

ALGUNAS PALABRAS SOBRE LAS PALABRAS ¿DE LA LEY, DEL DERECHO, DEL JUEZ?

Miguel de Lezica¹

1.- Una aclaración inicial

El eje temático elegido para este año es el de la comunicación. Ante una perspectiva tan amplia y compleja, ¿el azar? puso ante mí un camino posible. Hablo de azar porque cuando aún no había puesto atención al tema, en forma imprevista, llegó a mis manos un libro que me permitió circunscribir la problemática de la comunicación en el ámbito del derecho. Los signos de interrogación responden a que desconozco si el suceso se debe a un arbitrio del destino inasible para nosotros o en definitiva responde a la lógica de la dinámica de mis actividades.

La cuestión es que un día de verano, en un almuerzo amical y familiar, conversaba con un prestigioso abogado del foro sobre una serie de decisiones judiciales recientes y otras en expectativa. El tema giraba en torno a la oscuridad del lenguaje judicial, a que algunas decisiones parecían adolecer de juridicidad y a la anticipación mediática de las sentencias que de algún modo influía en la decisión final de la magistratura. Esta anticipación mediática usaba un lenguaje imprecatorio y apremiante que parecía reducir la capacidad de decisión de los jueces. Al día siguiente el abogado de marras me hizo llegar un libro que en parte contempla estas cuestiones. Se trataba de la respuesta que publicara Genaro Carrió a una crítica que le hiciera Sebastián Soler, respuesta que se tituló *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley*.²

Allí disputan dos posiciones pretendidamente antagónicas que abordan algunas complejidades del lenguaje jurídico. Sinteticemos, por ahora esquemáticamente, la cuestión.

Para Sebastián Soler la dogmática elabora un lenguaje técnico y preciso que expresa con certeza lo que las leyes disponen. Se trata, en parte, de la vieja doctrina de la jurisprudencia de conceptos. La función del jurista para esta corriente, consiste en abstraer de la ley nociones que puedan ser reducidas a conceptos que, sintetizados y organizados

¹ Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas UCA. Titular de la Secretaría de Control Disciplinario y Enjuiciamiento de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia.

² Carrió, Genaro R, *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971.

en un sistema constituyen una teoría. Luego se comparará esa teoría con el ordenamiento legal para verificar que no surjan contradicciones o lagunas.

Carrió comparte con Soler que el derecho se vale del lenguaje natural³. Lo relativo a las conductas y la comunicación de lo relativo a ellas se hace necesariamente en un lenguaje que aspira a ser comprendido por todos. La incomprensión entorpece toda comunicación. Este lenguaje natural presenta lo que Carrió denomina una textura abierta.

El objeto de la ley se relaciona con conductas y esas conductas se describen en un lenguaje coloquial que posibilita ciertos niveles de comprensión y planificación entre los miembros de una comunidad. Ahora, la transformación del lenguaje vulgar en técnico depende de cinco fenómenos de los cuales solo mencionaremos, por ahora, el que Soler llama “definición”. Este fenómeno consiste en que cuando la ley habla, acota, limita y define al lenguaje vulgar. La ley siempre pule, limpia y decora según su voluntad. Así el lenguaje vulgar se vuelve un lenguaje técnico cuya precisión determina con certeza lo que la ley dispone.

La discusión se centra, entonces, y por ahora, en si el lenguaje de la ley es preciso, en tanto técnico, o a pesar de los esfuerzos de legisladores, jueces y juristas, se trata de un lenguaje con texturas amplias que en muchos casos presenta extensiones metafóricas y figurativas.⁴

Carrió cita como ejemplo distintas acepciones de la palabra “derecho” en que, usada con propiedad, indica cosas totalmente distintas, a saber:

- “(i) La esclavitud es una institución contraria a derecho.
- (ii) El derecho francés se asemeja más al derecho español que al inglés.
- (iii) Los padres tienen el derecho de guiar la educación de sus hijos.
- (iv) Mientras que la Física y la Astronomía son ciencias naturales, el Derecho y la Historia no lo son.
- (v) El Dr. Eduardo A. Vásquez es profesor de Introducción al Derecho.
- (vi) Francisco Real era un hombre Derecho.”⁵

Pero este problema, tal y como está formulado, suscita otros. Por ejemplo, al decir de Carrió, eso que los juristas “examinan bajo el rótulo impreciso de «interpretación».”⁶

³ Carrió opone aquí lenguaje natural a los lenguajes formalizados o de signos.

⁴ Los autores en disputa no lo mencionan expresamente, aunque aluden, a algunos de los problemas que esta discusión suscita, como ser el de la analogía, el de la *suppositio*, o valor de referencia, o la dialéctica abstracto-concreto.

⁵ Carrió, Genaro, op. cit. ps. 16 y 17.

⁶ Ibid. p. 10.

Aborda este tema al señalar que más allá de la discusión al nivel de la letra de la ley, el juez enfrenta el problema de aplicar la ley y sus términos connotativos a una situación particular, que no siempre es alcanzada con precisión y certeza por el lenguaje de la norma. ¿Qué significación cabe atribuir por ejemplo a una noción como la de “precio vil”, o cuánta precisión tiene en derecho penal el concepto de “arma”?

Podemos así seguir preguntando, ¿qué es, o qué comunica eso que llamamos derecho? Y esto nos lleva a la pregunta del título, ¿se trata de las palabras de la ley, del juez, del derecho?, y en su caso ¿qué comunican estas palabras? Precisemos aún más la cuestión, ¿las palabras de la ley, del juez, del derecho significan lo mismo?

