

La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica *

Por JOSÉ JUAN MORESO

Barcelona

I. INTRODUCCION

Cualquiera de nuestros modos de conocimiento del mundo presupone un determinado andamiaje conceptual. Nuestro uso ordinario del lenguaje precisa del uso de categorías (nombres comunes, adjetivos, verbos), que se proyectan sobre el mundo. No poseemos un lenguaje tan rico que disponga de nombres propios para cada objeto individual y para cada evento ¹. Aun así (si no aceptamos un mundo platónico, habitado por cosas como *la blancura*, *la amistad*, *el homicidio*, *la letra de cambio* y *la ley orgánica*) nuestro mundo *es* un mundo de objetos con-

* Este artículo ha sido terminado en el Balliol College (Universidad de Oxford), gracias a una ayuda del Ministerio español de Educación y Ciencia, para estancias en el extranjero de profesores españoles.

1. En la siempre sugerente obra de J.L. Borges (1951:65-66) hay una narración en donde un personaje, Funes el memorioso, trata de construir un lenguaje como este. Dejemos que lo cuente la prosa de Borges: «Locke, en el siglo XVII, postuló (y reprobó) un idioma imposible en el que cada cosa individual, cada piedra, cada pájaro y cada rama tuviera un nombre propio; Funes proyectó alguna vez un idioma análogo, pero lo desechó por parecerle demasiado general, demasiado ambiguo. En efecto, Funes no sólo recordaba cada hoja de cada árbol de cada monte, sino cada una de las voces que había percibido o imaginado... Este, no lo olvidemos, era casi incapaz de ideas generales, platónicas. No sólo le costaba comprender que el símbolo genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)».

cretos e individuales y un mundo de eventos concretos e individuales (existe la fuente de Canaletas y existió el asesinato de César). Ahora bien, precisamos agrupar estos objetos y eventos individuales en clases para referirnos a ellos. Así hablamos de cosas verdes, pesadas, duras, etc. Los conceptos representan nuestra manera de estructurar el mundo. Nuestro progreso cognoscitivo depende, en buena medida, del refinamiento de nuestra estructura conceptual.

La ciencia jurídica también usa conceptos que se proyectan sobre el mundo para ordenarlo. Contrato, persona, asesinato, testamento o ley orgánica pueden servir de ejemplos.

El papel relevante que los conceptos tienen en la ciencia ha llamado la atención de los filósofos de la ciencia (Hempel 1952, Stegmüller 1970, Mosterín 1984). Si bien es cierto que también los juristas y filósofos del Derecho se han referido a menudo al lugar de la construcción conceptual en la dogmática jurídica,² no han tenido habitualmente en cuenta las aportaciones de la filosofía de la ciencia de los últimos cuarenta años al respecto (vd., sin embargo, Alexy 1986: 128-129, Weinberger 1989:374 y Luzzati 1990: 89-91).

Lo que me propongo en este trabajo es aplicar a la cuestión de la construcción de conceptos en la ciencia jurídica algunos de los desarrollos de la filosofía de la ciencia. La filosofía de la ciencia divide los conceptos en tres grandes categorías: los conceptos clasificatorios (o cualitativos), los conceptos comparativos y los conceptos métricos. En primer lugar expondré brevemente esta cuestión para, en el siguiente apartado, aplicarla a los conceptos usados en la ciencia jurídica. A continuación, me detendré en los conceptos clasificatorios, que son los más usuales en la ciencia jurídica, y realizaré un análisis de los problemas que las clasificaciones plantean en este ámbito. Por último, realizaré algunas consideraciones sobre los límites de la función clasificatoria en relación a la cuestión de las *clases naturales*.

II. CONCEPTOS CLASIFICATORIOS, COMPARATIVOS Y METRICOS

Los conceptos clasificatorios se refieren a un grupo determinado de objetos o sucesos del mundo que poseen algo en común. El objetivo perseguido al emplear dichos conceptos es dividir en diversas clases los objetos de un determinado dominio A. Ahora bien, para que esta división sea útil en relación al objetivo que pretende, debe cumplir algunas condiciones, condiciones formales y materiales de adecuación;

2. El caso más relevante es el de R. v. Ihering (1854:17-89). Como se sabe, Ihering dio lugar a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, que ya sólo por su nombre indica un interés especial por la cuestión que aquí nos ocupa.

esto es, debe ser formalmente correcta y materialmente adecuada. Los criterios de corrección formal son comunes a cualquier tipo de clasificación. En cambio, los criterios de adecuación material dependen del tipo de ciencia que se trate (más adelante realizaré algunas consideraciones relativas a los criterios de adecuación material en las clasificaciones de la ciencia jurídica).

Las condiciones formales de corrección pueden ser reducidas a las dos siguientes (Stegmüller 1970:34):

(I) Las clases determinadas por cada uno de los conceptos deben estar mutuamente *delimitadas con exactitud*. Respecto de ningún objeto del dominio puede ocurrir pues que pertenezca a dos clases distintas a la vez, o, expresándolo de otra manera, ningún objeto puede caer bajo dos conceptos distintos a la vez. Dicho brevemente: *las clases resultantes de la partición deben excluirse mutuamente*.

(II) Por otro lado también debe ocurrir que *cada* objeto del dominio caiga dentro de una de las clases determinadas por los conceptos; expresado más exactamente: *la partición en clases debe ser completa*, de modo que cada uno de los objetos del dominio caigan dentro de una de las clases determinadas conceptualmente.

La violación de estos requisitos es una de las razones que hace sorprendente la siguiente clasificación de los animales que, según una conocida narración de J.L. Borges (1974:708), aparecía en cierta enciclopedia china:³

Los animales se dividen en (a) pertenientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.

Los requisitos que debe cumplir una clasificación formalmente correcta pueden expresarse afirmando que cualquier clasificación debe constituir una *partición*, en el sentido matemático del término. Es decir, una colección de conjuntos $B_1...B_n$ es una partición en el conjunto dado A si y sólo si: (a) ninguno de esos conjuntos es un subconjunto va-

3. Se trata de una clasificación que ha llamado la atención de los filósofos de la ciencia, vd. Mosterín 1984:14 y Gärdenfors 1990:90 y también, aunque tal vez por razones distintas, de M. Foucault, que la convierte en el objeto de la reflexión con la que inicia su obra *Le mots et les choses* (1966: 7).

cío de A, (b) no hay ningún elemento común a dos de esos conjuntos y (c) cada elemento de A está en alguno de esos conjuntos. (Mosterín 1984:15).⁴

A estos requisitos formales de adecuación suele añadirse los requisitos materiales de adecuación. En la ciencia se acostumbra a decir que una determinada clasificación es materialmente más adecuada si es más fecunda, si permite formular más leyes generales interesantes para los miembros de cada clase, a estas clasificaciones se las denomina *naturales* (vd. al respecto el epígrafe V).

