

## LA FORMA BÁSICA DEL DISCURSO JURÍDICO

HORACIO GUILLERMO CORTI

### I. PRESENTACIÓN

Hace 25 años, Alchourrón y Bulygin publicaban *Normative Systems*. Tres años después los autores ofrecían, con un título menos sobrio y a la vez de tinte más programático y ambicioso, la versión castellana: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Recientemente y bajo el nombre de *Análisis Lógico y Derecho* han recopilado los ensayos publicados entre 1960 y 1990, conjunto de trabajos que según el caso comentan, refinan, reformulan, anuncian o critican algún aspecto del libro precedente<sup>1</sup>.

¿Cómo leer textos semejantes? De múltiples maneras, por cierto. Sin embargo hay dos vías extremas.

Una, es la perspectiva inquisitiva. Atención a las carencias y lagunas, a los huecos y vacíos conceptuales. Desde tal perspectiva es notoria la ausencia de problemas medulares: el ejercicio del poder; las relaciones de fuerza; la problemática del Estado; la dilucidación de la política; la organización de los cuerpos; el manejo o la prolongación del conflicto, la movilización de las pasiones, el odio y el amor; el despliegue de la dominación o el bejaldado discursivo de la historia. Digo: nada de lo que figura en esta enumeración parece ser una

<sup>1</sup> Ver Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974 y *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Al primer texto lo citaremos como SN y al segundo como AL, ambas seguidas por el número de página.

cuestión relevante para la teoría del derecho movilizada en ambos textos. Y ello parece significar que sería posible estudiar el funcionamiento del derecho sin tener en cuenta dichas cuestiones, en principio ineludibles a la hora de referirse sensatamente al mismo.

La segunda perspectiva extrema de lectura es la del comentario. Complacencia en la presentación, retoque y ajuste en el detalle; si se quiere: exposición pedagógica, clarificación escolar.

Trataré de ensayar otra perspectiva, desapegada a esas formas límites de lectura. Esto es: ni crítica exterior ni mera reexposición. La idea consiste en privilegiar lo sugerido, lo meramente esbozado, lo dicho casi al pasar. Se tratará, así, de poner de relieve algunas posibilidades, de destacar algunas líneas.

El protocolo de lectura se basa en lo siguiente: entre la repetición complaciente de lo efectivamente dicho y la auscultación mordaz de lo no dicho, hay lugar para la dilucidación de lo sugerido.

El resultado que se obtendrá, entonces, oscilará entre la fidelidad y la traición; o de acuerdo a la concisa fórmula renacentista: *traduttore traditore*.

Leer es traducir, traducir es traicionar, quizás traicionar sea sencillamente escribir.

Estas consideraciones, que dan la impresión de parecer extrínsecas al Derecho y a su estudio, sin embargo podrían resultar fundamentales. Desde el momento que se hace escrito, el Derecho deviene texto y, por consiguiente, se plantean los problemas de qué significa leer, de cómo leer, de por qué leer un texto de una manera y no de otra.

Seguiré el curso de algunas palabras-clave que se encuentran dispersas en ambos textos. El centro de atracción de las mismas, ya indicado en el título del trabajo, será la expresión *discurso jurídico*.

## II. El método

Una primera veta de lectura se perfila en el título de la traducción castellana de *Normative Systems: Introducción a la Metodología*.

La introducción es una entrada, el método un camino. Entrada a un camino. En la poética jerga heideggeriana: *Holzwege*, caminos de bosque, sendas perdidas, caminos que a veces se pierden, en los que hay que perderse para poder conocerlos. Senderos, pistas. Por un lado, la metodología como travesía, como viaje que da lugar a interferencias. Por otro el método como itinerario que permite aproximarse a lo nuevo.

Para escuchar la renovación que se produce en otro lado hay que desplazarse, salir de la comodidad del lugar propio y llegar justamente a ese otro lado. Y también, claro está, llegar con los oídos abiertos, predispuestos a escuchar disonancias.

Esta identificación de la teoría y el viaje, de la investigación y la aventura se la debemos, entre otros, a Husserl. En *Ideas I*, 1913, señalaba: "Nuestro proceder es el de un viajero que explora una parte desconocida del mundo, describiendo cuidadosamente lo que se le presenta a lo largo de sus caminos no trillados y que no siempre serán los más cortos"<sup>3</sup>.

Es en este contexto que entiendo algunas palabras de la "Introducción" de SN y que se pueden sintetizar en un mandato: hay que aprovechar las renovaciones que se producen en otros campos. Señalan los autores: "Los juristas, no sólo no han prestado la debida atención a las investigaciones formales de los conceptos normativos llevados a cabo en los últimos veinte años, sino que incluso han logrado permanecer al margen del gran movimiento de renouación que los estudios metodológicos y de fundamentación que han revolucionado completamente la metodología de las ciencias formales y empíricas. Este movimiento de renovación comenzó, como se sabe, en el siglo pasado, en el campo de las matemáticas para extenderse

<sup>3</sup> Ver Husserl, E., *Ideas Relativas a una Fenomenología Para y una Filosofía Fenomenológica*, FCE, México, 1966, pág. 235 (observación al parágrafo 96). Las referencias de Alchourrón y Bulgín a la fenomenología husserliana son casi inexistentes. El caso se justifica por algunas indicaciones en el ensayo dedicado a las proposiciones analíticas (AL, 523; allí, además de una mención de la fenomenología como ejemplo (de filosofía que intentó ampliar el campo de las proposiciones sintéticas a priori más allá de lo indicado por Kant), se destaca la "extraordinaria analogía" entre los procedimientos puestos en juego por Carnap para definir a la analiticidad y la reducción eidética ensayada por Husserl (reducción que los autores designan como generalización o abstracción ideatoria).

luego a las ciencias empíricas (física, biología, psicología, etc.) y ha conducido a una profunda revisión de los fundamentos conceptuales de dichas ciencias... La metodología de la ciencia jurídica se halla aún en una fase de 'subdesarrollo' y poco se ha hecho hasta ahora para aprovechar las herramientas conceptuales elaboradas por quienes trabajan en la fundamentación de las matemáticas o de la física" (SN, 31).

Hay aquí por lo menos tres gestos a destacar, diferentes pero entrelazados.

El primero es la fascinación por las revoluciones y las renovaciones. Ellas se producen en muchos lugares, uno de ellos es el saber, la teorización. Las producciones conceptuales sufren mutaciones, cortes, rupturas y disrupciones. En una frase: la tranquilidad no es atributo del saber. O en términos kuhniianos: junto a la ciencia normal hay que reconocer la incisión de la ciencia revolucionaria.

El segundo es la verificación de la discontinuidad entre las teorías o entre los diferentes campos de saber. Lejos de verificarse la existencia de una ciencia unificada se comprueba la dispersión y la distancia entre los saberes.

El tercero es el valor cognitivo positivo que se le otorga a la experimentación de las conexiones. Esto es: ¿qué sucedería si utilizáramos en el análisis del derecho herramientas que se emplean al analizar otras circunstancias o situaciones?

Revolución, dispersión e importación. Tres gestos que conducen a tres problemas que hay que enfrentar. Uno: ¿cómo y quién determina el lugar de una revolución o renovación epistémica (y, correlativamente, el lugar de un estancamiento, de una fatiga)? Dos: ¿desde dónde se hace el reparto de los saberes que se dispersan? Tres: ¿cuál es la herramienta externa a utilizar?

Qué y cómo se decida da lugar a la formación de diferentes historias (ver AL, 595). Una historia es un camino que enhebra un conjunto de decisiones relativas a un conjunto de situaciones-problemas. Una historia es la concreción teórica de una perspectiva.

La cita precedente muestra que Alchourrón y Bulygin asumen como relevantes ciertas rupturas, presuponen una determinada distribución de los saberes e importan unas muy específicas herramientas conceptuales. Por supuesto: todo ello se hace bajo la astucia estilística o retórica del giro

impersonal: "como se sabe...". Digamos que se trata de inaugurar una *historia lógico-analítica*.

El método multiplica las historias.

Por ejemplo, otra historia (otro camino, otra perspectiva) se originaría al considerarse que la renovación relevante es la investigación psicoanalítica iniciada por Freud, que tal renovación es la que fundamentalmente transforma la organización de las ciencias humanas y sociales y que, en fin, son los conceptos allí forjados los que hay que aprovechar o impear para explicar al derecho. Digamos que se trataría, allí, de inaugurar una *historia psicoanalítica*. Que nada de imaginario (o de arbitrario, incluso) hay en el ejemplo lo muestra el párrafo siguiente: "Desde el principio, nuestro siglo asistió a una de las más notables rupturas epistemológicas de la historia de la ciencia contemporánea. En 1900 se publicaba *La Interpretación de los Sueños*, y en 1904 Freud exponía una descripción bastante avanzada y completa del método psicoanalítico. Los alcances de esta *ruptura* están aún por medirse en varios aspectos, y especialmente en su *incidencia* en el terreno de las llamadas ciencias sociales. Entre éstas, algunas, como la ciencia jurídica, *ni siquiera se dieron por enteradas* de la profundidad con que las categorías puestas en funcionamiento por la teoría psicoanalítica *podían ser usadas* para redescifrar las zonas más clausuradas de su discurso, y para señalar los enclaves de nuevas problemáticas, o al menos, de nuevas respuestas para viejas preguntas tantas veces mal formuladas"<sup>3</sup>.

Siguiendo el ejemplo (o esta ejemplar analogía): donde la historia lógico-analítica pone a Freud, la historia psicoanalítica pone a Freud.

Lo relevante a destacar es que siempre hay más de una perspectiva: las historias vienen, por lo menos, de a dos<sup>4</sup>. Y

<sup>3</sup> Ver Entelman, R., "Introducción" a *El Discurso Jurídico. Perspectiva Psicoanalítica y otras Abordajes Epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pág. 17.

<sup>4</sup> Este comentario no implica ignorar la irreductible distancia existente entre la posibilidad de multiplicar indefinidamente las historias y las dificultades reales que afectan a esa multiplicación (comprobable al constatar la reducida variedad de historias realmente existentes). La construcción de una perspectiva requiere de un temple (Popper) o de un instinto (Nietzsche) que sólo nace luego de largas y extenuantes preparaciones.

no todas las historias llevan al mismo lugar, ni suponen la misma actitud ni requieren de los mismos hábitos y procedimientos. A veces, sin embargo, las perspectivas más diversas se encuentran y coinciden en el lugar más inesperado (y a espaldas de los propios viajeros que trazan con su andar la senda de una vía conceptual).

### III. El discurso jurídico

Tomo como punto de partida que el concepto central sugerido por Alchourrón y Bulygin es el de *discurso jurídico*. Locución que es usada aquí o allá, diseminada a lo largo de los diferentes ensayos. Lo relevante y fecundo de esta locución es la variedad de contextos que la acogen.

