

APÉNDICE I EL LENGUAJE Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

78. Sobre el lenguaje jurídico 79. (Sigue) 80. (Sigue) 81. (Sigue)
82. (Sigue) 83. Concepto y concepto jurídico 84. (Sigue) 85. (Si-
gue) 86. (Sigue) 87. (Sigue) 88. (Sigue) 89. Ascarelli y los con-
ceptos jurídicos 90. De nuevo, los conceptos jurídicos 91. (Sigue)
92. Conceptos y definiciones jurídicas 93. Los llamados “conceptos
indeterminados”, los tipos de conceptos jurídicos y la interpretación
94. (Sigue) 95. Concepto y noción 96. (Sigue) 97. (Sigue)

78. SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO

El tratamiento del tema de la interpretación del derecho no puede estar completo sin el análisis de la cuestión de la ambigüedad y la imprecisión de las palabras y expresiones del lenguaje jurídico. Ello requiere que realicemos algunas acotaciones sobre el lenguaje jurídico y los conceptos jurídicos, para lo cual voy a basarme en un texto anterior mío, publicado en la obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*. Aunque su estructura es la misma, he revisado su contenido.

Los juristas, en general, usan determinadas palabras y expresiones jurídicas para trabajar en sus respectivas disciplinas, suponiendo que estos términos son conocidos y que son aceptados los sentidos que en ellos se disciernen.

Sin embargo, no es así. Por ello es imprescindible, para que podamos seguir adelante de manera productiva en el conocimiento del derecho,

poner atención en las palabras y expresiones jurídicas antes de usarlas. Más adelante mostraré que esa necesidad es impostergable.

Me parece oportuno, en este momento, recordar –y me valgo para ello de la exposición de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1978/6)– que la relación básica entre derecho y lenguaje puede encararse desde tres enfoques distintos: a) en el primero, se considera que el *derecho tiene un lenguaje* (entendiendo la palabra en su sentido concomitante de *lengua y discurso*); b) en el segundo, se asume la existencia de un *derecho de lenguaje*, en el cual el lenguaje aparece como objeto de disciplina jusnormativa –y no lógica o gramatical–; c) en el tercer sentido, se reflexiona acerca del *derecho como lenguaje*, lo que conduce a la tesis de la intrascendentalidad del lenguaje.

Es un hecho incuestionable que el derecho es, fundamentalmente, comunicación, sea para resolver situaciones de conflicto, sea para aplicar políticas. De ahí la necesidad inevitable de introducirnos en el nivel lingüístico, en la práctica de las actividades propias del profesional del derecho. Es este aspecto, nótese que, como señala Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1978/8), “el estudio que se emprende no es de lingüística, sino jurídico, pues no dejamos de tener en cuenta, al investigar la norma, las características operacionales de la teorización jurídica”.

Cuando nos ocupamos de una determinada expresión o palabra jurídica –lo expreso ahora en lenguaje común, sin ningún rigor lingüístico–, procuraremos definirla o describir el objeto que representa.⁵⁷

79. (SIGUE)

Los lenguajes consustancian sistemas o conjuntos de *símbolos convencionales*.

Eso quiere decir que no hay ninguna relación necesaria entre las *palabras* (por un lado) y los *objetos, circunstancias, hechos o acontecimientos*.

⁵⁷ Más adelante hablaré sobre la diferencia entre concepto y definición jurídica, después de haber mostrado que los conceptos jurídicos *no representan objetos*.

mientos (por el otro), en relación con los cuales las palabras cumplen múltiples funciones (Carrió 1990/91 ss.).

Las palabras –observó Hospers (apud Gordillo 1977/2)– son como una etiqueta que colocamos en las cosas para poder hablar de ellas: “Cualquier etiqueta es conveniente en la medida en que nos pongamos de acuerdo sobre ella y la usemos de manera consecuente. La botella contendrá exactamente la misma sustancia aunque le pongamos una etiqueta distinta, de la misma forma en que una cosa sería la misma aunque utilizáramos una palabra diferente para designarla”.

Ya Shakespeare (s.f./302) lo decía, en la voz poética de Julieta: “What’s in a name? That which we call a rose / by any other name would smell as sweet”.⁵⁸

La alusión a la voz de Julieta nos recuerda a otro personaje literario, Guillermo de Baskerville, en su discurso sobre la tesis de los teólogos imperiales: “Dios dijo a Adán que no comiera del árbol del bien y del mal, pero después lo autorizó, o mejor dicho, lo invitó a que diera nombres a las cosas, para lo cual había dado libertad a su súbdito terrestre. De hecho, aunque algunos digan ahora que *nomina sunt consequentia rerum*, el libro del Génesis es bastante claro en este punto: Dios llevó a todos los animales ante el hombre para que los nombrara, y de cualquier forma que éste los hubiera llamado, ése sería su nombre. Y aunque, ciertamente, el primer hombre hubiese sido muy cuidadoso al bautizar cada cosa o animal de acuerdo con su naturaleza, eso no impidió que ejerciera una especie de derecho soberano al imaginar el nombre que, según él, mejor correspondía a esa naturaleza. Porque, de hecho, sabemos hoy que son diferentes los nombres que los hombres imponen para designar los conceptos, e iguales para todos son sólo los conceptos, signo de las cosas. Así, es claro que la palabra *nomen* viene de *nomos*, o sea, ley, ya que justamente los nombres son dados por los hombres *ad placitum*, es decir, por libre y colectiva convención” (Eco, 1983/403).

Podemos, colocar con Hospers etiquetas convencionales sobre determinadas botellas, o hacerlo de modo arbitrario. Si elegimos la segunda

⁵⁸ Acto II, escena II.

alternativa, su adopción no alterará de ninguna manera el contenido del continente arbitrariamente rotulado. Pero si no queremos que reine la confusión, es importante que dejemos bien establecido a los potenciales usuarios qué contenidos encontrarán en cada una de las botellas.

Lo mismo sucede con las palabras. Si no las empleamos con su significación usual, tenemos que informar a nuestros oyentes o lectores de los sentidos que les atribuimos. Siguiendo en esto a Hospers (*apud* Gordillo 1977/4), “cualquiera puede usar el sonido que quiera para referirse a cualquier cosa, siempre y cuando especifique lo que designa el ruido en cuestión”.

80. (SIGUE)

Así, al ser el lenguaje un sistema o conjunto de vocablos convencionales, los significados de las palabras o expresiones lingüísticas dependen siempre de una *convención*.

