

Naturaleza y funciones del Derecho: dos preguntas siamesas

Giovanni Tuzet

Universidad "L. Bocconi", Milán

Traducción de Hernán G. Bouvier

1. Dos preguntas siamesas

Quien practica el *estilo analítico* debe distinguir aquellas cosas sobre las que pretende ocuparse. Por ejemplo, al ocuparse del derecho, debe distinguir la pregunta acerca de qué es el derecho de la pregunta acerca de para qué existe el derecho. Aunque ambas preguntas pertenecen al plano explicativo, son preguntas diferentes. Asimismo debe distinguirse, a nivel normativo, la pregunta acerca de para qué tener derecho de la pregunta sobre si debe obedecerse al derecho. En este escrito breve pretendo considerar tan solo las dos preguntas del ámbito explicativo antes referidas. El problema que pretendo plantear es que, no obstante las preguntas sean diferentes, parece muy difícil -por no decir imposible- responder a una de las preguntas sin responder a la otra.

Es posible sostener que las preguntas "qué es" pretenden captar la naturaleza de aquello sobre lo cual se indaga, mientras que las preguntas "para qué" indagan sobre su función. Ahora bien, el problema es que el primer y segundo tipo de preguntas se entrecruzan al momento de indagar sobre el derecho de manera tal que no es posible responder a

unas sin responder a las otras. Si, en efecto, queremos responder al segundo tipo de preguntas debemos responder a las primeras dado que para identificar las funciones del derecho debemos saber de qué cosa se trata o a qué rama del derecho nos referimos; pero para responder a las primeras debemos responder a las segundas, dado que no parece posible saber qué es el derecho sin identificar sus funciones. Por tanto la dificultad es la siguiente: para establecer qué cosa es el derecho debemos saber para qué sirve, pero para saber para qué sirve debemos saber a qué nos referimos.

La teoría analítica del derecho (o al menos la de inspiración kelseniana) descuida desde hace varios decenios la pregunta “para qué” y el tema de las funciones del derecho, de las cuales se ocupa la sociología jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo, la sociología jurídica se aleja de las preguntas “qué es” y de una reflexión teóricamente rigurosa sobre la naturaleza del derecho. Si esto es así, tales disciplinas deberían ser mayormente integradas de cuanto se estila hacer actualmente, y para una *comprensión* del objeto bajo análisis sería tan importante distinguir las preguntas como integrar las respuestas.

2. ¿Qué es el derecho?

Las preguntas “qué es” requieren de respuestas ontológicas, o al menos de un análisis de los conceptos relativos. En la literatura pueden encontrarse una selva de respuestas a la simple pregunta sobre “qué es el derecho”. Traigo a colación algunas: un producto del mundo del espíritu; el conjunto de órdenes del soberano; el conjunto de las decisiones de los jueces; un sistema de normas sancionadas e institucionalizadas; una práctica social; un artefacto social y normativo. Tomemos una de las respuestas más recientes: el derecho como *artefacto*. Sostener que es un artefacto humano seguramente no basta, dado que se deben especificar otros aspectos que lo distinguen de otros artefactos como las sillas o las sinfonías. Lo mínimo que se puede agregar es que consiste en un artefacto *intelectual* (no coincide con su soporte físico), *social* (no consiste en un producto del ingenio individual) y *normativo* (consiste en reglas y principios vinculantes). Que esto pueda ser

suficiente para distinguirlo de otros ámbitos normativos como la moral no es algo que pretendo discutir. Me acucia, más bien, señalar un presupuesto no siempre explicitado: en la medida en que se habla de artefactos no se habla de entidades naturales sino más bien creadas, puestas, constituidas por el hombre. Si, por lo tanto, se trata de esto, y si es cierto que en general las actividades y la creaciones humanas están dirigidas a algún fin, resulta razonable asumir que también el derecho es establecido para algún objetivo y que resulta un medio en vista de fines. En otros términos, que posea o trate de satisfacer ciertas funciones. Con esto se ve pronto que una pregunta sobre qué es el derecho se transforma rápidamente en una pregunta sobre para qué, en la medida en la cual es importante entender con qué objetivos y funciones se establece el derecho y en la medida en la cual sus diferentes formas (civil, penal, administrativo, constitucional, etc.) se explican en términos de esas diferentes funciones. Decir que el derecho es un artefacto sin decir para qué sirve no es un buen modo de dar cuenta de él.

