

Informe de Investigación

Título: Acepciones de la palabra Derecho

Rama del Derecho: Derecho General.	Descriptor: Principios Básicos.
Palabras clave: Concepto de Derecho, Acepciones de la palabra Derecho, Problemas de Definición, Concepto de Derecho Subjetivo.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 08 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a)EL CONCEPTO DE DERECHO.....	2
a) Una aproximación inicial a los rasgos básicos del Derecho.....	2
b) Problemas de definición.....	5
b)QUÉ ES EL DERECHO.....	8
El Derecho en el Estado moderno.....	8
c)CONCEPTO DE DERECHO.....	9
d)LA DEFINICIÓN DE DERECHO.....	10
1. ¿Qué es el derecho?.....	10
2. Algunas propuestas de definición de "derecho".....	15
e)EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO.....	21
1) "Derecho" como equivalente a "no prohibido".....	23
2) "Derecho" como equivalente a autorización.	25
3) "Derecho" como correlato de una obligación activa.	27
4) "Derecho" como correlato de una obligación pasiva.....	27
5) "Derecho" como acción procesal.....	28
6) Derecho político.....	29
f)DERECHO.....	31

1 Resumen

Sobre **“Derecho”** se plantea el siguiente informe, tratado por medio de doctrina de explicar el concepto del mismo, dando a entender varios de sus puntos, entre estos: el concepto de Derecho, sus rasgos básicos, los problemas de definición, qué es el Derecho, el Derecho en el Estado moderno, algunas propuestas de definición de "derecho", el concepto de derecho subjetivo, "Derecho" como equivalente a "no prohibido", como equivalente a autorización, como correlato de una obligación activa, como correlato de una obligación pasiva, como acción procesal, Derecho político, entre otros.

2 Doctrina

a) EL CONCEPTO DE DERECHO

[Peces-Barba]¹

a) Una aproximación inicial a los rasgos básicos del Derecho

Cualquier estudiante universitario que pretenda aproximarse al conocimiento de una determinada parcela de la realidad tiene como premisa básica la de conocer el concepto de la materia a la que se acerca. Esto es algo necesario en cualquier materia. Por tanto, un estudiante de Derecho debe ser consciente de que lo primero que debe plantearse es la cuestión de la definición del Derecho. Esto, que parece algo normal en cualquier aproximación a las diversas facetas de la realidad, es especialmente importante en el caso del Derecho.

Pudiera parecer que el Derecho en esto no se distingue de otras materias y que, de la misma manera que es aparentemente fácil proponer una definición en las reflexiones preliminares sobre una determinada materia, también lo es en relación con el Derecho. Pero rápidamente nos damos cuenta de la complejidad de la cuestión de la definición del Derecho. Son paradigmáticas al respecto las palabras con las que H. L. A. Hart comienza su obra *El concepto de Derecho*, una de las más importantes de la literatura filosófico-jurídica del siglo xx: «Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta "¿qué es Derecho?" Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años y dejemos a un lado la especulación clásica o medieval acerca de la "naturaleza" del Derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿qué es química?" o "¿qué es medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿qué es Derecho?"»¹. Yes que, en efecto, el Derecho es uno de esos aspectos de la realidad que no son fácilmente definibles o, por lo menos, en los que no hay un acuerdo



generalizado en cuanto a su concepto. Como veremos con posterioridad, variadas son las causas que pueden influir en dicha circunstancia. Así, hay que tener en cuenta que el Derecho es un fenómeno multidimensional. Quiere decirse con ello que puede ser analizado desde múltiples y numerosas perspectivas o puntos de vista, a partir de los cuales se extraen conclusiones, todas ellas valiosas aunque no idénticas. Por otra parte —también tendremos ocasión de observarlo—, en la definición del Derecho influyen de manera sobresaliente las distintas concepciones del mismo. Por ello, el que un jurista mantenga una determinada teoría sobre el Derecho condiciona necesariamente la definición del mismo. Por último, también debemos ser conscientes de que el propio término "Derecho", en tanto que perteneciente al lenguaje natural, tiene determinados problemas —compartidos con otros términos— que dificultan en cierta medida su comprensión.

Ante este panorama alguien fácilmente desanimable podría estar tentado de desistir de la tarea de comprender el Derecho, afirmando que si es muy difícil llegar a una definición generalmente aceptada, también lo es comprender lo que el Derecho es. Pero posiblemente, si utilizamos una estrategia adecuada, podemos superar ese escepticismo.

En efecto, podemos, mejor que intentar desde el principio una definición más o menos definitiva (que necesariamente debería ser reformulada conforme avanzáramos en nuestra reflexión), ensayar una «aproximación por zonas» que nos permita una aproximación paulatina al fenómeno jurídico, al final de la cual podríamos estar en condiciones de proponer algún tipo de definición. En dicha aproximación subrayaremos los caracteres o rasgos básicos del Derecho. No obstante, también en este caso debemos recordar una advertencia: estos rasgos básicos pueden alterarse en función de la idea de Derecho (de la precomprensión) que previamente se mantenga. En todo caso, intentaremos presentar unos rasgos cuya aceptación no plantee especiales problemas, rasgos que sirven para enmarcar el, sentido genérico del Derecho con independencia de las concretas y particulares definiciones.

Para ello podemos comenzar reconociendo que la experiencia cotidiana demuestra que el Derecho, aunque no siempre seamos conscientes de ello, es algo muy próximo a múltiples y diversos aspectos de nuestra existencia. En efecto, el Derecho nos rodea y nos acompaña constantemente. Desde los primeros momentos de la vida de un niño hasta las diversas circunstancias en las que se puede producir la muerte de una persona las normas jurídicas siempre están presentes. Podríamos pensar que el Derecho regula los momentos o las actividades más importantes de la vida de los individuos o de los grupos en los que éstos se integran. Ello es cierto, pero tenemos que ser conscientes de que también otras actividades o facetas de nuestra vida, que a nosotros nos parecen a primera vista menos relevantes o importantes, también son reguladas por el Derecho. Ello es —lo veremos en otra lección— porque el Derecho es una forma específica de organización social y por eso interviene, a través del establecimiento de pautas de conducta, en todos aquellos aspectos de la vida humana que se consideran imprescindibles para la efectiva realización del específico modelo de organización social. Cabe subrayar en este sentido que el Derecho se identifica precisamente por constituir un mecanismo específico de ordenación de la existencia social humana. Con ello se quiere decir que en realidad lo definitivo a la hora de identificar el Derecho no está constituido por el tipo de actividades o dimensiones de la vida humana reguladas por él, sino por la determinada forma en que se produce la regulación de aquéllas. Veremos más adelante que hay determinados aspectos de la vida humana sometidos al mismo tiempo a normas de distinto tipo, jurídicas y morales, por ejemplo, y que uno de los criterios importantes a la hora de diferenciar dichas normas entre sí es el de los mecanismos propios de cada una de ellas.

Sabemos que el individuo es un ser social que convive en un determinado entorno con otros seres humanos. La ordenación de la mera coexistencia de los seres humanos y la obtención de objetivos



comunes son elementos que explican la naturaleza social del Derecho. La socialidad del ser humano y la consiguiente convivencia constituyen el dato a partir del cual podemos comprender la existencia y la necesidad del Derecho. En efecto, dicha convivencia necesita, para prolongarse, la existencia de determinadas pautas de conducta que establezcan modelos de comportamiento a seguir en el seno del grupo humano. Es cierto que diferentes son las vías a través de las cuales se pueden establecer esas pautas. Posiblemente el mecanismo más primitivo y menos evolucionado es el que consiste en la imposición de comportamientos a través de la fuerza bruta ejercida por el sujeto más poderoso en ese momento en el seno del grupo. Pero una buena señal del proceso de civilización es que esas pautas de conducta se pueden establecer a través de la imposición de modelos de conducta, con un cierto nivel de estabilidad, que permiten, por tanto, el conocimiento previo por parte de los individuos sometidos a ellas y a las que acompaña una organización de mecanismos que; aseguran el cumplimiento de esos modelos de conducta. En definitiva, el Derecho se identifica con el resultado de ese proceso de civilización.

En relación con lo anterior, no tendría mucho sentido imaginar un sistema jurídico en una situación en la que existiera únicamente una persona y que, por tanto, no fueran imaginables relaciones intersubjetivas. En ese caso ese individuo obedecería, a la hora de regular sus conductas, a determinadas normas, que bien podríamos considerar como morales, dictadas por él mismo. El solitario Robinson Crusoe no actúa de acuerdo con normas jurídicas; cuando aparece el indígena Viernes y se hace patente la necesidad de regular una situación de socialidad humana es cuando adquiere sentido comenzar a pensar en algo parecido al Derecho.

Cuando afirmamos que el Derecho es un fenómeno humano estamos diciendo dos cosas a la vez: el Derecho es un producto humano, por una parte, regula comportamientos humanos, por otra. El Derecho es producido por los seres humanos en el marco de diversas circunstancias y contextos históricos. Y en el marco de esas circunstancias debe ser entendido. Por eso se afirma que el Derecho tiene una «vinculación circunstancial» con el conjunto de realidades concretas en el seno de las que surge. Además, el Derecho, a través de sus distintos mecanismos, tiene por objeto sólo la regulación de diferentes facetas de la vida humana o aspectos directamente relacionados con ésta y que son importantes para ella. Como ha señalado A. Falzea, de la anterior afirmación se desprenden dos consecuencias: no tiene sentido hablar de Derecho en relación con el mundo animal o vegetal, de la misma manera que tampoco lo tiene en relación con el mundo de lo trascendente al ser humano. El Derecho, además de ser un producto humano destinado a regular diversas dimensiones de la vida humana social, tiene un carácter histórico. Como ya hemos adelantado, es producido por hombres en determinadas circunstancias. El Derecho es el resultado de esos contextos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos. Por eso, varía en sus contenidos en función de las circunstancias históricas y refleja los caracteres de esas circunstancias.

Pero además, el Derecho destaca por su naturaleza normativa. Los modelos de conducta incluidos en un ordenamiento jurídico constituyen criterios de comportamiento a los que están sujetos los destinatarios de ese sistema. En ese sentido, se afirma que el contenido del Derecho pertenece al mundo del deber ser. Los individuos deben ajustarse a esas conductas para que el modelo social propuesto por el Derecho pueda realizarse. Las normas jurídicas son expresión de un deber ser desde el momento en que tras ellas se encuentra una determinada voluntad. Es esa voluntad la que pretende que los individuos actúen de determinada manera. Evidentemente los caracteres y las consecuencias de la imposición y del ejercicio de esa voluntad variarán profundamente en función de que nos hallemos en presencia de un Derecho de origen democrático o no, por ejemplo, pero en todo caso la presencia de ese elemento volitivo tras el Derecho es insuprimible. Por ello, uno de los factores básicos para comprender el sentido y la actuación del Derecho está constituido



por la relación entre el Derecho y el Poder, entre el Derecho y la fuerza, que será objeto de una lección posterior. La presencia de esa voluntad explica por qué la noción de coacción está estrechamente ligada al Derecho. Los ordenamientos jurídicos incluyen sistemas de coacción destinados a asegurar el cumplimiento de sus modelos de conducta. Como señala Kelsen, una «nota común de los sistemas sociales designados como "derecho" es que son órdenes coactivas en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo; un mal que debe infligirse contra la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente». En este sentido, en el Derecho se produce una interrelación entre libertad y coacción: el Derecho puede ser un mecanismo para asegurar la libertad de todos, pero para ello es imprescindible la presencia de dimensiones coactivas. Recordemos la definición de Derecho que nos propone Kant: «el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad», y más adelante: «si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales [es decir, contrario al Derecho (unrecht)] entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al Derecho (recht); por consiguiente, al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción» .