Tal vez el mayor defecto de los conceptos clasificatorios resida en el escaso contenido informativo que nos procuran. Mediante conceptos clasificatorios podemos afirmar que un animal determinado es o no es un mamífero, pero no podemos decir si un animal es *más* mamífero que otro. Es por esta razón que los conceptos comparativos son más útiles en el conocimiento científico. Son conceptos que permiten comparar el grado en que dos individuos de un dominio determinado poseen una determinada propiedad. Tal propósito se logra definiendo dos relaciones en un dominio A dado: una relación de coincidencia (I) y una relación de precedencia (P). Un ejemplo típico de concepto comparativo es el de *dureza* usado en la ciencia de los minerales: dados dos minerales x e y , decimos que x es más duro que y si y sólo si x raya a y , pero y no raya a x . Así también ocurre con la nociones de preferencia e indiferencia usadas en la teoría de la elección racional. Dicha teoría sostiene que entre los estados de cosas posibles, que forman el dominio A, se pueden definir dos relaciones: la relación de indiferencia (I) (un determinado sujeto es indiferente en relación a x e y) y la relación de preferencia (P) (un determinado sujeto prefiere x a y). De esta forma los estados de cosas constituyen un *orden serial* (en realidad, como afirma Hempel 1952:59, un cuasi-orden). Las relaciones I y P deben satisfacer algunos requisitos para formar un cuasi-orden.

La relación I debe ser totalmente reflexiva, simétrica y transitiva, esto es, debe constituir una relación de equivalencia. Estas condiciones permiten establecer los siguientes postulados:

P I: $\forall x (xIx)$ (I es totalmente reflexiva)

P II: $\forall x \forall y (xIy \rightarrow yIx)$ (I es simétrica)

P III: $\forall x \forall y \forall z (xIy \wedge yIz \rightarrow xIz)$ (I es transitiva)

La relación P, por su parte, también es transitiva. Si x precede a y , e y precede a z , entonces x precede a z . El siguiente postulado es:

4. En términos formales, $\{B_1 \dots B_n\}$ es una partición de A si y sólo si:

(a) $B_i \subset A \wedge B_i \neq \emptyset$ para cada i ($1 \leq i \leq n$).

(b) $B_i \cap B_j = \emptyset$ para $i \neq j$ ($1 \leq j, i \leq n$).

(c) $B_1 \cup B_2 \cup \dots \cup B_n = A$.

P IV: $\forall x \forall y \forall z (xPy \wedge yPz \rightarrow xPz)$ (P es transitiva)

En cambio, a diferencia de I, P es irreflexiva. Ningún elemento del dominio debe precederse a sí mismo. Y aún es más ningún elemento puede preceder a otro elemento entre los cuales haya la relación de coincidencia. Esto es, la relación P debe ser I-irreflexiva:

P V: $\forall x \forall y (xIy \rightarrow \neg xPy)$ (P es I-irreflexiva)

Para acabar, cualquier elemento del dominio en cuestión debe poderse comparar con respecto a las relaciones I y P. Esto es, entre cualesquiera elementos a y b, o bien hay la relación de coincidencia, o bien uno de ellos precede al otro. Se trata del requisito de conectividad:

P VI: $\forall x \forall y \forall z (xIy \vee xPy \vee yPx)$ (la relación P es I-conexa)⁵

Que estos postulados den cuenta de las relaciones empíricas que se pretende no es siempre claro. En el caso de la dureza de los minerales, los postulados PIII, PIV y PVI dependen de determinadas hipótesis empíricas (bien confirmadas hasta el momento). Lo mismo ocurre con el concepto de preferencia entre determinados estados de cosas. En este supuesto, a menudo se han levantado dudas por lo que refiere a la confirmación empírica de la transitividad y de la conexividad de las preferencias de los seres humanos (los postulados IV y VI, vd., por ej., Bunge 1985:81-83).

Habitualmente en el estado más avanzado de los lenguajes científicos se dispone de otra categoría de conceptos. Se dispone de los de-

5. El sistema formado por el dominio A, de estados de cosas, y las relaciones de coincidencia I y de precedencia P, el sistema $\langle A, I, P \rangle$, es isomórfico con un sistema con una sola relación, la relación R. (vd. Stegmüller 1970:55-56).

El sistema $\langle A, I, P \rangle$ tiene una clara aplicación dentro de la aritmética de los números naturales. Si sustituimos A por el dominio N de los números naturales, I por la relación de igualdad (=) y P por la relación «menor que» (<) obtenemos un sistema que cumple con los seis postulados anteriormente citados, un sistema que define un concepto comparativo en el dominio de los números naturales. Este sistema puede ser simplificado partiendo de una única relación primitiva, la relación «ser menor o igual que» (\leq), definiendo « $x=y$ » como « $x \leq y \wedge y \leq x$ »; y « $x < y$ » como « $x \leq y \wedge x \neq y$ ». Bastaría añadir que la relación « \leq » es totalmente reflexiva, transitiva y conexa. Esto hace al sistema $\langle N, \leq \rangle$ equivalente al sistema $\langle N, =, < \rangle$. Aplicado, por ejemplo, a la relación de preferencia entre estados de cosas y siendo R, un predicado para preferencia débil: preferencia o indiferencia; tres postulados y dos definiciones serían suficientes:

P'I: $\forall x (xRx)$

P'II: $\forall x \forall y \forall z (xRy \wedge yRz \rightarrow xRz)$

P'III: $\forall x \forall y (xRy \vee yRx)$

DfI: $\forall x \forall y (xIy \leftrightarrow xRy \wedge yRx)$.

DfII: $\forall x \forall y (xPy \leftrightarrow xRy \wedge \neg xIy)$.

nominados conceptos *métricos* (o cuantitativos, también denominados magnitudes). Dichos conceptos asignan números reales o vectores a objetos o eventos de un dominio determinado. La introducción de los conceptos métricos ha hecho posible el progreso científico en gran medida. Sus ventajas sobre los conceptos clasificatorios y comparativos son importantes. Pueden ser resumidas en las siguientes (Stegmüller 1970: 119 y ss.): a) el vocabulario científico se hace mucho más manejable y claro, b) los conceptos métricos permiten descripciones de los fenómenos mucho más diferenciadas. No sólo podemos afirmar que *a* pesa más que *b*, sino que podemos afirmar que *a* pesa 2.532 gramos mientras que *b* pesa 2.123 gramos (disponemos para ello no de un número finito de clases, sino del conjunto numerable y denso de los números racionales y finalmente del conjunto supernumerable de los números reales), c) los conceptos métricos permiten también la formulación de leyes mucho más simples y exactas que las leyes susceptibles de ser expresadas mediante conceptos no métricos y d) constituyen idealizaciones teóricas que permiten el uso ya no sólo de la lógica de predicados de primer orden, sino de una lógica de orden superior que permite el uso de las matemáticas.

Aquí, sin embargo, sólo voy a referirme al supuesto más simple de conceptos métricos. Se trata de introducir un concepto métrico en un ámbito en el que ya disponemos de un concepto comparativo. Supongamos que entre los estados de cosas del dominio *A* hemos introducido las relaciones *I* (de indiferencia) y *P* (de precedencia) que forman el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$. Entonces, podemos metrizar este sistema, si tenemos en cuenta que cualquier concepto métrico *f*, es una asignación de un número real a cada uno de los objetos de *A*, es decir, una función monádica que relaciona cada elemento de *A* con uno y sólo uno de los elementos del conjunto \mathfrak{R} de los números reales ($f: A \rightarrow \mathfrak{R}$). Las condiciones formales para metrizar el sistema $\langle A, I, P \rangle$ son las siguientes para cada dos estados de cosas *x* e *y* de *A*:

- (1) si xIy , entonces $f(x) = f(y)$
- (2) si xPz , entonces $f(x) < f(y)$

Habremos conseguido de esta forma que el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$ nos proporcione cierta información sobre el orden de los estados de cosas de *A*. Hemos establecido un homorfismo entre el sistema comparativo $\langle A, I, P \rangle$ y el sistema numérico $\langle \mathfrak{R}, =, < \rangle$. De tal forma, habremos representado cuantitativamente nuestro sistema comparativo. ⁶

6. Habremos establecido una escala ordinal. En el supuesto que *A* sea el dominio de los minerales, *I* la propiedad de tener igual dureza y *P* la propiedad de tener menor dureza, tendremos la conocida escala de Mohs para los minerales, que como es sabido asignó números naturales del 1 al 10 a los minerales (1 al talco y 10 al diamante). (Vd. Mosterín 1984:28-30).