Estas son una serie de citas que muestran los diferentes usos de la expresión discurso jurídico: "La distinción entre los conceptos de pertenencia y aplicabilidad, que en el *discurso jurídico* se oculta debido al uso indiscriminado del término 'validez' que suele cubrir ambos conceptos permite..." (AL, XXV); "El uso de 'p es obligatorio' en el sentido de 'Op' y de 'p está permitido' en el sentido de 'P+p' o 'Pp' es típico para muchas formas del *discurso jurídico*. El objetivo principal de la ciencia del derecho es la descripción de normas jurídicas y no la prescripción de acciones" (AL, 90); "Parece que el enfoque que estoy considerando conduce a un desacuerdo mucho mayor respecto del *discurso jurídico ordinario*" (AL, 212); "A continuación daré una justificación intuitiva de lo que llamo 'lógica normativa' y trataré de mostrar que esa lógica hace posible: (1) detectar algunas ambigüedades en el uso de términos como 'obligatorio', 'permitido', etc. en el lenguaje corriente y especialmente en el *discurso jurídico*" (AL, 26); "Conforme a esto, este ensayo persigue dos fines: 1) mostrar la relevancia y la fecundidad de la obra de von Wright para la filosofía del derecho y 2) ilustrar qué tipo de transformaciones son necesarias para adecuar sus elucidaciones al *discurso jurídico*" (AL, 70); "A pesar de que las definiciones y las normas desempeñan, como vimos, papeles muy diferentes dentro del *discurso jurídico*, la falta de distinción..." (AL, 454); "El propósito de este trabajo es analizar la naturaleza de las normas o reglas que confieren competencia o poderes

públicos. A pesar de desempeñar un papel muy importante en el *discurso jurídico*, no es claro cómo operan estas normas y cuál es su naturaleza" (AL, 485); "Cabe distinguir dos tipos de enunciados en el *discurso jurídico*: a) enunciados teóricos acerca del derecho, y b) enunciados prácticos que basándose en las normas jurídicas formulan pretensiones, exigencias, críticas, consejos, aprobaciones, etc." (AL, 430).

Como se aprecia con claridad, hay una enorme mutabilidad o plasticidad de la expresión, que hace que en cada caso ella apunte a algo diferente: la teoría general del derecho, la dogmática jurídica, el 'derecho' en tanto objeto de la dogmática jurídica, los enunciados prácticos.

En dicha plasticidad del término *discurso* hay no un defecto que habría que neutralizar sino una ventaja, la que hábil e implícitamente es aprovechada por los autores en las citas efectuadas.

Cabría entender por *discurso jurídico* al elemento común a un conjunto de componentes; esto permite decir (conclusión banal) que el *discurso jurídico* se desagruga en una serie de componentes o instancias.

Alchourrón y Bulygin nos sugieren la posibilidad de construir una teoría del *discurso jurídico*, una teoría que ponga de manifiesto un conjunto de relaciones entre elementos variados pero unificables en un concepto común.

Dicha teoría será el nombre de una *historia* posible para explicar al Derecho.

La caracterización específica de ese concepto común es lo presupuesto cada vez que se habla del *discurso jurídico*. Es el concepto usado pero que queda sin definir. Por supuesto: que no se sepa decir de qué se trata no cierra las puertas. Al contrario, abre una vía de investigación. Así, *discurso jurídico* es la designación de un problema. ¿Y cuál es en definitiva ese problema? No es otro que el de la unidad compleja de una serie de elementos, en la provisorio enumeración efectuada, tales elementos son: teoría general, dogmática, 'derecho', dichos prácticos. Todos esos elementos remiten a una noción unitaria que los engloba y de la que forman parte<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Para otras concepciones del *discurso* (en su especificidad jurídica), ver Nino, C., *Lo Valioso del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; Ruiz, A., "Aspectos ideológicos del *discurso jurídico* (desde una teoría crítica del

Se ven los problemas concretos que se presentan. Uno: cómo entender al discurso jurídico. Dos: cómo entender a los componentes de ese discurso. Tres: cómo entender las vinculaciones entre esos componentes.

#### IV. LA FORMA BÁSICA

Para facilitar el análisis partiré de una forma básica de discurso jurídico. Esto implica determinar algunos elementos relevantes (en el caso serán cuatro: discurso, niveles, relaciones y criterio), tarea que efectuaré en pasos sucesivos y a partir de indicaciones que se encuentran dispersas en los textos de Alchourrón y Bulygin. Expuesta la forma básica tendremos un esquema apto para ser desarrollado y criticado.

Lo primero es especificar la noción misma del discurso.

A los efectos de la forma básica se entiende al discurso como un encadenamiento de sucesivos lenguajes y metalenguajes. Esto implica introducir niveles, una jerarquía entre los niveles, así como una relativización de los mismos<sup>8</sup>.

El discurso jurídico, entonces, no sería más que el conjunto de todos los lenguajes y sucesivos metalenguajes jurídicos. Desde un L0 primario o primitivo hasta un Ln entendido como último e hipotético metalenguaje jurídico.

La distinción entre niveles discursivos o entre lenguajes-objeto y metalenguajes es un recurso habitual de Alchourrón y Bulygin. Por ejemplo: "El carácter fáctico de las proposiciones jurídicas se pone claramente de manifiesto si se hace la necesaria separación entre los distintos niveles del lengua-

---

derecho" en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1991.

<sup>8</sup> "El primero de estos lenguajes es el lenguaje acerca del que 'se habla', y que es el tema de discusión... El segundo es el lenguaje en que 'hablamos acerca del' primer lenguaje... Denominamos lenguaje-objeto al primer lenguaje y metalenguaje al segundo. Obsérvese que estos términos, lenguaje-objeto y metalenguaje, sólo tienen un sentido relativo". Esta relatividad significa que el metalenguaje pueda tomarse como lenguaje-objeto de otro metalenguaje "por así decir de un nivel superior". Ver Tarski, A., "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica" en Bunge, M., *Analogía Semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, págs. 111 y sigs.



je. Las proposiciones del jurista (reglas) que describen las normas constituyen un *meta-lenguaje* con respecto al lenguaje usado por el legislador, que es su *lenguaje-objeto*. Las expresiones que el legislador usa para referirse a la conducta humana, son mencionadas por el jurista. En otras palabras, mientras que los objetos del discurso del legislador son conductas, los objetos del discurso de la ciencia jurídica son normas, es decir, expresiones lingüísticas" (AL, 337)<sup>7</sup>.

El discurso jurídico es un conjunto encadenado de niveles. Y algunas de las diferentes distinciones conceptuales que vertebran SN o AL serían el índice de probables y diferentes niveles al interior del elemento común *discurso jurídico*.

La segunda especificación se refiere, luego, a esos diferentes niveles que componen la forma básica del discurso jurídico.

A partir de los variados contextos en los que Alchourrón y Bulygin emplean la noción de discurso es posible determinar los siguientes niveles discursivos:

**L0:** texto jurídico

**L1:** derecho-objeto (o 'derecho')

**L2:** dogmática jurídica

**L3:** teoría general

Corresponde, en consecuencia, aportar los rasgos mínimos que caracterizan a estos niveles que componen la forma básica del discurso jurídico.

## V. EL TEXTO JURÍDICO (L0)

El primer lenguaje de la cadena discursiva, el L0, es aquello que Alchourrón y Bulygin denominan *texto jurídico*. El es el material básico sobre el que operarán todos los niveles y metaniveles subsiguientes.

<sup>7</sup> O también: "Al decir que p está prohibido en el sistema  $\alpha$ , en lugar de formular una norma, enunciadas una proposición normativa; el enunciado que expresa esta proposición pertenece a un nivel lingüístico distinto que los enunciados (que expresan normas) del sistema" (SN, 174): "Un enfoque más esclarecedor se obtiene si la lógica de las proposiciones normativas es desarrollada en el metalenguaje del lenguaje de las normas" (AL, 63).

En una nota al pie podemos leer: "Por 'textos legales' entiendo no sólo leyes, son también decisiones judiciales, proyectos legislativos y todo otro texto relevante" (AL, 469). Dos páginas antes utilizaban la locución *textos jurídicos*. El término también está usado en otros trabajos: "Por lo tanto, la expresión 'norma jurídica' ha de entenderse en este contexto en un sentido lato (que concuerda con el uso corriente entre los juristas) para abarcar cualquier enunciado que figure en los textos que registran el derecho positivo —constituciones, códigos, leyes, etc.—, sea éste normativo o no" (AL, 395<sup>8</sup>).

Ahora bien: ¿de qué está compuesto el texto jurídico? En AL se dirá: oraciones o formulaciones jurídicas. En SN: enunciados de derecho. Se trata del material en bruto, de puras —o de meras— oraciones o formulaciones. Del elemento primario considerado *relevante*.

La idea primaria en cuanto a la composición interna del texto jurídico es la amplitud. De inmediato se interrogará sobre cómo distinguir entre textos jurídicos y no jurídicos. Aquí se requiere apelar a la precomprensión: serán jurídicos todos aquellos textos que precomprensivamente se califican de jurídicos. O también: todos aquellos textos que intuitivamente se califican de jurídicos. Delimitar un territorio por medio de la precomprensión o de la intuición no nos dará un límite nítido o una frontera clara y distinta. Pero tampoco parece razonable exigir que el primer término del discurso se especifique por la nitidez, la claridad o la distinción.

Más que buscar una definición exacta (búsqueda que nuestros autores razonablemente evadieron efectuar) será mucho más expeditivo confiar en el gesto ostensivo y en la modestia enumerativa. Es decir: ejemplifiquemos. La Constitución nacional, los Códigos (cívil, comercial, penal, de procedimientos...), las leyes, los decretos reglamentarios, las resoluciones ministeriales, los convenios y tratados, los proyectos legislativos, las sentencias judiciales, los contratos. Enume-

<sup>8</sup> También: "Aquí la justificación de la decisión implica fundamentalmente problemas semánticos, pues la mayor dificultad consiste en identificar la propiedad designada por las expresiones que figuran en los textos legales o jurídicos en general" (SN, 212); o en la introducción: "Se trata de investigar el papel que en los textos jurídicos (y sobre todo en los textos legales) desempeñan las definiciones" (AL, XCXI).

ración obvia. Quizás. Menos obvio sería una posible extensión: escritos judiciales presentados por abogados, debates parlamentarios, encíclicas papales, novelas, el parloteo incesante que se desliza por juzgados y cárceles, calles y estudios jurídicos, oficinas públicas y mesas privadas, revistas y diarios jurídicos, tratados, manuales y compendios...