Pero además, cuando el Derecho establece modelos de comportamiento, lo hace porque se considera que dichas conductas son necesarias para el mantenimiento de un modelo o el logro de unos determinados fines. De ello necesariamente se deduce que el Derecho es expresión de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de esos modelos de comportamiento. Por ello, se afirma que ningún sistema jurídico es neutro desde el punto de vista axiológico. Detrás del Derecho existen unos determinados valores, que son los que precisamente pretenden materializarse a través de la normas jurídicas. Y el Derecho toma posición respecto a esos valores cuando los juridifica. En este sentido se ha afirmado que el Derecho es estructuralmente moral: «... todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia, es decir, sobre lo moralmente justo, y al mismo tiempo está traduciendo o expresando, a través de normas jurídicas, una cierta legitimidad que le sirve de justificación». Es esa relación entre legalidad y legitimidad a la que tantas veces se ha referido Elias Díaz: «... todo sistema de legalidad tiene tras de sí y dentro de sí uno u otro sistema de legitimidad, diferentes valores e intereses de los que, con el suficiente apoyo fáctico, deriva siempre cada Derecho, y —viceversa— (...) todo sistema de legitimidad intenta expresarse y realizarse, en mayor o menor medida, a través de un determinado sistema de legalidad, aunque haya por supuesto éticas de carácter más estrictamente personal que para nada precisan doblarse jurídicamente».

b) Problemas de definición

Los problemas de definición del término Derecho pueden venir determinados por varios factores. Ya hemos señalado que el Derecho es un fenómeno histórico. Quiere decirse con ello que la comprensión contemporánea del Derecho está en función de unos determinados factores históricos, y por tanto, su concepto ha variado de acuerdo con la transformación de las coordenadas históricas en las que se ha realizado esa específica forma de organización social. Además, hemos aludido también al hecho de que en la definición del Derecho influyen

necesariamente las concepciones que los individuos tienen sobre el fenómeno jurídico. En efecto, el Derecho es una de esas parcelas de la realidad sobre las que los sujetos tienen ideas preconcebidas, previas por tanto al estudio teórico del mismo. Nuestro contacto cotidiano, más o menos consciente con las normas jurídicas, determina unas ideas previas que se pueden convertir en auténticos prejuicios y que necesariamente condicionan la definición del Derecho.

Por otra parte, debemos tener en cuenta la presencia de problemas que podríamos considerar de naturaleza terminológica. Sabemos que el término "Derecho" pertenece al lenguaje natural y forma parte de nuestro bagaje terminológico cotidiano. Quiere decirse con ello que nosotros lo empleamos en nuestras conversaciones, discursos y razonamientos de la misma manera que utilizamos otros muchos términos. Y al mismo tiempo, y precisamente por pertenecer al lenguaje natural, su comprensión sufre algunos problemas compartidos también con otros términos de ese tipo de lenguaje. En este sentido deberíamos aludir a los problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad del lenguaje.

Ambigüedad. La ambigüedad de un término implica que éste puede ser entendido de diferentes maneras, es decir, puede tener diversos significados.

La aceptabilidad de dichos significados está en función del contexto en el que se emplee el término. Como pone de relieve Carrió, «el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas». Así, podemos emplear y comprender el significado del término "Derecho" en cuatro sentidos: 1) como conjunto de normas. Cuando afirmamos, por ejemplo, «el Derecho español garantiza las libertades de los individuos» estamos haciendo referencia al conjunto de normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país. Nos referimos al Derecho como Derecho objetivo (o Derecho positivo), esto es, como conjunto de normas jurídicas obligatorias en un determinado territorio. 2) También podemos decir, «tengo derecho a circular libremente por mi ciudad» o «tengo derecho a que Juan me pague el dinero que me debe». En estos casos estamos haciendo referencia a una posibilidad de actuación que el ordenamiento me reconoce o me concede; en definitiva, a una facultad que puede consistir en pasear libremente por mi ciudad o en desarrollar las actuaciones encaminadas a que Juan acabe pagándome lo que me debe, pudiendo llegar incluso a acudir a un tribunal reclamando la cantidad. Aquí "derecho" es entendido como sinónimo de derecho subjetivo, esto es como capacidad de actuación respaldada por el ordenamiento, por el Derecho objetivo. 3) Por otra parte, también tiene pleno sentido señalar «quiero estudiar en la Facultad de Derecho» o «tengo examen de Derecho penal». En estos casos se está empleando el término "Derecho" en referencia a la ciencia jurídica. Se alude al conjunto de teorías, reflexiones y propuestas que los estudiosos y profesionales del Derecho, los juristas, elaboran en torno al ordenamiento jurídico. 4) Por último, muchas veces oímos exclamar frases como «no hay derecho a que ...». En esos casos estamos utilizando el término derecho como sinónimo de justicia, es decir, estamos expresando una valoración en relación con determinadas situaciones.

Como ya hemos señalado, los problemas de ambigüedad no son exclusivos del término "Derecho", pero en nuestro caso esos problemas se agudizan. La causa es que en relación con el término "Derecho" los significados respectivos de todas las acepciones se encuentran bien próximos. Esto no ocurre con otros términos, con lo cual, a pesar de su ambigüedad, se facilita su comprensión. Pensemos en el término "cabo", por ejemplo, con el que se puede hacer referencia, entre otras cosas, a un determinado empleo militar o a un accidente geográfico. Como se comprenderá, los contextos del discurso en el que se emplean esos términos constituyen una gran ayuda para su correcta comprensión, ya que están netamente diferenciados.



Ciertamente, los cuatro usos anteriores no son absolutamente independientes entre sí. Cuando nos referimos al derecho subjetivo estamos pensando en una posibilidad de actuación ofrecida por normas de Derecho objetivo; la ciencia jurídica se elabora a partir del trabajo de los juristas sobre las normas de Derecho positivo; en fin, la comprensión de "derecho" como sinónimo de justicia muchas veces expresa nuestro desacuerdo —o acuerdo— con el contenido de determinadas normas de Derecho positivo. En todo caso, el objeto del trabajo del jurista está constituido por el Derecho objetivo; es cierto que todas las anteriores acepciones son igualmente aceptables y tiene pleno sentido su uso en el lenguaje, pero el centro de referencia del jurista está constituido por la consideración del Derecho como conjunto de normas.

Vaguedad. Los términos que empleamos en el lenguaje natural pueden analizarse tanto desde el plano intensional como desde el plano extensional. La intensión de un término está constituida por el conjunto de rasgos o propiedades que se predicán de él y que lo caracterizan. La extensión, por su parte, se refiere al conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por ese término, a los que se hace referencia con ese término. Tanto en lo que se refiere a la intensión como en lo que se refiere a la extensión los términos pueden tener ciertas dosis de vaguedad, de manera que se podría hablar de vaguedad intensional y de vaguedad extensional. Mientras que la ambigüedad se refiere al problema de la pluralidad de significados, la vaguedad alude a la falta de certeza de éstos.

Pues bien, podemos afirmar que el término "Derecho" muestra problemas de ambos tipos de vaguedad. En efecto, "Derecho" tiene una vaguedad intensional, ya que no existe certeza o acuerdo sobre los rasgos o propiedades que deben acompañar a un sistema normativo para poder considerarlo como jurídico: por ejemplo, desde posiciones iusnaturalistas se exige necesariamente el carácter justo de las normas para poder considerarlas jurídicas, siendo ésta una necesidad que se niega desde el positivismo. Por otra parte, tiene una vaguedad extensional, ya que no existe certeza sobre el ámbito de aplicación de dicho término: por ejemplo, desde determinadas posiciones se puede cuestionar el reconocimiento como jurídico al Derecho canónico o al Derecho internacional, habida cuenta que el carácter estatal (Derecho canónico) y coactivo (Derecho internacional) no aparece en ellos de la misma manera que aparece en los ordenamientos jurídicos estatales.

Emotividad. En relación con la carga emotiva predicada del término "Derecho" debemos saber que éste es también un rasgo compartido con otros términos del lenguaje. En muchas ocasiones utilizamos términos, como por ejemplo "democracia", "amor", "libertad", "igualdad", "pecado", "solidaridad", "atentado" a través de los cuales no nos limitamos a ofrecer definiciones de la realidad. Con el empleo de estos términos también provocamos, consciente o inconscientemente, reacciones en nuestros interlocutores, al tiempo que podemos estar expresando concepciones o puntos de vista personales. Todos estos términos se caracterizan porque su utilización no tiene efectos exclusivamente descriptivos. Al contrario, provoca reacciones, de adhesión o de rechazo, en aquellas personas que participan en el discurso, y ello, entre otras cosas, también porque en relación con ellos los individuos tienen concepciones personales. La ineludible presencia de estos planteamientos personales y las reacciones emotivas que provocan estos términos, entre los que se encuentra "Derecho", pueden llegar a dificultar la comprensión entre los sujetos que los utilizan. Ciertamente, podríamos considerar que el término "Derecho" tiene una carga emotiva favorable. Considerar que algo es Derecho implica conceder a esa realidad una determinada dosis de obligatoriedad y reconocimiento por parte de los interlocutores. Esta es la raíz también de muchas disputas doctrinales, generadas alrededor de la cuestión de qué normas son o no Derecho. Por otra parte, es patente que el carácter emotivo del término se evidencia cuando se lo utiliza como sinónimo de justicia.

b) QUÉ ES EL DERECHO

[Latorre]²

El Derecho en el Estado moderno

En la vida cotidiana realizamos con frecuencia actos o nos encontramos en situaciones que nos ponen en contacto con el Derecho. Subir a un autobús, tomar localidades para una sesión de cine, comprar el periódico, son actos que tienen una trascendencia jurídica, aunque casi nunca reparamos en ello: podemos exigir que el autobús nos transporte a un lugar determinado o que se nos deje entrar en la sala de proyecciones para ver el espectáculo; adquirimos la propiedad del periódico, perdemos la del dinero que hemos pagado. En otros casos, el alcance jurídico de los hechos es más claro y manifiesto: nos quitan la cartera y acudimos a la comisaría de policía para que se inicie una actividad dirigida a descubrir al culpable e imponerle la pena correspondiente; compramos un apartamento a plazos sabiendo que contraemos unas deudas y que si no las pagamos seremos demandados ante los tribunales; nos ponen una multa por no habernos detenido ante un semáforo en rojo.

Si de estos ejemplos o de otros muchos que se podrían imaginar queremos deducir cuál es el elemento común que les da su significado jurídico, no sería difícil llegar a la consecuencia siguiente: en todos esos casos podemos exigir de otros una conducta determinada u otros nos la pueden exigir a nosotros. Pero para que ello sea posible es preciso que exista un conjunto de normas establecidas por virtud de las cuales, dados unos hechos, surjan esas posibilidades de reclamar o de quedar sujetos a una reclamación. Si yo puedo exigir que me entreguen el periódico a cambio de su precio es porque hay una norma o un conjunto de normas que así lo disponen, como preceptúan también que el vendedor pueda pedirme el pago del precio siempre que él y yo hayamos convenido realizar ese cambio de un objeto por una suma de dinero. Si, por el contrario, pedimos cien pesetas prestadas a un amigo, es evidente que no podemos exigir que nos las dé, porque no hay una norma análoga a las anteriores que establezca semejante deber.

La existencia de una norma es, por tanto, lo que da soporte jurídico a los hechos antes citados y, en general, a todos aquellos que nos ponen en contacto con el Derecho. Sin embargo, esta conclusión, aun siendo cierta, no es suficiente. Por volver al ejemplo antes citado del préstamo pedido a un amigo y que éste nos niega, es muy posible que en tal caso nos sintamos defraudados ante su actitud por entender que el amigo en cuestión estaba «obligado» a atender nuestra demanda. Diremos entonces que dada la amistad que nos unía era su deber hacernos el favor solicitado o que, por querer esa cantidad de dinero para una necesidad urgente y ser para él una cantidad irrisoria, debía «moralmente» ayudarnos en nuestro apuro. También aquí pensamos que existe una norma que nos permitía pedir esa cantidad y esperar que nos la dieran, regla que ha sido infringida por quien creíamos ser nuestro amigo o persona de excelentes sentimientos y alma caritativa. Pero claramente se advierte que esas reglas son distintas de las examinadas antes. No diremos que son jurídicas, sino de otra clase: de corrección social, de carácter ético. No basta, por tanto, con decir que el Derecho se caracteriza por estar compuesto de normas de conducta, sino que es preciso distinguir esas reglas (normas jurídicas) de otras muy abundantes y muy variadas que desde muy diversos aspectos y con distinta intensidad rigen nuestra manera de obrar.



A primera vista, tal distinción no parece difícil. Las reclamaciones basadas en normas jurídicas son aquellas en que podemos pedir la ayuda de una autoridad o de un tribunal para satisfacerlas. Las normas jurídicas se nos presentan como obligatorias, precisamente porque puede exigirse su aplicación coactiva a través de órganos establecidos para ello y que tienen los medios para hacerlas cumplir. Las otras clases de normas carecen de semejante respaldo. Por mucho que nuestro amigo esté obligado moralmente o en aras de la amistad a prestarnos el dinero que le pedíamos, no podemos, si se niega, acudir a ninguna autoridad ni a ningún tribunal para exigirselo, porque falta la norma jurídica correspondiente. Pero si nos presta el dinero y nos comprometemos a devolverlo en un mes, pasado este plazo, él podrá reclamar ante un tribunal la suma que nos dio y ese tribunal nos condenará a pagarla, porque hay una norma jurídica que exige devolver lo prestado en el plazo y forma convenidos.