2.- Síntesis y balance de las posiciones encontradas

Veamos ahora en detalle las argumentaciones de la discusión referida.

1.- La posición de Genaro Carrió

Explica Carrió que en tanto la ley se refiere a conductas debe usar un lenguaje que posibilite su descripción, comprensión y comunicación. El lenguaje de las conductas, y en definitiva el de la ley, no puede ser otro que un lenguaje natural.

Pero el lenguaje natural presenta ciertas propiedades características que es necesario tener en cuenta para evaluar su aptitud significativa y comunicativa.

Así, dirá este autor que los lenguajes naturales contienen *expresiones ambiguas*, o sea, que una palabra determinada puede tener distintos significados o matices significativos dependiendo del contexto en que se la use. Por ejemplo, el ya citado de la palabra “derecho”.

Los lenguajes naturales tienen *palabras vagas*. Esto significa que hay ocasiones en que se vuelve incierta o dudosa la inclusión de un hecho o un objeto dentro del campo de acción de una palabra. Carrió propone algunos ejemplos. Las palabras día y noche nos permiten distinguir con facilidad un momento de otro. Pero si quisiéramos precisar el momento exacto de uno y otra, éstas palabras se vuelven vagas. Otro tanto sucede con la palabra “edificio”. Podemos aplicarla con facilidad y sin dudas a muchos objetos, pero hay otros en que el uso se vuelve dudoso. ¿Podemos llamar edificio a una tapera, a un puente, a una tumba?

El solo hecho de tener que acudir a una serie de recursos lingüísticos, como, por ejemplo, la etimología, para despejar estas dudas, pone de manifiesto la dificultad aludida.

“A diferencia de lo que ocurre con palabras como «noche», «día», «joven», «viejo», «alto» y «bajo», en cuyo uso normal el lenguaje recoge propiedades que se presentan en la forma de un continuo que sólo puede recortarse nítidamente pagando el precio de la arbitrariedad, en el caso de «edificio» el uso no determina con precisión cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que debe satisfacer un ejemplar concreto para ser «correctamente» llamado «edificio».”⁷

Otra nota de los lenguajes naturales es su *textura abierta*. Esto se debe a que no siempre es posible delimitar con precisión un objeto material. Aunque las palabras no sean usadas con vaguedad pueden presentar desconciertos. Un hacha o una masa, son herramientas, pero ¿es posible en algún contexto clasificarlas como armas? ¿Qué distingue armas de herramientas, sólo el uso que les demos?

El autor bajo análisis no niega ni desconoce el esfuerzo de precisión de los juristas, no niega que la elaboración técnica tiende a acotar estas ambigüedades señaladas, o que inclusive el derecho a veces inventa palabras en procura de precisión (v.gr. «compraventa»). Pero, así y todo, aunque atenuadas, esas incertidumbres subsisten. Y esto se debe a que “el derecho no podría cumplir sus funciones de guiar actos humanos y posibilitar su apreciación si sus palabras no fueran definibles en términos del lenguaje natural.”⁸

Entiéndase bien, este autor no está diciendo que en el derecho todo es ambigüedad, por el contrario, sólo está destacando que en la mayoría de los casos el lenguaje técnico alcanza su aspiración de certeza y claridad, pero que eso no excluye situaciones de penumbra para las que ese lenguaje resulta insuficiente.

2.- La posición de Sebastián Soler

Nos limitaremos aquí a reseñar la posición de Soler sobre el tema debatido. La aclaración viene a cuento de una aclaración del mismo Soler cuando dice: “Para advertir cuáles son las características del lenguaje jurídico –esto es, el de las normas de derecho– no hay que leer a estas últimas como las lee el juez en trance de dictar sentencia. Hay que leerlas como las leen los hombres corrientes en cuanto miembros de una *polis* para la cual las palabras de las normas constituyen derecho positivo.”⁹

⁷ Ibid., ps. 20 y 21.

⁸ Ibid., p. 24.

⁹ Ibid., p. 32.

Aquí aparecen dos temas que no abordaremos porque excederían el tema y extensión de este trabajo, pero que de algún modo inciden en la posición de Soler que nos proponemos reseñar. El primero de ellos es la identificación de derecho y ley, la noción de derecho se reduce a la ley, específicamente a la ley positiva. El segundo tema es una crítica al denominado realismo norteamericano que sostiene que derecho es lo que los jueces dicen o hacen. Para Soler esto es un grave error que convierte al derecho en derecho judicial apartándolo de su ámbito propio y causal que es la ley.¹⁰

Aclarado esto, avancemos. Soler no niega el carácter ambiguo y vago del lenguaje común, así como tampoco afirma que el lenguaje jurídico sea un lenguaje formalizado. Sostiene en cambio que la incorporación de un término a la ley convierte en expresión técnica a la más vulgar de las palabras, y esta transformación basta para corregir las debilidades expresivas del lenguaje común.

