

ENSAYOS

DOSSIER: FILOSOFÍA DEL DERECHO

- MAJL, ENRIQUE:** *Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley.*
- RUSO, EDUARDO ÁNGEL:** *Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso. (Acercas de los conceptos básicos de las teorías del Estado y del Derecho).*
- BORDAS DE ROJAS PAZ, NERVA:** *Subjetividad y olvido. Regreso desde una ontología política.*
- FARRELL, MARTÍN:** *Las intuiciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo.*
- GUTHBOURG, RICARDO A.:** *El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales.*
- CORTI, HORACIO GUILLERMO:** *La forma básica del discurso jurídico.*
- ROSENKRANTZ, CARLOS F.:** *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual.*

LECCIONES

- GONZÁLEZ GARCÍA, EUSEBIO:** *Interpretación de la norma jurídica tributaria.*
- RAFFIN, MARCELO SERGIO:** *Cómo quedar bien con Dios y con el diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y pragmatidad de las normas jurídicas.*

ENSAYOS

- CATEX, FRANCISCO IGNACIO:** *El entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requeridas y declaradas durante la etapa intermedia. Una violación del Estado-de-Derecho.*
- TORRES LÉPORI, ALEJANDRO:** *Los tratados internacionales en la Constitución argentina.*

MISCELÁNEA

- VERÍSSIMO, LUIS FERNANDO:** *La verdad.*

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alessio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Montayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirectora

Mary Ana Baleff

Secretaria

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cueto Búa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director: Leonardo G. Filippini

Subdirectora: Julieta Bossi

Secretaria de Redacción: Laura Lado

Redactores: Juana M. Kwaital

Martín Sigal

Colaboradores: Denise Blech

Agustín Flah

Rodrigo Freire Méndez

Natalia Méndez

Ezequiel Nino

Eliana Santanasteglia

Carolina Varsky

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**LECCIONES
Y
ENSAYOS**

1997 - 67/68



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 1263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 30 de setiembre de 1997,
en ARTES GRÁFICAS CANDEL, sito en la calle Nicaragua 4462,
Buenos Aires, República Argentina

EDITORIAL

En la búsqueda por mantener un ámbito para la libre discusión de las ideas, *Lecciones y Ensayos* presenta un dossier sobre "Filosofía del Derecho", proponiendo a sus lectores una reflexión crítica sobre las fuentes primigenias de la ciencia jurídica.

Como estudiantes de Derecho, de nosotras también depende que la noción de Justicia constituya una realidad cotidiana y tangible, y no quede reducida a un mero objeto de estudio.

ÍNDICE

Editorial	7
DOSSIER: FILOSOFÍA DEL DERECHO	
Mari, Enrique, Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley	13
Russo, Eduardo Ángel, Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso. (Acerca de los conceptos básicos de las teorías del Estado y del Derecho)	43
Bordas de Rojas Paz, Nerva, Subjetividad y olvido. Regreso desde una ontología política	63
Farrell, Martín, Las intuiciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo	81
Guibourg, Ricardo A., El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales	93
Corti, Horacio Guillermo, La forma básica del discurso jurídico	105
Rosenkrantz, Carlos F., Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual	147

LECCIONES

González García, Eusebio, Interpretación de la norma jurídica tributaria	207
--	-----

Raffin, Marcelo Sergio, Cómo quedar bien con Dios y con el diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y pragmatidad de las normas jurídicas	253
---	-----

ENSAYOS

Castex, Francisco Ignacio, El entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requirentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado de Derecho	261
Torres Lépori, Alejandro, Los tratados internacionales en la Constitución argentina	285

MISCELÁNEA

Vertissimo, Luis Fernando, La verdad	307
--	-----

**DOSSIER:
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

RUDOLF VON IHERING Y LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA LEY*

ENRIQUE MARI

I. IHERING FRENTE A LA ESCUELA EXEGÉTICA

A más de un siglo de distancia puede aseverarse hoy que pocos juristas y escritores decimonónicos, tuvieran ecos tan perdurables como los de Rudolf von Ihering, en cuyos escritos se forjó el nuevo medio de interpretación de la ley: *la concepción finalista del derecho*.

Buena parte de su intensa y larga obra jurídica, prácticamente cincuenta años, se constituyó en el ariete más eficaz contra las murallas de la exégesis.

Algún comentarista como Picard, ha visto en Ihering su extraordinaria penetración y poder para poner en evidencia los arcanos sutiles del derecho, sus abismos y profundidades. Estos arcanos, abismos y profundidades no serían sino el producto de las animadas imágenes de la vida. En este sentido, frente a la estática red conceptual de la exégesis Ihering representaría las conocidas palabras de Mefistófeles al Fausto goethiano: "*Grau, theurer Freunde, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldener Baum*" (Toda teoría es seca mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido).