Autoridades y tribunales existen y actúan porque la comunidad en que vivimos es una comunidad organizada políticamente y revestida de un poder, una de cuyas manifestaciones son esas autoridades y tribunales; es decir, porque vivimos en un «Estado». Con esto introducimos otra idea básica para la comprensión de lo que es el Derecho. Las normas jurídicas son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y especial que les dé ese carácter, sino simplemente porque son respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado, y el mismo Estado ha de determinar qué normas han de gozar de esa protección, es decir qué normas son jurídicas. Derecho, en un Estado moderno, es, por tanto, el conjunto de normas de conducta obligatorias establecidas o autorizadas por el Estado mismo y respaldadas por su poder. Obsérvese que hablamos sólo del Derecho en un Estado moderno. Es el caso más simple, más familiar y más importante para todos nosotros. Pero, como se dirá más adelante, el término Derecho se aplica también a otras situaciones a las que la noción que se acaba de dar no se ajusta enteramente. Y aun referida al Estado moderno tal noción requiere algunas aclaraciones.

c) CONCEPTO DE DERECHO

[Olivan]³

El término «Derecho» tiene un contenido semántico muy amplio; con él nos podemos referir a realidades muy diversas y a intuiciones con escasísimos elementos en común.

En una primera aproximación al mismo veríamos que tiene algo que ver con otro término con el que a veces se identifica: la Justicia. El origen de esta equiparación no es etimológica: Derecho hace referencia a rectitud, Justicia a exactitud. Sin embargo, los romanos sólo conocían el término *ius*, del que deriva nuestro vocablo «justicia», y con él designaban lo que hoy denominamos Derecho. Ellos hablaban de *ius civile* en el mismo sentido que nosotros decimos Derecho civil, pero las palabras, a veces, recorren caminos semánticos distintos y hoy, aunque son términos que asociamos instintivamente, no por eso dejamos de diferenciarlos y de tenerlos por realidades distintas.

A esta dualidad aún podemos añadir un tercer término: legalidad, del latín *legis*, del que también deriva la palabra «ley». Ya el Derecho romano hacía una clara distinción entre *ius* y *legis*, distinción que, entre Derecho y legalidad, ya en el momento actual, se vuelve más problemática y confusa.

El profesor Legaz Lacambra hacía hincapié en la primera distinción entre Derecho y Justicia cuando decía:

La motivación primera y radical que preside el establecimiento del Derecho no es nunca, o no es normalmente, la justicia, sino una consideración más pedestre, si se quiere, pero de una urgencia infinitamente mayor: la necesidad de crear un orden social y una seguridad en la vida de relación.

Ahora bien, si confinamos el término «justicia» en la esfera de los valores supremos y dejamos para el Derecho el problema urgente de la regulación de la vida en sociedad, nos tenemos que preguntar cuáles son los fines específicos del Derecho, para, de esta forma, poder acotar su campo de estudio.

Para algunos autores el Derecho no va a tener unos fines específicos y propios, sino que va a constituir un simple medio para la persecución de otros fines extraños a él. Así, para Kelsen, el Derecho no constituiría más que un aparato coactivo, carente de todo valor ético y político, dado que su valor le trasciende.

Apartando, de esta manera, el problema de los fines últimos, el Derecho nos queda reducido a un mero aparato y, por lo tanto, controlable por las vías del análisis científico. De esta manera pudo construir su Teoría pura del Derecho.

A partir de Hobbes no ha faltado la tentación de contemplar el Derecho desde este ángulo, reduciéndolo a un simple método para buscar la paz y la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, el Derecho no es más que un arma en manos del legislador, lo que le posibilita incidir, de una forma directa, en la vida de la sociedad.

Frente a esta instrumentalización del Derecho, otros autores tratan de reencontrar la unidad entre Justicia y Derecho, dando así lugar a lo que podríamos llamar la polémica entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

d) LA DEFINICIÓN DE DERECHO

[Nino]⁴

1. ¿Qué es el derecho?

Esta pregunta es, quizá, la que mayor escozor y desorientación provoca en los juristas.

No deja de ser sorprendente que los profesionales del derecho tengan las dificultades que tienen y disientan en la forma en que lo hacen cuando se los pone 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, etc., tendrían tantas dificultades



para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas; en la mayor parte de los casos les bastaría con señalarlos algunos objetos o fenómenos o darnos alguna breve explicación para transmitirnos una idea más o menos precisa de lo que ellos estudian.

Si los juristas no pueden resolver la cuestión tan simplemente, no se debe, casi con seguridad, a una incapacidad profesional o a que el derecho sea tan extraordinariamente complejo, elusivo y variable que escape a los marcos de cualquier definición.

Me aventuro a adelantar la hipótesis de que las dificultades de los juristas para definir "derecho" tienen su origen en cuestiones que se pueden agrupar en dos grandes especies: semánticas e ideológicas o valorativas. Intentaré analizarlas a continuación.

a) **Dificultades de tipo semántico.** Desde el punto de vista semántico, los juristas enfrentan dos obstáculos para definir "derecho": uno es su adhesión, en general, a una concepción mística sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que los lleva a no tener una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso "derecho"; el otro está constituido por los problemas que presenta el uso ordinario de la palabra "derecho", que aparecen, inevitablemente, cuando se quiere construir una definición que sea útil para un sistema teórico, pero manteniéndose en el marco del uso común de la palabra.

a.a) En el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad.

Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos.

Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra; que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos.

A este enfoque se opone el de la moderna filosofía del lenguaje, llamada filosofía analítica.

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje —que es un sistema de símbolos— y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y, aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convenientes.

Para el análisis filosófico las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de una palabra; decisión que, naturalmente, puede variar.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo, "derecho", tenemos que darle algún significado si pretendemos describir los fenómenos denotados

por ella, pues no es posible describir, por ejemplo, el derecho argentino, sin saber lo que "derecho" significa.

Por otra parte, sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, la filosofía analítica recomienda investigar su significado en el lenguaje ordinario como un medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar pseudo cuestiones filosóficas.

De este modo, la cuestión respecto al concepto de derecho se desplazará de la oscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra "derecho"; y si, prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para "derecho", la estipulación no estará guiada por un test de verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad sistemática y de conveniencia para la comunicación.

Si bien esta concepción tiene cada vez más vigencia en el pensamiento filosófico, no es común que los juristas adhieran a ella, lo que incide, en no poca medida, en las dificultades y disputas para definir "derecho".

Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho, y se ensarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo.

Hay juristas que no advierten que una cosa es definir una palabra, y otra describir la realidad, y nos hablan del concepto de derecho como si hubieran descubierto los aspectos más profundos de aquélla.

Todo esto, por supuesto, es perjudicial para la identificación de los fenómenos jurídicos, provocando estériles disputas y dificultades artificiales.

a.b) Al lado de las dificultades que surgen por incompreensión del funcionamiento del lenguaje, la desorientación para definir "derecho" está provocada también por los inconvenientes que presenta esta palabra en el lenguaje corriente.

Estos inconvenientes influyen en los juristas porque sus propuestas de definición de "derecho" se hacen dentro del marco del lenguaje ordinario; en general, no pretenden con esa expresión referirse a otros fenómenos que los que la gente en general nombra con la palabra, sino reconstruir el uso ordinario, cuidando que la definición garantice una denotación no muy diferente a la que el término tiene en el lenguaje corriente.

La palabra "derecho" es ambigua, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.

Veamos estas tres frases:



"El derecho argentino prevé la pena capital."

"Tengo derecho a vestirme como quiera."

"Estudio en la Facultad de Derecho."

En la primera frase, "derecho" hace referencia a lo que, con más precisión, se llama "derecho objetivo"^A o sea un ordenamiento o sistema de normas (p. ej., un conjunto de leyes, decretos, costumbres, sentencias, etcétera).

En la segunda, "derecho" se usa como "derecho subjetivo", como facultad, atribución, permiso, posibilidad, etcétera.

En la tercera frase, la palabra "derecho" se refiere a la investigación, al estudio de la realidad jurídica que tiene como objeto el derecho en los dos sentidos anteriores (¡cuánta desgracia es que la misma palabra haga referencia tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto!).

En general, para evitar confusiones, se conviene en cju "derecho" a secas denote el ordenamiento jurídico y que los demás sentidos sean mencionados con las expresiones "derecho subjetivo" y "ciencia del derecho". Sin embargo, muchos juristas son víctimas, en la actividad de definir "derecho", de una confusión entre estos tres sentidos.

También resulta que la expresión "derecho" es vaga. No es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa.

Algunos han pensado en la coactividad como propiedad que en el lenguaje corriente se exige en todos los casos de uso de "derecho". Pero resulta que hay sectores enteros de la realidad jurídica que no presentan esta característica en forma relevante (p. ej., la mayor parte del Código Civil).

Otros han propuesto como cualidad necesaria del concepto del derecho que se trate de directivas promulgadas por una autoridad, pero han tenido que olvidar las costumbres jurídicas, ya que, evidentemente, no presentan esta propiedad.

Hay quienes han elegido la propiedad de consistir en reglas generales como necesaria para el uso de "derecho" en todos los casos, pero bien pronto se enfrentaron con las sentencias judiciales que constituyen normas particulares.

No es nada extraño que una palabra presente este tipo de vaguedad en el uso corriente. Sin embargo, a muchos juristas, imbuidos del espíritu esencialista, les resulta un hueso duro de roer, y suponen que debe necesariamente haber algo oculto y misterioso que relaciona a todos los fenómenos jurídicos entre sí, y hacen esfuerzos desesperados para encontrarlo, y formulan encantadoras fantasías para simular haberlo hallado.

El hecho que reconozcamos esta imprecisión de la palabra derecho en el lenguaje común, no quiere decir que estemos amarrados a ella y no podamos incorporar la expresión "derecho" a un sistema científico sin esta vaguedad. Obviamente, la ciencia necesita un lenguaje preciso, y nosotros requerimos un significado lo menos vago posible para "derecho"; pero esto, naturalmente, nos obliga a estipular un conjunto de propiedades como necesarias, aunque no lo sean en el uso común, y nos conduce a excluir de la denotación de "derecho" algunos fenómenos que usualmente son nombrados con esta palabra.



El último inconveniente que presenta "derecho" en el lenguaje corriente es su carga emotiva.

Las palabras no sirven solamente para referirse a cosas o hechos y para designar propiedades, sino que a veces se usan también para expresar emociones y provocarlas en los demás. Hay palabras que sólo tienen esta última función (como "¡ay!" y "¡hurra!"); otras tienen tanto significado descriptivo como emotivo (p. ej., "democracia" y "bastardo") y otras tienen sólo significado cognoscitivo (como "triángulo" y "lapicera").

"Derecho" es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de "derecho" explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

Esto lo veremos ahora con más detalle, puesto que se relaciona con la incidencia de factores ideológicos en la definición de "derecho".

b) **Motivaciones ideológicas.** Los fenómenos jurídicos cubren un conjunto tan vasto de relaciones sociales que inevitablemente despiertan en la gente reacciones emotivas y actitudes ideológicas de todo tipo.

A pesar de sus pretensiones confesadas de realizar una investigación científica basada en criterios racionales y constituida por descripciones contrastables, los juristas no son ajenos a la manifestación de posiciones valorativas respecto a la realidad jurídica, hasta el punto de confundir muchas veces el derecho que es, que se da en la realidad, con el derecho que debe ser, según su ideología.

El iusnaturalismo tradicional formula todo un sistema de normas ideales, a las que se asignan las propiedades de ser autoevidentes, universales y eternas. Esas normas constituyen, para esta concepción, el derecho natural que deriva, según una corriente, de la voluntad de Dios; para otra, de la naturaleza de la razón humana, aún para otra, de la naturaleza de las cosas, etcétera.

En lo que coinciden las distintas variantes iusnaturalistas es en descalificar como jurídicos los órdenes sociales que contradicen o no concuerdan con aquel sistema ideal. Por cierto que como esta concepción no ofrece ningún criterio contrastable intersubjetivamente para determinar qué normas integran el derecho natural, cada corriente iusnaturalista lo construye según su ideología, y así hay un derecho natural liberal, otro católico, otro marxista, etc.; lo que hace que para cada variante sean distintos los ordenamientos positivos que son derecho, es decir, son diferentes los sistemas que concuerdan con cada versión del derecho natural.

Algunos juristas menos ambiciosos sólo exigen, para llamar "derecho" a un orden positivo, que sea justo, naturalmente con la misma consecuencia de las concepciones antes señaladas, pues qué fenómenos denotará la expresión "derecho" estará en función de los criterios de justicia de cada uno.

Por fin, otros juristas, incluso algunos que se manifiestan positivistas, exigen para llamar "derecho" a un orden, que tenga fuerza obligatoria o que sea válido. Como estas cualidades sólo pueden ser atribuidas a un orden social sobre la base de su coincidencia con otro sistema, en definitiva esta posición conduce a sostener un derecho natural.

Todas estas actitudes ideológicas inciden en la definición de la expresión "derecho".