La convención –observa Carrió (1990/91-92)– puede ser *explícita* y *ad hoc* o *táctica* y *general*. En el primer caso se encuentran los lenguajes artificiales; en el segundo, los lenguajes naturales.

Por otra parte, la convención puede conducir al establecimiento de *definiciones léxicas* (aquellas que recogen los significados, siempre imprecisos, en el lenguaje natural) o a *definiciones estipulativas* (las que se sustentan sobre las reglas precisas del uso de las palabras, en los lenguajes artificiales).

Cuando usamos el lenguaje jurídico –me sigo basando en la exposición de Carrió (1990/49)–, nos servimos de palabras y expresiones que pertenecen al lenguaje natural o que pueden definirse en sus términos. Tomamos los términos que empleamos de ordinario en el lenguaje natural, porque no tenemos la costumbre –o no nos está permitido– de acuñar palabras nuevas para expresar determinados significados, costumbre que sí han desarrollado especialistas de otros campos del conocimiento.

Observan Pollock y Maitland (*apud* Hohfeld 1968/36, nota 19):
“Pocos, o quizás ninguno, de los términos de nuestro vocabulario

jurídico han sido siempre términos técnicos. La licencia que el científico se toma al acuñar palabras nuevas le está negada a los juristas por la naturaleza misma de las cosas. Los juristas tienen que tomar sus términos del lenguaje popular; gradualmente, las palabras así tomadas son definidas; a veces, una palabra continúa teniendo un sentido técnico para los juristas y un significado distinto y más vago para los legos; a veces, la palabra que los primeros han adoptado es abandonada por los últimos”.

Por esta razón, el lenguaje jurídico presenta zonas de penumbra y es, real o potencialmente, vago e impreciso (Carrió 1990/55).

Por consiguiente, tanto como en el lenguaje natural, el lenguaje jurídico –que se nutre de aquél– posee una textura abierta, en donde proliferan las palabras que Hohfeld (1968/45-46) designa como palabras “camaleón”, que constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro como para la expresión lúcida.

De esta manera, la *ambigüedad* y la *imprecisión* son las señales características del lenguaje jurídico. La primera se manifiesta en virtud de que las mismas palabras, en diferentes contextos, designan diferentes objetos, hechos o propiedades. La misma palabra, en diferentes contextos, *connota* sentidos distintos. Algunas palabras, en estado de diccionario denotan innumerables referencias o denominaciones. Sin embargo, cuando las palabras salen del diccionario para emplearse en un texto, lo que cuenta no es su carga *denotativa*, su espectro referencial posible, sino el sentido con el que fueron empleadas. Tenemos que ver, entonces, que una palabra con un amplio margen de denotación (extensión) *connota* sentidos diversos en distintos contextos (es decir, abarca distintas *intenciones*). Por eso es imprescindible, si deseamos determinar cuál es el sentido (*intención*), entre los innumerables sentidos posibles, con el que esa palabra está siendo usada, en este o en aquel sitio, descubrir cuál es su *connotación*, en este o en aquel sitio, en este o en aquel contexto (Canotilho 1982/429 ss.).

En lo que respecta a la *imprecisión*, resulta de la fluidez de ciertas palabras, cuyo límite de aplicación es impreciso. Buscando ejemplos en

el lenguaje común, encontramos los vocablos *joven*, *alto*, *calvo*. Transcribiendo a Carrió (1990/31-32): “hay casos centrales y típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión, respecto de los cuales nadie dudaría en no usarlas. Pero en medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer.”

81. (SIGUE)

La textura abierta del lenguaje jurídico resulta del hecho de que éste se nutre del lenguaje natural, en donde se producen esos fenómenos.

Sin embargo, aún tenemos que recordar que las lenguas naturales no sobreviven fundándose solamente en una sintaxis y una semántica, sino también en una *pragmática*, es decir, como observa Umberto Eco (2001/43-44): “basándose en reglas de aplicación, que toman en cuenta las circunstancias y los contextos de emisión, y estas mismas reglas de aplicación establecen la posibilidad de los usos retóricos de la lengua, gracias a los cuales las palabras y construcciones sintácticas pueden adquirir significados múltiples (como ocurre, por ejemplo, con las metáforas)”.

Además –y la siguiente es otra transcripción de Umberto Eco (2001/44)–, la lengua natural no es *omniefable*, es decir, “capaz de expresar sensaciones, percepciones, abstracciones y responder incluso a la pregunta de por qué existe el Ser y no la Nada”. Y prosigue, al afirmar que la lengua verbal no es totalmente *efable*, y sugiere: “intente alguien describir con palabras la diferencia entre el perfume de la verbena y el del romero”.

Esta situación se torna más grave cuando observamos que difícilmente podemos percibir lo que no podemos nombrar. Alberto Manguel (2001/48-49) escribe sobre este punto: “Mientras que todas las lenguas contienen distinciones entre lo claro y lo oscuro, y la mayoría tienen palabras para referirse a los colores primarios y secundarios, no todas las lenguas tienen términos específicos para los colores. El idioma tarahumara, del Norte de México, no tiene palabras específicas para el

verde ni el azul; en consecuencia, la capacidad de un tarahumara para distinguir matices entre esos dos colores se encuentra mucho menos desarrollada que la del hablante de inglés o de español. La lectura que un tarahumara hará de un cuadro azul y verde dependerá forzosamente de las aptitudes lingüísticas del espectador. [...] Lo que el ejemplo del pueblo tarahumara parece sugerir es que, hasta cierto punto, lo que vemos no está determinado ni por la realidad representada en la tela ni por nuestra inteligencia o nuestras emociones como espectadores, sino por las distinciones proporcionadas por la misma lengua, con toda su magnífica arbitrariedad”.

82. (SIGUE)

De cualquier forma, este mal que padece el lenguaje jurídico puede justificarse: si las leyes deben ser abstractas y *generales*, necesariamente tienen que expresarse en un lenguaje de textura abierta. Sin embargo, Sobre este punto, Marino [1973:65] subraya la necesidad de que, en las normas legales –es decir, en los textos normativos–, distingamos entre la mala técnica legislativa y la necesaria ambigüedad e imprecisión de los textos legales.

Afirmar que las palabras y las expresiones jurídicas son, en regla, ambiguas e imprecisas no quiere decir, sin embargo, que no tengan una significación determinable.

Si esto no fuese así, además, las palabras –como observa Bandeira de Mello (1981/245)– “serían meros sonidos sin contenido. No serían signos, es decir, significantes, y la comunicación humana se volvería imposible”.