Creo que consideraciones de este género se pueden extender, *mutatis mutandis*, a los otros modos de responder a la pregunta “qué es el derecho”, pero no puedo ocuparme de eso aquí. Lo que quiero sostener es que no damos cuenta adecuadamente del derecho si nos limitamos a la pregunta “qué es”. Sin haber identificado sus funciones peculiares, es difícil saber qué es el derecho o en qué consiste.

3. ¿Para qué el derecho?

Las preguntas “para qué” requieren respuestas teleológicas, o al menos explicaciones de las causas o razones por las cuales existe una entidad tal. La teleología del derecho, si existiese, sería la rama filosófica dedicada a ocuparse de las preguntas “para qué” relativas al derecho, es decir a las preguntas acerca de para qué lo establecemos o utilizamos. De hecho es esto de lo que se ocupa cierta sociología jurídica atenta a las cuestiones macrosociológicas y algunos filósofos del derecho que no se contentan con dar definiciones estructurales. ¿Para qué el derecho? ¿para qué sirve? ¿cuáles son sus finalidades o funciones?

Una de las respuestas más difundidas en sociología es aquella de tipo funcionalista que trata de distinguir las funciones del derecho en general de otros sistemas normativos o sociales, y las funciones de ciertos tipos de derecho en particular de otros tipos de derecho (civil, penal, etc.). Es cierto que el término “función” es polisémico y debe ser cuidadosamente especificado. Pero una vez hecho esto (distinguiendo por ejemplo los aspectos intencionales de creación de artefactos, de los aspectos no intencionales de su funcionamiento efectivo) no parece imposible proceder a una investigación sobre las funciones del derecho. Tomemos por ejemplo el sentido de “función” utilizado en filosofía de la mente: las funciones de un estado mental son definidas por sus causas y por sus efectos típicos (en otros términos, en la identificación de un estado mental lo relevante no es su constitución interna sino más bien su rol dentro del sistema al cual pertenece). Análogamente, una explicación funcional del derecho ilustra su para qué en términos de causas y efectos típicos.

¿Cuáles son por tanto las funciones del derecho? En la literatura sociológica se encuentran numerosas respuestas, de las cuales podemos seleccionar las siguientes: de control u orientación social; de legitimación del poder; de promoción de la transformación social; de integración o de resolución de conflictos; de distribución y ubicación de los recursos. Es plausible pensar que estas funciones no sean incompatibles entre sí y que, por el contrario, el derecho lleve adelante más de una.

No pretendo tomar posición en cuanto al mérito de estas posiciones y decir cuáles son las (principales) funciones del derecho. Lo que me resulta interesante es que el acento en una u otra función está ligado de manera estrecha al tipo de teoría del derecho que se quiere defender. Una teoría del derecho de formación espontánea (evolucionismo jurídico) sostiene por ejemplo que la función del derecho es estabilizar expectativas sociales (antes que guiar los comportamientos), mientras que una teoría imperativista declara que su principal función es controlar los comportamientos. Por su parte, una teoría realista le atribuye al derecho una función de promoción del cambio social, y el análisis

económico del derecho se concentra sobre la ubicación de recursos, y los ejemplos podrían seguir.

Ahora bien, creo que el punto sea el siguiente: si tomamos en serio las explicaciones funcionales no podemos seriamente decir qué es el derecho si no comprendemos para qué sirve, pero nos damos cuenta que no es fácil decir para qué sirve si no tenemos una idea de qué es. Por lo tanto, las preguntas “qué es” y “para qué sirve” parecen interdependientes.