Esta conversión de sentido vulgar en técnico se produce a través de cinco fenómenos o procesos, a saber, operatividad, definición, cuantificación, tipificación y constitución.¹¹ Veamos someramente cada uno de ellos.

a) *Operatividad*. La ley “no narra ni aconseja ni se burla: manda y entiende mandar una cosa precisa...”¹² La incorporación de un modo expresivo a la ley hace que éste adquiera un sentido dispositivo. Esto es lo que la ley hace, dispone en forma inequívoca.

b) *Definición*. Aquí rige lo que Soler llama el principio normativo de no contradicción, la ley no puede mandar y prohibir simultáneamente lo mismo. Cuando la ley habla, o más bien, dispone, acota, limita y define.

c) *Cuantificación*. El lenguaje jurídico tiene una finalidad operativa. Por ello uno de sus procedimientos técnicos más habituales consiste en la cuantificación de lo cualitativo. Así, para distinguir jurídicamente niño, joven y adulto, la ley cuantifica y fija un límite preciso suprimiendo los márgenes ambiguos de los términos cualitativos.

d) *Tipificación*. Previo a abordar el tema de la tipificación Soler adopta un presupuesto vinculante. Señala como otra nota del lenguaje que contrasta con la vaguedad o ambigüedad, el poder constitutivo de las palabras. Cita varios ejemplos de cómo un epíteto marca o “configura” el modo de ser de una persona. “Tomando el ejemplo del

¹⁰ Soler aborda en parte estos temas en su libro *Las palabras de la ley*, Praxis Jurídica, México 1974.

¹¹ Soler, S., op. cit. ps. 227 a 236.

¹² Ibid., p. 227.

calvo puesto por Bertrand Russell puede decirse...que el sujeto se transforma en calvo no ya cuando se le cae un determinado cabello sino cuando la gente comienza a llamarlo así.”¹³

Precisamente, el procedimiento legal de la tipificación consiste en construir esquemas abstractos que constituyen efectivamente las hipótesis desencadenantes de la coacción jurídica. La ley tipifica para regular, y una vez que la realidad ha sido tipificada, lo fluido queda solidificado, lo borroso recortado. Cuando la ley habla ha de entenderse que quiso decir eso y no otra cosa, y si lo que dice es vago, ello solo significa que el matiz es indiferente para la norma.

e) *Constitución*. La ley crea su propia terminología, inventa palabras que no existen en el lenguaje común. “No hay nada natural que sea una compra-venta, y que se presente ante nosotros con la infinitud de atributos posibles propios, según sabemos, de todos los objetos reales del mundo, incluidos los que a éste ha introducido la cultura humana. Es inútil buscarle indefiniciones, esfumaduras o borrones a ese concepto, porque ese es un concepto *constituido*, es en sí mismo una definición y nada más que una definición, fuera de cuyos límites no hay nada, y si algo hay es exactamente lo mismo que si no estuviera.”¹⁴

3.- *Balance de las posiciones reseñadas*

Carrió es claro cuando postula que su posición no puede enmarcarse en la disputa entre los partidarios del dogmatismo y los llamados realistas. Estos últimos radicalizan tanto su postura que terminan en un total desprecio por la norma cayendo en cambio en un caos de decisiones individuales carentes de todo criterio que las justifique. El dilema, dirá Carrió, entre reglas inflexibles y completas o ausencia total de normatividad es falso.

En el trabajo aquí expuesto se ha limitado a señalar las características del lenguaje natural y como la ley no escapa a esas peculiaridades. El matiz que lo diferencia de las posiciones radicales es que no niega la claridad y precisión que puede alcanzar el lenguaje jurídico, pero advierte que eso no se da siempre y en todos los casos. Hay situaciones, las que llama siguiendo a Hart, zonas de penumbra, en que la capacidad operativa y dispositiva de la ley resultan insuficientes en relación a una situación particular.

¹³ Ibid. p. 232.

¹⁴ Ibid., p. 234.

Aquí solo ha mostrado el problema, mientras que los caminos posibles de solución gozan de mayor desarrollo en otra de sus obras titulada *Notas sobre derecho y lenguaje*. Allí postula toda una concepción del lenguaje. “Todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos convencionales. Esto último quiere decir que no hay ninguna relación necesaria entre las palabras, por un lado, y, por el otro, los objetos, circunstancias, hechos o sucesos, en relación con los cuales aquéllas cumplen sus múltiples funciones. La convención que acuerda a una palabra o expresión una función determinada puede ser explícita y ad hoc, como ocurre en el caso de un lenguaje artificial cualquiera, o tácita y general, como ocurre en el caso de los lenguajes naturales.”¹⁵

Y agrega, “Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados- “intrínsecos”, “verdaderos” o “reales”, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado. Es vana la tarea de “descubrir” tales significados inexistentes; por esa vía no es dable alcanzar ninguna información valedera.”¹⁶

Expuesta esta concepción del lenguaje pasará a describir algunos recursos lingüísticos que permiten conferir sentido a los términos. Entre ellos enumera ciertas clases de definiciones. Por ejemplo, la definición *léxica* es la que proponen los diccionarios donde sencillamente se indica el ámbito de cosas a los que se aplica un nombre en determinada comunidad lingüística. Hay otras definiciones, en cambio, que permiten delimitar para ciertos fines el campo de acción de una palabra, o se deciden por uno de los significados posibles, o introducen un nuevo símbolo en reemplazo de una descripción. Éstas son las definiciones *estipulativas*. “Ellas carecen de valor de verdad; podrán ser útiles o inútiles, cómodas o incómodas, pero no son verdaderas ni falsas. No son aserciones, sino decisiones lingüísticas.”¹⁷

A partir de estos presupuestos dirá que en aquellos “casos de penumbra” en que la letra de la ley se muestra insuficiente por vaga, ambigua o confusa, quien la aplica, conferirá a la regla un sentido que hasta entonces no tenían. Se trata de un significado del que la norma carecía, por el contrario, es puesto por el intérprete cuya decisión estará guiada por criterios valorativos, sociales, políticos, económicos a la luz de los cuales se evalúan las consecuencias de la decisión.