El hecho es que, como observa Karl Larenz (1983/83), “el lenguaje jurídico debe ser considerado como un ‘juego de lenguaje’, en el sentido que le dio Wittgenstein a esa expresión. El papel de las palabras en este ‘juego’ no puede captarse mediante una definición, ya que, al definirlas, nos estaremos remitiendo a su significado en otro ‘juego de lenguaje’”. El papel de las palabras, *en el juego del lenguaje*, en estas condiciones, sólo

podrá revelarse en la medida en que participemos en ese mismo juego. De esta *participación en el juego* se desprende la posibilidad de que *comprendamos* el lenguaje jurídico –tarea que posibilita la dogmática–, lo que ocasiona, según Larenz, que, de hecho, las palabras y expresiones jurídicas adquieran, en el lenguaje jurídico, sentidos más precisos de los que tienen en el lenguaje usual.

Así, aunque sean ambiguas e imprecisas, las palabras y expresiones jurídicas contienen significaciones siempre determinables.

Desde este ángulo –que hace referencia a la indeterminación de esas palabras y expresiones, de la que se desprende la mencionada “indeterminación de los conceptos jurídicos”–, llegamos al tema de los conceptos jurídicos. Es necesario ahora detenernos en ellos, ya que, en el momento presente de la evolución de la teoría de la interpretación de los textos jurídicos, tenemos que rechazar la tesis que afirma que el cumplimiento de los equivocadamente llamados “conceptos indeterminados” se lleva a cabo en la esfera de la discrecionalidad de la Administración. Mostraremos esto con creces.

83. CONCEPTO Y CONCEPTO JURÍDICO

El concepto, en la doctrina aristotélica, comprende, en un sentido amplio, la *simplex apprehensio rei*, abarcando también la representación sensitiva o imagen del objeto conceptualizado. En sentido estricto, comprende la *simplex apprehensio essentiae rei*. Al formularlo, extraemos mentalmente del objeto su apariencia singular o individual. De ahí por qué el concepto, es siempre abstracto en oposición a la imagen o representación concreta o gráfica.

A cada concepto corresponde un *término*. Éste –el término– es el signo lingüístico del concepto. De esta manera, el concepto, expresado en su término, es cosa (signo) que representa otra cosa (su objeto).

Por lo tanto, el concepto, en la concepción aristotélica, se refiere, a un *objeto* por la mediación del *término* (signo del concepto).

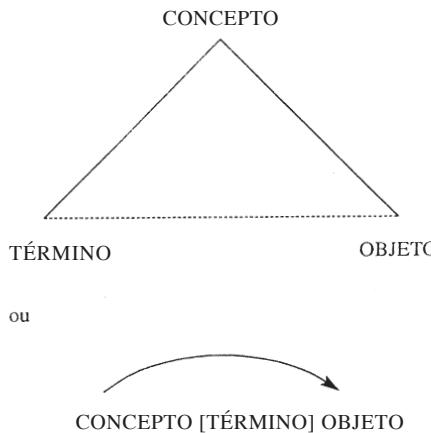


Figura 1.

84. (SIGUE)

Los conceptos jurídicos no se refieren a *objetos*, sino a *significaciones*. No son conceptos *esencialistas*.

El “objeto” del concepto jurídico no existe “en sí”; no existe una representación concreta de él, ni siquiera gráfica. Ese objeto sólo existe “para mí”, de tal manera que su existencia abstracta sólo tiene valor, en el mundo jurídico, cuando a este “para mí”, por fuerza de convención normativa, corresponde un –permítaseme la expresión– “para nosotros”.

Sólo y exclusivamente en la medida en que el “objeto” –la significación– del concepto jurídico pueda, reconocerlo de manera uniforme por grupo social, podrá prestarse al cumplimiento de su función, que es la de permitir la aplicación de normas jurídicas, con un mínimo de seguridad y certeza.⁵⁹

⁵⁹ Por eso mismo sostengo que, si se admite que pueda existir un concepto “indeterminado” –o sea, cuya significación no lo reconoce uniformemente un grupo social– la interpretación/aplicación del derecho se realizará al margen del mismo derecho.

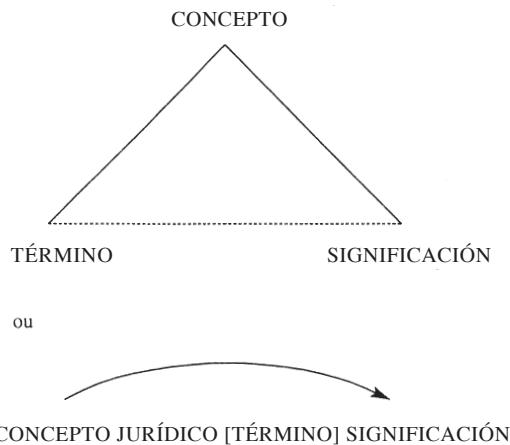


Figura 2.

85. (SIGUE)

El concepto –esencialista o no– es producto de la reflexión, y expresa una *suma de ideas*.

Cuando se expresa a través del término, el concepto implica un *acto de expresión*.

El término, así, es la *expresión del concepto*. Esta expresión es un signo.

Como demostró Peirce, el signo es una cosa que representa otra cosa, es decir, su *objeto*. El signo no es el objeto, sólo está en lugar del objeto. Si representa al objeto, produce en la mente del intérprete alguna cosa (un signo o casi signo) que también está relacionado con el objeto, no directamente sino a través del signo.

86. (SIGUE)

Los conceptos jurídicos, como afirmé, se refieren a *significaciones* y no a *objetos* (cosas).

Esto quiere decir que sus *términos* (expresiones de esos conceptos) son –por ser *signos de los conceptos*– signos de significaciones de cosas (cosas, estados o situaciones).

Podemos entonces afirmar que los conceptos jurídicos expresados (mediante sus términos) tienen como objeto *significaciones atribuibles a cosas* (cosas, estados o situaciones).

Los conceptos jurídicos se distinguen de los conceptos esencialistas en los siguientes aspectos:

- el concepto esencialista, expresado, es el signo de una cosa; su objeto es la cosa; está en el lugar de la cosa; es el *primer signo* del “objeto”;
- el concepto jurídico, expresado, es el *segundo signo* de un *primer signo*: la *significación de la cosa* (cosa, estado o situación); no está en el lugar de la cosa (cosa, estado o situación), sino de la significación atribuible –o no atribuible– a la cosa (cosa, estado o situación).