III. DERECHO, CIENCIA JURIDICA Y CONSTRUCCION CONCEPTUAL

La ciencia jurídica acostumbra a proyectar sobre el mundo los conceptos usados en el lenguaje del Derecho. El mismo Derecho, que es el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, es a su vez el mayor suministrador de conceptos para la ciencia jurídica. Nociones tales como asesinato, parricidio, grado en el parentesco, bien mueble, letra de cambio o ley orgánica, son usadas por los juristas de forma «parasitaria» de su uso en el lenguaje del Derecho. Usan a menudo el lenguaje, como sostenía Carnap (1937:308, véase también Alchourrón 1972:462) de una manera transpuesta, un modo material de discurso. Carnap entiende por tal aquel uso del lenguaje en el cual «para decir algo acerca de un objeto a , decimos algo paralelo acerca de un objeto b que está en una relación determinada con el objeto a ». Y, más adelante añade:

De acuerdo al uso común del lenguaje, una acción a de una determinada persona es llamada *delito* si el Derecho penal del país en que tal persona vive coloca la descripción de la clase de acción a la que a pertenece en la lista de delitos.

Carnap advierte que tal modo de discurso puede conducir a peligrosas oscuridades, pero que usado cuidadosamente no conduce a contradicciones. Pues bien, este es el tipo de discurso de los juristas cuando usan determinados conceptos: por ejemplo cuando usan el concepto de mayoría de edad en la expresión «Cayo es mayor de edad»,

De todas formas, la metrización de conceptos comparativos sólo consigue la formación de escalas ordinales, las más pobres desde el punto de vista de la información que nos suministran. Las escalas ordinales se limitan a decirnos si un objeto o evento tiene una propiedad en mayor o menor grado que otro, pero no nos dice en qué medida exacta tiene esa propiedad más que otro. Este se consigue mediante las escalas proporcionales. Un concepto que puede metrizar mediante una escala proporcional es el de masa. Para objetos manejables es posible usar el test de la balanza con el objeto de saber en qué grado un objeto x es más pesado que otro objeto y . Como desde el punto de vista empírico es posible combinar dos objetos (colocándolos en el mismo platillo de la balanza) —se dice entonces que la masa es una magnitud *extensiva* o *aditiva*—, podemos denominar esta operación O y formar el sistema $\langle A, I, P, O \rangle$, isomórfico con el sistema numérico $\langle \mathcal{R}, =, <, + \rangle$, que cumple las siguientes condiciones para todo x e y pertenecientes a A (Hempel 1952:65):

(1) Si xIy , entonces $f(x) = f(y)$

(2) Si xPy , entonces $f(x) < f(y)$

(3) $f(xOy) = f(x) + f(y)$

(4) Algún elemento particular de A , digamos b , se elige como estándar y se le asigna algún número r de forma que $f(b)=r$. Si asignamos, por ejemplo, el número 1.000 al cilindro de platino e iridio (el «kilo patrón») conservado en el museo de pesas y medidas de Sèvres tenemos fijada la escala en gramos.

significando en realidad «Según el Derecho, Cayo es mayor de edad». ⁷ Cuando se atribuye la cualidad de mayor de edad a Cayo, en realidad se está afirmando la inclusión de Cayo entre los mayores de 18 años y la existencia de una norma jurídica que atribuye la propiedad de ser mayores de edad a los mayores de 18 años.

A estos conceptos se les denomina, a veces, conceptos *normativos*. En relación a ellos von Wright (1969:98-99) ha escrito:

Por *condiciones de aplicación* de la norma de acuerdo a la cual todos los A deben (o pueden) hacer T, entenderé las varias condiciones que un agente tiene que satisfacer para calificarle como un A... Algunas de estas condiciones pueden ser puramente «naturales», por ejemplo, que para calificar a alguien como A debe ser varón. Otras son aquéllas para las que propongo el nombre de condiciones «jurídicas». Por ello entiendo aquello que el Derecho establece («define») como condiciones que han de ser satisfechas. Un ejemplo podría ser que para calificar a alguien como A debe estar casado.

Las condiciones «jurídicas» son equivalentes a los conceptos normativos. Las reglas que establecen las condiciones jurídicas (por ejemplo, que definen un concepto normativo) no son reglas prescriptivas sino conceptuales. ⁸

Sin embargo, no siempre los juristas usan conceptos normativos o, lo que es lo mismo, no siempre usan el lenguaje de manera transpuesta. A menudo, usan otras expresiones (mencionadas o no por el legislador, pero no definidas por él) que ellos mismos definen. Nociones como acción u omisión en el Derecho penal, Constitución en el Derecho constitucional, o empresa en el Derecho mercantil podrían servir de ejemplos.

La mayoría de los conceptos usados en la ciencia jurídica son, según creo, conceptos clasificatorios. A menudo, los juristas al usar de manera transpuesta determinados conceptos clasificatorios asumen, a su vez, los criterios clasificatorios del legislador. Así ocurre por ejemplo cuando los juristas dividen los bienes en muebles e inmuebles, o los delitos contra la vida humana independiente en homicidios, parricidios, asesinatos, etc. Como esto provoca determinados y, en mi opi-

7. Es decir, «Existe una norma jurídica (el art. 12 de la Constitución española de 1978) sinónima de “Los mayores de 18 años son mayores de edad” y Cayo es mayor de 18 años». Esta es la interpretación dada a estos enunciados, por Raz 1980:49, 218, bajo el nombre de enunciados aplicativos y por Hernández Marín (1989: 289 y ss) que los denomina enunciados consecutivos.

8. Vd., por ejemplo, Searle 1969 (*reglas constitutivas*), Alchourrón-Bulygin 1983 (*reglas conceptuales o definiciones*), Hernández Marín 1984 (*disposiciones cualificatorias*).

nión, interesantes problemas clasificatorios, será tratado en el próximo apartado.

En la ciencia jurídica existen también ejemplos claros de conceptos comparativos. El mismo legislador hace uso de esta clase de conceptos en algunas ocasiones. Un ejemplo claro lo constituye el concepto de parentesco del código civil (arts. 915 a 918). De acuerdo a estos artículos, en el conjunto B formado por todos los parientes de determinada persona b , es posible definir dos relaciones: la relación de ser pariente del mismo grado, llamémosla I , y la relación de ser pariente de grado más próximo (lo que el código civil denomina «la proximidad del parentesco»), llamémosla P . La proximidad está determinada por el número de generaciones que separan a un determinado pariente de la persona b . El número de generaciones se averigua de la siguiente manera: a) en la línea directa, la formada por personas que descienden una de otra, se asciende o desciende hasta el tronco de forma que como más cercano se está a él más próximo se está en el parentesco y b) en la línea colateral, personas que no descienden unas de otras, se asciende hasta el tronco común y se desciende hasta la persona b .