Dejamos de paso la marca de un interrogante: *¿qué —o quién y cómo— detiene la proliferación de las palabras?*

En definitiva, el texto jurídico es el lugar de un equívoco. ¿Es el equívoco mismo como lugar? Tal vez, sólo tal vez, pues alguien también podría considerarlo el terreno del prejuicio y de la banalidad osificada, es decir: la antítesis misma del equívoco (¿la ideología espontánea de los juristas?).

En definitiva: se trata del punto de partida de la historia del discurso jurídico. Del suelo primitivo del que se parte para realizar el viaje ius-investigativo\*.

Dos consecuencias muy elementales para destacar.

Uno: el primer lenguaje, el lenguaje básico, el L0, no es lo que habitualmente se denomina el lenguaje del 'derecho', sino el texto jurídico. Será, en cambio, sobre esta materialidad textual que podrá construirse, de acuerdo a estrictos criterios metodológicos a determinar, el 'derecho' propiamente dicho. Es decir: indicamos intuitivamente un texto como jurídico sin tener a mano un concepto estricto de derecho.

Dos: el texto jurídico es opaco, requiere de una teorización que lo muestre como jurídico. Dicha opacidad es el horizonte ineludible de la escurridiza noción de interpretación.

## VI. NIVELES, RELACIONES Y CRITERIO

Pasemos a especificar los niveles discursivos y sus relaciones.

En primer lugar, la *teoría general* es aquella teoría que

\* Para una aplicación intuitiva y muy imperfecta de la noción de discurso y texto jurídico a una materia específica (derecho financiero), ver Corti, H. G., 'La constitucionalización del gasto público', en *Lecciones y Ensayos* nro. 64/65, 1995/1996, págs. 33-61.

aporta los criterios para que la dogmática jurídica describa correctamente al 'derecho' o derecho-objeto.

Parece sin embargo razonable hacer pasar el eje gravitatorio del discurso no tanto por dicha teoría general sino por la dogmática jurídica o ciencia del derecho. Por un lado, ella se dirige hacia su objeto: el derecho. Por otro lado, ella encuentra una teoría que dilucida sus conceptos básicos: la teoría general.

Se ven las dos relaciones abstractas que se entablan: descripción y análisis. Las proposiciones jurídicas (dogmática) describen a los enunciados de derecho (derecho-objeto). La teoría general del derecho dilucida (instruye, clarifica; analiza) el lenguaje conceptual de la dogmática.

Hay indicios de que es en un sentido aproximadamente semejante que Alchourrón y Bulygin entienden ambas relaciones.

En el primer caso se destacan los minuciosos y sucesivos intentos para distinguir a las normas (nivel del 'derecho') de las proposiciones normativas (nivel de la dogmática). Se trata de una distinción tajante entre la prescripción y la descripción; entre el derecho en cuanto tal y la descripción de ese derecho. Incluso esta distinción es uno de los rasgos cruciales para definir al positivismo jurídico. Entre otras consecuencias, esta nítida distinción conduce a proponer dos tipos de lógica, una para cada nivel, pues de lo contrario se producirían enormes dificultades, por ejemplo: un oscurecimiento de la noción de permisión, cuyo funcionamiento es diferente en cada uno de los niveles<sup>10</sup>.

En el segundo caso se ponen de relieve las tareas que se le asignan a la teoría general del derecho o, como también se la nombra en ocasiones, filosofía del derecho<sup>11</sup>. Como señalan

<sup>10</sup> Las distinciones entre normas y proposiciones normativas por un lado y entre permisión débil y fuerte por otra, son una de las hilas manifiestas de los ensayos reunidos en *AL* (ver entre otros los capítulos 2, 5, 8, 10, 11, 14, 17 y 24). Hay que señalar que Van Wright, en su prólogo a *AL*, considera a estas contribuciones como un notable aporte particularmente importante.

<sup>11</sup> El supuesto de esa alternancia es la identificación entre filosofía y análisis (tributaria de la reducción decimonónica de la filosofía a epistemología). Dado que esa identificación es problemática y en definitiva

los autores en relación a Kelsen, "su intención no era la de describir lo que los juristas efectivamente hacen, sino trazar un modelo de ciencia jurídica que satisficiera las exigencias de su programa de la ciencia positivista y de suministrar fundamentos metodológicos y herramientas conceptuales para tal empresa" (AL, 503)<sup>12</sup>.

En resumen. La dogmática o ciencia del derecho describe al 'derecho'. La teoría general del derecho aporta los criterios para que la dogmática pueda describir adecuadamente al 'derecho'. El 'derecho' (L1) es el lenguaje-objeto de la dogmática (L2)<sup>13</sup>. La dogmática (L2) es el lenguaje-objeto de la teoría general (L3).

El cuarto y último rasgo de la forma básica del discurso jurídico a tener en cuenta es la postulación de un criterio particular al nivel de la teoría general. El criterio elegido para caracterizar a la forma básica nos permite denominar normativista a dicha teoría. Para esta concepción sólo son jurídicas en sentido estricto (es decir 'derecho') aquellas partes del texto jurídico que se dejan presentar en términos normativos. El resto del texto (su residuo no normativo) será tachado de jurídicamente irrelevante. Es decir: como no derecho. Vemos cómo la introducción de un criterio permite delimitar dos ámbitos a partir del texto: el ámbito de lo jurídico estricto o 'derecho' (normas) y el ámbito de lo no jurídico o residuo (lo no normativo).

---

innecesaria para la exposición de la forma básica del discurso jurídico no la tendremos en cuenta. Es decir, nos manejamos con la provisoria identificación entre teoría general y análisis, sin referencia alguna al contenido, posibilidad y fines de la filosofía. O dicho de otra manera y en términos más generales: no reducimos la filosofía a epistemología (o en términos deontológicos: a gnoseología o teoría del conocer).

<sup>12</sup> En el mismo sentido pueden entenderse las apreciaciones que les merece la obra de Ross: "La filosofía del derecho es análisis lógico del lenguaje de la ciencia jurídica... el objeto de la filosofía del derecho (traducción: HC) la teoría general del derecho) no es el derecho mismo, sino (el lenguaje de) la ciencia jurídica" (AL, 343).

<sup>13</sup> "Las proposiciones normativas se formulan en un lenguaje que es un metalenguaje con respecto al lenguaje en el cual están formuladas las normas. Por lo tanto, las oraciones de esta lógica son expresiones metalingüísticas acerca de las sistemas normativas", ver Buljgin, E. "Lógica deóntica", en Alchourrón, Méndez y Rapaport, *Lógica*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 137.

Esto significa que el 'derecho' estará compuesto por un conjunto de normas jurídicas que serán el objeto descriptivo de la dogmática jurídica, es decir: las proposiciones normativas descriptivas de las normas.

Por supuesto, es la teoría general la que establece las categorías (o subcategorías; en el léxico kelseniano: acto anti-jurídico, obligación, sanción, etc.) aptas para presentar con rigurosidad las normas jurídicas por parte de la dogmática.

El carácter abstracto a tener en cuenta es el monismo del criterio elegido. Es decir: de acuerdo al criterio normativista lo jurídico-estricto se deja reducir a un solo componente (en el caso: normas).

## VII. RESUMEN DE LA FORMA BÁSICA DEL DISCURSO JURÍDICO

El discurso jurídico está especificado como encadenamiento de lenguajes y metalenguajes. Tales lenguajes y metalenguajes se presentan como niveles discursivos. La base discursiva primaria se denomina texto jurídico y se sostiene en un criterio intuitivo o precomprensivo de demarcación. Enumeramos los niveles restantes: derecho-objeto (o 'derecho'), dogmática jurídica y teoría general. Precisamos las relaciones entre dichos niveles: descripción (entre la dogmática y el 'derecho') y análisis (entre la teoría general y la dogmática). Por último, se fijó al normativismo como criterio analítico de la teoría general.

Ahora es posible volver a presentar los niveles discursivos de la forma básica, con los siguientes lenguajes y metalenguajes encadenados:

- L0: texto jurídico (material intuitivamente demarcado)
- L1: normas jurídicas ('derecho' o derecho-objeto)
- L2: proposiciones normativas (dogmática jurídica descriptiva)
- L3: teoría general del derecho (analítica en su función y normativista en el criterio)

Esta caracterización del discurso jurídico puede también ser representada por el siguiente esquema topológico, que revela algunos rasgos abstractos de relevancia<sup>14</sup>:

<sup>14</sup> Señalo, al pasar, que la presentación topológica es habitual en Alchourrón y Bulygin, ver AL, 395 y AL, 563.



El esquema permite caracterizar a la forma básica del discurso jurídico como lineal y unimodular. En cada nivel hay un solo punto. Esto significa que en el nivel 3 encontramos la teoría general, en el 2 a la dogmática y en el 1 el 'derecho'. Por eso la calificación de unimodular. Y cada punto se conecta de manera directa sea con el punto de nivel inferior, sea con el punto de nivel superior. Es decir: la conexión de los puntos genera una línea.

Si resumimos los rasgos más abstractos de la forma básica tenemos:

- a) *linealidad* del discurso jurídico como tal
- b) *unimodularidad* de cada uno de los niveles
- c) *monismo* en cuanto al criterio genérico de la teoría general
- d) *descripción* como tarea básica de la dogmática
- e) *análisis* como tarea básica de la teoría general

Esta forma básica del discurso jurídico, su especificación y sus rasgos abstractos, es la que se tratará de problematizar. Esta tarea también la haremos paso a paso, incorporando elementos relevantes y que afectan a algún aspecto de la forma básica. Es claro que esta forma básica es excesivamente pobre. Requiere de ampliaciones y de modificaciones, algunas son propuestas por Alchourrón y Bulygin, otras van más allá.

### VIII. LA PROLIFERACIÓN

Internémonos en el normativismo y tomemos el caso de la Constitución nacional, reformada en 1994. Se trata de un texto jurídico. Ella es un fragmento de L0. Es decir, ella es un conjunto de oraciones o formulaciones jurídicas. Es evidente que el Preámbulo forma parte del texto jurídico constitucional.

De acuerdo al criterio fijado por la teoría general-normativista en L3, el Preámbulo no parece presentable normativamente. Él no puede "reconstruirse" como conjunto de normas o como un pequeño sistema jurídico con consecuencias nor-

mativas. De ahí que no forme parte del 'derecho' (es decir: del L1) y que, por ende, no haya necesidad alguna de describirlo por parte de la dogmática (L2).

La cuestión a tomar nota es que hay teóricos del derecho y que hacen dogmática constitucional para quienes sí es relevante el Preámbulo. No sólo que es relevante sino que es *jurídicamente* relevante. El normativismo del último nivel de la forma básica dirá, sin embargo, que esas proposiciones de la dogmática pretendidamente científicas (o que presumen ser una descripción rigurosa del 'derecho') son palabras vacías o errores o mistificaciones o insentidos o epistemológicamente reprobables... En fin, se trata de proposiciones que hay que depurar.