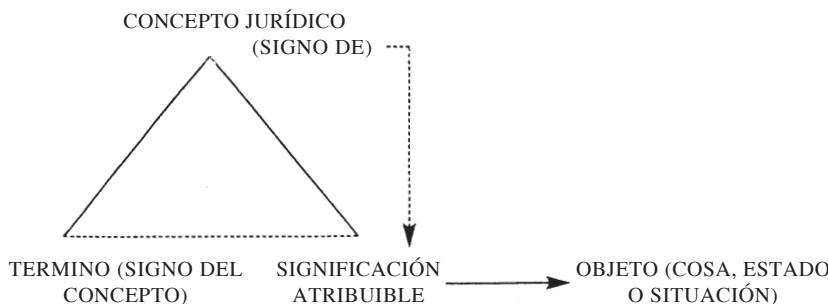


Figura 3.

87. (SIGUE)

En el concepto –producto de la reflexión (suma de ideas)– tenemos una *idea universal*.

El concepto es la representación de una *idea universal* que, cuando es intencional, conduce a la formulación de una imagen en el pensamiento del intérprete.

Esta *imagen*, en el pensamiento del intérprete –expresión de una idea universal– es un *tercer signo*, en la cadena que, de esta manera, se genera:

- *significación atribuible* –o no atribuible– a la cosa (cosa, estado o situación) = primer signo;
- *expresión* del concepto (término) = segundo signo;
- *imagen* producida por el concepto = tercer signo.

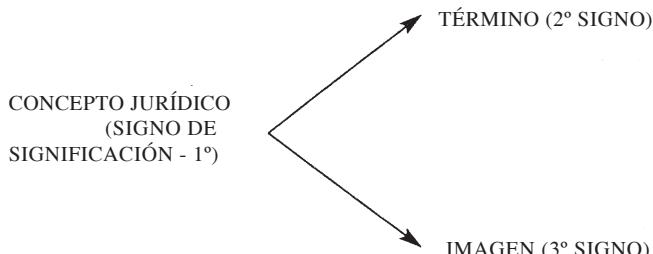


Figura 4.

De esa significación no tenemos, en regla, ninguna representación, ni concreta ni gráfica.

Los conceptos jurídicos, por lo tanto, en sus actos de expresión, es decir, en sus *términos* (nótese que el concepto jurídico, *en sí mismo*, no es un acto de expresión; lo que tiene significación es su *término*, expresión del concepto); en sus términos, repito, los conceptos jurídicos son signos de significaciones atribuibles –o no atribuibles– a cosas, estados o situaciones.

88. (SIGUE)

En el lenguaje –o instancia– jurídico, por lo tanto, las expresiones de los conceptos jurídicos son *signos de segundo grado*, es decir, signos de *significaciones* (signos de primer grado), atribuibles –o no atribuibles– a cosas, estados o situaciones.

El *objeto* del concepto jurídico expresado, así, es una significación atribuible a una cosa, estado o situación, y no la cosa, estado o situación.

La enunciación (expresión) del concepto jurídico produce en nuestras mentes una imagen, que es un signo de tercer grado, es decir, un signo –tercero– de la expresión conceptual –segundo– de la significación –primero.

- IMAGEN [SIGNO, DE TERCER GRADO DEL
 - TÉRMINO [SIGNO, DE SEGUNDO GRADO]
 - SIGNIFICACIÓN (CONCEPTO) [SIGNO, DE PRIMER GRADO] ATRIBUIBLE A
 - COSA, ESTADO O SITUACIÓN

Figura 5.

Esta imagen (que es la imagen de una idea universal, el concepto) está relacionada con la cosa, estado o situación por medio de *dos signos* –la expresión del concepto y la significación atribuible a la cosa, estado o situación– y no solamente con *un signo*.

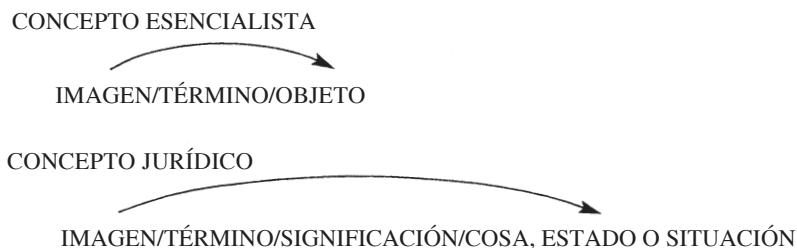


Figura 6.

89. ASCARELLI Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

En este momento se impone precisar un punto indispensable para la plena comprensión del concepto de concepto jurídico.

Me interesa distinguir, entre los conceptos jurídicos, a partir de la clasificación formulada por Ascarelli (1952/XIII-XVII),⁶⁰ los conceptos jurídicos meramente formales, las “*regulae juris*” y los conceptos tipológicos (*fattispecie*), que cumplen diferentes funciones en el lenguaje jurídico.

Los *conceptos meramente formales* (v.g., sujeto jurídico, derecho, obligación), tal como las normas jurídicas, están fundamentados en el terreno formal, y el estudio de sus características específicas permite el desarrollo de una cuasitopología (que puede realmente definirse como una teoría general del derecho), que muestra una serie de posiciones lógicas. Los *conceptos meramente formales* no poseen una realidad histórica propia. La elaboración de esos esquemas –prosigue Ascarelli (1952/XV)–, su enriquecimiento y su desarrollo se revelan como indispensables para la expresión de las valoraciones normativas que, en su ausencia,⁶¹ abriendo espacio para tal elaboración puede tornarse imposible una analogía con las matemáticas.

Las “*regulae juris*” consustancian expresiones que sintetizan el contenido de un conjunto de normas jurídicas, sin que les corresponda un significado propio. Se limitan a expresar, de manera resumida, un sistema normativo, a la manera de –como dice Fábio Konder Comparato (1983/269)– una auténtica taquigrafía legal. Un ejemplo de este tipo de concepto es el concepto de *propiedad*, que sólo adquiere significación en la medida en que tomemos en cuenta la función que desempeña en el discurso del derecho: la de resumir toda la disciplina normativa acerca del modo de adquisición y sobre los poderes, facultades y obligaciones que se desprenden de la adquisición de una posición jurídica subjetiva en relación con un bien (Meroni 1989/285). La utilidad del concepto de *propiedad* –lo que, en la práctica, lo hace insustituible– reside en laenor-

⁶⁰ Víde Massimo Meroni (1989/282-291).