De esta forma la madre de b está en igual grado de parentesco en relación a b que la hija de b , y la hija de b está en mayor proximidad de parentesco en relación a b que el hermano de b . Es fácil mostrar que la relación de estar en igual grado de parentesco es una relación de equivalencia, es reflexiva, simétrica y transitiva: cada pariente está en igual grado de parentesco con b que sí mismo, si una persona x está en igual grado de parentesco que y con b entonces y lo está en igual grado que x , y si una persona x está en igual grado de parentesco con b que y , e y lo está en igual grado con z ; entonces x lo está en igual grado con z (esto es, dado que el hermano primogénito de b , está en igual grado de parentesco con él que su hermana menor y está lo está en igual grado que el abuelo paterno de b , entonces el hermano primogénito de b está en igual grado de relación con b que el abuelo de b). La relación de ser más pariente de b es asimétrica, transitiva y conexa: si x está en un grado más próximo de parentesco con b que y , entonces y está lo está en un grado más lejano que x ; si x está en un grado de parentesco más próximo con b que y , e y es más próximo que z , entonces la relación de parentesco de x con b es más próxima que la de z (como el hermano de b es más próximo que su bisabuelo, y el bisabuelo de b es más próximo que el sobrino de b , entonces el hermano de b es más próximo a b que el sobrino de b); la conexividad puede mostrarse observando que entre dos cualesquiera parientes de b , x e y , o bien están en igual relación de parentesco con b o bien x es más próximo a b que y o lo es y que x .

Este concepto comparativo es fácilmente transformable en un concepto métrico para construir una escala meramente ordinal. Basta con

asignar el número 1 a los padres y a los hijos de **b**, el 2 a los abuelos, nietos y hermanos de **b**, etc.⁹

Las reglas denominadas de resolución de antinomias también introducen conceptos comparativos. La regla *lex posterior* introduce con ayuda del criterio temporal un concepto claramente comparativo, la regla *lex specialis* también introduce un concepto comparativo aunque puede tener dificultades a la hora del postulado de conexividad (es obvio que existen normas entre las cuales no se da la relación de especialidad), la regla *lex superior* también introduce un concepto comparativo (aunque, a menudo, se discute cuál sea el criterio susceptible de establecer el orden jerárquico).

Alchourrón (1961:19-22) ha puesto de manifiesto como los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari* precisan de conceptos comparativos. Veámoslo en el supuesto del argumento por analogía (*a pari*). Suele decirse (y así lo establece el art. 4 de nuestro código civil) que debe procederse a la aplicación analógica de las normas (que presupone el uso del argumento por analogía) cuando existe *identidad de razón* entre dos supuestos. Ello supone que es posible definir dos relaciones (I y P) en el dominio de los supuestos posibles. La relación I es la denominada «identidad de razón». Si una norma del Decano de una Facultad establece la prohibición de fumar en las aulas y se considera que la razón de esta prohibición reside en el perjuicio causado sobre los no fumadores, tal vez pueda argumentarse analógicamente que también está prohibido fumar en los seminarios, puesto que fumar en ellos es tan perjudicial para los no fumadores como fumar en las aulas (existe identidad de razón entre fumar en las aulas y en los seminarios). El esquema del argumento podría ser el siguiente:

- (1) Está prohibido fumar en las aulas
- (2) Fumar en las aulas guarda la relación I (es tan perjudicial para los no fumadores) como fumar en los seminarios
- (3) Está prohibido fumar en los lugares en los que es tan perjudicial como en los lugares prohibidos
- (4) Está prohibido fumar en los seminarios

Como puede apreciarse, el argumento sólo es concluyente si se añade la premisa (3). Así puede entenderse la aplicación analógica de las normas: como la obligación (o, tal vez, la autorización) del órgano de aplicación de establecer una nueva norma en relación a todos los supuestos que tengan *identidad de razón* con los supuestos regulados.

9. En cambio, no es posible formar una escala proporcional, puesto que la relación de parentesco no es aditiva (como es obvio, no se pueden combinar dos parientes de **b** para formar un nuevo pariente de **b**). Por esto no podemos saber en qué medida es un hermano de **b** más pariente de él que el abuelo de **b**.

Los conceptos métricos son menos habituales en la ciencia jurídica. Pero existen algunos intentos destacables de metrización de determinados conceptos que, habitualmente, eran considerados clasificatorios y, además, con amplias zonas de vaguedad. Tal es lo que sucede con el concepto de *responsabilidad por negligencia* tal como viene definido por el juez L. Hand ¹⁰, con gran predicamento en el ámbito de *Law and Economics* (vd. por todos, Posner 1990:159) de acuerdo al cual tal concepto puede ser representado por la siguiente fórmula:

$$B < PL,$$

Esto es, una conducta es negligente y genera obligación de indemnizar si y sólo si los costes que el causante del accidente debía soportar para evitarlo son menores que la pérdida causada por el accidente ocurrido descontada (esto es, multiplicada por) la probabilidad de que tal accidente ocurriera.

Dicha noción no aparece definida por el legislador, por lo tanto la introducción de un concepto métrico significa una encomiable (aunque en ningún caso inmune a la crítica ¹¹) clarificación conceptual. Este concepto podría ser también presentado afirmando que la negligencia de una determinada acción *a* [*I(a)*] es igual al valor de los costes que el causante debía soportar para evitarlo [*v(c)*] menos el valor del daño causado [*v(d)*] multiplicado por la probabilidad de que el daño ocurriera [*p(d)*]. Esto es,

$$I(a) = v(c) - v(d) \cdot P(d)$$

Cuando *I(a)* tiene un valor negativo el comportamiento es negligente y mediante su aplicación en el dominio de los números enteros se puede averiguar si un comportamiento *a* es, y en qué medida lo es, más generador de responsabilidad que otro comportamiento *b*.

En otros casos es el mismo legislador el que hace uso de conceptos métricos y el jurista los incorpora a su discurso como conceptos normativos (de una manera transpuesta). Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en las escalas establecidas en las leyes (vd. Alchourrón y Bulygin 1971:26-27) sobre impuestos. Supongamos que una ley sobre el impuesto de la renta establezca la siguiente clasificación entre rentas anuales: 1) rentas superiores a un millón de pesetas e inferiores a 2 millones, 2) rentas entre 2 y 3 millones de peseta, 3) rentas entre 3 y 4 millones, etc. Obviamente que es posible, en este supuesto, definir en el

10. United States v. Carroll Towing Co., F 2d 169, 173 (2d Civ. 1947).

11. Obviamente esta no es la única, ni en mi opinión la más adecuada, aproximación al concepto de responsabilidad por negligencia. Sin embargo, la claridad de la noción la hace también más fácilmente criticable. Una presentación crítica puede verse en Dworkin 1986, capítulo 8.

dominio de las rentas superiores a 1 millón de pesetas de los ciudadanos de un país las relaciones I (tener la misma renta) y P (tener una renta superior), entonces construir una escala ordinal es sumamente sencillo. De tal forma, es posible saber en qué medida una renta es superior a otra.¹²

IV. CONCEPTOS NORMATIVOS CLASIFICATORIOS

La manera transpuesta de usar el lenguaje produce serios problemas a las teorías jurídicas, puesto que si el uso de los conceptos no es consistente por parte del legislador, puede que el uso transpuesto de los juristas tampoco lo sea. Si el Derecho establece que los bienes de la clase I son bienes de dominio público y, en otra norma, establece que los bienes de la clase C (un subconjunto de I) no son bienes de dominio público, entonces de acuerdo al Derecho los bienes de la clase C son y no son bienes de dominio público. Si los juristas no son conscientes de su uso transpuesto del discurso, pueden incorporar esta contradicción a su teoría.