Con esto se pone crudamente de manifiesto la mayor extensión del texto jurídico con respecto al 'derecho' e, incluso, la posibilidad de una desmedida importancia que adquiriría el residuo textual en el caso de sostenerse al extremo el criterio normativista característico de la teoría general propio de la forma básica. Quiero decir que si sólo se considera como 'derecho' lo presentable en términos normativos es un extremo probable que gran parte del texto jurídico quedara "afuera". Y ese "afuera" tendría una dimensión excesiva con respecto a las visiones habituales que subyacen a la labor dogmática.

Acá hay una encrucijada: o escuchar a la dogmática real y efectiva (para reformular algún elemento de la forma básica) o someterla a una terapéutica (para reducirla a los cánones de esa forma básica). Tomo el primer sendero.

La posible primer rectificación a realizar es la siguiente. Una visión más plausible tiene que admitir que en el L3 se mueven diferentes teorías generales no necesariamente compatibles entre sí. Ello conduce de manera directa a admitir que en L2 también conviven diferentes teorías dogmáticas (que tampoco hay que postular como compatibles). Y ambas inclusiones conducen a reconocer que habría varias versiones —de diferente extensión— consideradas en L1 como 'derecho' (y por consiguiente: diferentes y correlativas versiones consideradas como residuos no jurídicos).

Si se acepta tomar a la forma básica del discurso jurídico como una historia, hay que admitir que ella a su vez incluye en su interior variadas historias.



Sigamos con el caso constitucional del Preámbulo. Podría ser que para alguna teoría general él fuera reconstruible (de acuerdo a algún tipo de criterio aportado por esa teoría y paralelo al utilizado para construir normas) en términos de proposiciones legitimantes y que, a la vez, tales proposiciones sean consideradas como jurídicas.

Incluso más, semejante teoría general podría considerar a las proposiciones legitimantes como los componentes jurídicos de mayor importancia, ubicando luego a las normas en situación subordinada o meramente conexa. Esto implica hacer pasar al Preámbulo del sector de los residuos no jurídicos (lugar al que lo confinaba el normativismo) al sector 'derecho' en L1 y, por tanto, sujeto a descripciones por parte de la dogmática constitucional (L2).

Esta primera rectificación en cuanto al status de un nivel, nos obliga a introducir una segunda modificación que afecta a la forma básica del discurso jurídico en cuanto tal. Se aprecia que la modificación al nivel de la teoría general afecta a los restantes niveles (dogmática y 'derecho'), los cuales también se modifican en su organización.

Ahora, más que frente a una cadena lineal y unimodular de lenguajes y metalenguajes, estamos ante una red de ramificaciones surcada por superposiciones, incompatibilidades y enfrentamientos. De la cadena a la red.

Es el inicio de la proliferación al interior del discurso. Tal proliferación tiene dos caracteres mínimos.

Uno: la ramificación y la plurimodularidad. En cada nivel hay varias versiones y/o posibilidades (plurimodularidad en vez de unimodularidad) que se conectan entre sí de manera diversa (ramificación en vez de linealidad). Para retomar la primera palabra-clave señalada: en los niveles y en los encadenamientos de los niveles hay varias historias.

Dos: el enfrentamiento. No se trata de una proliferación pacífica, ella está surcada por el conflicto, por la confrontación, por el disenso. Para retomar la metáfora kantiana que tanto citaba Althusser: *Kampfbplatz*, el discurso jurídico es un campo de batalla. Como en cualquier contienda, en las que a fin de cuentas lo que está en juego es la materialidad física de los cuerpos, las emociones se entretajan con las estrategias, la violencia adhiere deducciones a su piel, en fin: se movilizan las ilusiones, junto a las creencias, los deseos y las pasiones.

Pero antes de seguir conviene precisar algunos rasgos de las normas, tal como las entienden Alchourrón y Bulygin. Esto nos permitirá evaluar con más precisión al normativismo e introducir las problemáticas cuestiones ligadas a las relaciones entre el 'derecho' y la dogmática (descripción) y entre la teoría general y la dogmática (análisis).

## IX. LA NORMA JURÍDICA

La caracterización de dos concepciones de las normas, hilética y expresiva, es uno de los núcleos visibles de la investigación de Alchourrón y Bulygin.

La concepción hilética considera a las normas como entidades abstractas. Ellas son, en paralelo con las proposiciones, significados<sup>15</sup>. La concepción expresiva, en cambio, considera que "las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje".

Luego de ensayar y desechar la visión expresiva de las normas, los autores toman como punto de partida un análisis en términos de significado. Pero sólo como punto de partida, pues las normas comprenden tanto el significado como la oración que expresa ese significado. Esto significa que una norma no se limita a ser un significado, una entidad abstracta o "puramente conceptual" (AL, 123).

En un ensayo posterior y dando precisiones sobre NS se señala que las normas son "oraciones significativas, esto es, oraciones dotadas de un significado definido y constante. Por lo tanto, dos oraciones estructuralmente idénticas, pero con

<sup>15</sup> "Para la concepción hilética las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. Una oración normativa es la expresión lingüística de una norma y la norma es el significado de una oración normativa en el mismo sentido en que la proposición es considerada como el significado (sentido) de una oración descriptiva. Pero las oraciones normativas, a diferencia de las oraciones descriptivas, tienen un sentido prescriptivo: ellas no indican que algo es de cierta manera, sino que debe o no debe o puede ser (hecho)" (AL, 124).

significado diferente, es decir, oraciones que no correlacionan los mismos casos con las mismas soluciones, son dos normas distintas... y dos oraciones diferentes dotadas del mismo significado también son dos normas distintas, aunque equivalentes" (AL, 468).

Tenemos dos elementos: la oración y el significado de la oración<sup>26</sup>.

En rigor, se ve, los autores rechazan ambas concepciones (expresiva e hilética). Las normas no son ni actos ni significados. Son significados, sí, pero en conexión con oraciones.

Volvamos a la versión normativista. Del conjunto de oraciones que componen el texto jurídico son consideradas como 'derecho' las oraciones normativas, es decir, aquellas que expresen normas o cuyo significado sea normativo. Pero es claro que al poder atribuir variados significados, en cada caso tendremos normas diferentes.

A este proceso de atribución de significado llevado a cabo por la dogmática, Alchourrón y Bulygin lo denominan *identificación* de las normas jurídicas. En el rico y variable léxico de los autores esa tarea de identificación implica: o reconstruir o interpretar. Se *interpreta* el texto para obtener una norma o se *reconstruyen* las normas a partir del texto jurídico.

Por tales motivos los autores pueden enjuiciar como pueril hablar de varias interpretaciones de una norma. Para hablar correctamente habría que decir: hay diferentes interpretaciones (o reconstrucciones) de un mismo texto. O sea: hay diferentes normas: "si el sentido del texto depende de la interpretación, otra interpretación significa otro sentido y si ha cambiado el sentido del texto se ha modificado la norma. Pretender que la norma sea el texto, es decir, un conjunto de signos lingüísticos, sin tener en cuenta su sentido, es pueril. Sin embargo, muchos juristas creen de buena fe que las mismas

<sup>26</sup> Es evidente que aquí efectuamos una simplificación para poner de manifiesto los aspectos relevantes para el tema en cuestión. Así, las normas tienen tanto un componente descriptivo (de un estado de cosas o de acciones) y un componente prescriptivo (AL, 251). Un estudio de las normas tendría que tener en cuenta la definición en términos sintácticos (correlación de casos con soluciones) propuesta en NS. Una caracterización apretada de las normas puede verse en AL, 293.

normas pueden —sin perder su identidad— ser interpretadas de distintas maneras en diferentes ocasiones" (AL, 445)<sup>17</sup>.

La tarea de identificación ya estaba presente en SN, como actividad dogmática previa a la de la sistematización (centro argumental de dicho libro), pero es tratada como un problema empírico: "así, pues, cabe distinguir dos clases de problemas: *problemas empíricos*, que se refieren a la elección de la base en las ciencias empíricas (enunciados primitivos o axiomas del sistema), y *problemas racionales o lógicos*, que se refieren a la deducción de las consecuencias de la base. Estos últimos son los problemas de la sistematización, que son fundamentalmente los mismos en las ciencias formales y en las ciencias empíricas" (SN, 85) (ver también SN, 98, 111 y 118 y sigs.).

Resulta claro que a partir del texto-base que se tiene en cuenta en SN para sistematizar (un fragmento del texto "Código Civil argentino") son posibles muchas interpretaciones, es decir, muchas identificaciones normativas diferentes y, luego, muchas sistematizaciones<sup>18</sup>.

En síntesis, previo a la sistematización normativa está la identificación de las normas y ésta no es otra cosa que una interpretación-reconstrucción de los textos.

A partir de estas consideraciones cabe efectuar nuevas reformulaciones a la forma básica del discurso jurídico.

<sup>17</sup> "Si la norma es una oración con un significado definido, entonces la identificación de las normas jurídicas (o interpretación de los textos legales) consiste en la determinación del significado de las formulaciones de normas, esto es, de oraciones que figuran en tales textos" (AL, 469). Por lo tanto, la identificación de las normas jurídicas es un paso previo y necesario sin el cual ninguna sistematización es posible. Esto es así porque el sistema normativo es un sistema de normas y no de formulaciones de normas. En otras palabras, un sistema jurídico no es un sistema puramente formal, no interpretado, sino un sistema con una interpretación determinada" (AL, 473).

<sup>18</sup> Se señaló en SN, 38: "No pretendemos que nuestras interpretaciones sean reflejo fiel y único posible de los sistemas mencionados; nuestros ejemplos pueden considerarse, si se quiere, como meramente imaginarios". La cuestión es que la dogmática no se contenta con *disquisiciones imaginarias*. Ella pretende efectuar interpretaciones correctas (contrapuestas a otras interpretaciones reputadas como correctas) y se afana en dar razones que justifiquen esa corrección.

## X. POLÉMICA E INTERPRETACIÓN

De la precedente y resumida aprehensión de las normas se desprenden dos conclusiones inmediatas.

La primera conclusión se refiere a las tareas llevadas a cabo por la dogmática. La investigación de Alchourrón y Bulygin nos enfrenta a un dilema de hierro.

Un cuerno del dilema conduce a aceptar la férrea distinción entre normas y proposiciones normativas que describen normas. Es decir: la dogmática o ciencia del derecho es una teoría descriptiva<sup>18</sup>.

El otro cuerno nos conduce a aceptar que la dogmática no describe sino que interpreta-reconstruye (para retomar el léxico de SN: ella efectúa elecciones) y que, luego, sistematiza sus interpretaciones. Y no sólo interpreta sino que interpreta polémicamente, en contraste con otras lecturas a las cuales pretende refutar.