⁶¹ Ausencia de esquemas formales adecuados.

me economía de tiempo y de energía que su uso permite a quien esté interesado en exponer el contenido del subsistema normativo aplicable a la *propiedad* (Meroni 1989/285).⁶²

Por último, los *conceptos jurídicos tipológicos (fattispecie)*, universalmente, son expresiones de la historia e indican los ideales de los individuos y grupos, pueblos y países; se relacionan con esquemas y elaboraciones de carácter lógico –independientemente de los cuales llega a ser imposible la disciplina del derecho y que podrán ser diferentes, incluso si cada uno de ellos obedece a una coherencia propia–; así como con preocupaciones y costumbres de tipo económico y creencias religiosas; con la historia del Estado y la estructura económica; con orientaciones filosóficas y concepciones del mundo (Ascarelli 1952/XIV). Hacen referencia a hechos específicos de la realidad (Comparato 1983/269). En ellos encontramos conceptos cuyos términos son, por ejemplo, buena fe, buen padre de familia, cosa, bien, causa, dolo, culpa, error. Atribuir significado a esos términos equivale a la identificación de las materias comprendidas *de facto* por un texto normativo (Meroni 1989/283).

Los *conceptos jurídicos tipológicos (fattispecie)* no son, en realidad, *conceptos* sino *noción*es, como veremos más adelante.

Observa Fábio Konder Comparato (1983/269) que conceptos tipológicos (*fattispecie*) “no dejan de ser jurídicos, pues ellos componen la previsión normativa; pero su contenido es sin duda extrajurídico, porque se refieren a una clasificación tipológica de la realidad social. Por eso mismo, en relación con ellos, no se presenta ningún problema de definición jurídica: su sentido es el del lenguaje común. Así, por ejemplo, cuando el Código Civil brasileño declara que ‘todo hombre tiene derechos y obligaciones de tipo civil’ (art. 2º), está empleando la palabra ‘hombre’ en su sentido común, que no necesita de ninguna definición propiamente jurídica. Ahora bien, cuando promulga la regla de que ‘es nulo el acto jurídico cuando es llevado a cabo por una persona absolutamente incapaz’ (art. 145, nota I), el mismo Código se sirve de varios términos o expresiones que no tienen correspondencia en el lenguaje común, precisamente porque no se refieren a una clasificación tipológica de la realidad

⁶² En el mismo sentido, véase Alf Ross (1976/165-181).

social sino a lo que Jhering llamó ‘construcciones jurídicas’, es decir, conjuntos sistemáticos de normas, como ‘nulo’, ‘acto jurídico’ y ‘persona absolutamente incapaz’. Estos últimos conceptos, correspondientes a las *regulae* de la sentencia de Paulo, son ‘mudos’ en el plano interpretativo, porque no pueden constituir una premisa para la solución del caso en cuestión. A partir de esos conceptos, el intérprete no puede, extraer consecuencias jurídicas, sino que debe, en primer lugar, investigar cuál es el conjunto de normas al que ellos se refieren e iniciar entonces su argumentación jurídica, exclusivamente sobre la base de ese conjunto normativo, que se expresa de manera condensada en las *regulae*” (véase Ascarelli 1959a/169).

90. DE NUEVO LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Hay que señalar, por otra parte, que los conceptos jurídicos no se emplean para definir esencias, sino para permitir y facilitar la aplicación de normas jurídicas. Ya expresados, son signos de signos (significaciones), cuya finalidad es hacer posible esa aplicación.

En cuanto a los conceptos tipológicos (*fattispecie*), podremos referirnos a ellos como *signos de predicados axiológicos*. Como no son signos de cosas (cosas, estados o situaciones), actúan como referentes que no están ligados a ninguna cosa (cosas, estados o situaciones), aunque pueden ligarse a cualquier cosa (cosa, estado o situación) dentro de un espectro finito. Así –tal como otros conceptos que no son signos de cosas–, representan una esencia universal de significación adaptable a individualidades o a esencias universales, cognoscibles por la mente y expresables en otros signos suyos, como realidades, y no como signo del concepto jurídico, cualquiera que éste sea.

Pongamos un ejemplo: Fulano ataca a Zutano con un hacha; ahí tenemos un gesto de agresión. Ese gesto es susceptible de conceptualización; hay un signo (conceptual) que le corresponde (signo del gesto); la calificación de este gesto como expresión de legítima defensa o no, sin embargo, es el resultado de la atribución del concepto de legítima defensa como *referencial axiológico* del gesto –o no–; la “legítima defensa” –

concepto jurídico— no existe como cosa, estado o situación, es decir, como realidad, sino como signo de otro signo, atribuible al gesto; es evidente que, de la atribución o no atribución de la significación de legítima defensa al mencionado gesto, dependerá la inclusión del sujeto que presenta esa conducta en uno u otro conjunto de normas jurídicas.

Opino que, este aspecto necesita ser subrayado: los conceptos jurídicos son *signos de predicados axiológicos*. O dicho de otra manera, se prestan a atribuir un *accidente axiológico* a la cosa, estado o situación.

Después de atribuir a la cosa, estado o situación una determinada significación (concepto jurídico), se le aplicarán determinadas —y no otras, o ninguna— normas jurídicas específicas.

Ésta es, por lo demás, la finalidad de los conceptos jurídicos: no el conocimiento o la descripción de la esencia de cosas, estados o situaciones, sino el hacer posible la aplicación a una cosa, estado o situación, de determinada norma jurídica o conjunto de normas jurídicas.

91. (SIGUE)

La alusión a estos *conceptos jurídicos tipológicos (fattispecie)* exige una breve mención a los *tipos jurídicos*.

Según la doctrina, éstos no son definibles en sus términos, y sólo pueden describirse. Nada se puede subsumir bajo la descripción del tipo; sólo se puede observar si un determinado fenómeno se integra o no al tipo (Larenz 1983/211).

El concepto es abstracto, existe y sobrevive como abstracción. Los tipos son nociones tomadas del mundo real; no son inventados, sino descubiertos a partir del análisis de la realidad (Comparato 1983/33).

Para que un concepto jurídico se pueda —y se deba— atribuir a una cosa, estado o situación, es necesario que todas sus características (del signo de significación) sean subsumibles en la cosa, estado o situación a la cual se va a atribuir (Comparato 1983/22 y Larenz 1983/211). Eso no

sucede con los tipos: no todas sus características necesitan ser reproducidas en la cosa, estado o situación para que se produzca la integración de ésta al tipo (Larenz 1983/299). De ahí por qué el tipo no sustituye al concepto, aunque éste pueda sustituir a aquél (Engisch 1968/430), razón por la cual, frecuentemente, *el concepto se transforma en tipo*. El concepto, además, es un elemento de raciocinio deductivo, mientras que el tipo es un elemento de raciocinio inductivo (Engisch 1968/430 ss. y Comparato 1983/34).