Así opina Hernández Marín (1984:173-174):

Esto es lo que sucede cada vez que dos disposiciones jurídicas tales que una otorga a una entidad una cualificación opuesta a la otorgada por la otra a la misma entidad; cuando una disposición establezca que ciertos bienes muebles son inmuebles, o que ciertas llaves auténticas son llaves falsas.

Esto es así para Hernández Marín puesto que, en su opinión, el axioma básico que asume la teoría cualificatoria (la teoría jurídica referida a las disposiciones cualificatorias o reglas conceptuales) es el siguiente:

Si según el Derecho z es G , entonces z es G .

De manera que cada vez que según el Derecho z es G y z es no G , introducimos una contradicción en la teoría jurídica.

En mi opinión, ello no es necesaria ni habitualmente así. No cabe duda que los juristas a menudo usan inconscientemente el lenguaje de

12. También es posible, y así se hace habitualmente, elaborar una escala proporcional, puesto que dos rentas pueden (convencionalmente) ser combinadas para formar una nueva renta y esta operación es isomórfica con la operación aritmética de la adición. Esto es, la combinación de la renta a con la renta b es igual a la suma del valor de a con el valor de b [$f(aOb) = f(a) + f(b)$]. La renta es una magnitud aditiva o extensiva. La extensividad de la renta es precisamente lo que hace posible la, por otra parte tan discutida si es impuesta como obligatoria, declaración conjunta de los matrimonios.

manera transpuesta. Sin embargo, creo que cuando afirman que *z* es un cheque o un cómplice o un bien inmueble, no quieren decir nada más que según el Derecho *z* es un cheque, un cómplice o un bien inmueble. De esta forma estos enunciados tienen valor de verdad (dependiente parcialmente de lo que establezcan las normas del Derecho)¹³ y no producen contradicciones; puesto que, obviamente, es posible describir un sistema que tiene definiciones inconsistentes, sin contradecirse.

El legislador no sólo define algunos conceptos sino que también introduce clasificaciones en su discurso. Por esa razón y por el uso transpuesto del lenguaje, la ciencia jurídica suele clasificar los conceptos también de manera transpuesta. Suele usar conceptos normativos clasificatorios. Si las clasificaciones del legislador son formalmente correctas, los problemas se reducen a ser conscientes del uso de conceptos normativos. Algunas de las clasificaciones del legislador siguen el tradicional esquema de la definición *per genus et differentiam* y la clasificación dicotómica. Así sucede, por ejemplo, en la clasificación que realiza el artículo 337 de los bienes muebles en fungibles e infungibles. A lo que dicho artículo añade: «A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás». Obviando ahora los problemas de vaguedad de la definición de bien mueble infungible, esta es una clasificación formalmente correcta: se trata de una partición. Todos los bienes muebles son o fungibles o infungibles y ningún bien mueble es a la vez fungible e infungible.

Otras clasificaciones, sin embargo, no son formalmente correctas, no son particiones. Vamos a usar como ejemplo de una clasificación formalmente incorrecta —y que presenta diversos aspectos interesantes y discutidos en la teoría jurídica— la clasificación de delitos contra la vida humana independiente que aparece en el título VIII (Delitos contra las personas), capítulo I del libro II del Código penal, todavía en vigor, bajo el título *Del homicidio* (art. 405 a 409). Este capítulo regula cuatro tipos de comisión de homicidio: (1) parricidio (art.405) (2) asesinato (art.406) (3) homicidio simple (art. 407) y (4) auxilio al suicidio (art. 409).¹⁴

13. Esta es la opinión de Raz 1994, 181-182, que sostiene que un enunciado como «*z* está en posesión del copyright» equivale a «Jurídicamente, *z* está en posesión del copyright», que a su vez, equivale a «Según el derecho, *z* está en posesión del copyright».

14. El art. 410 (cap. II) regula el infanticidio que también es un delito contra la vida humana independiente y a tenor del art. 407 es también un delito de homicidio. Sin embargo, en aras de la simplificación, prescindiremos de esta complicación añadida.

El anterior artículo 408 (ya derogado) regulaba el denominado homicidio en riña tumultaria. Un supuesto que hacía la clasificación todavía más complicada, puesto que una persona podía ser acusada de este delito aún en el supuesto de que no hubiera matado a nadie (si había participado en la riña y no constaba el autor de la muerte, es claro).

Esta clasificación adolece de muchos defectos (aunque no de tantos como la clasificación de la enciclopedia china citada por Borges). A pesar de ser una clasificación exhaustiva, puesto que la clase (3) incluye ya todos los casos de matar a otro ser humano independiente, no es mutuamente excluyente. Todos los supuestos que pertenecen a las clases (1), (2) y (4) pertenecen también a la clase (3). Algunos supuestos de la clase (1) pueden pertenecer también a la (2) y a la (4) —pensemos en el supuesto de una persona que mata a su padre, mediante veneno (una de las circunstancias que definen el asesinato) con el consentimiento del padre—.

Ahora bien, los penalistas acostumbran a dividir los supuestos de delitos contra la vida humana independiente siguiendo esta clasificación (vd., por todos, Quintano Ripollés 1972). Por esa razón, se encuentran en graves problemas a la hora de calificar determinados supuestos específicos (o casos individuales, como el asesinato de César) en una u otra categoría genérica (casos genéricos, como la clase de los asesinatos políticos) (vd. para una distinción entre casos genéricos e individuales von Wright 1963:36-37 y Alchourrón y Bulygin 1971:27 y ss.).¹⁵

Con este ejemplo sumamente ilustrativo voy a proceder ahora a dar una serie de pautas de como es posible establecer una clasificación formalmente correcta de los delitos contra la vida humana independiente, a partir de la clasificación del legislador.

Del conocido trabajo de de Alchourrón y Bulygin (1971:21-31 y 96-105) sobre los sistemas normativos se pueden extraer las ideas para realizar esta clasificación. En esta obra Alchourrón y Bulygin exponen las nociones de universo de propiedades, universo de casos y universo de acciones de forma tal que, a partir de ellos, es posible generar una clasificación formalmente correcta y materialmente adecuada.

El universo del discurso está formado por el conjunto de casos individuales (esto es, eventos o acontecimientos que suceden en una ocasión espacial y temporalmente determinada). En nuestro caso, los

15. ¿Matar al padre usando veneno es parricidio o asesinato? (vd. Mir 1988, Gimbernat 1991) ¿Matar a una persona a cambio de precio —otra circunstancia definitoria del asesinato— con su consentimiento es asesinato o auxilio (ejecutivo) al suicidio (vd. Gimbernat 1974). Son todos problemas de lo que los penalistas llaman *concurso aparente de leyes penales*. Una reconstrucción conocida de este problema por una vía semejante a la aquí seguida puede verse en Klug 1956.