Parece razonable pensar que no hay acuerdo posible entre una dogmática descriptiva y una dogmática interpretativa o polémico-reconstructiva. Lo que entonces causa perplejidad es el afán por obtener lo aparentemente imposible, esto es: sostener a la vez una concepción de las normas como oraciones significativas dependientes de una interpretación-reconstrucción y una concepción descriptiva de las proposiciones normativas.

La conclusión que se impone es que resulta insostenible afirmar que la dogmática (L2) describe normas jurídicas (L1). Por lo tanto, las proposiciones normativas de la dogmática no describen normas.

<sup>18</sup> Cabe señalar de paso que para Alchourrón y Bulygin si bien la dogmática es descriptiva, ella también incluye (sin perder científicidad) otro tipo de tareas: "El control de las inferencias normativas (entendiendo por tales las inferencias lógicas en las cuales figuran una o más proposiciones normativas) es una actividad perfectamente racional, a la que no puede negarse el carácter de científico. Incombe a la ciencia del derecho verificar la validez de tales inferencias hechas por los jueces y demás órganos aplicadores y parece que buena parte de los escritos doctrinarios (v.gr.: los comentarios críticos de los fallos judiciales) consista justamente en esto: verificar y criticar la validez de las inferencias normativas. Cabe afirmar, pues, que la tarea de la ciencia jurídica no se agota con la descripción del derecho existente" (AL, 302).

El punto a destacar es que las normas no están ahí. Lo que sí hay, en cambio, son textos. Aquellos textos calificados intuitivamente de jurídicos y que forman parte del LO. La dogmática se enfrenta a los textos jurídicos. Los toma como el material para producir al 'derecho'. El 'derecho' es el objeto construido de la dogmática y es, a la vez, lo jurídicamente expresado por los textos jurídicos. Sin la dogmática (y cabe decirlo: sin los textos dogmáticos que también están ahí) no podemos saber de manera estricta que es "lo jurídicamente expresado" y, por ende, tampoco podríamos señalar con el dedo al objeto 'derecho'. Esto quiere decir que de alguna manera el nivel 1 ('derecho') no pre-existe ni al nivel 2 (dogmática jurídica) ni al nivel básico (texto jurídico)<sup>22</sup>.

Ahora bien, como se señala en un pasaje de AL, interpretar es decidir. Y decidir es valorar, sostener que tal cosa significa tal otra. Una decisión no es una descripción, pero tampoco parece fiel tratarla como una cuestión empírica (tal el caso en SN). La pregunta, entonces, es cómo o de qué manera se efectúan tales decisiones, pues no resulta razonable suponer que esas decisiones son inmotivadas o arbitrarias. En una frase: sobre un mismo texto la dogmática dice cosas diferentes pero no dice cualquier cosa.

Una respuesta posible es la siguiente.

En cualquier materia jurídica o rama del derecho existen diversas maneras de entender a esa materia (o a aspectos

<sup>22</sup> Puede ser instructivo tratar al derecho objeto o "derecho" como un texto virtual, en contraste con el texto jurídico que está ahí o presente. Señala Bruner: "Al relatar un cuento de Conrad, un lector lo convertirá en una historia de aventuras, otro en un cuento realista y un tercero en un estudio de casos de un Doppelgänger. El texto del que partieron los tres era el mismo... algo en el texto real desencadenaría una interpretación de género en el lector, interpretación que domina luego la propia creación del lector de lo que Wolfgang Iser llamó el texto virtual... El texto real permanece igual; el texto virtual (para parafrasear a Iser) varía casi permanentemente en el acto de la lectura". La analogía propuesta asimila el texto jurídico al texto real y el 'derecho' al texto virtual. La dogmática produce el pasaje de un texto a otro, o mejor dicho: de un texto real a pluralos textos virtuales (en la medida que admitimos la convivencia de diferentes interpretaciones-reconstrucciones al nivel de la dogmática jurídica). Ver: Bruner, J., *Realidad Mental y Mundos Posibles. Los Actos de la Imaginación que dan Sentido a la Realidad*, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 18 y sigs.

particulares de la misma), y cada una de esas maneras pretende ser la reconstrucción correcta de los textos jurídicos correspondientes. Tales reconstrucciones se efectúan a partir de concepciones locales habitualmente denominadas teorías (v.gr. teoría del delito, teoría del hecho imponible, teoría de los derechos fundamentales, teoría del acto administrativo) y que son las que permiten calificar de correcta a la decisión. Y por lo general dichas teorías locales están conectadas a Teorías de mayor alcance que se refieren a qué es el Derecho, cuáles son sus funciones, cuáles sus finalidades y cuáles sus caracteres.

Esto significa que para construir su objeto la dogmática no sólo requiere una teoría (general y analítica) que le dilucide su lenguaje y que le diga cuáles son los componentes del 'derecho' sino una teoría que explique en términos de funciones, finalidades y caracteres. Cabe preguntarse ¿se pueden indicar criterios para reconstruir lo estrictamente jurídico sin una conceptualización de las funciones, fines y caracteres del derecho? Parece indudable que la respuesta es negativa.

Y explicaciones las hay variadas.

Una teoría que privilegie la función encubridora o mistificadora del derecho o, en otros términos, una teoría que identifique al derecho como el fundamental mecanismo social de encubrimiento o mistificación, de seguro no le dará mayor importancia a los componentes normativos del 'derecho'.

Diferentes componentes serán los priorizados, por ejemplo, por otra teoría que haga del derecho un mecanismo de resolución de conflictos y, también muy diferentes serán los componentes que ilumine una teoría que ponga el énfasis en el derecho como instrumento de dominación.

Sea ejemplo a desarrollar, sin duda. Pero adviértase lo crucial: la necesidad de reformular los objetivos y tareas de la teoría del nivel 3. No es suficiente ni razonable adscribir a dicha teoría sólo la función de análisis, en tanto esta función va ligada a la explicativa. Los criterios para analizar el lenguaje dogmático y para reconstruir al derecho-objeto están en correlación con las diferentes maneras relativas a cómo se explique el funcionamiento del derecho.

En síntesis: el análisis está en correlación (o en una versión fuerte: depende) de la explicación. La teoría analítica está en correlación o depende de una teoría explicativa.

De esta manera se tornan problemáticas las relaciones entre los niveles de la forma básica. Es excesivamente simplificador sostener que la dogmática jurídica describe al 'derecho' y que la teoría general dilucida y aporta criterios. Lo que sucede es más complejo. La teoría general (L3) desarrolla una explicación de las funciones, fines y caracteres del derecho. Desde tal marco aporta los criterios a partir de los cuales la dogmática (L2) construye su objeto, es decir el 'derecho' (L1). Pero en semejante tarea de construcción la dogmática también despliega Teorías locales (ligadas de manera directa o indirecta con el marco explicativo global) con las que justifica sus decisiones interpretativas.

Hay un juego de doble vinculación. Dado el criterio normativista de la forma básica. Por un lado: las normas (L1) las obtiene la dogmática (L2) a partir del texto jurídico (L0) cuando sigue los criterios que le fija la teoría general normativista (L3). Por otro lado: la construcción específica de estas normas (L1) a partir del texto jurídico (L0) se efectúa a través de teorías locales (L2) que permiten justificar las decisiones interpretativo-reconstructivas, enmarcadas en una teoría explicativa global (L3).

A partir de un mismo texto se pueden identificar muy diferentes normas (textos virtuales). En consecuencia, para cada interpretación que se realice el 'derecho' será diferente. Y cada decisión no se hace aislada e inmotivadamente, sino por teorías locales situadas en una mutua relación polémica. Lo que hay que señalar es que la organización polémica y ramificada del discurso jurídico es deducible al interior mismo del normativismo (conjunción de un criterio en L3 y de plurales teorías locales en L2). Es decir que aun cuando se acepte el monismo al nivel del criterio caracterizador de la teoría general, ya bajo tales estrechas condiciones se ve surgir la ramificación y la polémica en los niveles discursivos inferiores.

Varios trastrocamientos puestos en juego. De la descripción a la serie: reconstrucción, interpretación, decisión, justificación, teorías locales. Del análisis al "par ordenado" del análisis y la explicación. De la paz a la polémica.

Por supuesto: si se va más allá en cuanto al criterio genérico y se recusa el normativismo, las ramificaciones aumentan, así como las interferencias polémicas. En esta línea, Alchourrón y Bulygin han criticado duramente al normativismo. Y esto nos lleva a la cuestión siguiente.



## XI. LA DIFERENCIACIÓN

La problemática en la que se inserta el normativismo es la siguiente: cuáles son los ingredientes que conforman al 'derecho' en su sentido estricto. ¿Se admite como componente sólo a las normas? ¿O hay que admitir otros componentes? Dado el texto jurídico primitivo, ¿qué es lo que se deja reconstruir como específicamente jurídico? ¿cuál es el texto virtual jurídicamente relevante?

Pues bien, ello dependerá de los criterios analíticos que se fijen al nivel de la teoría general y de las explicaciones que presupongan esos criterios. Algunas teorías dicen: sólo es estrictamente jurídico lo reconstruible en términos normativos. Lo demás es un residuo.

Esta última concepción, el normativismo de la forma básica, es expresamente rechazada por Alchourrón y Bulygin. Véase como ejemplo esta frase que se inicia bajo el signo de la modestia y que concluye dejando abierto el horizonte explicativo: "Más que refutar la tesis normativista nos interesaba mostrar que las definiciones son distintas que las normas y que *el derecho es un conjunto de cosas bastante más heterogéneas de lo que suele creerse*" (AL, 483).

Ahora bien: si el 'derecho' incluye ingredientes heterogéneos, si las definiciones son distintas que las normas, si normas y definiciones son ambos componentes del derecho y si por normativismo se entiende la idea de considerar que sólo lo normativo es estrictamente jurídico, lo que se ha hecho es argumentar críticamente contra el normativismo.

El 'derecho' incluye, al menos en principio, normas y definiciones. Respecto a estas últimas y luego de un minucioso recorrido los autores sostienen que "no son ni normas de conducta ni reglas técnicas, aunque puedan dar lugar a la formulación de estas últimas. Su única función es la de contribuir a la identificación de las normas" (AL, 453).

Dado un texto jurídico, entonces, podremos reconstruir algunas oraciones como normas, otras como definiciones y, el resto, será considerado como residuo no jurídico.

Por supuesto, "no es nada fácil trazar un criterio diferencial que permita *decidir* frente a un artículo de una ley si se trata de una definición o de una norma. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que no haya tal diferencia" (AL, 454). La

diferencia será remitida a sus diferentes funciones. Ambas son expresiones de una decisión. Pero mientras que en las normas se usan las palabras para declarar a las conductas como obligatorias, permitidas o prohibidas, en las definiciones "se usan ciertas palabras para indicar el sentido de otras palabras que se mencionan, pero no se usan" (AL, 455)<sup>21</sup>.