¹⁵ Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2006, ps. 91 y 92.

¹⁶ Ibid., p. 94.

¹⁷ Ibid., p. 93.

Expusimos dos posiciones antagónicas con sus respectivas argumentaciones. Más allá de los matices y reconocimientos de cada una parecen irreconciliables. Pero, además, de la propia discusión advertimos toda una serie de problemas que quedan sin resolver, y de los que esta disputa es buena muestra. Vemos que más allá de las explicaciones formuladas la pregunta del título queda en parte sin contestar. Decimos en parte, porque para Soler es claro, se trata de las palabras de la ley, y el derecho es la ley. Ahora, esa afirmación no está exenta de las críticas formuladas por Carrió. Pero para éste, si bien el intérprete se vale de recursos lingüísticos para superar ambigüedades, en última instancia toma una decisión. Esta decisión se funda en criterios valorativos, políticos, económicos, sociales. A lo que podemos preguntar, ¿por qué unos y no otros, o más sencillamente, cómo se justifican o legitiman esos criterios?

Las dificultades del lenguaje existen y sobran los ejemplos en los que el abogado o el juez dudan en si un hecho se subsume bajo una norma u otra, o, siendo alcanzado un caso por una norma, cómo cabe aplicar ésta. Nuevamente, ¿qué significan los términos de la norma quién despeja esa significación, y según qué criterios? Si el derecho se reduce a la ley como sostiene Soler, ¿cómo se llama la labor del juez?, ¿acaso ésta no es derecho?

Hoy se agrega un problema más con el que lidian litigantes y magistrados cotidianamente. El actual control de constitucionalidad y convencionalidad ha puesto en plena vigencia la perspectiva de los derechos humanos. Los tratados internacionales en que están plasmados son criterio de interpretación y aplicación de las normas. Ahora, los tratados, a su vez, son normas, el problema es el mismo.

Y así volvemos a la pregunta del título, ¿se trata de las palabras de la ley, de los tratados, del derecho, del juez? En definitiva, ¿qué comunica el lenguaje jurídico? Presenciamos toda una discusión que no parece aportar una respuesta satisfactoria. Veamos si es posible tomar otro camino que despeje, aunque sea en parte, la cuestión.

3.- Palabras, ideas, cosas¹⁸

1.- Reformulación del problema

Compartimos con Carrió, y con Soler, como él mismo lo reconoce, las propiedades y dificultades de lo que han llamado el lenguaje natural por contraposición a

¹⁸ Como puede advertirse tomé prestados para el presente diversos títulos de libros, hoy clásicos. Tal el título, aunque levemente modificado, que encabeza este trabajo, y ahora el de la obra de Juan Alfredo Casaubón, *Palabras, ideas cosas. El problema de los universales*.

los lenguajes formales. No así el presupuesto asumido por Carrió de que todo lenguaje es absolutamente arbitrario y convencional ni el recurso al “decisionismo” para resolver las dificultades de significado relativas a la conducta. Ello así porque Carrió no justifica suficientemente el presupuesto asumido. Y si bien es cierto que el lenguaje es artificial, de lo contrario no habría diferentes idiomas, la significación no es solo convencionalidad. El tema a analizar es precisamente la relación entre el signo (la palabra) y lo significado (las cosas).

Pero, además, el recurso al “decisionismo” tampoco parece suficiente ya que la decisión y su justificación no pueden más que valerse de un lenguaje en el que intentará mostrar, comunicar, aquellos criterios justificantes de la decisión.

No entraremos aquí, porque excedería la finalidad del presente, en el tema del lenguaje, las ideas y las cosas, nominalismo, idealismo y realidad, o sea el problema de los universales. Pero acudimos a un título que trata ese problema con una intención más modesta, la de analizar, en la medida de lo posible cómo opera el lenguaje con el que aludimos a los actos humanos y a nuestra reflexión y expresión sobre esos actos.

Circunscribamos algo más el problema. Tanto la ley, como una decisión judicial, cada una en su orden están llamadas a transformar diversos aspectos de la vida de los individuos. La condena a pagar una suma de dinero, la determinación de una pena privativa de libertad, la destitución de un cargo, etc., son decisiones que afectan de modo directo aspectos centrales del desenvolvimiento vital.

Quien las padece pretende no solo un proceso previo y razonado de legitimación, sino también un motivo expresable, entendible que justifique o explique su pérdida. Si el fundamento de esta determinación fuera una mera decisión voluntaria sin justificación suficiente, se parecería mucho a un simple hecho de fuerza, a algo arbitrario que parece ser lo que se opone al derecho. El lenguaje, con todas sus limitaciones y dificultades, es el único vehículo para comunicar o expresar esas justificaciones.

2.- Algunas consideraciones sobre el lenguaje

El tema y el problema son antiquísimos. Ya Aristóteles señalaba que como no podemos traer las cosas traemos las palabras. ¿Qué significa esto? Varias veces a lo largo del presente aludimos a la relación entre los términos y las cosas o estados de cosas que designamos con ellos. Bajo este respecto, las palabras son signos de las cosas. Cabe considerar entonces cómo se da ese vínculo.