Por otra parte, sin las conversaciones con José Cid nunca hubiera apreciado las conexiones de este problema de la dogmática penal con la construcción de conceptos. De estas conversaciones, nació un seminario con estudiantes —de largas y apasionadas discusiones— en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona y la osadía de dirigir un trabajo de investigación para el doctorado a Jean Pierre Matus (*Aproximación analítica al concurso aparente de leyes penales*, Barcelona, UAB, 1994). De todo ello (así como de una versión preliminar de un artículo sobre el tema: Cid 1994) me he beneficiado en este epígrafe.

casos en los que un ser humano causa la muerte de otro ser humano. Estos casos individuales deben clasificarse en clases (en casos genéricos), esto es, en circunstancias o situaciones que permitan averiguar la consecuencia normativa que el legislador le atribuye. Para conseguir tal fin, debe comenzarse por seleccionar las propiedades que el legislador ha considerado *relevantes*, puesto que les ha atribuido distinta consecuencia normativa. De no hacerlo así, sería fácil conseguir clasificaciones formalmente correctas pero irrelevantes (por ejemplo, una división de los comportamientos de dar muerte a un ser humano, dividiéndolos entre aquellos que tienen como resultado la muerte de un niño o niña, aquellos que tienen como resultado la muerte de un o una joven y aquellos que tienen como resultado la muerte de un ser humano adulto). Alchourrón y Bulygin (1971:101-103) consideran a una propiedad *P* relevante en un determinado caso *C* de un universo de casos *UC* y en relación a un determinado sistema normativo *S* y a un universo de acciones *UA* si y sólo si el caso *C* y su caso complementario con respecto a *P* en el *UC* tienen diferente status normativo en relación a *S* y al *UA*. La noción de relevancia puede extenderse a los universos de casos. El universo de casos relevantes (*UCR*) en relación a un sistema normativo *S* y a un determinado universo de acciones *UA* es el *UC* correspondiente al *UPR*.

En el supuesto de nuestro universo del discurso (al que pertenecen los casos individuales en los que un ser humano causa la muerte de otro ser humano), las propiedades relevantes son tres: parentesco con la víctima (puede ser ascendientes, descendientes o cónyuge) que llamaremos *P*, alguna de las circunstancias, tomadas disyuntivamente, que califican el asesinato (por ejemplo, uso de veneno) que llamaremos *A* y consentimiento de la víctima que llamaremos *C*.¹⁶ La presencia o ausencia de dichas propiedades determina soluciones normativas distintas del universo de acciones (penas distintas). A la proposición que identifica el conjunto de propiedades relevantes se le denomina (Alchourrón y Bulygin 1971:104) *tesis de relevancia*. Es la tesis de relevancia la que hace a una determinada clasificación de la ciencia jurídica materialmente adecuada. Denominaré a una clasificación de la ciencia jurídica materialmente adecuada si y sólo si las propiedades seleccionadas para construir los casos genéricos son propiedades relevantes (identificadas a partir de la tesis de relevancia) o bien si y sólo el universo de casos en cuestión es relevante.

Una clasificación de la ciencia jurídica será, entonces, *materialmente adecuada* si y sólo si selecciona un universo de casos relevantes.

16. El homicidio simple es excluido de las propiedades relevantes, dado que su caracterización coincide con la de nuestro universo del discurso.

Para establecer los requisitos de la *corrección formal* de una clasificación de la ciencia jurídica es preciso considerar algunas cuestiones previas.

Los casos genéricos deben ser caracterizados de forma que sean susceptibles de tener a determinados casos individuales (acciones concretas de matar a otro) como instancias suyas. Por esa razón, es preciso que las combinaciones de propiedades que definan cualquier caso genérico no sean tautológicas ni contradictorias. Para ese fin las propiedades seleccionadas (**P**, **A** y **C** en nuestro ejemplo) deben reunir algunas condiciones:

a) Los elementos del universo de propiedades deben ser *lógicamente independientes*. Dos propiedades son lógicamente independientes si y sólo si la presencia de alguna de ellas en un caso individual es compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo caso individual.

En nuestro ejemplo, las tres propiedades cumplen este requisito: el parentesco, alguna circunstancia como el uso de veneno y el consentimiento de la víctima son todas compatibles entre sí para un caso concreto de matar a otro.

b) Los elementos del universo de propiedades deben ser lógicamente independientes de las conductas del universo de acciones. En nuestro caso, las conductas obligatorias del universo de acciones (la imposición de penas) son lógicamente independiente del universo de propiedades.

c) Por último, el universo de propiedades y el universo del discurso deben ser dos universos correspondientes: cada uno de los elementos (casos individuales) del universo del discurso puede tener cada una de las propiedades del universo de propiedades. Requisito que también cumplen las propiedades de nuestro ejemplo.

Ahora es posible definir la noción de *caso elemental* como aquél caracterizado por la conjunción de todas las propiedades de *UP* o sus negaciones. Entonces, es posible construir un universo de casos elementales a partir de las propiedades, que sea una partición (o división), es decir, que cumpla los tres requisitos que ya conocemos: a) que ninguna de las combinaciones de propiedades defina una clase lógicamente vacía, b) que las clases definidas por las propiedades sean lógicamente exclusivas (que ningún caso individual de matar pertenezca a más de un caso genérico y c) que las combinaciones de propiedades sean lógicamente disyuntas (cada caso individual pertenece a una de las combinaciones de propiedades).

Nuestro universo de propiedades *UP* es igual a $\{P, A, C\}$ y el universo de casos elementales se genera de la siguiente forma: Si n es el número de propiedades (3 en nuestro ejemplo), 2^n es el número de casos elementales (en nuestro ejemplo $2^3 = 8$).

Veámoslo:

	<u>P</u>	<u>A</u>	<u>C</u>
1)	+	+	+
2)	+	+	—
3)	+	—	+
4)	+	—	—
5)	—	+	+
6)	—	+	—
7)	—	—	+
8)	—	—	—

Esto da lugar a la clasificación de los delitos contra la vida humana independiente en ocho categorías: una clasificación que es formalmente correcta. Por ejemplo, mientras la clase 8) es la del homicidio simple, la clase 1) es un supuesto que no ha despertado tanta discusión entre los penalistas como otros supuestos (así el 2) o el 5), vd. nota 15), pero que puede tener como instancias interesantes casos de eutanasia (por ejemplo, el hijo que accede a las reiteradas solicitudes de su madre administrándole alguna sustancia venenosa para aliviar sus profundos e irreversibles sufrimientos).

Debe resultar obvio que esta clasificación no aclara cuáles son los criterios que deben usarse para identificar cuáles deban ser las normas aplicables a estos casos (esto depende del derecho positivo y, dada la situación de nuestro derecho positivo, de la reconstrucción dogmática de los criterios adecuados). Ahora bien, permite identificar claramente cuáles son los casos de conflicto potencial mediante una clasificación, distinta de la del legislador, pero —según he mostrado— formalmente correcta y materialmente adecuada. Para ello, es necesario, en ocasiones, apartarse de las clasificaciones usadas por el legislador.

V. ¿HAY GENEROS NATURALES?

En relación a los dos requisitos señalados como necesarios y suficientes de una clasificación, la corrección formal y la adecuación material, he prestado atención preferente al primero. Quiero terminar este trabajo, sin embargo, con unas consideraciones generales sobre la adecuación material de las clasificaciones.