Sin embargo, frente a las técnicas instrumentales de la

* Este trabajo es un capítulo del libro *La Interpretación de la Ley*, a publicar por Abeledo-Perrot.

exégesis, frente a su modelo de un texto de la ley concebido como única matriz productora de sentido, con un autor emittente y ficticio, el legislador racional, texto que actuaría entonces como el lugar de acople entre una maquinaria conceptual y un maquinista cuya voluntad podría leerse en forma transparente en sus simples engranajes lógico-gramaticales; frente a todo esto, sería incorrecto valorar lo que Ihering aporta considerándolo un mero almacén de imágenes huidizas e impalpables, producidas por el representante de una alternativa irracional al extremado racionalismo de la exégesis.

Muy por el contrario, sus aportes no pueden ser justipreciados sino en función de su constante recurrencia y apelación a las circunstancias históricas que circundan los textos, es decir en función de su recurso a la realidad.

Ihering, en efecto, fue un notable aunque frustrado precursor del realismo, incluyendo en este término un espectro amplio donde entran todas las posiciones que, además de las palabras de la ley, toman en cuenta los contextos y las situaciones extralingüísticas. Espectro, en consecuencia, más amplio que el que abarca el realismo anglosajón y la escuela escandinava.

Claro está que para llegar a este intentado realismo, producto de un Ihering maduro, el Ihering de *La Lucha por el Derecho*, *El Fin del Derecho* y *Jurisprudencia en Broma y en Serio*, hubo de atravesar dos etapas básicas.

Conviene, entonces, comenzar con el análisis de la primera etapa, viendo cómo se relaciona Ihering con el pensamiento alemán de la época, para seguirlo luego en su rotación a la etapa finalista.

II. EL PENSAMIENTO ALEMÁN. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO. LA POLEMICA THIBAUT-SAVIGNY SOBRE LA CODIFICACIÓN

El desarrollo intelectual de Ihering lo encuentra, en sus comienzos, cercano a la *Escuela Histórica del Derecho*. Para entender esta escuela y su vínculo con Ihering, hay que ubicarse en el entorno político de las guerras napoleónicas, en una Alemania fragmentada territorialmente, cuya unificación recién se va a lograr en 1870.

Resulta muy común en los medios filosóficos recordar un presunto comentario atribuido a Hegel al ver entrar a las tropas de Napoleón en Jena donde desarrollaba sus cursos: con las mochilas de los soldados de Napoleón entraba en Alemania la Razón. Los ideales de la revolución francesa, las ideas de libertad, la concepción racionalista del *Aufklärung*, todo esto es lo que Hegel habría visualizado en esas mochilas. En el plano de lo jurídico, entraba el *Code Civil*, el sueño de un sistema codificado único para una Alemania dividida y, en lo doctrinario, el iusnaturalismo con principios jurídicos válidos a priori, más allá de la experiencia histórica, de los que podrían y deberían inferirse los derechos positivos.

Sin embargo, desde el instante mismo de la invasión, comenzó a manifestarse en Alemania, una política nacional adversa a las conquistas que impulsaba Napoleón, ya éste en pleno viraje hacia el autoritarismo imperial.

Es este fermento político, el de las reivindicaciones nacionales, lo que hará crecer a la Escuela Histórica del Derecho en esta atmósfera de hostilidad a la política de expansión francesa, atmósfera que la escuela va a traducir y representar en lo político.

En este plano, la escuela resultaba portavoz de una aguda negación del iusnaturalismo al que oponía el reconocimiento de las experiencias históricas, adecuando el derecho a las circunstancias de tiempo y lugar y a la impronta de la política nacional germánica.

La parte más madura de las ideas de esta escuela fue expuesta por Friedrich K. von Savigny en una obra circunstancial *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* producida en forma polémica contra el profesor de Heildelberg, Anton F. J. Thibaut, defensor de la codificación en Alemania. El ensayo de este último, *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, negaba que pudieran solucionarse los problemas del desmembramiento restituyendo a los alemanes sus antiguas costumbres. Por el contrario, aseveraba, el derecho civil (entendiéndose por tal el privado, el penal y el procesal) requería una rápida transformación, y los alemanes no podrían alcanzar la felicidad en sus relaciones civiles más que cuando todas las administraciones y órganos políticos locales trataran de "...poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para

toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares¹.

Thibaut encontraba en la pluralidad del derecho autóctono una enojosa dificultad: los fragmentos desgajados del derecho romano, las leyes y las ordenanzas de los diversos países, no mostraban en su embrollada masa, más que la antigua rudeza y la estrechez de miras. De ahí que Thibaut otorgara a la codificación y su unidad un valor inapreciable. Por otro lado, una cuestión económica puntual y concreta alentaba la opinión de Thibaut. Las distintas regiones de la Alemania dividida asistían a un crecimiento interno del tráfico mercantil, al aumento del intercambio económico de las regiones y a la consolidación de las relaciones en el seno de lo que, en el lenguaje de la época, se llamaba la sociedad civil. Era lógico pensar, entonces, la unidad del derecho interestatal como un instrumento rico y activo para estimular el reemplazo de la confusa multiplicidad y colisión de las leyes, y no menos lógico ver en ella una levadura jurídica para la cohesión de ese proceso económico.