Tienen, en primer lugar, el inconveniente de desplazar el significado de "derecho" muy lejos del que tiene en el uso común. Porque en el lenguaje ordinario, a pesar de la evidente carga emotiva de la palabra, "derecho" es usada para referirse incluso a los sistemas que se rechazan ideológicamente.

En segundo término, como el iusnaturalismo no ofrece criterios discernibles intersubjetivamente para determinar cuándo un sistema es justo o coincide con el derecho natural, si tuviera vigencia una definición de "derecho" de acuerdo con su propuesta, los juristas diferirían en forma irremisible sobre la posibilidad de llamar o no "derecho" a un orden, lo que provocaría una grave incomunicación entre los teóricos jurídicos.

Por último, si bien son legítimas y necesarias las actitudes ideológicas, incluso por parte de los juristas, parece inconveniente confundir la realidad con nuestros ideales, los que, por otra parte, sólo pueden ser eficazmente instrumentados si tenemos un aparato conceptual objetivo y claro para describir y clasificar la realidad que se da de hecho. Por eso tenemos necesidad de una expresión para hacer referencia a los sistemas positivos que se verifican en la realidad, nos gusten o no, y, si bien podríamos utilizar cualquier otro ruido, parece adecuado usar la palabra "derecho" que, a pesar de todos sus defectos, tiene una vieja raigambre en el lenguaje corriente y teórico.

Estas razones han inducido a muchos juristas, sobresaliendo entre ellos Hans Kelsen, a rechazar las notas valorativas en la definición de derecho y a establecer para ella un significado sobre la base de propiedades descriptivas, respecto a las cuales puede verificarse en forma intersubjetiva su ocurrencia o no, permitiendo la comunicación teórica entre los juristas.

¿Pero cómo cumplir este programa dentro del marco del uso común?

2. Algunas propuestas de definición de "derecho"

Los fenómenos que usualmente se relacionan con la expresión "derecho" son extremadamente heterogéneos.

Además, aun cuando podamos aislar teóricamente varias clases o grupos de estos fenómenos, nos encontraremos con que cada uno presenta una estructura compleja.

Pongamos algunos casos de los menos complicados, a su vez simplificándolos tanto hasta hacerlos casi una caricatura de lo que ocurre en la realidad.

Un legislador firma un papel en el que están escritos estos grafismos: "El que mata a otro será castigado con prisión de 8 a 25 años." Tiempo después, Juan Pérez mata a alguien. La esposa de la víctima denuncia a un juez lo que sucedió. Luego de un proceso, el juez escribe estas palabras:

"Condeno a Juan Pérez a 8 años de prisión." La policía aprehende a Juan Pérez y lo lleva a una cárcel, donde lo retienen por 8 años.

Una persona coloca su casa en venta. Alguien le ofrece comprársela, poniéndose de acuerdo en el precio. Más tarde, ambos concurren a lo de un escribano y firman un documento, entregando el comprador la cantidad de dinero convenida y el vendedor las llaves de la casa.

Dos jefes de estado firman un tratado por el cual se comprometen a no fabricar armas nucleares de más de una cierta potencia.

Los hijos de una persona recientemente fallecida concurren ante un juez y le piden que los declare herederos del muerto y propietarios de los bienes que él tenía.

Un hombre y una mujer concurren a una oficina del Registro Civil y allí un funcionario los declara "marido y mujer".

Tres personas quieren realizar varios negocios en común. Firman un documento por el cual constituyen la "sociedad X" facultándose a uno de ellos para contraer derechos y obligaciones en nombre de tal sociedad.

"A" le presta cien mil pesos a "B". "B" no le devuelve el dinero. Entonces "A" recurre a un juez; éste ordena a un funcionario que le secuestre a "B" los bienes necesarios para pagar a "A". Así se hace; los bienes se rematan y con el dinero el juez paga a "A" su crédito.

Estas son algunas de las múltiples situaciones a las que la palabra "derecho" se aplica.

Constituyen, obviamente, hechos observables por los sentidos, y no presentan en sí ningún misterio.

Sin embargo, no resulta fácil ponerse de acuerdo sobre qué aspectos de estos hechos los hacen relevantes para el derecho. Porque las situaciones que mostramos no son sólo interesantes para los juristas sino también, por ejemplo, para los psicólogos, sociólogos, economistas, etcétera.

¿Qué es, entonces, lo que interesa al jurista de estos hechos? Lo que es otra manera de preguntar: ¿qué circunstancia se da en todas estas situaciones que es relevante para el uso de la palabra "derecho"?

Según la mayor parte de los juristas, es su relación con normas de un cierto tipo —las normas jurídicas— lo que hace que estas situaciones sean descritas en términos de derecho. La palabra "derecho", dirán, denota un conjunto de normas con características particulares. Pero este punto de vista no puede ser aceptado sin ahondar más su análisis.

a) **El planteo del realismo jurídico.** Entre varias otras, hay una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que muestran lo que se ha llamado "una actitud escéptica ante las normas jurídicas".

Como dice H. L. A. Hart (El concepto del derecho), el escepticismo frente a las normas es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos.



En los países del denominado "derecho continental europeo", Francia, Alemania, Italia, España, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, dio pie para que los juristas asignaban a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etc. La asignación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, se debe, entre otras cuestiones, a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador. Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir, por ejemplo, que dos de sus normas estén en contradicción, y si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues investigando el verdadero sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con la otra.

Los juristas del llamado common law no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que constituyen, por ejemplo, el derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Al no tener oportunidad de subyugarse con códigos con pretensión de ser la encarnación de la "Razón", los juristas de ese sistema han advertido, con mayor claridad que sus colegas dogmáticos (o sea los juristas del sistema continental europeo), que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales, que se les suele asignar, ya sea que tales normas jurídicas estén dictadas por un legislador, integrando un código o no, o sea que se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales.

Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad.

Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales. Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación. Pero como los legisladores por lo común no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se le da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes.

Estas observaciones, y otras que no es del caso señalar aquí, han restado confianza en muchos juristas acerca de la certeza que ofrecen las normas jurídicas. Pero una cuestión es decir que el derecho está integrado por normas jurídicas, pero que éstas no tienen las virtudes que el formalismo jurídico les asigna, y otra, muy diferente, que el derecho no consiste en absoluto en normas jurídicas.

Una gran vertiente del realismo norteamericano y algunos juristas escandinavos dieron efectivamente el segundo paso.

Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (*The Bramble Bush*): "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto



como juguetes vistosos". ¿Por qué dice "predecir lo que harán los jueces"? La respuesta está dada por el hecho que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

Quizás haya pocos pasajes que sinteticen mejor el enfoque realista que éste, del célebre juez Holmes (La senda del derecho):

"Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bleo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por 'derecho' las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos."

Estas palabras, a pesar de su estilo despreocupado, ofrecen un material muy valioso para juzgar al realismo.

b) **Críticas al realismo y el papel de las normas jurídicas.** En primer lugar, aparece en esta corriente una elogiada inquietud antimetafísica: se trata de rechazar las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables. Si buscamos hechos, ¿qué más podemos encontrar que constituya el derecho que las decisiones judiciales?

Se nos habla del punto de vista del hombre malo. Efectivamente, un individuo que únicamente se preocupe por evitar consecuencias desagradables, estará interesado sólo en que se le prediga qué actos puede realizar impunemente y cuáles probablemente serán objeto de castigo por parte de los jueces.

Sin embargo, tenemos derecho a preguntar, con Hart, qué pasa con el hombre bueno; el hombre que quiere cumplir con su deber independientemente de cuáles sean las consecuencias. El realismo dirá que este hombre está sólo interesado en una cuestión moral y que el derecho no le puede dar ninguna respuesta, sino que debe recurrir a su conciencia, como dice Holmes. El derecho sólo le permite predecir cómo se comportarán los tribunales, no cuáles son sus deberes o facultades.

Debemos seguir haciendo preguntas: cuando Holmes y Llewellyn nos dicen que el derecho consiste en un conjunto de profecías sobre la conducta de los tribunales, ¿en cuál de sus diferentes sentidos usan la palabra derecho? ¿Se refieren a la ciencia jurídica o al objeto de estudio de la misma?

Parece evidente, y no sé si tienen clara conciencia de ello, que nos están hablando de la ciencia del derecho. Son los juristas y los abogados los que, supuestamente, harían profecías sobre la

conducta de los jueces, y no los mismos jueces y los legisladores. Por otra parte, si el derecho consistiera en profecías sobre lo que harán los jueces, no se entendería bien en qué consiste la ciencia jurídica; seguramente no en hacer profecías sobre profecías. Obviamente, Holmes y Llewellyn están hablando de la ciencia jurídica de la actividad de los juristas y abogados cuando están metidos en la tarea de conocer el derecho.

Entonces, todavía no sabemos qué es el derecho, o sea el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La respuesta más sencilla es que, si la ciencia del derecho consiste en predecir decisiones judiciales, entonces el derecho no es más que un cierto conjunto de tales decisiones.

Sin embargo, aquí cabe hacer otra pregunta: ¿Cómo sabemos quiénes son los jueces? El realismo no brinda una respuesta coherente a esta cuestión, y a mí me parece que queda en pie la observación de Kelsen y Hart, entre otros, de que, por lo menos, esta corriente debe admitir la existencia de normas que dan competencia a ciertos individuos para actuar como jueces, ya que no hay ninguna propiedad natural que diferencie a los jueces de quienes no lo son, sino que la distinción depende de que unos estén autorizados por ciertas normas y los otros no.

Por otro lado, se nos habla de las *conductas* o las *decisiones* de los jueces, ¿pero qué aspectos de tales conductas o decisiones le interesan a la ciencia jurídica? Obviamente, los jueces realizan muchos movimientos corporales, incluso en cumplimiento de sus funciones, que son absolutamente irrelevantes para la investigación jurídica. Cuando un juez firma un papel escrito a máquina, esto no le interesa al científico del derecho; lo que le interesa es lo que ese papel *dice*. Y cuando nos preguntamos qué dijo un juez, suponemos naturalmente que ha realizado un determinado acto verbal, pero centramos nuestro interés en su significado.

Un juez pronuncia expresiones tales como "Fulano debe pagar el alquiler". "Mengano debe ir a la cárcel". Saber que el juez pronunció ruidos semejantes es necesario, no porque estemos interesados en la actividad de pronunciar esos ruidos, sino porque estamos interesados en lo que ellos significan, y el significado de tales expresiones es lo que suele llamarse "normas jurídicas". O sea que lo que se supone que los juristas predicen no es qué actos verbales van a realizar los jueces sino, a través de ellos, qué normas jurídicas particulares van a formular para resolver un conflicto. Esto lleva a admitir la relevancia de tales normas particulares.

Además, se da el hecho de que los jueces, al formular sus normas, no proceden arbitrariamente, sino que siguen ciertas pautas generales. Los mismos jueces dicen que ellos, en sus decisiones, aplican el derecho. Obviamente, si el derecho, como surge de la primera interpretación del realismo, que en seguida rechazamos, consistiera en profecías sobre la conducta de los jueces, sería absurdo decir que los jueces aplican el derecho, pues esto significaría que tienen en cuenta para actuar una predicción sobre cómo van a hacerlo. Como dijimos, los realistas no deben querer decir que el derecho objetivo consiste en profecías sobre la actividad judicial, sino que consiste en decisiones judiciales particulares; pero los jueces, cuando tienen que decidir un conflicto, no tienen en cuenta otras decisiones judiciales sino, en todo caso, los criterios, las pautas, las normas que siguieron otros jueces para adoptar sus decisiones. Aun esto no se da en todos los sistemas jurídicos; por ejemplo, en el nuestro los jueces tienen en cuenta las pautas dictadas explícitamente por el legislador, sin prestar mucha atención al hecho de que sean seguidas o no por otros jueces.

Entonces, si hay que admitir que los jueces siguen ciertas normas generales, ¿qué clase de normas son éstas? Félix S. Cohén (El método funcional en el derecho), responde de este modo: "Nuestra pregunta tipo '¿hay contrato?' puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto

al anterior. Cuando el juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento; lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si debe o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, ineludiblemente, una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los problemas de moralidad que se examinan en las 'Escuelas Dominicales'."

Llegados a este punto, es del caso preguntarse si el realismo no está enfrentado con un puro problema de palabras. Porque resulta que reconoce que los jueces siguen ciertas normas para adoptar sus decisiones, pero sostiene que esas normas no son jurídicas sino que son morales. Pero, ¿qué inconveniente hay en el uso común de los juristas que llaman "jurídicas" a las normas que tienen en cuenta los jueces en sus decisiones? ¿No es válido, incluso, llamar "jurídicas" a tales normas precisamente por el hecho de ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias?

Este último criterio es seguido por un realista moderado: Alf Ross (*Sobre el derecho y la justicia*).