Una antigua preocupación en filosofía de la ciencia reside en la cuestión de si nuestra división del mundo en conceptos es totalmente convencional o, en cambio, tiene alguna dimensión *natural*. Es un problema vinculado con las llamadas paradojas de la confirmación y de la

inducción. La paradoja de la confirmación (Hempel 1965) plantea la cuestión de qué confirmaciones cuentan como apoyo inductivo para una ley general. Así el enunciado general de la forma $\forall x(Fx \rightarrow Gx)$, «todos los cuervos son negros», es confirmado por enunciados como $Fa \ \& \ Ga$ (cuervos negros). Ahora bien, dado que $\forall x(Fx \rightarrow Gx)$ es equivalente a $\forall x(\neg Gx \rightarrow \neg Fx)$, las instancias de $\neg Ga \ \& \ \neg Fa$ (de cosas no-negras no-cuervos) también confirman esta ley. Siendo así, las rosas blancas, los elefantes grises o las camisas rojas son también confirmaciones de esta ley. Una conclusión bastante contraintuitiva. El problema de la inducción (Goodman 1955) puede plantearse de la siguiente manera: todas las esmeraldas examinadas hasta hoy han resultado ser de color verde. Sin embargo, podemos construir un predicado, *verdul*, para aquellas cosas que son verdes hasta el año 2000 y azules a partir del año 2000. De esta forma, *tan válida* es la generalización «todas las esmeraldas son verdules» como «todas las esmeraldas son verdes». Otra contraintuitiva conclusión.

Una de las soluciones para este tipo de problemas procede de la idea según la cual algunos predicados denotan *géneros (o propiedades) naturales*, esto es, en la realidad determinados rasgos están agrupados entre sí independientemente del conocimiento humano.¹⁷ De este modo, predicados como *verdul*, *no-negro*, no denotarían clases naturales y, por esta razón, no serían adecuados para nuestra representación del mundo.

La noción de géneros o clases naturales se ha visto fortalecida desde el campo de la filosofía del lenguaje por la obra de Kripke (1971, 1980) y Putnam (1973, 1975). Estos autores han defendido la denominada teoría *causal de la referencia*, según la cual la referencia de los nombres propios (por ejemplo, «Aristóteles», «Kelsen») o también de ciertos predicados (así, «agua», «oro») determina su significado. De acuerdo a Kripke, los nombres propios son *designadores rígidos*, nombran al mismo objeto individual en todos los mundos posibles y, según Putnam, predicados como «agua» también son designadores rígidos, es su referencia la que determina su significado. Estos designadores rígidos son contemplados como resultado de una especie de «acto bautismal» («ceremonia de denominación», «acto introductorio», Putnam 1975, vd. también Evans 1982, 121 y ss.), aceptado por una comunidad lingüística determinada, efectuado en referencia a algunos objetos de nuestra experiencia. Podemos desconocer o equivocarnos respecto a la verdadera naturaleza de las propiedades del objeto referido (puede que Aristóteles no fuera maestro de Alejandro Magno, ni discípulo de Platón...; o que Kelsen no naciera en Praga, ni formara parte del primer Tribunal Constitucional austríaco; puede que los primeros usos del término «agua» lo asociaran erróneamente con misteriosas estructuras, distintas de H₂O...), pero el «acto bautismal» fijó la referencia del ob-

17. En Quine (1969) puede hallarse una interesante discusión de esta idea.

jeto de una vez para siempre, con independencia absoluta de nuestras creencias al respecto (la división del trabajo lingüístico es la idea con la que Putnam explica la posibilidad de errores en las creencias de algunos miembros de una comunidad).

Putnam (1975:215-219) contempla la teoría causal de la referencia como una crítica a dos tesis comúnmente aceptadas en la teoría del significado: a) conocer el significado de un término consiste en tener algún estado psicológico («los significados están en la cabeza») y b) el significado, en el sentido de intensión, determina la extensión de un término. Por el contrario, en virtud de la teoría causal podemos sostener que es la extensión la que determina la intensión de un término y que el significado no se corresponde, por lo tanto, con estado psicológico alguno.

Si la teoría causal presupone o implica el realismo metafísico es una cuestión discutida.¹⁸ Ahora bien, es habitual presentarla asociada con dicha tesis y así la ha presentado, en teoría jurídica, Moore (1982, 1985, 1989).

Moore mantiene una teoría no convencional del significado, de acuerdo a la cual «encontrar el significado de las palabras no es una cuestión de hallar algunas convenciones estipuladas anteriormente; sino la tarea... de descubrir como el mundo está constituido» (Moore 1985:338). Moore distingue entre géneros *nominales* (clases formadas por convención) y géneros *naturales* (cuya agrupación se corresponde con la estructura del mundo).¹⁹ Por esta razón, muchos términos que aparecen en los textos legales deben ser interpretados de acuerdo a esta teoría *realista* del significado. Moore pone el ejemplo de la palabra «muerte» y, con independencia de que exista alguna definición legislativa de ella, sostiene (1985:300):

El significado de palabras como «muerte», por lo tanto, no se halla en ningún conjunto de convenciones, ni el significado es un conjunto de ejemplos paradigmáticos, ni un conjunto de propiedades convencionalmente asignadas al símbolo. El significado de una palabra como «muerte» sólo puede ser encontrado en la mejor teoría científica que dé cuenta de la naturaleza real de cada clase de evento. Al asumir que hay tales cosas como naturalezas reales de géneros naturales, la teoría del significado presupuesta por nuestro uso es adecuadamente llamada una teoría *realista* del significado.

18. Para esta vinculación junto con una crítica desde la filosofía de la ciencia a la teoría causal de la referencia, vd. Moulines 1991:152-164.

19. En un artículo reciente (Moore 1992a) ha distinguido dichos géneros de los géneros denominados ahora *funcionales* (predicados referidos a objetos artificiales, creados por el hombre). Putnam (1975:242-244) había incluido a los lápices como ejemplos de géneros naturales y había sido criticado por esa razón.

Moore, que también es un defensor del realismo moral (1982, 1992b), sostiene que existen géneros *morales* (1985, 333-338). Así términos, a veces conocidos como términos *valorativos*, que aparecen en los textos legales como por ejemplo la expresión «penas o tratos inhumanos o degradantes» del artículo 15 de la Constitución española de 1978, se refieren a los géneros morales de lo inhumano y lo degradante, que esperan ser «descubiertos» en la realidad.²⁰ De tal manera, averiguar qué tipo de penas o tratos prohíbe la Constitución española sería una cuestión que no dependería de valoración ni convención alguna (ni de las intenciones de los constituyentes, ni de los usos lingüísticos de la sociedad); sino de determinados rasgos del mundo, independientes del ser humano.

Termino con algunas consideraciones sobre qué aspectos de la problemática planteada por los géneros naturales debe atender una teoría de la construcción conceptual jurídica y cuáles son prescindibles; estructuradas como una crítica, lexicográficamente ordenada, a las tesis de Moore recientemente expuestas.

a) Un aspecto que subyace a la teoría causal de la referencia debe ser tomado en consideración: la naturaleza presenta determinadas similitudes que se reflejan en nuestros conceptos. La naturaleza de nuestros conceptos científicos no es totalmente convencional.²¹

Esto no hace todavía verdadera a la teoría causal de la referencia. Algunos de los elementos de dicha teoría son altamente cuestionables: me referiré únicamente a la preservación estable de la referencia a partir de una ceremonia bautismal. Incluso para el caso —más plausible— de los nombres propios es discutible. Evans (1973) planteó el siguiente problema: según parece «Madagascar» era el nombre de un lugar en el continente africano, que un error de entendimiento de Marco Polo convirtió en el nombre de la gran isla africana. ¿Quiere esto decir que «Madagascar» no es (a pesar de todos los usos lingüísticos actuales) el nombre de la isla, ya que no es posible mantener la cadena referencial?

b) Aún suponiendo la verdad de la teoría causal de la referencia, su nexos con una metafísica realista es muy discutible. En teoría jurídica (Marmor 1992:138-146, Bix 1993: 162-168), han planteado la posibilidad (siguiendo por ejemplo a Dummett 1978 y a Blackburn 1984) de articular dicha teoría, independientemente del realismo metafísico, armonizándola con la teoría wittgensteniana del significado como uso. Dicha posibilidad no será analizada aquí.