Vemos que el lenguaje es vehículo de comunicación. Nos entendemos unos a otros a través del lenguaje. Si el lenguaje no transmitiera nociones comunes que nos permitieran conferir el mismo significado a las cosas no habría nada común entre los individuos, no habría comunicación. De hecho, comunicación vine del latín *comunicare* que significa intercambiar, transferir o poner en común.

Esta faz comunicativa del lenguaje supone otra propiedad, que es la que hace posible la comunicación, la eidética. El lenguaje es signo de las cosas, pero a través de las ideas o conceptos. En rigor, el hombre aprehende lo que las cosas son en el concepto. El concepto es aquello en lo que termina una operación mental que es la abstracción, operación por la que la inteligencia separa, deja a un lado, las condiciones individuales y particulares de una cosa percibida para aprehender (abstraer) la forma. Abstraída la forma, se entiende lo que la cosa es y se puede comparar esa forma con todos los individuos en los que esa forma se realiza o está presente. Y esta idea o concepto en la que aparece la forma de lo conocido es lo que se transmite en la comunicación. El concepto es un signo formal, es signo de la cosa conocida. El lenguaje es signo de los conceptos y a través de ellos de las cosas aprehendidas en los conceptos.

Adviértase que algunos animales transmiten o comunican sensaciones. Se valen para ello de ciertos signos, que, aunque rudimentarios, son manifestativos de afecciones. El gruñido o el ladrido son en un sentido signos. El animal puede manifestar exteriormente mediante un sonido, postura o movimiento (que en el caso ofician de signos) una sensación, pero no puede explicarla. El carecer de la capacidad de abstracción y de universalización limita en gran medida la comunicación.

Ahora, comunicar y entender implican también cierto orden. El lenguaje no es una pluralidad arbitraria o amorfa de sonidos o signos. Por el contrario, es posible comunicar y entender porque el lenguaje importa cierto orden, más aún, es un orden de signos. Y este orden no es meramente arbitrario, convencional o consensuado, hay un orden de los términos (gramática) porque hay un orden de los conceptos (lógica). La combinación de conceptos (unión o separación, o afirmación o negación al decir de los escolásticos) tampoco es una operación anárquica o desordenada. Se une o se separa en la mente lo que se percibe unido o separado en la realidad. El orden de los conceptos entonces proviene del orden advertido en las cosas y ese orden es el que expresa el lenguaje.

3.- Dificultades del lenguaje

Aristóteles analizó con mucho detalle el orden de los nombres y el orden de los conceptos, de los juicios y de los razonamientos en tanto signos expresivos de la disposición de las cosas, o para decirlo en sentido fuerte del orden de lo real. Dedicó a ello sus tratados de lógica que los medievales bautizaron con el nombre de *Organon*.¹⁹

El *Filósofo* no desconoció las dificultades y riquezas del lenguaje, que en tanto signo de lo real debía expresar a ésta en toda su complejidad. El conocimiento de lo real se ordena o tiene por término el saber.²⁰ De ahí que tanto el conocimiento, como su perfección, el saber, admiten, entre otras, la división en especulativo y práctico. No podemos entrar aquí en la riquísima temática del conocimiento. Baste con decir a efectos del presente que por conocimiento especulativo se entiende la aprehensión de la estructura de lo real por el solo hecho de inteligir esa estructura, mientras que en el conocimiento práctico (*facere* y *agere* objetos respectivos del arte y la prudencia) la razón cumple una función directiva, se conoce para hacer u obrar. Aristóteles propone definiciones casi idénticas para el arte y la prudencia, aunque el matiz que las distingue hace toda la diferencia. La *tekné* o *ars* es un hábito **productivo** acompañado de razón verdadera, mientras que la prudencia *–phronesis–* es un hábito **operativo** acompañado de razón verdadera.

Ahora, si la realidad es aprehendida en su complejidad especulativo/práctica y el lenguaje es signo de los conceptos y a través de éstos, de lo real, la división especulativo práctico también afectará a los conceptos y al lenguaje. Toda vez que la lógica es la disciplina que tiene por objeto el pensamiento, o el pensamiento procedente y sin contradicción, la misma será necesariamente método de todo saber científico. Y si hay ciencias especulativas y prácticas habrá sendos métodos o partes de la lógica correspondientes a cada término de la división.

¹⁹ Las obras lógicas de Aristóteles son las siguientes: **Categorías o De los predicamentos**: trata de la primera operación de la razón, la simple aprehensión cuyo término es el concepto; **Perihermeneias o Sobre la Interpretación**: versa sobre la segunda operación de la razón por la que ésta compone o divide y donde se verifica propiamente la verdad y el error, el juicio, cuyo término es el enunciado; **Primeros Analíticos**: tercera operación de la razón, el razonamiento cuyo término es el silogismo. Aquí se trata sobre la estructura o forma del silogismo; **Segundos Analíticos**: el tema aquí es la materia de los silogismos, o sea la verdad y necesidad de sus premisas, para lo cual se investigan los principios verdaderos de toda argumentación; **Tópicos**: trata sobre los razonamientos donde alguna de las premisas no es necesaria o absolutamente cierta sino probable. Se trata de un método, útil entre otras cosas, para argumentar sin contradicción en materia probable; **Retórica**: al igual que la Tópica o Dialéctica versa sobre materia probable y es un método para conferir aptitud persuasiva al discurso; **Refutaciones Sofísticas**: es la aplicación de la Dialéctica a la refutación de los argumentos erróneos o desviados.