Ross es un realista en cuanto caracteriza el derecho sobre la base de la predicción de las decisiones judiciales. Pero se cuida muy bien en aclarar que esta caracterización corresponde a la ciencia jurídica y no al objeto de estudio de la misma. Por otra parte, analiza qué aspectos de las decisiones judiciales constituyen el objeto de predicción por parte de los juristas: lo que la ciencia del derecho predice es qué normas o directivas van a ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias.

En consecuencia, Ross define el derecho vigente, en el sentido de ordenamiento jurídico, como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones.

De este modo, el realismo de Ross no lo obliga a adherir al aserto de Llewellyn de que las normas no son más que juguetes vistosos; por el contrario, define el derecho como un conjunto de normas o directivas. La diferencia que separa a Ross de las posiciones no realistas no es, entonces, su escepticismo absoluto ante las normas, sino su criterio para determinar cuáles son las normas que integran un cierto sistema jurídico. Según el criterio de Ross, para que una norma integre el derecho vigente de un determinado país, no hay que verificar su validez o fuerza obligatoria — nociones que ocupan un lugar central en la teoría tradicional y que deben ser tratadas en otro lugar — sino la posibilidad de que sean aplicadas por los jueces. Es decir, que las decisiones judiciales no constituyen el derecho sino que determinan qué normas integran el derecho de un cierto país.

De este modo, las corrientes realistas más razonables no eliminan a las normas jurídicas del análisis jurídico sino que proponen criterios verificables empíricamente para determinar cuándo las normas integran un sistema jurídico dado.

O sea que tenemos nuevamente a las normas jurídicas en el centro de nuestro análisis. Pero, ¿qué es una norma jurídica?



e) EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

[Nino]⁵

a) Los derechos subjetivos en general

Muchas veces decimos cosas de este tenor: "Yo tengo derecho de vestirme como quiero", "Juan tenía derecho a que le diesen vacaciones", "Pedro tiene derecho a comer en la pensión", "Nadie tiene derecho a invadir el domicilio ajeno", "Todos tenemos derecho a publicar las ideas por la prensa", "El derecho de voto es irrenunciable".

En estas frases, la expresión "derecho" no hace referencia a un sistema de normas, o sea, a lo que se suele llamar "derecho objetivo" (el derecho argentino, el derecho comercial, el derecho de seguros, etc.) sino a una situación particular en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo.

La situación en que decimos que se da un derecho subjetivo de alguien también se suele calificar utilizando otras expresiones como "libertad", "permiso", "licencia", "atribución", "privilegio", "facultad", "poder", "posibilidad", "garantía", etcétera. Estos términos son sinónimos parciales de "derecho" (en el sentido subjetivo) y es conveniente tenerlos en cuenta para distinguir diferentes significados de la última expresión.

Sin embargo, antes de emprender esta tarea, es necesario decir algo respecto de la relación que tienen los derechos subjetivos con el derecho objetivo.

Para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

Ya sea con el fundamento de que Dios ha insuflado en las criaturas humanas derechos como el de vivir, disfrutar de la propiedad, de elegir los gobernantes, etc., o alegando que tales derechos derivan de la naturaleza racional del hombre o mediante otras justificaciones, los autores iusnaturalistas sostienen que lo único que puede hacer con ellos el derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio. Además el derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera no sería digno de ser llamado "derecho".

Esta ideología está admirablemente expuesta en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, dictada en 1791 como culminación de la Revolución Francesa: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho de libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión".

El positivismo metodológico no se opone, en cuanto tal, a la idea de que puede haber derechos con las características que los iusnaturalistas les asignan (es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado). Pero sostendrá que tales derechos son morales y no jurídicos.



El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión "derecho" implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes jurídicos deben ser verificables en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.

Los positivistas sostendrían que en un caso como el recién mencionado el derecho moral de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico y, en consecuencia, no se refleja en un derecho jurídico correlativo. Esto sin duda afecta negativamente a la justificabilidad y fuerza obligatoria moral del sistema en cuestión, pero no impide —a diferencia de lo que piensan los iusnaturalistas— que el sistema sea considerado un orden jurídico (recuérdese que para el positivismo metodológico el hecho de que un sistema sea jurídico no implica que tenga fuerza obligatoria moral).

Los llamados "derechos individuales" son primordialmente derechos morales, sin perjuicio que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el "derecho" internacional y en los derechos nacionales democráticos. Como derechos morales que son, la libertad de cultos, de expresión, de asociación, el derecho a la vida, a la integridad corporal, al debido proceso judicial, etcétera, son derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Precisamente los derechos individuales están dirigidos a los órganos estatales e implican su deber moral de reconocerlos dictando normas que creen los derechos jurídicos correspondientes y no realizando actos que los restrijan. (El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales sin que, muchas veces, sean al mismo tiempo derechos jurídicos, no implica que estén dirigidos sólo a los legisladores; también los jueces son moralmente responsables de sus decisiones y deben tener en cuenta los derechos morales de la gente.)

De modo que la defensa de los derechos humanos no es, contra lo que muchas veces se ha supuesto, un monopolio del iusnaturalismo. El positivismo metodológico de ningún modo niega su existencia en tanto sean vistos como derechos morales (que son, en definitiva, los que importan para justificar una acción o decisión). Lo que el positivismo rechaza son proposiciones acerca de derechos subjetivos jurídicos que no sean empíricamente verificables sobre la base de normas jurídicas positivas.

Hay otras corrientes del pensamiento que, si bien no derivan los derechos subjetivos jurídicos de un ordenamiento supraempírico, los consideran como algo que el derecho positivo no crea sino que reconoce o protege.

Rudolf von Ihering (en *El espíritu del derecho romano*), opina que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Sostiene que la "utilidad, el bien, el valor, el goce^el interés, tal es el primer elemento del derecho. Pero esos bienes no son sólo materiales; hay otros bienes de mayor valor: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, etcétera. El derecho atiende unos y otros; el derecho privado existe para asegurar a un hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses, ayudarle a cumplir los fines de su vida". Más adelante, agrega que el segundo elemento del derecho subjetivo es la protección jurídica del interés; se protege un interés cuando se concede al que lo tiene una acción para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones del derecho.

La tesis de von Ihering es objetada por Kelsen. El autor de la Teoría pura sostiene que no es posible identificar al derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés.

Puede haber derecho subjetivo sin interés; por ejemplo, se tiene el derecho de propiedad aun sobre cosas que no nos interesan; también puede haber interés sin derecho, como el que ambiciona una cosa ajena.

Según Kelsen, debe eliminarse el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo.

Los enunciados que se refieren a derechos subjetivos jurídicos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo.

Esto no quiere decir que la expresión "derecho subjetivo" sea sinónima de "derecho objetivo" y pueda reemplazarse una por otra. La idea es que las oraciones en que la primera aparece pueden ser traducidas a oraciones diferentes en las que aparece la segunda.

Como sostiene Kelsen, hablar en términos de derechos subjetivos jurídicos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada.

¿Cómo puede hacerse la traducción de las oraciones que versan acerca de derechos subjetivos jurídicos en oraciones que describen lo que dispone un sistema jurídico objetivo?

Esto depende del significado con que se use "derecho subjetivo", ya que esta expresión es notoriamente ambigua en el lenguaje de los juristas.

Kelsen propone distinguir los sentidos de "derecho subjetivo" (jurídico) que analizaremos a continuación.

1) "Derecho" como equivalente a "no prohibido".

Este es el sentido que tiene la palabra "derecho" en frases de este tenor:

"Tengo derecho a vestirme como quiera".

"Juan tenía derecho a vender ese producto".

"Los bancos tienen derecho a no prestar a quienes no ofrecen garantía".

"Tenemos derecho a fumar en clase".

Según Kelsen, este tipo de oraciones son traducibles a otras que afirman que un cierto derecho objetivo no prohíbe la conducta en cuestión; es decir, en términos kelsenianos, que no hay en el sistema una norma que establezca una sanción para la acción de que se trata (von Wright también distingue un sentido equivalente del término "permiso", al que, para diferenciarlo de otros, llama "permiso débil").

De acuerdo con esta regla de traducción, el primer enunciado

que se presentó como ejemplo podría reformularse de esta forma: "No hay ninguna norma jurídica que establezca una sanción contra quien se viste de determinada forma".

Hay contextos en que la traducción debe ser un poco más compleja, ya que lo que quiere decirse con la expresión "tener derecho a..." no es, en esos casos, que no hay una norma que prohíba cierto comportamiento, sino que esa norma existe pero es inválida, porque quien la formuló no

tenía competencia o autorización para hacerlo.

De este modo, cuando, por ejemplo, se dice: "tengo derecho a fumar en clase", muchas veces se da la situación en que alguien, por ejemplo el profesor, intenta prohibirlo, o sea, pretende formular una norma prohibiendo tal conducta. Lo que el alumno, en el ejemplo, quiere decir con "tengo derecho a fumar" es que el profesor no es competente para dictar esa norma prohibitiva. Es decir, que aquí no se describe la ausencia de una norma prohibitiva sino la falta de una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. En este caso, es equivalente decir "tengo derecho a X", que decir "usted no tiene derecho a prohibirme X".

Pero ¿es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, que tenemos derecho a ejecutarla?

Bien se podría objetar a las traducciones precedentes que del hecho de que un sistema normativo no contenga una norma que prohíba un tipo de conductas, no se puede inferir que el sistema permita tales conductas.

Puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, estaríamos frente a lo que se ha dado en llamar una laguna normativa, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería tan poco legítimo decir que tenemos derecho a ejecutar la conducta no normada como sostener que tal acción nos está prohibida, pues falta la base normativa que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones.

Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas.

Según la Teoría pura cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo.

Esto es así, según Kelsen, porque todo orden jurídico incluye un principio, el llamado principio de clausura, que establece que "todo lo que no está prohibido, está permitido". De modo tal que, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución.

De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerársela como implícita aun cuando no está formulada expresamente por el legislador.

Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin (en Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales) han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que resumiré brevemente omitiendo ciertos tecnicismos.

El principio de clausura, como todo enunciado, sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico; por ejemplo, si "permitido" significara en él nada más que "no prohibido", substituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido", lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo (o sea el principio es necesario).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgar al término "permitido" un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición, por ejemplo, cualquiera de los restantes significados de "derecho subjetivo" que veremos aquí. Si adoptamos este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente.

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como dice Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante el sistema puede, indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho.

En relación con nuestro tema, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si "derecho subjetivo" se usara como equivalente a "no prohibido", habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando decimos, en este sentido, que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como nos guste, etc., estamos sosteniendo sólo que no nos han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas, o que deben ayudarnos a ejecutarlas, o que no nos pueden sancionar por el hecho de haberlas llevado a cabo.

Claro está, que si el sistema normativo que nos sirve como marco, contiene (tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos) una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado "Fulano tiene derecho a X" no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato, la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente.

Parece que un sentido de "derecho subjetivo" limitado a describir la, ausencia de una norma prohibitiva (sin que esto implique que la acción en cuestión está autorizada o que está prohibido sancionarla o interferir con ella) tiene muy poco uso en el lenguaje común y jurídico, y si la expresión se usara con este significado, resultaría difícil evitar los equívocos provocados por la aureola de permisibilidad que tiene el término "derecho" en los usos centrales.

2) "Derecho" como equivalente a autorización.

En muchas ocasiones la expresión "derecho subjetivo" se usa en frases como éstas:

"La municipalidad le otorgó a Pedro el derecho a instalarse en esta esquina."

"El profesor nos dio derecho a interrumpir la clase."

"El patrón me otorgó el derecho a entrar al trabajo más tarde."

"Tengo derecho a inspeccionar la fábrica."

Estas frases describen la existencia de normas que permiten o autorizan los comportamientos

mencionados. Por ejemplo, una traducción adecuada de la primera oración sería: "el intendente dictó una ordenanza que autoriza a Pedro a instalarse en esa esquina".

Kelsen, en su última versión de la Teoría pura, admite este significado de la palabra "derecho". Tal admisión es curiosa ya que, como se ha dicho, este sentido supone la existencia de normas permisivas, lo que contradice la exigencia de Kelsen de que todas las normas de un sistema jurídico tengan un carácter prohibitivo (mediante la estipulación de una sanción para cierta conducta).

De acuerdo con el sistema de normas primarias que propone Kelsen, las únicas autorizaciones jurídicas posibles son, como ya vimos, las dirigidas a los órganos para la aplicación de sanciones (y esto sólo si se interpreta el "deber ser" como autorización).

De manera que hay un reconocimiento por parte de Kelsen, en su última obra general, de que su esquema de normas jurídicas es insuficiente y que deben incluirse otras clases de normas, como son las que otorgan autorización para realizar ciertas conductas.