20. Se ha considerado, más extremadamente, (vd. Hurd 1990) que las normas jurídicas no son guías del comportamiento humano sino descripciones de esta realidad (parcialmente) moral.

21. De esta idea se obtiene un corolario no sólo para la ciencia jurídica, sino también para la teoría de la legislación: el legislador debe (si quiere obtener regulaciones más adecuadas) realizar clasificaciones que tengan en cuenta los géneros naturales.

c) Aún siendo parcialmente verdad el realismo metafísico, podría seguir siendo falso el *realismo moral*. Como la actual discusión filosófica entre realismo y anti-realismo pone de manifiesto (vd. Wright 1993:1-42), este combate está sectorializado: se puede ser realista respecto de los objetos físicos y no respecto de los estados mentales, o de las entidades matemáticas, o de las entidades morales, etc. Es decir, el realismo moral necesita argumentos específicos para ser plausible.²²

d) Aún siendo verdadero el realismo moral, todavía debería mostrarse el instrumento epistemológico que permita acceder a la evaluación de la verdad de los juicios morales. Dado que, a menudo, se sostiene que en el reino de la moralidad no existe conocimiento experto, dicha posibilidad se aleja. De hecho, las creencias morales no parecen *converger* en la misma medida que las creencias sobre física o historia, por ejemplo. Esto permite conjeturar que, a pesar de Moore, la objetividad de la moral es irrelevante para el conocimiento jurídico (vd. Waldron 1992).

BIBLIOGRAFIA

- ALCHOURRON, Carlos E. (1961): «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*» en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 177-199.
- (1972): «The Intuitive Background of Normative Legal Discourse and its Formalization» en *Journal of Philosophical Logic*, 1, 447-463.
- ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, New York. Wien: Springer.
- (1983): «Definiciones y normas» en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a G.R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ALEXY, Robert (1986): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2 ed.
- BIX, Brian (1993): *Law, Language, and Legal Indeterminacy*, Oxford: Oxford University Press.
- BLACKBURN, Simon (1984): *Spreading the Word*, Oxford: Oxford University Press.
- BORGES, Jorge Luis (1951): «Funes el memorioso» en *La muerte y la brújula*, Buenos Aires: Emecé.
- (1974): «El idioma analítico de John Wilkins» en *Obras Completas*. Buenos Aires: Emecé.
- BUNGE, Mario (1985): *Economía y filosofía*, Barcelona: Ariel.
- CARNAP, Rudolf (1937): *The Logical Syntax of Language*, London: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- CID MOLINÉ, José (1994): «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47, 29-63.

22. En concreto, argumentos susceptibles de derrotar teorías como la de Mackie 1977, según la cual las creencias morales son falsas puesto que presuponen la existencia de *extrañas* entidades en el universo que a) no sirven para mejorar nuestra explicación del mundo y b) son doblemente extrañas porque están misteriosamente vinculadas con la dimensión práctica de aquello que debemos hacer. No es posible tampoco aquí reproducir esta discusión central en teoría moral actual (vd. Smith 1994).

- DUMMETT, Michael (1978): «The Social Character of Meaning» en *Truth and Other Enigmas*, London: Duckworth, 420-430.
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- EVANS, Gareth (1973): «The Causal Theory of Names» en *Proceedings of Aristotelian Society*, 47, 187-208.
- (1982): *The Varieties of Reference*, Oxford: Oxford University Press.
- GÄRDENFORS, Peter (1990): «Induction, Conceptual Space and AI» en *Philosophy of Science*, 57, 78-95.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1974): «Inducción y auxilio al suicidio» en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 3 ed., 1980, 275-286.
- (1991): «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44, 422-441.
- GOODMAN, Nelson (1956): *Fact, Fiction, and Forecast*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- HEMPEL, Carl G. (1952): *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago: The University of Chicago Press.
- (1965): *Aspects of Scientific Explanation, and Other Essays in the Philosophy of Science*, New York: Free Press.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1984): *El derecho como dogma*, Madrid: Tecnos.
- (1989): *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona: P.P.U.
- HURD, Heidi (1990): «Sovereignty in Silence» en *Yale Law Journal*, 99, 945-1027.
- IHERING, Rudolph von (1852): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwincklung*, 2.2., Aalen: Scientia Verlag, 1968.
- KLUG, Ulrich (1956): «Sobre el concepto de concurso de leyes» en *Problemas de la filosofía y la pragmática del derecho*, trad. de E. Garzón Valdés, Barcelona: Alfa, 1989, 55-73.
- KRIPKE, Saul (1971): «Identity and Necessity» en M.K. Munitz (ed.), *Identity and Individuation*, New York: New York University Press, 135-164.
- (1980): *Naming and Necessity*, Oxford: Oxford University Press.
- LUZZATI, Claudio (1990): *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano: Giuffrè.
- MACKIE, John (1977): *Ethics. Inventing Right and Wrong*, New York: Penguin Books.
- MARMOR, Andrei (1991): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- MIR PUIG, Santiago (1988): «Sobre la relación entre parricidio y asesinato» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 977-1000.
- MOORE, Michael (1982): «Moral Reality» en *Wisconsin Law Review*, 1061-1156.
- (1985): «A Natural Theory of Interpretation» en *Southern California Law Review*, 58, 277-388.
- (1989): «The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?» en *Stanford Law Review*, 41, 871-957.
- (1992a): «Law as a Functional Kind» en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 188-244.
- (1992b): «Moral Reality Revisited» en *Michigan Law Review*, 90, 2423-2523.
- MOSTERIN, Jesús (1984): *Conceptos y teorías en la ciencia*, Madrid: Alianza.
- MOULINES, C. Ulises (1991): *Pluralidad y recursión. Estudios epistemológicos*, Madrid: Alianza.
- POSNER, Richard (1990): *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- PUTNAM, Hilary (1973): «Meaning and Reference» en *The Journal of Philosophy*, 70, 699-711.
- (1975): «The Meaning of "Meaning"» en *Mind, Language, and Reality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- QUINE, Willard van Orman (1969): «Natural Kinds» en *The Ontological Relativity and Other Essays*, New York: Columbia University Press, 114-138.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1972): *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, I.I., 2 ed., Madrid: Ed. de la Revista de Derecho Privado.
- RAZ, Joseph (1980): *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2 ed.
- (1994): *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- SEARLE, John (1969): *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SMITH, Michael (1994): *The Moral Problem*, Oxford: Basil Blackwell.
- STEGMÜLLER, Wolfgang (1970): *Theorie und Erfahrung*, Heidelberg: Springer. [trad. española de C.U.Moulines, *Teoría y experiencia*, Barcelona: Ariel, 1979].
- WALDRON, Jeremy (1992): «The Irrelevance of Moral Objectivity» en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press, 158-187.
- WEINBERGER, Ota (1989): *Rechtslogik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- WRIGHT, Crispin (1993): *Realism, Meaning and Truth*, 2 ed., Oxford: Oxford University Press.
- WRIGHT, Georg von Henrik (1963): *Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul.
- (1969): «On the Logic and Ontology of Norms» en J.W. Davis, D.J. Hockney, W.K. Wilson (eds.), *Philosophical Logic*, Dordrecht: Reidel.