²⁰ Aristóteles distingue cinco grados de saber a los que también llama virtudes intelectuales, ellos son: arte o técnica, prudencia, ciencia, primeros principios y sabiduría, filosofía primera o metafísica. Cfr. Ética a Nicómaco, libro VI.

Este es uno de los grandes descubrimientos de Aristóteles cuando desarrolló la lógica del pensamiento práctico, la tópica o Dialéctica y la Retórica. Así lo manifiesta en las primeras líneas de la Tópica cuando dice: “El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas probables, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario. Así, pues, hay que decir primero qué es un razonamiento y cuáles sus diferencias, para que pueda comprenderse el razonamiento dialéctico: en efecto, esto es lo que buscamos dentro del estudio presente”.²¹

En estas obras distinguió distintas clases de razonamientos. Un razonamiento dirá el Filósofo, es un discurso en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido.²² Aristóteles distingue aquí cuatro tipos de razonamiento: *apodíctico*, *dialéctico*, *erístico* y *paralogismo* o *razonamiento desviado*.

El razonamiento *apodíctico* o *demostrativo* es aquél que parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas. Son verdaderas y primordiales las cosas que tienen credibilidad, no por otras sino por sí mismas. Como, por ejemplo, los principios, dónde no es necesario buscar el porqué, ya que el principio es digno de crédito por sí mismo. Este silogismo es objeto de estudio de los Primeros Analíticos.

El razonamiento *dialéctico* es aquél construido a partir de cosas probables. Son cosas probables las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o las más conocidos y reputados. Este es el silogismo que se estudia en la Tópica.

El razonamiento *erístico* es el que parte de cosas que parecen probables, pero no lo son. También se llama razonamiento erístico al que pareciendo un razonamiento (y no siéndolo) parte de cosas probables o de cosas que lo parecen. El silogismo erístico se estudia en las Refutaciones Sofísticas.

El paralogismo es un razonamiento desviado. No parte de cosas verdaderas y primordiales ni de cosas probables, sino que construye el razonamiento a partir de supuestos que, aunque propios del conocimiento en cuestión, no son verdaderos. Se trata en definitiva de un error, pero no de un engaño como en el razonamiento erístico. Es el

²¹ Aristóteles, *Tópicos*, I, 1, 100 a 20.

²² *Tópicos*, I, 1, 100b a 101 a.

caso, por ejemplo, del geómetra que construye el razonamiento desviado, trazando de forma indebida los semicírculos o no tirando ciertas líneas como debieran ser tiradas.

La distinción es de interés respecto del razonamiento apodíctico para señalar que se trata de materias diferentes, necesaria y contingente respectivamente. Una de las propiedades del razonamiento dialéctico es que no procede de modo deductivo, precisamente porque como no parte de cosas “verdaderas y primordiales”, la deducción no concluiría con la certeza esperada. Se trata de un razonamiento en que una de las premisas es de certeza probable, propiedad que necesariamente se transmite a la conclusión del razonamiento.

Nos detuvimos en esta larga exposición de la Dialéctica para poner en contexto el tema que nos ocupa. El *Filósofo* analiza en la Tópica los cuatro instrumentos dialécticos generales, tres de los cuales son pertinentes a nuestro estudio. Allí enuncia “la distinción de los diversos sentidos”, “el análisis de las diferencias” y “la captación de las semejanzas”.²³ Y luego aclara que examinar de cuántas maneras se dice algo es útil para que los razonamientos se formen de acuerdo con el objeto y no en relación al nombre, porque si no es evidente de cuántas maneras se dice es posible que quienes hablan no dirijan su pensamiento a la misma cosa.

De ahí la necesidad de que términos como *derecho, justicia, ley, delito, compra-venta, donación, precio vil, capacidad* sean sometidos a este análisis, distinguiendo, por ejemplo, distintas formas de analogía, como ser las propiamente conceptuales de las lingüísticas. Volvemos aquí sobre la importancia para la lógica y para toda metodología de la ciencia de advertir y distinguir las relaciones entre las cosas, el pensamiento (conceptos y el orden de los signos mentales) y las palabras (orden de los signos lingüísticos). El análisis del lenguaje entonces, no se limita al análisis de los términos como cosas separadas de un sistema cerrado y autónomo, sino a un momento del método de investigación que se identifica con un acercamiento a las cosas y a los conceptos a través de las palabras.

4.- El derecho es su método

La expresión de este subtítulo no debe confundirse con aquellas corrientes que pretenden reducir todo conocimiento al método, o más aún afirman que conocer es usar

²³ *Tópicos*, I, capítulos 13 a 18.

una metodología. Para estas posturas conocer es construir el objeto conocido.²⁴ Por el contrario, la afirmación está usada en pleno sentido aristotélico para quien la Tópica y Retórica como metodología de la ciencias prácticas realizan y concretan el derecho.

La Retórica es de hecho, la Dialéctica aplicada a la moral, la política y el derecho. Como métodos tanto la retórica como la tónica exigen poner en contexto términos y preposiciones, distinguir si éstas últimas están propuestas a modo de tesis o problema, identificar los lugares (*topoi*) entendidos como esquemas argumentativos o lugares a partir de los cuales se desenvuelve una argumentación, precisar si los argumentos discursivos están ordenados a la inteligencia o a las emociones, o en su caso a ambas. Toda una serie de recursos cuya finalidad, entre otras, es clarificar en qué sentido se usan palabras y enunciados.