Se ve que la dogmática tiene que tomar dos tipos de decisiones. Por un lado tiene que decidir (donde no es nada fácil trazar un criterio diferencial) si reconstruye un texto en términos de normas o de definiciones. Por otro, tiene que decidir qué significado se le atribuye al texto. Tareas complementarias, simultáneas y difíciles.

Dos interrogantes. Uno: ¿cabe limitar el 'derecho' a normas y definiciones? Dos: ¿cabe subordinar las definiciones a las normas?

Me dedico a la primer pregunta. En el próximo párrafo se tratará la segunda.

Alchourrón y Bulgín parecen pensar que sí, que normas y definiciones agotan el espectro de los componentes jurídicos. Creo que esa respuesta es insuficiente y que, por ende, la frase ya citada (*el 'derecho' es un conjunto de cosas más heterogéneo de lo que suele creerse*) tiene que interpretarse de manera más radical.

Una pista sobre otro tipo de componentes lo encontramos en el mismo artículo referido a las definiciones: "Se piensa a menudo que el derecho está compuesto exclusivamente por normas y que, por lo tanto, todos los artículos de un texto legislativo (una constitución, un código, un decreto, una ley) son normas, ya que su función es la de prescribir conductas, aunque pueden no ser normas jurídicamente completas. Declaraciones puramente programáticas, que aparecen a veces

<sup>21</sup> Estas citas no sólo son reveladoras sino que, creo, confirman la interpretación global aquí esbozada. Por un lado se pone de manifiesto la centralidad de la decisión (tal como el carácter opaco del texto jurídico). Por otro, se subordina la tarea de análisis a una teorización de las funciones del derecho. En el primer caso se ve el caso de la descripción y, en el segundo, la preeminencia de la explicación. O en otros términos, hay un reconocimiento implícito del carácter no descriptivo de la dogmática y del valor fundamental pero secundario que para la teoría general tienen las tareas de análisis lógico-lingüístico.

dentro de textos legales (como v.gr. al Preámbulo de la Constitución Nacional) no formarían parte del derecho *strictu sensu*, precisamente por no cumplir función normativa alguna" (AL, 440).

Si estos enunciados programáticos no se dejan transcribir como normas y —agregamos ahora— como definiciones, ello no necesariamente significa que no sean jurídicos, pues cabe preguntar: ¿no serán elementos jurídicos pero de otro tipo (no normativo y no definicional)?

Previo a contestar esa pregunta es oportuno recordar algunas ideas de SN. Allí ya se controvertía la posición monista de considerar a todos los componentes jurídicos como del mismo tipo, v.gr. normas. De ahí la importancia de tomar como eje la noción de sistema normativo y no la de norma. Un sistema normativo es aquel que tiene consecuencias normativas. Esto es tomado por los autores como una ventaja ya que "al caracterizar al sistema normativo por sus consecuencias nada dice acerca de los enunciados que componen el sistema" (SN, 97)<sup>22</sup>.

Puestos a enumerar la "diversidad de los enunciados jurídicos" se nombran los siguientes: 1) enunciados que prescriben actos coactivos, 2) enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas pero que no establecen sanciones, 3) definiciones o postulados de significación. Pero a continuación nombran un tipo de enunciado que figura en los textos jurídicos pero que, a diferencia de los anteriores, no formaría parte del "derecho": "Por último, en los sistemas jurídicos suelen aparecer enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema, verbigracia enunciados que presentan teorías políticas, expresan la gratitud del pueblo al Jefe de Estado o invocan la protección de Dios... Tales enunciados carecen de toda relevancia normati-

<sup>22</sup> Esta controversia tiene en Hart una clara filiación. Pero Hart pone de manifiesto un rasgo de innegable fecundidad: "el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica". Desde ya: no son las teorías las que desean, sino aquellos que las hacen. Hart nos invita (invitación que parece no haber sido aceptada por sus lectores) a interrogarnos sobre cuál es el deseo de los juristas. Y no sólo eso, sino que correlaciona ese deseo con la propia estructura teórica de su saber. Detrás de un qué hay un quién y en ese quién se muestra un deseo, un poder. Ver: Hart, H., *El Concepto de Derecho*, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 41.

va en general y jurídica en particular (cf. RRL, P. 54). Si tales enunciados son considerados parte integrante del sistema jurídico o no, no es una cuestión tan importante; Kelsen se inclina a eliminarlos del todo, lo cual parece razonable" (SN, 107).

El punto crucial es que si es posible tratar a esa cuestión como importante y que, a la vez, es posible —e incluso razonable— inclinarse a no eliminar ese tipo de enunciados. Es claro que los criterios de importancia y de razonabilidad no los aporta el análisis del derecho sino una teoría explicativa del mismo.

Puede advertirse que lo que aquí está en juego es el *status* de un conjunto enmarcando de enunciados que de continuo desvelaron a los normativistas: enunciados legitimantes, ideológicos, justificatorios, ficcionales, metafóricos. Sabemos cuál fue la vía kelseniana. Tales enunciados transfiguraron, distorsionan, encubren o mistifican. Y dado que la ciencia del derecho (es decir: la dogmática jurídica) tiene que describir, ella tiene que depurarse de los mismos.

Una actitud semejante es tomada por Alchourrón y Bulygin. En reiteradas oportunidades se ponen de manifiesto la existencia de presunciones, ficciones e ilusiones<sup>23</sup>.

Pero en vez de tomar a esas figuras en sí mismas, de aceptarlas como ingredientes del discurso jurídico y de intentar explicar sus funciones, se las descalifica y expulsa.

Pero qué sucede si algunos de esos enunciados forman parte del 'derecho' y no de la teoría, del "objeto" de la dogmá-

<sup>23</sup> *Ilusión e Ideología*: "Es importante señalar la diferencia entre el postulado de la plenitud de acuerdo con el cual todos los sistemas jurídicos son de hecho completos, y la exigencia de que lo sean. El primero es, en el mejor de los casos, una mera ilusión que no obstante desempeña un papel ideológico definido en el pensamiento jurídico..." (SN, 26); *ficción y disimulación*: "Este postulado de la plenitud hermética del derecho cumple —a diferencia del ideal de completitud que tiene fundamento exclusivamente racional— una función política: es una ficción tendiente a disimular la inconsistencia de ciertos ideales políticos fuertemente arraigados en el pensamiento político" (SN, 227); *ficción*: "La ignorancia de la ley no es considerada como excusa valedera, pues existe una presunción jurídica de que las leyes son conocidas por todos y esta presunción es *juris et de jure*, es decir, no admite prueba contraria. Desde luego, esta presunción es mera ficción" (AL, 74).

tica y no de la dogmática misma. Qué sucede, en definitiva, si no se entiende adecuadamente al Derecho, al discurso jurídico, sin esos elementos. ¿Por qué habría que eliminarlos? ¿No sería justamente distorsionadora una teoría que los expulse por irrelevantes? Dicho con las propias palabras de Alchourrón y Bulgín: "Tales teorías no sólo conducen a una distorsión de la función del derecho, sino también a una limitación muy inconveniente de la capacidad expresiva del lenguaje jurídico" (AL, 264).

Si se acepta tal perspectiva, las consecuencias son enormes. Habría, ante todo, tres componentes estrictamente jurídicos: normas, definiciones e ideogramas (ficciones, ilusiones, justificaciones, legitimaciones, metáforas, personificaciones...).

Surgen luego las preguntas: ¿cómo identificar a cada componente? ¿cómo distinguirlos? ¿cómo decidir si se está ante una norma, ante una definición o ante un ideograma? ¿qué consecuencias trae decidirse en uno u otro sentido? ¿qué relaciones mantienen los componentes entre sí? ¿cuáles son las funciones diferenciales?

Contestar esas preguntas es justamente la tarea de una teoría del discurso jurídico, aquí sólo sugerida o vislumbrada.

### XII. EL ESQUEMA CONCEPTUAL

Retornemos a las definiciones. Si bien los autores destacan la importancia jurídica de las mismas, ellas se encuentran subordinadas a las normas. Su función, se dijo, es la de identificar a las normas<sup>24</sup>.

"Pero Alchourrón y Bulgín intentan cosas distintas que, en apariencia, no han sacado mayores consecuencias. Al dar mayores precisiones sobre las definiciones, se destaca que

<sup>24</sup> Podría decirse al pasar que la admisión como jurídicos de los ideogramas no implica de suyo elevarlos a un primer plano (aunque sí es posible hacerlo). Los mismos podrían ser objeto de la misma estrategia que Alchourrón y Bulgín siguen al tratar las definiciones. Es decir, se encontrarían subordinados a las normas. Claro que su función, en vez de ser la de identificación, podría ser la de reforzar la función motivadora de las normas.

ellas dan lugar a enunciados necesarios, "cuya necesidad está basada en el significado del término definido, es decir se trata de enunciados analíticos" (AL, 457). Luego se sostiene que "los enunciados analíticos son inmunes frente a toda experiencia, en el sentido de que ninguna experiencia puede refutarlo, pero esto ocurre precisamente porque no dicen nada acerca de la realidad: no hacen más que hacer explícito el significado de ciertos términos" (AL, 458). Y un poco más adelante se agrega: "Esto no quiere decir, sin embargo, que los enunciados analíticos sean triviales; desempeñan un papel muy importante, pues al hacer explícito el significado de los términos ponen de manifiesto el aparato conceptual mediante el cual pensamos la realidad".

Si las definiciones forman parte del 'derecho', es el 'derecho' el que incluye como ingrediente un aparato conceptual mediante el cual "se piensa la realidad". Y sería bastante verosímil considerar que este aparato conceptual tiene una relevancia funcional mayor que la de simplemente contribuir a identificar normas.

No es forzado entender a este aparato conceptual en un contexto strawsoniano: entramado conceptual, stock de categorías o plano organizador de nuestra experiencia<sup>25</sup>.

Recordemos que de acuerdo al programa expuesto en *Individuos*, exponer semejante esquema conceptual es tarea de una metafísica descriptiva; reformar ese esquema y/o proponer esquemas conceptuales alternativos es tarea, en cambio, de una metafísica revisionista. Strawson, por supuesto, hace del análisis del lenguaje ordinario el hilo conductor para develar (y luego clarificar) la estructura conceptual que conforma nuestro mundo; y trata de poner de manifiesto la, digámoslo así, metafísica implícita que funciona de hecho a través o por intermedio del lenguaje ordinario<sup>26</sup>.

¿Qué pueden significar estas consideraciones en relación al 'derecho'? ¿Qué significa que el 'derecho' incluya un aparato conceptual?

<sup>25</sup> Otra vía posible (y que aquí sólo mencionamos) para entender al esquema conceptual sería apelando a la rica noción de mundo propuesta por N. Goodman, *Mundos de Hacer Mundos*, Visor, Madrid, 1990.

<sup>26</sup> Ver Strawson, P., *Individuos. Ensayo de Metafísica Descriptiva*, Taurus, Madrid, 1993.

