica y hace cumplir tales normas.¹⁹

Ciertamente, las consideraciones expuestas coadyuvan –en alguna medida– a la complejidad del concepto de derecho, pero no son determinantes y pueden ser superadas. La complejidad del concepto radica en su ontología. Cuando se plantea el asunto ontológico, se está preguntando por el modo en que existe el derecho y se intenta crear su imagen. Las descripciones que se hacen para dar cuenta de lo que es el derecho no tienen asidero en cuestiones físico-naturales; por lo tanto, el objeto de estudio de los iusfilósofos no tiene una ontología objetiva en la acepción rigurosa del término.²⁰ El derecho no es un hecho natural como una montaña, tampoco es una manifestación natural como el miedo o el habla. El derecho es una creación del hombre y forma parte del conjunto de hechos institucionales que para su existencia, necesita de ciertas condiciones que configuren su ontología.

Atendiendo la situación descrita, desde la filosofía, John Searle plantea la idea de reglas constitutivas y regulativas. Las primeras dan origen a la existencia de cierta actividad; esto es, crea la actividad; el ejemplo que da Searle para explicar esta tipología, es el juego del ajedrez. Las reglas del ajedrez crean la posibilidad misma de jugar ajedrez: “Las reglas son constitutivas del ajedrez, en el sentido de que jugar al ajedrez queda en parte constituido por la actuación según esas re-

¹⁹ Shapiro, Scott, *Legalidad*, trad. de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña, España, Marcial Pons, 2014, p. 29.

²⁰ “J. Searle hace una distinción entre ontología objetiva y subjetiva; asimismo, distingue entre epistemología subjetiva y objetiva. Se pueden hacer enunciados epistémicos subjetivos de ontologías objetivas, también se pueden hacer enunciados epistémicos objetivos de ontologías subjetivas. En este sentido, el hecho de que la ontología del derecho sea no objetiva no implica que necesariamente los enunciados que se hagan de ella sean subjetivos”. *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 27-28.

glas. Si ustedes no siguen al menos una buena parte de esas reglas, ustedes no están jugando el ajedrez”²¹

Las segundas reconocen ciertas actividades y las regula. “Así, la regla ‘conduzca por la mano derecha de la calzada’ regula la conducción; pero la conducción puede existir antes de la existencia de esa regla.”²² Las reglas constitutivas y regulativas guardan cierto parecido con el tipo de reglas primarias y secundarias que en su momento, propuso Hart.

Si se acepta que la ontología del derecho puede configurarse con el tipo de reglas exhibidas y se toma como cierta posibilidad, su aprobación no es inimpugnabile, pudiendo ser puesta en tela juicio con base en buenas razones. Sucede que, si solamente se consideran las reglas que hacen posible la existencia del derecho y se desatiende la cuestión sustantiva, el cometido de querer dar cuenta de qué es el derecho sería parcial, debido a que solo se describe la fisonomía formal de la ontología jurídica, y no se ha detallado el aspecto sustantivo.²³ Autores como Dworkin y Finnis han insistido en lo último. Tal vez, un inicio viable para dar cuenta de qué es el derecho desde su contenido, sea tener presente fundamentalmente, que el derecho posee un sentido, es decir, es significativo, tiene un fin y contiene un propósito. Dicho concepto es un concepto intensional.

IV. Consideraciones para una aproximación analítica al concepto de derecho

El concepto de derecho es susceptible de ser analizado desde un enfoque político, sociológico, antropológico, histórico, etcétera. Toda investigación que se hace a partir de cualquier plano, es insuficiente para brindar una explicación global. A pesar de esto, es factible plantear algunos elementos referenciales que pueden servir de guía para construir una concepción básica de lo que es el derecho.

Un primer punto a considerar es la no aceptación de cualquier definición de derecho. La noción que se formule tiene que reflejar

²¹ *Ibidem*, p. 45.

²² *Idem*.

²³ Las condiciones explicativas del concepto de derecho exigen que se atienda su aspecto formal y sustantivo.

—en gran parte— las características de los sistemas jurídicos más desarrollados. Un segundo punto es que una presentación plausible del concepto tiene que dar cuenta de su aspecto material y formal. Un tercer punto tiene que ver con el objetivo de establecer qué se desea hacer cuando se aborda la cuestión de su definición. En esta línea de razonamiento, es primordial aclarar lo que se busca con la teoría jurídica formulada, es decir, que los filósofos del derecho deben señalar si su teoría pretende: *a*) fundamentar el derecho (Dworkin); *b*) describir el derecho (Hart) o *c*) crear principios que sirvan de guía para el derecho (Finnis).

Cualquier proyecto que se tenga respecto al derecho debe ser general y abstracto. Algún observador perspicaz podría considerar que con dicha forma de proceder, únicamente se obtiene una definición simbólica y formal, carente de contenidos e incapaz de encauzar los problemas que se presentan en el ámbito de la práctica jurídica. Una posición formal del concepto resulta, por lo tanto, vacía. Frente a esta indicación, es oportuno manifestar que la generalidad y abstracción no excluyen en ninguna medida, la probabilidad de hacer referencia a cuestiones de contenido, pues es dable que en una descripción general y abstracta, se recojan los elementos materiales y formales del derecho sin necesidad de perder o favorecer a uno de los dos elementos.