Karl Larenz (1983/452) menciona la utilización, por el derecho y por la llamada Ciencia del Derecho, de *tipos medios o de frecuencia* –que surgen cuando describimos un comportamiento o una situación como “típica”, o sea, esperada según el comportamiento normal–, y de *tipos de totalidad o de figura* –que surgen cuando aludimos a un mínimo más o menos grande de propiedades y de características de una figura, en su totalidad; se trata, en ese caso, de *tipos empíricos*. Los *tipos de totalidad o tipos figura* consustancian lo que Larenz describe como tipo real normativo (“representante de comercio”, “jefe de administración”). Además de aquellos, sin embargo, menciona Larenz (1983/456-457) a los *tipos jurídicos-estructurales*, que son *tipos figuras normativos* surgidos en la realidad jurídica, que se refieren a contenidos de regulación clasificados de modo determinado. De ahí los hechos jurídicos, entre los cuales se encuentran los negocios jurídicos.

92. CONCEPTOS Y DEFINICIONES JURÍDICAS

Debemos ahora apuntar la diferencia que separa a los conceptos de las definiciones jurídicas.

Vimos ya que los conceptos jurídicos se expresan a través de términos: el término es el signo del concepto. Los conceptos jurídicos, como ya dijimos, son expresados por medio de términos: *el término es el signo del concepto*.

Ahora bien, dado que esos términos son tomados del lenguaje natural, que es virtualmente ambiguo e impreciso, en innumerables ocasiones

textos normativos realizan la enunciación estipulativa de conceptos, o sea, *definen* sus respectivos términos. Lo que se ha llamado “concepto estipulativo o legal” corresponde, en regla, a una *definición* que el texto normativo admite, tratando de superar la ambigüedad o imprecisión del término de algún concepto.

De esta manera, *la definición jurídica* –”Para los efectos de esta ley se entiende por...”– es la explicación del *término* del concepto y no debe ser confundida con el concepto jurídico. Éste es el signo de una significación, expresado por la mediación del *término*. La definición jurídica se refiere al término y no directamente al concepto; consustancia –hay que repetirlo– una *explicitación del término del concepto*.

Si no fuera virtualmente ambiguo e impreciso el lenguaje jurídico, nos bastarían los conceptos jurídicos y serían prescindibles las definiciones o “conceptos estipulativos o legales”. Sin embargo, esto no es así. Muchas veces el ordenamiento jurídico alberga conceptos que, aunque son diferentes, se expresan por medio de un mismo término. En este caso, bajo un mismo término conceptual –lo que hace que para el intérprete sea aún más complejo y desafiante el problema de la ambigüedad de los términos y expresiones jurídicas– reposan, plasmados por el ordenamiento, distintos conceptos jurídicos. La diferencia entre dichos conceptos es evidente, puesto que, aunque surjan de un núcleo conceptual común, las cosas, estados o situaciones a que se aplican se sujetan a distintos regímenes jurídicos o a diversas normas jurídicas.⁶³

Con esto me refiero especialmente a las definiciones legislativas el tipo que Natalino Irti⁶⁴ menciona como “definizione-descrizione degli elementi della fattispecie”, que describe, con palabras de la lengua común o del léxico jurídico, modalidad y elementos de los *fattispecie*, o sea, de la *hipótesis* de la norma.⁶⁵

Esas definiciones legislativas son obligatorias para el intérprete, y reducen los límites de aquello que Kelsen llamó “el marco de la norma” y nosotros llamamos “el marco del texto y de los hechos”.

⁶³ Para ejemplos de ello, cf. mi obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*, pp. 85 ss. y 166-171.

⁶⁴ *Apud* Giovanni Tarello (1980/177).

⁶⁵ *Vide* apartado 52.

Otro aspecto que es necesario subrayar es el relativo a la circunstancia de que la estipulación de una definición legal puede muchas veces conducirnos a conclusiones equivocadas. Esto sucede cuando, intencionalmente o sin darnos cuenta, sustituimos el concepto por la definición de su término, estipulada en el ámbito y para los efectos de un determinado contexto normativo.⁶⁶

93. LOS LLAMADOS “CONCEPTOS INDETERMINADOS”, LOS TIPOS DE CONCEPTOS JURÍDICOS Y LA INTERPRETACIÓN

Los administrativistas, sobre todo los administrativistas brasileños, insisten y vuelven a insistir en afirmar la existencia de “conceptos indeterminados”.

En innumerables textos he afirmado que esto no puede sustentarse, dado que –argumentaba– la indeterminación que se les atribuye no corresponde a los conceptos (ideas universales) sino de sus expresiones (términos). De ahí mi insistencia en referirme a *términos indeterminados de conceptos* y no a *conceptos indeterminados*.

Este punto era y sigue siendo para mí de una gran importancia: no existen “conceptos indeterminados”. Si el *concepto* es indeterminado, no es *concepto*. Lo mínimo que se exige a un conjunto abstracto de ideas para que sea un concepto, es que esté acotado, determinado. Insisto: todo concepto es un conjunto de ideas que, para ser concepto, tiene que ser, *por lo menos*, determinado; lo mínimo que se exige de un concepto es que sea determinado. Si el concepto no estuviera determinado en sí mismo, *un conjunto determinado de ideas* no llega a ser concepto.

En este punto, regresamos a la oposición esencialismo/conventionalismo. En el primer polo están los que sostienen que los conceptos reflejan una determinada *esencia* que se expresa por medio del lenguaje;⁶⁷ la esencia de los conceptos sería expresada a través del lenguaje, de tal forma que existiría un vínculo o nexo metafísico

⁶⁶ Véase mi obra *Direito, conceitos e normas jurídicas*, pp. 94-99.