Adviértase que cuando Aristóteles describe la estructura de la retórica usa dos tópicos que ponen de manifiesto los elementos constitutivos de un discurso relativo a la acción humana. Allí dirá que “...prestamos crédito sobre todo cuándo entendemos que algo está demostrado...”²⁵ (aspecto lógico del discurso) y que “...no concedemos igual nuestra opinión con pena que con alegría, ni con amor que con odio”²⁶ (aspecto afectivo o emocional del discurso).

Veamos ahora si con lo dicho hasta aquí podemos ir acercándonos a la pregunta del título. Podemos a esta altura simplificar la pregunta cuestionando sencillamente ¿Qué comunica el derecho? Y esta reformulación exige algunas aclaraciones para las que resultará útil seguir usando a Aristóteles. Acudiremos nuevamente a la Retórica.

Al describir y distinguir los recursos retóricos, que se dividen en orden al auditorio,²⁷ se indica que el fin del discurso forense es lo justo o lo injusto. Esto supone la doctrina plasmada en el libro V de la Ética a Nicómaco de lo justo entendido como lo legal y lo igual y a la justicia como la índole o forma del derecho.

²⁴ El sistematizador definitivo de esta posición fue Kant, a ello se refiere con su conocida expresión de “giro copernicano”. Es el tema central de la *Crítica de la razón pura*, el conocimiento ya no es la adecuación del sujeto al objeto, sino al revés, el objeto se adecúa al sujeto. El conocimiento en definitiva será el objeto en tanto pensado o percibido, el conocimiento será construcción del objeto conocido.

²⁵ Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1355 a, 6.

²⁶ *Retórica* I, 2, 1356 a, 15.

²⁷ La división clásica de los discursos distingue el forense, el político y el encomiástico. Se dividen conforme el auditorio, cada discurso tiene una finalidad propia y oyente y fin del discurso determinan el distinto oficio del orador en cada uno de ellos.

Por otra parte, conviene distinguir al menos fenomenológicamente la labor del legislador y del juez. Aristóteles reúne el tema en el siguiente grupo de tópicos de la Retórica:

“Pues muy especialmente corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible, en primer lugar, porque es más fácil escoger uno o pocos, que muchos de buen sentido y capaces de legislar y juzgar.”²⁸

“Luego, porque las leyes se hacen después de mucho tiempo de deliberar, mientras que los juicios son de improviso, de manera que es difícil que los jueces atribuyan bien lo justo y conveniente”.²⁹

“Y, sobre todo, que el juicio del legislador no es sobre lo particular, sino para el futuro y lo general, más el miembro de la asamblea y el juez juzgan ya acerca de cosas presentes y definidas, frente a las cuales cabe ya la amistad y el odio, y muchas veces depende también el interés propio, de manera que ya no es posible considerar suficientemente lo verdadero, sino que cae sobre el juicio la sombra de la propia conveniencia o daño”.³⁰

“Así pues, referente a lo demás, como decimos, es preciso hacer al juez árbitro de las menos cosas posibles, pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no, o si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador”.³¹

Tanto el juez como el legislador califican el hecho objeto de la litis, pero la función de ambos se distingue como lo general respecto de lo particular, y aparece así un claro cuadro de oposiciones: a las leyes corresponde determinar todo – a los jueces lo menos posible; las leyes se hacen luego de mucho tiempo de deliberación – los juicios de improviso; el juicio del legislador es sobre el futuro y lo general – el del juez, sobre lo pasado y particular.

El legislador se expide sobre el futuro, respecto de la mayor cantidad posible de cosas y en forma general, esto impide que pueda ver, asir, juzgar el caso particular. Por eso si sucedió o no, es tarea del juez determinarlo. Estos lugares condensan una vasta cantidad de problemas jurídicos. Intentaremos aquí enunciar los más visibles.

²⁸ Ret., I, 1, 1354 b.

²⁹ Ret., I, 1, 1354 b 3.

³⁰ Ret., I, 1, 1354 b 6.

³¹ Ret., I, 1, 1354 b 13.

La ley determina, en cuanto sea posible, todo, por eso se expide de modo general. El juez determina si el hecho ocurrió o no y aplica la calificación legal. Pero esta aplicación pone de manifiesto la tensión o aporía *general – particular*. Luego la aplicación de la ley al hecho exige de parte del juez un procedimiento de adecuación de lo general a lo particular, una adaptación del fin pretendido por la ley al caso singular sobre el que tiene que decidir. Esto implica un discurso deliberativo cuya premisa mayor será el enunciado general implicado en la ley, y la premisa menor el caso particular presentado por las partes y comprobado por el juez. Y como la conclusión del silogismo sigue a la parte más débil, necesariamente la conclusión será particular.

Tratándose de premisas particulares relativas a la conducta, no puede pasarse por alto la radical contingencia de ésta última. Por su parte, será necesario considerar la suposición de los términos, el uso de la analogía, la determinación previa del sentido en el que algo se dice, etc. Aquí resultan aplicables la mayoría de los instrumentos propuestos en la Tópica, útiles para precisar la verosimilitud y alcance de las premisas.

Por último, abordaremos un tema aludido por Carrió cuando para ejemplificar las dificultades del lenguaje natural se refiere al carácter polisémico del término derecho. Efectivamente se trata de un término análogo. De ahí la dificultad de reducir su concepto a la ley positiva, supone en concreto una reducción injustificada.

