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[1].

¿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 hojaldrado discurrir de la historia. Digo: nada de lo que figura en esta enumeración *parece* ser una

[1] 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**, ambos seguidos 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"[2].

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 renovación* 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

[2] Ver Husserl, E., *Ideas Relativas a una Fenomenología Pura y una Filosofía Fenomenológica*, FCE, México, 1986, pág. 235 (observación al parágrafo 96). Las referencias de Alchourrón y Bulygin a la fenomenología husserliana son casi inexistentes. El *casi* 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 revisación* 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, 21).

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 kuhnianos: 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 importar 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"[3].

Siguiendo el ejemplo (o esta ejemplar analogía): donde la historia lógico-analítica pone a Fregue, 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[4]. Y

[3] Ver Entelman, R., "Introducción" a *El Discurso Jurídico. Perspectiva Psicoanalítica y otros Abordajes Epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pág. 17.

[4] 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 '**P**p' 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 desagrega 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 provisoria 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[5].

[5] Para otras concepciones del discurso (en su especificidad jurídica), ver Nino, C., *La Validez 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[6].

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*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

[6] "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 puede 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., *Antología 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)[7].

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*. Él es el material básico sobre el que operarán todos los niveles y metaniveles subsiguientes.

[7] O también: "Al decir que p está prohibido en el sistema α, en lugar de formular una norma, enunciamos 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)[8].

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 (civil, 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-

[8] 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**, XXXI).

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[9].

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

[9] 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. 33-91.

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[10].

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[11]. Como señalan

[10] Las distinciones entre normas y proposiciones normativas por un lado y entre permisión débil y fuerte por otro, son uno de los hilos manifiestos de los ensayos reunidos en **AL** (ver entre otros los capítulos 2, 5, 8, 10, 11, 14, 17 y 24). Hay que señalar que Von Wright, en su prólogo a **AL**, considera a estas contribuciones como un notable aporte particularmente importante.

[11] 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)[12].

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**)[13]. 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 deslindar 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 decimonónicos: a gnoseología o teoría del conocer).

[12] 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 [traducimos (HC): la teoría general del derecho] no es el derecho mismo, sino (el lenguaje de) la ciencia jurídica" (**AL**, 343).

[13] "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 los sistemas normativos", ver Bulygin, E., "Lógica deóntica", en Alchourrón, Méndez y Orayen, *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 antijurídico, 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[14]:

[14] Señalo, al pasar, que la presentación topológica es habitual en Alchourrón y Bulygin, ver **AL**, 595 y **AL**, 553.

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 sinsentidos 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 en 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: *Kampfplatz*, 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 entretejen 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[15]. 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

[15] "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[16].

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

[16] 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)[17].

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[18].

En síntesis, previo a la sistematización normativa está