⁶⁷ Así, la fluidez de las palabras sería una expresión de la fluidez de los conceptos.

entre el término empleado y la realidad que los hombres deben captar o reconocer. La tesis esencialista, metafísica, se remonta al siglo XI y gana terreno en la escolástica medieval. La tesis convencionalista, por el contrario, sostiene que son los hombres quienes establecen libremente la relación entre lenguaje y sociedad (Sauca 2000/251-253). Es evidente que la tesis esencialista se viene abajo cuando reflexionamos sobre los *conceptos jurídicos meramente formales* y sobre las *regulae juris*, que no pueden ser definidos en términos de experiencia. En relación con los *conceptos jurídicos tipológicos (fattispecie)*, no son, en efecto, *conceptos*, sino *nociónes*. Así, es correcta la afirmación de que los conceptos, siempre precisos –pues de otra forma no serían conceptos– pueden corresponder, aunque eso no necesariamente ocurra, a términos (=palabras) precisos. Por lo que respecta a las *nociónes*, tanto ellas como sus términos son fluidos, pero no porque las palabras sean consecuencia de las cosas, sino porque el lenguaje jurídico es ambiguo e impreciso, fluido, y las *nociónes* son históricas y temporales.

94. (SIGUE)

Los conceptos jurídicos que se definen como “indeterminados” son los *tipológicos (fattispecie)*. En cuanto a los meramente formales y a las “*regulae juris*”, no presentan ninguna “indeterminación”, los primeros porque son abstractos y están disociados de la realidad histórica, y las segundas porque sintetizan el contenido de un conjunto de normas jurídicas.

Los conceptos jurídicos meramente formales y las “*regulae juris*” no deben constituir un problema mayor para el intérprete del derecho, pero ocurre lo contrario con los conceptos jurídicos *tipológicos (fattispecie)* que gravitan alrededor de ellos, por esa “indeterminación” de la que equivocadamente hablan nuestros especialistas en derecho público, como parte importante de los desafíos de la interpretación.

Pero no me voy a detener ahora en el análisis de todo lo que ha producido la doctrina a propósito de los “conceptos indeterminados”. Véase, sobre este punto, a Larenz, Engisch, Heck, Forsthoff, Queiró y Sainz

Moreno, entre muchos otros. Por otro lado, recuérdese también leer a los publicistas, que no acostumbran leer el derecho privado, las construcciones que la buena doctrina erigió a propósito de los *standards jurídicos*.

Sin embargo, podemos mencionar, de manera amplia y sumaria, que no se consideran como “indeterminados” los conceptos cuyos términos son ambiguos o imprecisos –especialmente imprecisos–, razón por la cual necesitan ser afinados por quien los aplica. En este sentido, se habla de ellos como de “conceptos” carentes de definición en relación con datos extraídos de la realidad. Los parámetros para dicha definición –cuando se trate de un concepto abierto por imprecisión– deben buscarse en la realidad, incluso en la consideración de las concepciones jurídicas predominantes, concepciones que varían conforme a la actuación de las fuerzas sociales (Forsthoff 1973/17-18). En el caso de un concepto abierto por ambigüedad, su definición se realiza también tomando en cuenta el contexto en que esté inscrito –lo que, de todas formas, no debe hacernos olvidar el hecho de que, *siempre*, de la *participación en el juego del lenguaje* en el cual está inscrito el término del concepto, depende la posibilidad de que lo comprendamos, procediendo a su definición. Como observé anteriormente, aunque sean ambiguas e imprecisas, las palabras y expresiones jurídicas (= los términos de los conceptos) expresan significaciones siempre determinables.

95. CONCEPTO Y NOCIÓN

Durante varios años mantuve un encendido debate con los colegas administrativistas que, por necesidad lógica, sustentan la existencia de esos “conceptos indeterminados”. La afirmación de su existencia es indispensable para la construcción de la tesis de la *discrecionalidad* de la Administración que, a su vez, fundamentará la de la configuración de los reglamentos como meros actos administrativos, encaminados única y exclusivamente a orientar a las autoridades administrativas inferiores. Me ocupé de esos aspectos en mi libro *O direito posto e o direito pressuposto* (2003/191 ss.), obra a la que remito al lector. Me parece que

en ella demostré suficientemente que nuestra doctrina administrativista confunde *discrecionalidad* con *interpretación*.

Sin embargo, me parece haber encontrado, en la evolución de mi pensamiento, otra explicación para el fenómeno de los “conceptos jurídicos indeterminados”.

Hemos designado indebidamente como *concepto* a las *nociiones* a las que corresponden los *fatti specie* o conceptos tipológicos. Me doy cuenta de eso ahora, al leer las siguientes observaciones de Sartre (1968/134):⁶⁸

“Althusser sustenta que el hombre crea la historia sin saberlo. No es la historia la que lo reclama, sino el conjunto estructural en que está situado el que lo condiciona. Pero Althusser no ve que existe una contradicción permanente entre la estructura práctico-inerte y el hombre que se descubre condicionado por ella. Cada generación toma, en relación con esas estructuras, otra posición, y es esta posición la que permite los cambios en las mismas estructuras. Althusser, como Foucault, se atiene al análisis de las estructuras. Desde el punto de vista epistemológico, de ello se desprende el tomar partido por el *concepto* en oposición a la *noción*. El concepto es atemporal. Puede estudiarse cómo los conceptos se crean unos a otros en el interior de categorías determinadas. Pero ni el tiempo ni, por consiguiente, la historia, pueden ser objeto de un concepto. Existe ahí una *contradiccio in terminis*. Desde el momento en que se introduce la temporalidad, debe considerarse que dentro del desarrollo temporal el concepto se modifica. La *noción*, por el contrario, puede definirse como el esfuerzo sintético para producir una idea que se desarrolla a sí misma mediante contradicciones y superaciones sucesivas y que es, así, homogénea al desarrollo de las cosas. Es lo que Foucault llama ‘doxología’, y que él rechaza”.

En verdad, la cuestión de la *indeterminación* de los *conceptos* se resuelve en la *historicidad* de las *nociiones* –ahí donde la doctrina brasileña erróneamente piensa que hay un “*concepto indeterminado*”, existe, en realidad, una *noción*. Y la noción jurídica debe ser definida como una

⁶⁸ Dice Étienne Balibar (1996/268), en nota biográfica de Althusser, que “Visant explicitement Althusser et son influence, Sartre dira qu'il s'agissait de 'prendre parti pour le *concept*, contre la *notion*'”.

idea que se desarrolla a sí misma por contradicciones y superaciones sucesivas y que es, así, homogénea al desarrollo de las cosas (Sartre).