También von Wright distingue este sentido de "derecho subjetivo", aun cuando lo relaciona con el término más genérico "permiso".

Von Wright llama "permiso fuerte" al que depende de la existencia de una norma que autoriza un cierto comportamiento, a diferencia del permiso en sentido débil que designa, como se ha visto, la mera ausencia de prohibición. Pero todavía este permiso fuerte, al que denomina también "simple tolerancia", debe distinguirse de estos otros permisos que tienen aun un grado mayor de fuerza y que corresponden a otros sentidos de la expresión "derecho subjetivo", que luego analizaremos siguiendo la clasificación de Kelsen (en esta graduación el permiso más fuerte implica lógicamente a los más débiles).

El autor finlandés se pregunta si el permiso que consiste en una mera tolerancia puede reducirse a alguno de los restantes caracteres normativos, "prohibido" y "obligatorio". Afirma que la cuestión no es clara teniendo en cuenta que, cuando una autoridad declara que va a tolerar un cierto acto, no siempre prohíbe perturbarlo u obliga a facilitar su ejecución. La ausencia de esta obligación o de aquella prohibición es justamente lo que distingue a este permiso de otros que tienen aún más fuerza.

¿En qué consiste, entonces, el declarar que se tolerará un acto, o sea, el autorizarlo? Von Wright no da una respuesta concluyente pero señala dos posibles interpretaciones. De acuerdo con la primera de ellas, tolerar un acto sería manifestar que se tiene la intención de no interferir en la realización del acto; si fuera así al permitir algo, en este sentido, no estaría dictando una norma, ya que las declaraciones de intención no son normas. La segunda interpretación sugiere que el que autoriza un cierto acto, está formulando una promesa de no interferir en la ejecución del acto; aquí sí cabe ver a este tipo de permisos como normas, pues, en general, se entiende a las promesas como normas autónomas, o sea normas que uno se dicta a sí mismo, con el sentido de obligarse a determinada conducta.

3) "Derecho" como correlato de una obligación activa.

Con el significado del epígrafe se dicen frases como éstas: "Tengo derecho a que usted me cuide mi casa." "Diego tiene derecho a que su deudor le pague." "El Estado tiene derecho a percibir los impuestos necesarios para su desenvolvimiento."

"Por el precio que pagamos tenemos derecho a una comida diaria."

Como en los casos anteriores, según Kelsen, estos enunciados pueden ser traducidos a proposiciones sobre el derecho objetivo.

Tal traducción no necesita aquí romper el esquema kelseniano de las normas jurídicas como juicios que imputan sanciones a ciertos actos y admitir normas que expresamente autoricen determinadas conductas. Esto es así porque Kelsen otorga a frases como las mencionadas un significado equivalente al de otras que describen el deber jurídico de alguien.

Habíamos visto que, en la teoría kelseniana, alguien tiene un deber jurídico de ejecutar un acto, cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta.

Ahora bien, hay veces que la conducta obligatoria tiene como destinatario a una cierta persona. Por ejemplo, yo estoy obligado a pagar el alquiler al dueño de mi casa, a dar de comer a mis hijos, a dictar clases en la universidad. En tales casos la misma relación jurídica puede ser descripta poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarnos en la situación del sujeto obligado. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de "derecho" en lugar de hacerlo usando la expresión "deber"; sin embargo nos referimos a la misma situación.

Por eso dice Kelsen que el derecho subjetivo, en este sentido, es un mero "reflejo" o "correlato" de un deber jurídico. En lugar de decir, por ejemplo, "Fulano tiene la obligación de pagarme", decimos a veces "yo tengo derecho a que Fulano me pague". La expresión "derecho subjetivo" no denota, a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas, ninguna situación distinta de la mencionada por la palabra "deber".

Kelsen aclara que esta forma de hablar de la situación en que alguien tiene una obligación, está limitada por ciertas concepciones corrientes respecto a quiénes pueden ser titulares de derechos. Por ejemplo, cuando alguien tiene una obligación hacia un animal, tal como la de alimentarlo, no se suele decir que el animal tiene el derecho correlativo, no porque haya algún inconveniente conceptual en hacerlo, sino porque se opone a ciertos prejuicios arraigados sobre el origen de los derechos. (En el caso de los derechos morales, cada vez es más frecuente hablar de los derechos de los animales.)

4) "Derecho" como correlato de una obligación pasiva.

Este significado es análogo al anterior, con la única diferencia de que aquí el derecho subjetivo no es un correlato de una obligación de hacer, sino de un deber de no hacer, de omitir.

Por ejemplo, decimos:

"Tengo derecho a descansar con tranquilidad."

"Juan tiene derecho a que no se instale un negocio competidor en la misma cuadra."

"Roberto tiene derecho a que el vecino no le tape el sol con una pared."

En todos estos ejemplos, las frases pueden ser traducidas por otras equivalentes que hablan del deber de alguien o de todos de no perturbar el descanso, no instalar un comercio o no levantar una pared.

La relevancia particular de esta modalidad de derecho subjetivo reside en que Kelsen incluye en esta clase a uno de los derechos más controvertidos desde el punto de vista teórico y político, el de propiedad.

En efecto, entre los derechos subjetivos que son correlatos de obligaciones pasivas (lo mismo vale para las activas) Kelsen distingue dos grupos: los relativos y los absolutos. Los derechos relativos son los que se correlacionan con el deber de una persona determinada o de un conjunto de personas determinadas; los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas. El derecho a que el vecino no levante una pared es relativo; el derecho a descansar es absoluto.

Según Kelsen, el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa.

De este modo, el autor de la Teoría pura se enfrenta a la pesada tradición de la dogmática civil tradicional consistente en distinguir entre derechos personales y reales. Los primeros constituirán relaciones entre individuos, los últimos, entre los que se encontraría el derecho de propiedad, son vínculos entre individuos y cosas. Kelsen sostiene, con evidente razonabilidad, que no hay ningún lazo mágico entre los individuos y las cosas que permita hablar de "derecho"; los derechos siempre consisten en relaciones entre individuos, y, «n el caso del derecho que mencionamos, lo único que la expresión "propiedad" describe es una obligación de toda la sociedad frente a cierto individuo, consistente en no perturbar sus actos sobre una cosa determinada.

Sin embargo el tema del derecho de propiedad será objeto de mayor análisis en otro apartado.

5) "Derecho" como acción procesal.

A veces decimos cosas de este tenor:

"Tengo derecho a lograr que el inquilino desaloje mi casa."

"Juan tiene derecho a que Roberto lo indemnice por los daños que le produjo a su coche."

"El comprador tiene derecho a reclamar la escrituración del inmueble."

En estos ejemplos, se da, al igual que en los dos casos anteriores, un deber jurídico del cual el derecho es un correlato. Sin embargo, en esos enunciados, se sugiere un elemento adicional que distingue este uso de "derecho" de los precedentes: la posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación. A esta posibilidad se la llama en el lenguaje jurídico "acción" (en el sentido procesal). Así se dice "usted tiene una acción para hacer que los intrusos desocupen su propiedad"; "el que ha sido perjudicado patrimonialmente tiene una acción de resarcimiento", etcétera.



Kelsen llama a este significado de "derecho" sentido técnico o estricto porque, a diferencia de los dos anteriores, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una noción autónoma.

Pero que el derecho en sentido técnico sea un concepto autónomo no significa que sea independiente del derecho objetivo. Por el contrario, las acciones procesales son condiciones mencionadas en las normas primarias como antecedentes de las sanciones que ellas establecen.

Se ha visto que el acto antijurídico no es la única condición que describe el antecedente de las normas primarias kelsenianas; hay, en general, muchas otras condiciones y muchas veces entre ellas se encuentra la acción procesal. Por ejemplo, una norma civil puede decir: "Si (o) dos personas contratan, (b) una no cumple lo pactado y (c) la otra lo demanda, debe ser ejecución forzada contra el que no cumplió. Una norma penal a su vez puede disponer: "Si (a) alguien mata y (b) el fiscal lo acusa, debe ser diez años de prisión para el homicida". Las condiciones señaladas con (b) en ambas normas constituyen un derecho subjetivo en sentido técnico o "acción procesal".

O sea que, decir que alguien tiene un derecho, en este sentido, consiste en afirmar que su conducta está mencionada en una norma entre las condiciones para que se aplique una sanción.

Kelsen señala que el hecho de que se otorguen a los particulares acciones para reclamar la aplicación de sanciones es una técnica particular que utilizan algunos órdenes jurídicos, pero no otros. En el derecho penal no es generalmente utilizada, monopolizando las acciones procesales ciertos funcionarios públicos. En el derecho civil, esta técnica es típica de los sistemas capitalistas, en los que se otorga a los particulares la facultad de convenir sus negocios y la de demandar, o no, a quienes no cumplen según sea su interés; en cambio, en los sistemas socialistas, su vigencia está muy restringida.

Cuando se otorga a los particulares este tipo de derechos se los hace participar en la creación del orden jurídico, pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma jurídica particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo.

6) Derecho político.

También la palabra "derecho" se usa en frases de este tipo:

"El pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes."

"La libertad de expresar sus ideas por la prensa es un derecho de todo ciudadano."

Estas dos frases corresponden a dos nuevos sentidos de la expresión "derecho subjetivo", los cuales están vinculados con cuestiones de organización política. (Como hemos visto, muchas veces, cuando se habla de estos derechos se está aludiendo a derechos morales y no jurídicos, o sea derechos que el Estado tiene el deber moral de convertir en derechos jurídicos.)

Veamos el primero de los sentidos mencionados.

En los sistemas democráticos, se faculta a los ciudadanos a participar en la creación de normas



generales, ya sea autorizándolos a sancionar ellos mismos tales normas —democracia directa— o a elegir los órganos encargados de dictarlas —democracia indirecta—.

El derecho electoral es del mismo tipo que el derecho subjetivo en sentido técnico que se analizó antes; pues, en ambos casos, la voluntad del individuo es una condición necesaria para que se dicte una norma jurídica, general, en el caso del derecho político, y particular, en el de la acción procesal.

Kelsen señala, sin embargo, una diferencia importante entre ambos tipos de derechos: mientras la acción procesal siempre tiene como objetivo reclamar el cumplimiento de un deber jurídico o una sanción por su incumplimiento, en el caso del derecho electoral no hay tal vinculación con un deber jurídico. Puede muy bien haber un deber correlativo al derecho político, como el del funcionario obligado a recibir el voto del elector, pero el derecho electoral no tiende al cumplimiento de ese deber, así como tampoco la demanda tiene por objeto el cumplimiento del deber de recibirla por parte del juez.

El otro sentido del derecho político se relaciona con los llamados "derechos y garantías fundamentales" como los consagrados por nuestra Constitución en los arts. 14 a 18.

Estos derechos protegen a los individuos contra la sanción de ciertas normas que contradicen otras de nivel superior.

Supongamos, por ejemplo, que el Congreso dicta una ley restringiendo la libertad de prensa, ¿qué puede hacer un individuo afectado por esa ley? Recurrir a los tribunales reclamando la anulación de esa ley por ser contraria a lo dispuesto por la Constitución (en nuestro sistema sólo es posible obtener la anulación de la norma para el caso particular que se plantea, no su derogación judicial para todos los casos).

De modo que este derecho político es análogo al derecho en sentido técnico, o acción procesal, en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento la maquinaria judicial. Sin embargo, el objetivo de la acción en uno y otro caso es distinto: en el caso del derecho en sentido técnico consiste en obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico; en el de la garantía fundamental, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior.

De cualquier modo, en todos estos casos de derechos subjetivos, se describe el hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos.

El jurista norteamericano W. N. Hohfeld distinguió en un famoso ensayo (Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning), diferentes sentidos de "derecho subjetivo", que sólo parcialmente concuerdan con los que aquí hemos mencionado.

Los sentidos que distinguió Hohfeld fueron denominados por él "pretensión", "privilegio", "potestad" e "inmunidad".