Una posible respuesta es la siguiente. Las normas se destacan a partir de un trasfondo conceptual que organiza la experiencia. Por ejemplo: para la reconstrucción de un sector importante (pero no el único) del trasfondo conceptual del derecho moderno resulta crucial considerar como texto básico al Código Civil. A partir de dicho Código se puede construir el conjunto de definiciones y clasificaciones básicas que organizan el mundo social moderno. Tales definiciones y clasificaciones, lejos de ser elementos secundarios (o identificatorios) serían la base sobre la cual se articulan las normas. Piense en esos núcleos conceptuales, que internamente se ramifican en innumerables distinciones y categorías, del derecho civil: personas, cosas, hechos, relaciones entre personas (contratos, sucesiones), relaciones entre personas y cosas (derechos reales). Se trata de ese conjunto de categoría que Kelsen pretendía eliminar de la ciencia del derecho por ser metafísicas o superfluas. Pero la cuestión, similar a la ya vista en relación a los ideogramas, es que no forman parte de una ciencia sino del derecho mismo.

Para decirlo directa, tajantemente: el 'derecho' incluye una metafísica.

Claro que esta metafísica es particular. Quiero decir: relativa a coordenadas espaciales y temporales muy restringidas. Lo cual nos induce, entonces, a introducir la historicidad en el análisis explicativo del derecho.

Más que una respuesta estamos ante el embrión de una respuesta. O mejor dicho, ante una vía posible de investigación (un camino, una perspectiva) que sin dudas está sugerida y no realizada por los ensayos aquí concernidos. Son ramificadas las consecuencias. Citemos un último párrafo: "La importancia de las definiciones y de los enunciados analíticos es muy grande en toda ciencia empírica; hasta señalar que las grandes revoluciones científicas no se deben tanto al descubrimiento de nuevas leyes, como al cambio del aparato conceptual, es decir: cambio de definiciones y de los enunciados analíticos" (AL, 458). En vista del deslizamiento que operan nuestros autores, hay que advertir que todas las cuestiones giran en torno a las definiciones al interior del 'derecho' y no de la ciencia del derecho. El punto es la relevancia, función e importancia de un aparato conceptual integrado al sistema normativo. Si tomamos en cuenta esa advertencia, el párrafo citado revela una intuición de importancia: la conexión entre

las revoluciones jurídicas y el cambio del aparato conceptual. O en otros términos: un análisis de los actos y/o procesos revolucionarios tendría que poner especial atención más que en las normas en los cambios del aparato jurídico-conceptual. Lo cual nos remite, otra vez, a la historicidad, pues ¿qué más revelador de la historia que una ruptura revolucionaria?

Si estas tesis son aceptadas sería posible explicar, por ejemplo, la resistencia de la dogmática civil. Con resistencia quiero decir: su aparente escasa capacidad de mutación o, también, su aparente escasa receptividad a las teorías generales del derecho, centradas en su mayor parte en la noción de norma. Si se toma cualquier tratado de derecho civil (ya sea de este fin de siglo, de su comienzo o del siglo pasado) se ven proliferar las teorías, las clasificaciones, la discusión en torno a éstas y respecto a las definiciones... toda una actividad muy lejana a la descripción y sistematización de normas. Esto que hasta el presente aparece como un "defecto" de la dogmática civil ("retraso epistemológico" del que tanto se lamentan algunos teóricos generales) se mostraría como un defecto de las teorías generales. Pues la dogmática civil está reconstruyendo no sólo normas sino la médula del aparato conceptual del derecho moderno, la base categorial de la experiencia social moderna.

### XIII. LA FORMA BÁSICA AMPLIADA

Estamos ante un texto jurídico. Podremos considerar como derecho *strictu sensu* o 'derecho' todas aquellas oraciones que se dejan reconstruir como normas, definiciones e ideogramas. Es decir: oraciones prescriptivas (prohibiciones, permisiones, obligaciones), aparato conceptual (definiciones y clasificaciones), enunciados legitimantes o ideogramas (ficciones, presunciones, transfiguraciones, justificaciones, personificaciones, metáforas).

La dogmática jurídica es la encargada de efectuar esa reconstrucción. Pero dado que no hay una evidencia clara y distinta que permita distinguir y deslindar a los componentes jurídicos (esto es: la opacidad del texto jurídico que hace difícil el trazado de una nítida frontera), en la base de la tarea dogmática hay un proceso de decisión. Esto da lugar a



plurales reconstrucciones, cada una de las cuales se considera a sí misma la correcta presentación del derecho positivo. Cada una de esas reconstrucciones se hace a partir (o en el contexto) de una teoría dogmática local, que aporta justificaciones que dan razón de aquella reconstrucción y que permiten afirmar que la misma es la correcta (y no simplemente arbitraria).

El texto jurídico, así, es el opaco lugar de una indecibilidad que requiere no de proposiciones descriptivas sino de teorías que decidan, que reconstruyan y que polemiquen. Esos tres aspectos se pueden resumir en el término *interpretación*.

La dogmática, entonces, es el lugar de una disputa, de una lucha, de un conflicto de lecturas.

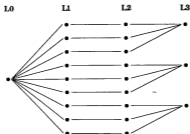
Por su parte, la teoría del nivel 3 tiene una doble faz. Por un lado ella es eminentemente explicativa, al presentarse como una teoría de las funciones, finalidades y caracteres del Derecho. Por otro lado ella es analítica, al aportar los criterios para reconstruir estrictamente al derecho-objeto. Resulta cristalina la correlación existente entre el análisis y la explicación.

Si recapitulamos el conjunto de rectificaciones efectuadas a la forma básica del discurso jurídico el panorama obtenido es muy diferente que el del inicio. El discurso jurídico ya no es lineal, sino ramificado. Cada nivel ya no es más unimodular, sino plurimodular. El criterio ya no es monista sino diferenciado. La dogmática ya no es descriptiva sino polémico-interpretativa. La teoría general ya no es sólo analítica sino que es explicativo-analítica.

Esto es:

- a) *ramificación* del discurso jurídico como tal
- b) *plurimodularidad* de cada uno de los niveles
- c) *diferenciación* en cuanto al criterio genérico de la teoría general
- d) *interpretación-reconstrucción* como tareas básicas de la dogmática
- e) *explicación y análisis* como tareas básicas de la teoría general
- f) *conflicto y polémica* como tonalidades globales.

Un esquema topológico adecuado de la forma básica ampliada del discurso jurídico sería el siguiente:



Saco algunas, muy pocas, consecuencias de esta ampliación de la forma básica del discurso jurídico:

a) los niveles, tanto en su interior como en su relación mutua, están atravesados de desajustes (en los términos canónicos de Althusser: *décalage*). El discurso no es un todo homogéneo y ajustado, sino una complicada red de conexiones y desconexiones, de ajustes y desajustes, de ligamentos y desfases<sup>27</sup>;

b) el carácter polémico de las teorías (locales o globales, analíticas o explicativas) no puede desligarse de un encarnamiento institucional. Las polémicas se encarnan en instituciones. El qué y el cómo remiten a un quién. Y ese quién, como señalaba Hart, está atravesado por el deseo. De ahí no sólo el

<sup>27</sup> "La sospecha que despierta el caso Riviere alude, entonces, a la existencia de un desajuste entre el proceso de producción real y el objeto jurídico como eslabón último de una cadena que comienza en el marco de una experiencia llamada jurídica en cuanto conducta socialmente controlada y regulada, pasa por la esfera de las normas jurídicas y desemboca en la multiplicidad de las prácticas profesionales y en la ciencia jurídica", ver Mari, E., "Mai, Pierre Riviere... y el Mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas", en *El Discurso Jurídico*, cit., pág. 57.

combate honorable sino también esa mezquindad ligada a lo que Freud llamó el narcisismo de las pequeñas diferencias<sup>28</sup>;

c) el escaso margen para predicar de alguna teoría la generalidad. Toda teoría, sea del nivel que sea, es particular. Esto es: históricamente fechada, encastrada en coordenadas espacio-temporales precisas;

d) la posibilidad de morigerar las críticas que Alchourrón y Bulygin le efectúan a ciertos aspectos kantianos de la teoría pura, por ejemplo el carácter creativo-constructivo que tiene la dogmática jurídica;

e) la sospecha de que además de los tres componentes señalados (normas, definiciones e ideologemas) haya que identificar otros, más sutiles, más diferenciados...

Tales son algunos de los caminos, vetas, hilos posibles para desarrollar una teoría del discurso jurídico.

#### XIV. CONCLUSIÓN

En su ensayo sobre la idea de validez en la teoría pura (AL, 499) Alchourrón y Bulygin señalan cuatro tesis como definitorias del positivismo: a) separación tajante entre ser y deber, b) la concepción no cognoscitiva de los juicios de valor y de las normas como prescripciones que no son ni verdaderas ni falsas, c) la tesis de la positividad del derecho y d) la distinción tajante entre descripción, razón, conocimiento jurídico y ciencia jurídica por un lado y prescripción, valoración, voluntad, creación del derecho y política jurídica por otro. A pesar de la importancia de las cuatro tesis, el centro de gravedad se desplaza hacia el último conjunto de oposiciones. "La distinción tajante entre los pares de conceptos: descripción vs. prescripción, conocimiento vs. valoración, ciencia vs.

<sup>28</sup> "En cierta ocasión me ocupé en el fenómeno de que las comunidades vecinas, y aún emparentadas, con precisamente las que más se combaten y desdistan entre sí, como, por ejemplo, españolas y portuguesas, alemanes del Norte y del Sur, ingleses y escoceses, etc.", ver Freud, S., *El Malestar en la Cultura*, Hispanamérica, Buenos Aires, 1961, Obras Completas, Vol. 17, pág. 3052.

política puede ser considerada como el núcleo del programa positivista de una ciencia avalorativa" (AL, 502).

En los párrafos anteriores se han dado un conjunto de elementos que tienden a diluir la nitidez de la tarea descriptiva. Se señaló la preeminencia de la interpretación, de la decisión y de la polémica (interpretación, decisión y polémica que en algún sentido implican una valoración). De ahí surge una sospecha ¿explicar cómo funciona el derecho no estaría en conexión con explicar cómo funciona el poder? De ser así, estaríamos en la puerta de considerar conectadas a las teorías del derecho y del poder (o, en los términos de Kelsen, a la ciencia y política jurídicas).

Doy un ejemplo, muy simple y brevemente expuesto. El texto constitucional incluye el artículo 14 bis.

Una primera teoría constitucional (1) dirá: ahí se expresan derechos, correlacionados a deberes y garantías. Tales derechos no tienen diferencia alguna con los restantes derechos constitucionales y, en consecuencia, merecen ser tratados como aquéllos. Es decir: hay allí un material textual relevante para la construcción del 'derecho constitucional argentino'.