No viene al caso recordar aquí la crítica interna del mismo positivismo al positivismo duro. Desde Radbruch³² a Ferrajoli³³ y al actual neoconstitucionalismo se ha ido matizando esa originaria reducción absoluta del derecho a la ley positiva. Ferrajoli, por ejemplo, sin negar que el derecho es positivo termina complementando su concepto afirmando que el derecho positiviza valores previamente definidos en el ámbito político. El neoconstitucionalismo contemporáneo regula y rectifica toda norma local desde la perspectiva de los derechos humanos consagrada en los tratados, entendidos hoy cómo último criterio de validez y legitimación.³⁴

Para la tradición jurídica occidental la noción de derecho importa un concepto análogo común que no puede ser reducido a uno de los analogados. De hecho, es posible identificar al menos tres analogados principales y correlativos, a saber, la conducta, o más

³² Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México 1951.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantareo Bandrés, Editorial Trotta, Cuarta edición, Madrid 2000.

³⁴ No abordamos aquí el tema relativo al fundamento de validez y legitimidad de los derechos humanos.

específicamente el objeto terminativo de la conducta justa, la norma y la facultad de reclamación. Siendo totalmente distintos una conducta, una norma y una facultad en todos se verifica la nota de objetividad como medida respectiva de cada uno de ellos. Así es posible decir que el derecho es lo debido a otro según una medida estricta y objetiva, medida que lo es de la conducta, de su expresión racional imperativa, la norma y de la facultad de reclamación.

5.- Respuesta a la pregunta formulada, a modo de conclusión

Planteamos cómo pregunta ¿qué comunica el derecho? A esta altura podemos destacar que no se trata solamente de despejar o precisar en qué consiste la tarea de legisladores, jueces y abogados. Tampoco se trata, solamente, de identificar y proponer metodologías idóneas para resolver problemas de interpretación o qué pasa entre la formulación legal y la determinación de un caso concreto.

Pusimos el ejemplo de quien padece una decisión judicial, aquél que pierde por esa decisión una parte de su patrimonio, o ve afectada temporalmente su libertad ambulatoria, o no le es reconocida una relación filiatoria. Decir en éstos casos que la decisión carece de un fundamento real o que está motivada en una serie de reglas que no alcanzan la realidad, sino que son fruto de un consenso cuya única aptitud es proponer un sistema para dirimir contiendas, parece insuficiente. Ni qué decir si alegamos que frente a las dificultades del lenguaje la determinación es en definitiva una *decisión* fundada en motivos ideológicos, valorativos, económicos, sociales, políticos etc. ¿Cuál es el motivo por el que el sujeto pasivo de la sentencia deberá compartir esos fundamentos tan peculiares?

Pensemos en alguien que ha presenciado cómo matan a su hijo adelante suyo. ¿Diremos que no es posible llegar a la “verdad real”, que solo podemos aspirar a una “verdad procesal”? Más allá de las dificultades procesales³⁵, el deudo de la víctima presenció un hecho “excesivamente” real.

Si el derecho en sus determinaciones, ya sea al nivel de la norma o de la sentencia no comunica un valor real, un bien que ordena y perfecciona la vida en comunidad, se

³⁵No negamos las dificultades y límites para determinar un hecho y sus circunstancias, solo pretendemos marcar un contraste. Efectivamente, el discurso forense como señala Aristóteles, versa sobre un hecho pasado, por lo que la incertidumbre radica en la dificultad de percepción de los hechos, que solo son conocidos por el juzgador, a través de medios indirectos, como la prueba, testigos o indicios.

vuelve una decisión sin fundamento, o cuyo único fundamento es un mero consenso formal, en definitiva, una decisión arbitraria, o sea, aquello que es de suyo contrario al derecho.

El concepto análogo común de derecho cuya causa formal es la objetividad nos ubica frente a un bien concreto y perceptible. La tópica y retórica como métodos para pensar en el ámbito de la conducta posibilitan la verificación reflexiva de los caminos argumentales. Así, los instrumentos tópicos retóricos señalados acompañan al movimiento de la razón que va de la generalidad de la norma a la particularidad de los casos rectificando y verificando la procedencia de ese movimiento. Este tránsito racional de lo general a lo particular es cuasi silogístico y es precisamente el esquema del silogismo deliberativo prudencial que presenta Aristóteles en el libro VI de la *Ética Nicomaquea*.

En conclusión, el derecho y su método comunica y realiza una medida real y racional de la conducta ya sea entre los miembros de la comunidad entre sí, entre cada miembro y la comunidad toda, entendida como un otro, o entre la comunidad y cada uno de sus miembros. Se trata en definitiva de lo igual y ordenado al bien común sin lo cual no es posible la vida social, o sin lo cual la única medida de las relaciones en la comunidad es la sola fuerza.

6.- Bibliografía

1. Aristóteles *Ética Nicomaquea*.
2. Aristóteles, *Categorías*.
3. Aristóteles, *Retórica*.
4. Aristóteles, *Tópicos*.
5. Carrió, Genaro R, *Algunas Palabras sobre las Palabras de la Ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971.
6. Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2006.
7. Casaubón, J.A., *Palabras, ideas cosas. El problema de los universales*. Ediciones Candil, Buenos Aires, 1984.
8. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantareo Bandrés, Editorial Trotta, Cuarta edición, Madrid 2000.

9. Radbruch, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México 1951.
10. Soler, S., *Las palabras de la ley*, Praxis Jurídica, México 1974.