Un aspecto interesante del desarrollo de Hohfeld consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus opuestos jurídicos (o sea los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota), y por sus correlativos jurídicos (es decir los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene un derecho, en



los distintos sentidos expuestos).

a) Uno tiene una pretensión frente a alguien cuando esa persona está en la situación correlativa de tener un deber frente a nosotros (por ejemplo, un acreedor tiene una pretensión frente a quien le debe una suma de dinero). Cuando no tenemos cierta pretensión, se puede calificar nuestra situación como una de no-derecho.

b) Uno tiene un privilegio frente a alguien cuando ese individuo está en la situación correlativa de no-derecho a cierta conducta (por ejemplo, uno tiene el privilegio de entrar en un inmueble cuando nadie tiene el derecho de impedirnos entrar). Por otra parte, el opuesto de la situación de privilegio es la de deber (si alguien no tiene el privilegio de entrar en un inmueble es porque tiene el deber de no entrar).

c) Uno tiene una potestad jurídica frente a alguien cuando puede modificar sus relaciones jurídicas (es el caso, por ejemplo, de un apoderado respecto de su mandante o de cualquier funcionario en el ámbito de su competencia). Si alguien tiene una potestad jurídica frente a otro, éste está en la situación correlativa de sujeción jurídica frente al primero. Por otra parte, el opuesto de la potestad es una situación de incompetencia (o sea el que no puede modificar ciertas relaciones jurídicas no tiene competencia en ese respecto).

d) Uno tiene inmunidad frente a otro cuando el otro está en la situación correlativa de incompetencia para alterar su status jurídico (es el caso, por ejemplo, del propietario de una casa frente a otro que quisiera vender o alquilar la casa). A su vez, la inmunidad implica ausencia de sujeción, que es el concepto opuesto.

7) DERECHO

[Cabanelas]⁶

Del latín *directur*, directo; de *dirigere*, enderezar o alinear. La complejidad de esta palabra, aplicable en todas las esferas de la vida, y la singularidad de constituir la fundamental en esta obra y en todo el mundo jurídico (positivo, histórico y doctrinal), aconsejan, más que nunca, proceder con orden y detalle.

1° Como *adjetivo*, tanto masculino como femenino. En lo material: recto, igual, seguido. | Por la situación: lo que queda o se encuentra a la derecha o mano derecha del observador o de la referencia que se indique. | En lo lógico: fundado, razonable. | En lo moral: bien intencionado. | En lo estrictamente jurídico: legal, legítimo o justo.

2° Como *adverbio*, y en consecuencia invariable, equivale a derechamente o en derechura; sin otra acepción jurídica que la figurada del camino derecho o recto, la vía legal, la buena fe. A ello equivale el empleo como sustantivo neutro: lo derecho.

3° Como *sustantivo masculino*, en la máxima riqueza de sus acepciones y matices, en esta voz, dentro de la infinidad de opiniones, probablemente tantas como autores, prevalecen dos significados: en el primero, el derecho (así, con minúscula, para nuestro criterio diferencia-dor) constituye la facultad, poder o potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea el fundamento natural, legal,



convencional o unilateral, nos encontramos frente al derecho subjetivo. Pero, además, puede el Derecho (ahora con mayúscula, para distinguirlo del precedente) expresar el orden o las órdenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios, reguladores o supletorios establecidos por el poder público, o por el pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual; configura entonces el denominado *Derecho objetivo*.

Como repertorio sintético de sus acepciones más usadas indicaremos que *derecho o Derecho*, según los casos, significa: facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal. | Potestad de hacer o exigir cuanto la ley o la autoridad establece a nuestro favor, o lo permitido por el dueño de una cosa. | Consecuencias naturales derivadas del estado de una persona, o relaciones con otros sujetos jurídicos. | Acción sobre una persona o cosa. | Conjunto de leyes. | Colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza. | Exención, franquicia. | Privilegio, prerrogativa. | Beneficio, ventaja, provecho exigibles o utilizables. | Facultad que comprende el estudio del Derecho en sus distintas ramas o divisiones. | Carrera de abogado; sus estudios. | Justicia. | Razón. | Equidad. | Sendero, camino, vía.

En plural, *derechos*, impuesto o tanto que se paga, con arreglo a tarifa o arancel, por la introducción, tránsito o transmisión de mercaderías o bienes en general, y por otro hecho cualquiera designado legalmente. | Honorarios de ciertas profesiones. | A ALIMENTOS. V. alimentos. | ABSOLUTO. El que puede ser opuesto a toda persona, el perteneciente al individuo y que ha de ser respetado por todos los demás. | ACCESORIO. El que existe en virtud o como consecuencia de otro principal. | ADJETIVO. Conjunto de leyes que posibilitan y hacen efectivo el ejercicio regular de las relaciones jurídicas, al poner en actividad el organismo judicial del Estado. | ADMINISTRATIVO. Aunque algunos nieguen el carácter de ciencia jurídica al Derecho Administrativo, la expresión evoca un concepto bien perceptible para los juristas. Entre las definiciones de éstos citaremos la de Meucci: "El conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad". | ADQUIRIDO. El que por razón de la misma ley se encuentra irrevocable y definitivamente incorporado al patrimonio de una persona; como la propiedad ganada por usucapión, una vez transcurrido el tiempo y concurriendo los demás requisitos sobre intención, título y buena fe. | Frente al interior, de índole real, hay derechos adquiridos que pertenecen a los meramente personales: como la cualidad de cónyuge, la condición de hijo, la nacionalidad (sea por suelo o sangre), etc. | AERONÁUTICO. El conjunto de normas y principios que regulan la navegación aérea en su aspecto jurídico. | AGRARIO. El que contiene las reglas sobre sujetos, bienes, actos y relaciones jurídicas que a la explotación agrícola se refieren dentro de la esfera privada. | ANTIGUO. El Derecho positivo de un pueblo cuando deja de estar vigente; el conjunto de reglas jurídicas abolidas ya. Se denomina también Derecho histórico. | CANÓNICO. Colección de normas doctrinales y reglas obligatorias establecidas por la Iglesia Católica sobre puntos de fe y disciplina; para el buen régimen y gobierno de la sociedad cristiana, de sus ministros y de los fieles. | CESÁREO. El conjunto de instituciones, edictos, decretos y rescriptos de los emperadores romanos. | También, sinónimo de Derecho Civil. | CIVIL. Como regulador general de las personas, de la familia y de la propiedad, de las cosas o bienes, el Derecho Civil, con este nombre y sin nombre alguno en las sociedades primitivas, configura la rama jurídica más antigua y más frondosa, aun enfocada en inúmeros aspectos. Así, por él se entiende el Derecho particular de cada pueblo o nación. | De modo especial, el Derecho Romano. | Dentro del mismo, el "Jus Civile" significó primeramente el conjunto de reglas y soluciones prácticas de los jurisconsultos ante el Derecho vigente, consuetudinario o surgido de las leyes votadas en las asambleas populares.



Además, dentro de las doctrinas modernas, el Derecho Privado en general. | Con sentido práctico o empírico, el contenido en el Código Civil y leyes especiales complementarias de éste o conexas con su contenido. | Técnicamente, el conjunto de normas reguladoras del Estado, condición y relaciones de las personas en general, de la familia y la naturaleza, situaciones y comercio de los bienes o cosas; que comprende sus ramas principales: el Derecho de las Personas, que incluye la personalidad y capacidad individual; el Derecho de la Familia, rector del matrimonio, la paternidad, la filiación y el parentesco en general; el Derecho de las Cosas, que rige la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, íntimamente relacionado con el Derecho Sucesorio; y la parte que considera las diversas relaciones compulsivas: el Derecho de las Obligaciones, comprensivo del importantísimo Derecho de los Contratos. | COLECTIVO DEL TRABAJO. El que, dentro de la disciplina general del Derecho del Trabajo (v.), regula las relaciones entre patronos y trabajadores no de modo individual, sino en atención a los intereses comunes a todos ellos o a los grupos profesionales. En ese sentido, el Derecho Colectivo Laboral establece normas sobre asociaciones profesionales, convenios colectivos, conciliación y arbitraje, huelga, desocupación y lock-out. Cabe también incluir en él las normas sobre previsión social, si bien la doctrina discrepa sobre la exactitud de tal absorción. | COMERCIAL. V. derecho mercantil. | COMPARADO. Rama de la ciencia general del Derecho, que tiene por objeto el examen sistematizado del Derecho positivo vigente en los diversos países, ya con carácter general o en alguna de sus instituciones, para establecer analogías y diferencias. | COMÚN. El Derecho Civil (v.) o general de un pueblo. | Territorialmente, el contrapuesto al provincial, municipal o local. | El opuesto a distintas ramas jurídicas, como el Laboral, el Mercantil (L. Alcalá-Zamora). | En España, por antonomasia, el Derecho de Castilla. | En España, también, el de la generalidad de la nación, frente al privativo de algunas regiones o Derecho Foral (v.). | COMUNITARIO. El que rige el funcionamiento de las comunidades internacionales y sus relaciones con los Estados que las integran. La expresión se ha desarrollado particularmente en relación con la Unión Europea, pero ha recibido aplicación también respecto de otros ordenamientos jurídicos, como el que han formado los países integrantes del Mercado Común Andino. El Derecho Comunitario comprende normas relativas a la creación y funcionamiento de los organismos supranacionales, a sus relaciones con los Estados miembros y a la creación de reglas comunitarias aplicables a los individuos que habitan en los países que integran la respectiva comunidad. | COMUNAL. Denominación arcaica del Derecho de Gentes, el habitual entre todos los hombres. | CONSTITUCIONAL. Rama del Derecho Político, que comprende las leyes fundamentales del Estado que establecen la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos. | CONSUETUDINARIO. El que nace de la costumbre; el Derecho no escrito. | CRIMINAL. V. derecho penal. | DE ABSTENCIÓN. Facultad establecida por la ley, los estatutos de una entidad u otra convención, a favor de una o más personas que pueden reservarse su decisión acerca de uno o varios asuntos, durante cierto tiempo o indeterminadamente. | DE ACRECER. El de reunir o agregar a la porción propia la parte de quien no quiere o no puede recibir la suya. | Derecho de uno o varios coherederos o colegatarios sobre las partes que quedan vacantes por haberlas renunciado, o no haberlas podido adquirir, alguno o algunos de los demás. | DE ASILO. Inmunidad o protección legal, convencional entre Estados o consuetudinaria, que se concede a ciertos delincuentes o perseguidos por motivos políticos, sociales, religiosos o raciales, cuando se refugian en lugar donde no alcanza la jurisdicción del Estado, aun estando dentro del territorio de él; y que hoy día es tan sólo el edificio o propiedad de alguna representación diplomática extranjera, o consular en extensión ya muy discutida. | DE EXPORTACIÓN. El de carácter económico que los particulares pagan al Estado por la autorización que se les concede para la salida de mercaderías destinadas a un país extranjero. | DE GENTES. Para los romanos, y por oposición a su Derecho peculiar, el conjunto de reglas que la razón ha establecido entre todos los hombres y son observadas en la generalidad de los pueblos. | Colección de leyes y costumbres reguladoras de las relaciones e



intereses entre las diversas naciones, en cuyo caso es sinónimo de Derecho Internacional Público (v.). | DE IMPORTACIÓN. El impuesto, hecho efectivo en las aduanas, con el cual se gravan las mercaderías cuya entrada en el país está sujeta a tal pago, sin cuyo requisito no pueden circular, salvo exponerse al comiso y multa o prisión correspondiente. | DE PATRONATO. Atribución que al patrono de una fundación corresponde para, de acuerdo con los estatutos, presentar personas hábiles para los beneficios y capellanías que queden vacantes, y para usar de los privilegios inherentes a tal calidad. | Especialmente, aquel del cual gozaba la corona de España para proponer una tema de candidatos, previa a la designación pontificia de los obispos, además de otras prerrogativas en materia eclesiástica. | DE PETICIÓN. Facultad que algunas Constituciones conceden a todos los ciudadanos para dirigir peticiones a los poderes públicos, en forma individual o colectiva. | DE PREFERENCIA. En general, sinónimo de derecho de prelación (v.). | De modo especial, el reconocido a los accionistas de una sociedad, para suscribir las nuevas acciones antes de admitir la adquisición por el público en general. | DERECHO DE PRELACIÓN. El que asiste a una persona para ser preferida en sus derechos en concurrencia con otras, y a veces con total exclusión de ellas. | DE PROPIEDAD. El que corresponde al dueño de una cosa para gozar, servirse y disponer de la misma según la conveniencia o voluntad de aquél. | DE RECESO. Derecho subjetivo otorgado a los accionistas y otros socios, para retirarse de la sociedad cuanto ésta experimente ciertos cambios fundamentales en su estructura jurídica o empresarial. | DE REPETICIÓN. El que tiene toda persona para reclamar lo pagado indebidamente por error o por haberlo efectuado antes y en lugar del verdadero obligado o responsable. | DE REPRESENTACIÓN. En una acepción se refiere a la facultad legal que, en relación con los menores e incapaces, corresponde a los padres, tutores o curadores, tanto en juicio como fuera de él, para protección de los derechos e intereses de los primeros y para cuidado de sus personas. | DE RETENCIÓN. Especie de derecho pignoraticio establecido por disposición legal en determinadas ocasiones, para posibilitar al poseedor o tenedor de la cosa ajena el conservarla hasta el pago de lo debido por ella o por alguna causa con ésta relacionada. | DE SUPERFICIE. Corresponde a quien tiene el derecho de usar de la superficie edificando, plantando o sembrando en suelo ajeno, pagando cierta pensión anual al dueño de él (Escriche). | DE TRABAJO o DEL TRABAJO. Esta nueva rama de las ciencias jurídicas abarca el conjunto de normas positivas y doctrinas referidas a las relaciones entre el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores (intelectuales, técnicos, de dirección, fiscalización o manuales), en los aspectos legales, contractuales y consuetudinarios de los dos elementos básicos de la economía; donde el Estado, como poder neutral y superior, ha de marcar las líneas fundamentales de los derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de la producción. | DIVINO. El procedente de modo directo de Dios, por la revelación o por ley natural, a través de lo que la recta razón dicta a los hombres. | ECLESIASTICO. Lo mismo que Derecho Canónico. Tal vez, utilizando, cabría reservar la primera de las denominaciones para la organización jerárquica y material de la Iglesia; y denominar Canónico el Derecho normativo para sacerdotes y fieles. | ECONÓMICO. Conjunto de reglas determinantes de las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza. | ESCRITO. Denominación aplicada a cuantas reglas han sido expresamente establecidas y promulgadas por la autoridad valiéndose de un medio gráfico. | ESPAÑOL. La totalidad de Constituciones, códigos, leyes, reglamentos, ordenanzas, decretos, órdenes y demás disposiciones escritas, así como las costumbres, prácticas y usos jurídicos observados en España. A tales fuentes, aun sin autoridad expresa legal en la actualidad, han de sumarse la de aplicación que la jurisprudencia de los tribunales españoles implica; y la de crítica, formación y teórica aportada por la doctrina de los autores hispánicos. | ESTRICTO. Aquel cuya expresión está tomada legalmente en su rigor, sin extensión alguna. | EVENTUAL. Todo privilegio que sirve de protección y garantía para una cosa. | Especie de derecho próximo, en conexión con otro ya existente, o que depende de un acontecimiento incierto. | Expectativa de un derecho. | EXPRESO. La disposición legal que, dictada y promulgada por los poderes competentes, es