Una segunda teoría (2), aceptando la precedente lectura dirá que tales 'derechos' reconstruidos son coherentes con los demás componentes jurídico-constitucionales. Correlativamente, una tercera teoría (3) al aceptar su capacidad de ser reconstruidos dirá que sí son un componente jurídico pero que, a diferencia de la teoría 2, ellos no son coherentes con el resto del 'derecho constitucional'. Serían, por decirlo así, un añadido que no es posible integrar al sistema jurídico constitucional.

Las teorías 2 y 3, por su parte, pueden dar lugar a diferentes valoraciones. Así, aceptando la juridicidad y la coherencia, se pedirá valorar tanto negativa (teoría 4) como positivamente (teoría 4) a tales componentes jurídicos. La misma bifurcación valorativa se da aceptando la juridicidad y la incoherencia (teorías 5 y 6).

Una séptima vía (7) considerará a dicho texto reconstruible jurídicamente, pero no en términos normativos (es decir como expresión de derechos), sino en términos ideológicos (mistificación, encubrimiento, etc.).

Puede admitirse una octava vía (8), calificable de "media". Para ella se trata sí de componentes jurídicos, pero ellos son

irreductiblemente ambiguos. Son (o pueden llegar a ser) tanto normas como ideologemas. Ello dependerá de, por ejemplo, relaciones de fuerza o de poder.

Una novena vía considerará, a diferencia de todas las anteriores, que en el texto considerado nada hay de 'derecho'. De ninguna manera él puede ser reconstruido o interpretado en términos estrictamente jurídicos. Esta vía da lugar, al menos, a dos teorías diferentes. Para una, la novena (9), tal texto no sólo no es jurídico sino que es por completo irrelevante considerarlo. Su lugar en una dogmática es totalmente superfluo. Para la décima teoría (10), si bien el texto no da lugar a lo jurídico sí en cambio es relevante considerarlo. Tal relevancia surge, por ejemplo, al no ser inocua su inclusión en un texto jurídico de la magnitud que tiene el texto constitucional. Dicha inclusión, usemos aquí un léxico de época, de promesas vacías e incumplibles es síntoma de una mala política legislativa y, peor aún, de la demagogia.

Es este el momento para recapturar la noción de *historias*, introducida al comienzo y a la que caracterizamos con suma brevedad. Alchourrón y Bulygin emplean esta noción al tratar el problema de los valores de verdad de las normas, es decir, el problema de "determinar en qué condiciones un enunciado que declara obligatoria, prohibida o permitida una determinada acción en una situación dada puede ser considerado como verdadero" (AL, 593).

Dichos valores dependen de tres factores. El primero es la *situación actual del agente*: "Necesitamos una descripción completa de la situación actual en que el agente tiene que tomar la decisión respecto de sus acciones futuras... es imprescindible contar con un catálogo completo de todos los hechos que caracterizan el estado del mundo en el momento en cuestión". El segundo, las *situaciones y alternativas futuras*: "También tenemos que tomar en cuenta las consecuencias de todas las acciones posibles, esto es, todas las situaciones futuras que pueden surgir como consecuencia de las acciones que el agente puede realizar y todas las acciones alternativas que serán accesibles para él en cada una de estas situaciones futuras".

Aquí se introduce la noción de *historia*: "Las situaciones y alternativas futuras pueden ser representadas mediante un árbol topológico, donde los círculos simbolizan las distintas

situaciones y las líneas, las diferentes alternativas. Llamaremos *historias* a cada una de las ramas del árbol de alternativas que recoge un punto (una situación) que corresponde a cada uno de los momentos temporales" (AL, 594).

Una historia, así, es un conjunto de situaciones que se generan gracias a un conjunto de decisiones a tomar frente a una serie de problemas.

El tercer factor es el orden jerárquico de las historias, pues "a fin de determinar qué debe hacer el agente en cada situación se necesita un orden jerárquico de todas las historias".

Ahora bien, según los autores los desacuerdos sobre la verdad deóntica son de dos tipos. Por un lado, están los desacuerdos sobre las historias posibles, en tanto que el considerar diferentes hechos da lugar a diferentes historias. Por otro, desacuerdos en cuanto a las maneras de formar las jerarquías u órdenes jerárquicos de las historias. De ahí que los razonamientos prácticos persigan o logran un acuerdo sobre las historias o la aceptación de un orden jerárquico de las mismas, claro que "tales razonamientos no son deductivos ni inductivos, pues no tratan de justificar la realidad de determinados enunciados mediante la verdad de otros. Su objetivo es presentar una perspectiva de la realidad que debiera ser adoptada como criterio para la verdad deóntica" (AL, 600). A su vez, a las diferentes historias o a las diferentes jerarquizaciones de las historias para un mismo problema práctico (a las diferentes "perspectivas de la realidad") los autores las denominan modelos deónticos.

Se aprecia que en este trabajo hemos hecho un uso análogo de la noción de historia, a la vez cercano y lejano al propuesto en AL. Por un lado, la desgajamos del específico problema que tratan los autores (el valor de verdad de los enunciados deónticos). Por otro, hemos tratado a lo que los autores llaman modelo también como una historia, llevando así a esta noción a un funcionamiento estilo *mueñeca rusa*: una historia dentro de otra historia dentro de otra historia. Es decir, en el árbol topológico de Alcheurrón y Bulygin las historias son tanto las ramas como el árbol mismo. O también: un conjunto de historias también es una historia.

A la concepción del Derecho como discurso la denominamos una historia (que se encuentra en polémica con otras

historias que no consideran al Derecho como discurso). Entender al discurso jurídico como una forma básica es también una historia, pero que tiene la cualidad de contener dentro de sí sólo dos historias: la teoría general normativista y la dogmática descriptiva. En cambio, la característica de la forma ampliada o extendida es la de contener en su interior una proliferación polémica de historias. Son posibles varias teorías generales y también varias reconstrucciones dogmáticas. Es decir: varias historias en cada nivel.

Podemos volver ahora al ejemplo constitucional. Si disponemos las diferentes "teorías" en un árbol topológico podemos observar la existencia de ocho historias diferentes (insertas en un árbol a considerar también como una historia)<sup>29</sup>:



Vemos aquí la pluralidad de desacuerdos. En primer lugar el desacuerdo sobre el 'derecho'. ¿Consideramos al frag-

<sup>29</sup> Habría mucho que decir sobre las presentaciones arborescentes, tan persistentes en la historia del derecho. Aquí lo utilizamos, pero dejamos la duda sobre su pertinencia para figurar la proliferación polémica que caracteriza al discurso jurídico, remitiendo de manera introductoria a las fulgurantes apreciaciones sobre redes, árboles y rizomas realizadas por Deleuze, G. y Guattari, F., *Mil Mesetas*, Pretextos, Valencia, 1988.

mento de texto constitucional en cuestión como derecho? Qué contestemos abre la posibilidad de grupos diferentes de historias. Si contestamos que "no" surge el desacuerdo sobre la relevancia de este texto no reconstruible como derecho. Si contestamos que "sí" surge el debate sobre qué tipo de componente jurídico es el expresado en ese texto. Recordemos las respuestas: en un caso normas, en otro ideogramas, en otro enunciados indecidibles. Luego, si se acepta que son normas surgen los desacuerdos sobre la coherencia de esas normas con las restantes normas constitucionales y, en fin, los desacuerdos sobre las valoraciones de esas normas:

No hay que ser muy perspicaz para percatarse de cuán diferentes son las consecuencias en uno y otro caso. Es decir y llevando el ejemplo a una dicotomía simplificada y extrema: muy diferente es el derecho positivo argentino si el texto constitucional en su artículo 14 ha se entiende como un racimo de promesas vacías (de palabras jurídicamente irrelevantes) o como un conjunto de derechos garantizados.

¿Qué revelaría esa diferencia? Varias cosas. Primero, la existencia de diferentes teorías analítico-explicativas. Segundo, la existencia de diferentes teorías dogmáticas locales. Tercero, la gran carga polémica que se crea entre las teorías. Cuarto, la común pretensión de estar refiriéndose al derecho positivo. Quinto: que las polémicas valorativas están conectadas a polémicas teóricas y que ambas remiten a una historia, es decir: a una perspectiva.

La conjunción de esas diferencias apunta a un fenómeno que hasta aquí no ha sido más que aludido: el poder, su ejercicio y la resistencia que se le ofrece. Las diferentes interpretaciones, las diferentes teorías constitucionales, se correlacionan con diferentes maneras de posicionarse en las encrucijadas actuales del ejercicio del poder. De ahí que sea cada vez más difícil efectuar distinciones razonables entre teoría constitucional y política constitucional, entre dogmática jurídica y política jurídica. Esto es: cada situación problemática, que ofrece diversas opciones o alternativas de resolución y ante la cual se toma una decisión, es tanto un campo de saber como un lugar de poder. Esto significa que el poder sería un elemento crucial no sólo en la interferencia polémica entre las historias sino al interior mismo de ellas.

Qué relaciones son allí pensables es una cuestión compleja y que no abordaremos aquí. Hacemos tan sólo una última



digresión. En el ensayo que cierra *AL* se sostiene que los derechos humanos son una frágil conquista y que, como tal, hay que cuidarla para que "como tantas otras" no se pierda. El contexto de esas consideraciones es la crítica de los intentos (tal el caso de Nino) de fundamentación moral de los derechos humanos y la correlativa afirmación de un escepticismo ético.

Los derechos se sostienen en sí mismos. No hay ni una moral absoluta ni un derecho natural. Son frágiles. Ello implica "enfrentar la situación con decisión y coraje" (*AL*, 624)<sup>24</sup>.

¿Qué significa en todo caso el término conquista? ¿Qué es una lógica (en un sentido amplio y quizás metafórico de la palabra 'lógica' de la conquista y de la defensa)? ¿No sería una lógica del poder? ¿No permitiría dicha lógica descifrar las polémicas y diferencias de la dogmática jurídica? ¿No sería la interpretación del texto constitucional en términos de derechos garantizados un momento nuclear de esa tarea de defensa de esas frágiles conquistas? Y por el contrario, ¿no sería la interpretación en términos de promesas vacías un medio de socavamiento? ¿No permitiría incluso, aquella lógica del poder, descifrar las polémicas y diferencias de las teorías analíticas y explicativas? ¿No sería esta la vía para descifrar lo que Hart llama el "deseo de los juristas"?

En fin, todo esto que hemos dicho en una modesta y muy sumaria lectura forma parte del discurso jurídico y, por ende, forma ínfima parte de ese conflicto, de esa contienda que en él se despliega y que en él se desarrolla.

<sup>24</sup> Esta posición, sin duda, es deudora de la actitud sostenida por Freud en textos como *El Porvenir de una Nación*. Desarrollar los ecos presentes nos llevaría más allá de los restringidos límites de este trabajo.