Este tipo de dificultades es bien conocido para quien se ocupa de funcionalismo en filosofía de la mente. Como hemos dicho, en filosofía de la mente las funciones de un estado mental son definidas por sus causas y sus efectos típicos. Sin embargo -sostiene una de las objeciones- para identificar las causas y los efectos *típicos* es necesario haber identificado el estado en cuestión! Frente a esta dificultad se puede responder que *cualquier cosa* que ayude a producir una cierta función es identificable como aquel tipo de cosa que sirve a realizar tal función. Tomemos un ejemplo intuitivo: cualquier cosa que sirva para pinchar comida y llevársela a la boca es un tenedor, con independencia del hecho que tenga una cierta estructura. Esta respuesta, no obstante sea rigurosa al defender la ortodoxia funcionalista, no puede negar algo evidente: frente a un sujeto que pinche la comida con un destornillador o un clavo largo no diremos que está usando un tenedor, sino que está usando un destornillador o un clavo *como* un tenedor. En esta reacción, si alcanzo a ver bien, se encontrarían implícitas dos cosas: (i) con tal conducta el sujeto lleva a cabo la función propia del tenedor, pero no lo hace con un tenedor, (ii) la función no es suficiente para definir qué es un tenedor, dado que a tal fin no podemos dejar de lado algunas propiedades estructurales.

Creo que esto es válido también para el derecho. Supongamos que la (principal) función del derecho sea aquella de resolver los conflictos (o, dicho de manera más cauta, de gestionarlos). ¿Podremos decir que *cualquier cosa* capaz de solucionar los conflictos es derecho? Me temo que no. Lanzar una moneda podría ser una forma de resolver un conflicto, pero creo que la mayor parte de nosotros no estaríamos dispuestos a considerarlo un modo de proceder según el derecho. Ni qué

hablar de la solución extrema, que sería la de eliminar una de las partes o incluso ambas. Ciertamente se trataría de un método maravillosamente eficaz! Sería funcionalmente perfecto, desde el momento que todo conflicto sería resuelto (con la eliminación de las partes). Y no obstante, diríamos, no se trata de derecho. En esta reacción estarían implícitas, nuevamente, dos cosas: (i) la eliminación de los contendientes lleva a cabo la función del derecho (resolver el conflicto) pero no lo haría a través del derecho; (ii) la función no es suficiente para definir qué es el derecho, dado que a tal fin no podemos soslayar algunas propiedades estructurales, como que es un sistema de normas generales y abstractas que se aplican a casos particulares y concretos, a través de órganos autorizados a hacerlo, con determinados procedimientos, etc.

Pienso que consideraciones análogas puedan hacerse asumiendo que la (principal) función del derecho no sea tanto la resolución de conflictos, sino otra de las ya mencionadas o mencionables. Supongamos que sea la de orientación social: ¿se podría llevar adelante esta función a través del sistemático suministro de sustancias condicionantes a los ciudadanos (como sucede en *Brave New World*) o programándoles la mente desde el nacimiento? Sí, pero no sería una forma de orientar las conductas *a través del derecho*. Y así podemos continuar en los ejemplos. Por tanto, una vez más, decir para qué sirve el derecho no es suficiente para decir qué cosa es.

4. Atomismo de las preguntas y holismo de las respuestas

Si lo que he indicado resulta correcto, la pregunta “qué es” y la pregunta “para qué” son siamesas: dependen la una de la otra y no son escindibles. ¿Qué enfoque asumir entonces en estos temas? La hipótesis que propongo es que el enfoque correcto sería aquel propio de un *atomismo de las preguntas y un holismo de las respuestas*. Las preguntas “qué es” y las preguntas “para qué” sobre el derecho son interdependientes y -dicho en términos de disciplinas- la teoría del derecho y la sociología del derecho no pueden prescindir la una de la otra, no obstante no deban confundirse. Pues bien, la hipótesis que sugiero indica lo siguiente: a los

finde la claridad conceptual las preguntas deben ser distinguidas lo máximo posible, mientras que a los fines de la comprensión las respuestas deben ser integradas lo máximo que se pueda.