observada por la generalidad del pueblo. | El texto formal de la ley, no su proyecto o Derecho hipotético. | FINANCIERO. Serie ordenada de normas científicas y positivas referentes a la organización económica, a los gastos e ingresos del Estado. | FISCAL. Rama del Derecho Financiero, que regula las relaciones entre el erario y los contribuyentes, a través de los impuestos de toda índole, las personas y bienes gravados, las exenciones especiales, las formas y plazos de pago, las multas u otras penas, o los simples recargos que corresponde aplicar por infringir preceptos legales. | FORAL. Paradójicamente, cabría definirlo como el Derecho español que no es español. Rige en territorio hispánico, pero no en todo él, si se quiere la clave, por demás sencilla, del aparente contrasentido. Esta legislación, distinta de la civil común o general, está en vigor, por supervivencia histórica y hondo arraigo popular, en varias regiones de España: Cataluña, Aragón, Baleares, Vizcaya, Galicia y Navarra, además de otras instituciones aisladas. | FUTURO. El pendiente de una condición. | La expectativa jurídica. | Más propiamente, el derecho nacido pero no adquirido del todo. Se distinguen dos clases de derecho futuro: el eventual, pendiente de un hecho incierto y vario (como el de heredar), y el condicional, donde existe indeterminación en plazo o actitud, pero no en la causa (si fulano se casa), en que se sabe a quién se refiere y sobre qué hecho ha de versar. | HEREDITARIO. El derecho patrimonial que una persona tiene sobre los bienes de otra por el hecho de la muerte de ésta, y en virtud de título legal, de llamamiento testamentario o por ambas causas. | INDIVIDUAL DEL TRABAJO. El centrado en torno del contrato homónimo o a las relaciones laborales en otros enfoques, pero sin trascendencia general. De todas formas, por conducto de los pactos colectivos de condiciones laborales tiende a modificarse no poco, por interponerse las asociaciones profesionales en la regulación, antes directa y exclusiva, de los derechos y deberes de trabajadores y empresarios. (V. contrato de trabajo y derecho colectivo del trabajo.) | INDUSTRIAL. El que regula y determina las funciones industriales. | INTELECTUAL. Aquel meramente personal sobre los productos de la inteligencia; como el derecho de autor y la patente de invención. | INTERNACIONAL. El que regula las relaciones de unos Estados con otros, considerados como personalidades independientes; los vínculos entre súbditos de distintas naciones, o las situaciones, derechos y deberes de los extranjeros con respecto al territorio en que se encuentran. El Derecho Internacional se divide en Público o Privado. El primero se refiere a las colectividades nacionales como sujetos de relaciones jurídicas; a los derechos y deberes de los Estados como integrantes de un orden general de naciones, y dentro de una situación de paz; pues, de producirse un conflicto armado, los beligerantes desconocen todo derecho al enemigo, sin otro compromiso que el de respetar (mientras convenga) las normas sobre heridos, prisioneros, no combatientes y otras para no agredir a personas y no atacar lugares ajenos a las necesidades bélicas. El Derecho Internacional Público se ha regido exclusivamente, hasta no ha mucho, por convenciones bilaterales o plurilaterales; pero, al concluir las dos primeras guerras mundiales, la Sociedad de las Naciones primero, y la Organización de las Naciones Unidas después, han intentado crear un órgano par encauzar pacíficamente las diferencias entre Estados y para la máxima internacionalización de numerosos principios jurídicos. El Derecho Internacional Privado determina las reglas aplicables a las relaciones privadas con elementos multinacionales, ya sea estableciendo directamente tales reglas, ya ordenando cuál será la ley nacional aplicable en cada caso. | LABORAL. Aquel que tiene por finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referido al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral. | LITIGIOSO. El que es objeto de reclamación por la vía judicial. De no existir allanamiento, el litigio surge al contestar el demandado la demanda. (V. bienes litigiosos.) | MARÍTIMO. Conjunto de reglas jurídicas referidas a los diversos derechos y obligaciones que surgen de la navegación y, especialmente, del transporte de pasajeros o mercaderías en buques. Tradicionalmente integra parte del Derecho Mercantil. | MERCANTIL. Principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambios, realizados con



ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. | MILITAR. Serie orgánica de principios y normas que regulan las obligaciones, deberes y derechos de la gente de guerra, milicia o estado castrense, y de los particulares cuando, por especiales circunstancias, corresponde conocer al fuero de guerra. | MINERO. Conjunto de normas jurídicas que regulan el descubrimiento y la explotación de las minas (v.). | MORAL. El derecho del autor de una obra literaria, científica o artística respecto del contenido y utilización de esa obra, con independencia de todo valor o remuneración económica. | El Derecho que concuerda con determinado sistema de reglas morales. | MUNICIPAL. Conjunto de leyes, fueros y costumbres peculiares de las provincias, ciudades, villas o lugares; y, más comúnmente, el que rige la vida administrativa y general de los municipios en cuanto corporaciones y en sus nexos con el respectivo vecindario. | NATURAL. El que basado en los principios permanentes de lo justo y de lo injusto se admite que la naturaleza dicta o inspira a todos los hombres, como si la unanimidad entre éstos fuera posible; aspiración que el Derecho positivo tiende a concretar como ideal humano. Se equipara por algunos a la Filosofía del Derecho. | OBJETIVO. El escrito o positivo. Así, el Civil, Penal o Procesal de éste o aquel país y en una u otra época. | OBRERO. Una de las denominaciones, ya poco usada, del Derecho Laboral (v.). | PARLAMENTARIO. Conjunto de preceptos legales, o internos de la propia Cámara, que rigen las atribuciones, prerrogativas y deberes de los miembros de la correspondiente asamblea legislativa. | PENAL. También suele ser denominado Derecho Criminal. Sutilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar; mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad "Derecho sobre el crimen", como infracción o conducta punible. | PERSONAL. Denominación tan tradicional como combatida; pues, al no poder existir derecho alguno sin un titular, todos son personales. Pero dado el valor del convencionalismo, se entiende por derecho personal el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en que predomina la relación entre una persona y una cosa. | POLÍTICO. El que determina la naturaleza y organización fundamental del Estado, las relaciones de éste con los ciudadanos y los derechos y deberes de éstos en la vida pública. (V. constitución, cortes; derecho constitucional y público; derechos individuales, estado, gobierno.) | PONTIFICIO. Sinónimo de Derecho Canónico. | Más propiamente, el que emana directamente de los papas. | POSITIVO. El Derecho vigente; el conjunto de leyes no derogadas y las costumbres imperantes. | PRETORIO. El que, basado en la equidad natural, corregía el rigor de las leyes civiles romanas mediante la jurisprudencia o decisiones de los pretores, que así legislaban juzgando. | PROCESAL. El que contiene los principios y normas que regulan el procedimiento civil y el criminal; la administración de justicia ante los jueces y tribunales de una y otra jurisdicción, o de otras especiales. | DERECHO PÚBLICO y DERECHO PRIVADO. Derecho Público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. | El que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado, en virtud de delegación directa o mediata del poder público. El Derecho Privado rige los actos de los particulares cumplidos en su propio nombre. Predomina el interés individual, frente al general del Derecho Público. | REAL. Potestad personal sobre una o más cosas, objetos del Derecho. | REAL DE GARANTÍA. El que tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación estableciendo trabas para enajenar la cosa que ha de responder eventualmente ante el titular del crédito o derecho. Las tres especies tradicionales son la hipoteca, la prenda y la anticresis (v.). | ROMANO. La totalidad de leyes establecidas por el antiguo pueblo de Roma. Se ha definido con mayor detalle cual el conjunto de "principios, preceptos y reglas que informaron las relaciones jurídicas del pueblo romano en las distintas épocas de su historia". | SINDICAL. Tomando por base el sujeto, el Derecho Sindical puede definirse como aquel que considera la primordial facultad de todo individuo integrante de la producción, sea como trabajador o como patrono, para unir sus esfuerzos, intereses y responsabilidad con otros pertenecientes a su mismo grupo profesional o conexo, para defensa y efectividad de sus derechos profesionales. | SINGULAR. El reconocido o concedido por ley especial o de excepción, contra los principios del Derecho Común, para proteger



intereses urgentes o favorecer a determinadas personas, únicas que pueden invocarlo y ejercerlo en su provecho. | SOCIAL. Con reiteración se confunde este Derecho con el Laboral; aunque, en realidad, todo Derecho es social, de y para la sociedad. | SUBJETIVO. El inherente a una persona, activa o pasivamente; como titular de un derecho real, como acreedor o deudor en una relación obligatoria. (V. derecho objetivo y derecho personal.) | SUPLETORIO. Colección de normas jurídicas, o cuerpo legal, que se aplica a falta de disposiciones expresas contenidas en un código o ley.

Derechos

En plural, esta voz posee ante todo acepciones juridicoeconómicas: como impuesto y como honorarios. | Dentro de lo estrictamente jurídico, el vocablo se emplea pluralizado cuando se refiere a un conjunto de normas o atribuciones que se concede, reivindica o ejerce colectivamente. | Así se considera en los artículos que siguen. | ABUSIVOS. Los contrarios a la razón, a la equidad y a las buenas costumbres. | CIVILES. Los naturales o esenciales de los cuales goza todo individuo jurídicamente capaz. | DE AUTOR. La cantidad fija o proporcional que el autor de una obra literaria percibe por su publicación, venta o ejecución. | INDIVIDUALES. Se designan con este nombre las garantías que las Constituciones conceden a favor de todos los habitantes del Estado. | POLÍTICOS. Los otorgados o reconocidos por las Constituciones u otras disposiciones fundamentales de los Estados en relación con las funciones públicas o con las actividades que se ejercitan fuera de la esfera privada. Son inherentes a la calidad de ciudadano. Suelen negárseles a los extranjeros, aunque se les reconozcan los individuales (Dic. Der. Usual).



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Peces-Barba, G. Fernández E. & De Asís R. (1999). Curso de Teoría del Derecho. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Barcelona. España. Pp. 15-23.
- 2 Latorre, A. (1993). Introducción al Derecho. Décima Edición. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. España. Pp. 13-15.
- 3 Oliván López, F; Ezquerro Serrano M. R. & Muñoz Blazquez, F. M. (1993). Introducción al Derecho. Tercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid. España. Pp. 79-80.
- 4 Nino C. S. (1973). Notas de introducción al Derecho. La definición de "derecho" y de "norma jurídica". Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos. Buenos Aires. Argentina. Pp.11-34.
- 5 Nino, C. S. (1987). Introducción al Análisis del Derecho. Editorial Ariel, S. A. Barcelona. España. Pp. 195-208.
- 6 Cabanellas de Torres, G. (2006). Diccionario Jurídico Elemental. Dieciochoava Edición. Editorial Heliastra. Buenos Aires. Argentina. Pp. 117-123.