En um outro texto, vuelve al tema Sartre [1976:95-96]:

“Scientifique impliquerait une rigueur de *concepts*. Philosophe, j’essaie d’être rigoureux par des *notions* et la différence que je fais entre concept et notion est la suivante: un concept est une définition en extériorité et qui, en même temps, est atemporelle; une notion, selon moi, est une définition en intérieurité, et qui comprend en elle-même non seulement le temps que suppose l’objet dont il y a notion, mais aussi son propre temps de connaissance. Autrement dit, c’est une pensée qui introduit le temps en elle. Ainsi, lorsque vous étudiez un homme et son histoire, vous ne pouvez procéder que par notions. Par exemple, la passivité – qui a une telle importance chez Flaubert –, si on en fait un concept, ne signifie plus rien puisqu’on se place sur le plan de l’extériorité. Si vous voulez la prendre comme un tout historique, il faut montrer d’où elle vient et comment elle se développe (la passivité de Flaubert écrivant *Madame Bovary* n’est bien sûr pas la même que celle du nourrisson); en plus, il faut que, dans la notion même de passivité, on voie sa découverte et la façon dont la pensée — ma pensée, en l’occurrence — la saisit jusqu’au bout. Vous avez donc deux éléments temporels: la genèse et le développement de la passivité, avec la méthode essayant de la reprendre, et en même temps l’intérieurité, c’est-à-dire des idées qui s’imbriquent les unes dans les autres, qui ont des rapports de négation interne entre elles, bref des rapports dialectiques. Tout cela est donné dans la notion. La distinction que je fais entre concept et notion recoupe celle que j’établis entre connaissance et compréhension. Pour comprendre un homme, l’attitude nécessaire est celle de l’empathie”».

96. (SIGUE)

Ese entendimiento será por cierto rebatido –lo que, por otra parte, ya sucedió, en el curso de un debate en un congreso–, con el argumento de que estoy, exclusivamente, sustituyendo nombres (“concepto jurídico indeterminado” por “noción”).

Me encanta la tranquilidad y la seguridad de los genios consigo mismos, dueños de respuestas para todo, que disparan en cualquier situación o circunstancia, sin pérdida de tiempo en la práctica de ejercicios a los cuales los antiguos se dedicaban: la lectura y la reflexión.

Los *fattispecie* o “conceptos tipológicos” no son conceptos (no pueden ser entendidos como conceptos) porque los conceptos son *atemporales* y *ahistóricos* y ellos –los *fattispecie* o “conceptos tipológicos”– son notable y peculiarmente homogéneos al desarrollo de las cosas, es decir, son básicamente históricos y temporales.

De ahí proviene, justamente, la riqueza de la interpretación/aplicación de las nociones (y no conceptos) que el intérprete realiza mediante la formulación de juicios de legalidad, en cuyo proceso maneja textos y hechos. Toda esa riqueza se pierde si los *fattispecie* o “conceptos tipológicos” se conciben como “conceptos indeterminados”, cuya aplicación se realizaría mediante la formulación de juicios de oportunidad que estarían, por lo tanto, al margen de la legalidad.

El *juicio de oportunidad* implica una opción entre indiferentes jurídicos, realizado subjetivamente por el agente; el *juicio de legalidad* es actuación, desarrollada en el campo de la prudencia, que el intérprete auténtico lleva a cabo limitado, constreñido por el texto, en los límites de la legalidad.

Recuerdo también, a propósito de la distinción que debemos establecer entre *concepto* y *noción*, las observaciones de Norbert Elias (1994/26): “Los conceptos matemáticos pueden ser separados del grupo que los emplea. Los triángulos admiten explicaciones sin referencia a las situaciones históricas. Pero no sucede lo mismo con conceptos como ‘civilización’ y *Kultur*”. El triángulo es un *concepto*; al pensar en él nunca pensamos en la dinámica de la Historia; es lo universal sin la negatividad de los particularismos. “Civilización” y *Kultur* son nociones. Y continúa Norbert Elias (1994/26-27), empleando *concepto* por *noción*: “Tal vez sucede que determinados individuos los hayan formado [los conceptos] con base en material lingüístico ya disponible en su propio grupo, o por lo menos les hayan atribuido un nuevo significado. Pero ellos echaron raíces y se establecieron. Otros los captaron en su nuevo significado y forma, desarrollándolos y puliéndolos en el habla y en la escritu-

ra. Se usaron repetidamente hasta volverse instrumentos eficientes para expresar lo que las personas sienten en común y quieren comunicar. Se volvieron palabras de moda, *conceptos* de uso común en el habla de todos los días de una sociedad determinada. Este hecho muestra que no sólo representan necesidades de expresión individuales, sino colectivas. La historia colectiva se cristaliza y resuena en ellos. El individuo cuenta ya con la posibilidad de disponer de esa cristalización. No sabe bien por qué este significado y esta delimitación están implicados en las palabras, ya que precisamente este matiz y esa posibilidad se pueden derivar de ellas. Pero las usa porque le parece algo natural, porque desde la infancia aprende a ver el mundo a través del lente de esos *conceptos*. El proceso social de su génesis tal vez se haya olvidado hace mucho tiempo. Una generación los transmite a otra sin estar consciente del proceso como un todo, y los conceptos sobreviven mientras esta cristalización de experiencias pasadas y situaciones mantenga un valor existencial, una función en la existencia concreta de la sociedad –es decir, mientras generaciones sucesivas puedan identificar sus propias experiencias con el significado de las palabras. Los términos mueren en poco tiempo cuando las funciones y experiencias en la vida concreta de la sociedad dejan de vincularse con ellos. En otros casos, sólo están como dormidos, al menos en algunos aspectos, y adquieren un nuevo valor existencial con una nueva situación. Y vuelven a recordarse entonces porque alguna situación en el presente de la sociedad se expresa mediante la cristalización del pasado materializada en las palabras” (las cursivas son mías en esta última transcripción). Aquí se manifiesta un problema de lenguaje: la lengua alemana usa la misma palabra –*Begriff*– para connotar *concepto* y *noción*. Sin embargo, nota, por ejemplo, que al traducir al francés el libro de Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1994/136), Michel Fromont, sensible a la diferencia entre uno y otra, concepto y noción, señala: “*la notion juridique indéterminée (unbestimmter Rechtsbegriff)*”.

97. (SIGUE)

De esta forma, tratando de realizar una síntesis de la exposición producida sobre los conceptos jurídicos, y regresando a Ascáreli, tendremos que el intérprete del derecho maneja, al interpretar el derecho: i) los conceptos jurídicos meramente formales, ii) las “*regulae juris*” y iii) los llamados conceptos tipológicos (*fattispecie*) que, no obstante, no son *conceptos* sino *nociónes*.

Gracias a esa verificación es posible la comprensión plena de la actividad de interpretación/aplicación del derecho.