En cuanto a lo político, si bien la separación entre las regiones aparecía en esa época, como situación irreversible a los ojos de Thibaut, él pensaba que nada mejor que un código sencillo para satisfacer un sentido fraternal de igualdad y evitar que una potencia extranjera se aprovechase de una parte de Alemania contra las demás.

Adaptando, finalmente, a esta situación histórica de disgregación política y administrativa del suelo alemán uno de los argumentos favoritos de Bentham, el relativo a los abusos del carácter oracular del derecho, Thibaut añadió: "La unidad del derecho, por el contrario, allanaría y haría más segura la vida del ciudadano en otro país, y los malos abogados no encontrarían ya ocasión de exprimir y maltratar descaradamente a los países extranjeros con la venta de sus secretos jurídicos".

¹ Pueden verse los textos de Savigny y Thibaut, *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* (1814) y *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania* (1814). Están en su traducción castellana, incluidos en el libro *Thibaut, Savigny. La Codificación*, Aguilar, Madrid, 1970. Cuenta con una introducción muy aclaratoria de los aspectos históricos y jurídicos de Jacques Steen.

El texto que contiene la respuesta de Savigny (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) es, sin duda, un clásico de la dogmática jurídica. Savigny respeta a Thibaut por haberse opuesto éste en su hora a la introducción del *Code Napoléon*, código que, en su decir, había sido "infiltrado" en Alemania y seguía carcomiendo como un cáncer.

La respuesta de Savigny a Thibaut es por eso pacífica, pero sin concesiones en su crítica al proyecto de codificación.

Básicamente, propone como alternativa al racionalismo codificado, reemplazarlo por una conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo, equiparando el derecho con el lenguaje, al que concibe a la mejor manera del romanticismo alemán de los hermanos Jacob y Wilhelm Grimm. El derecho es como el idioma (las costumbres y la organización) privativo del pueblo y no el producto de la razón abstracta. Se materializa en las acciones simbólicas de los pueblos y, a semejanza también del idioma, no hay en su dominio momentos de inercia o de estancamiento.

Como todas las demás tendencias del pueblo, el derecho está sometido al mismo movimiento y evolución. La razón es absoluta y eterna; el derecho en cambio es relativo. Crece con el pueblo, se perfecciona con él y muere, finalmente, al perder el pueblo su peculiaridad.

De la conciencia del pueblo, el derecho pasa a la conciencia de los juristas. A partir de este traspaso, su existencia es más complicada porque vive una doble vida: una, como fragmento de la vida total del pueblo. La otra, como ciencia especial, la que se desenvuelve en manos de los juristas.

Los pueblos jóvenes tienen una visión más precisa del derecho, pero esa visión, aduce Savigny, les falta para los códigos, el lenguaje y el arte lógico. Por el contrario, en las épocas de decadencia falta, en casi todas las leyes, el conocimiento tanto de la materia como del lenguaje. Es por ello que queda una época intermedia que, para el derecho, puede valer como cumbre de la perfección. Sólo que una época semejante no siente la necesidad de un código para sí misma y aunque podría elaborarlo para un tiempo posterior, rara vez ocurre esto en la historia.

Lo que separa a Savigny de la escuela de la exégesis consiste, en esencia, en que esta última escuela es el producto del movimiento codificador. En punto a la interpretación, su

apelación es a la letra de la ley y, subsidiariamente al espíritu de la ley, mientras que a este espíritu, Savigny opone el Volkgeist, el espíritu del pueblo. Cualquier referencia a la escuela histórica, no puede prescindir de este concepto. La idea de que el derecho no hay que buscarlo en los códigos sino en "el espíritu del pueblo" tiene sus ancestros. En *Esprit des Lois* Montesquieu hablaba de "esprit de la nation", lo mismo que Edmund Burke en Inglaterra, y en Alemania era de uso corriente entre los románticos como los citados Grimm, Herder, Novalis y F. Schlegel, empleada con el significado de conciencia del pueblo².

Es ésta la faceta más difundida de la llamada *geschichtliche Schule* (más tarde *Historische Schule*) con pronta coloración y empleo irracional en la política y la cultura germana, producto de su condición de corriente restauradora de las costumbres y tradiciones, de los valores de jerarquía y obediencia frente a los de emancipación y progreso de las luces, y producto también de su vocación de reemplazo, como dice Alfred Dufour, del mecanismo cartesiano por la visión organicista del mundo. Un proceso que en lo político y lo jurídico, Jacques Droz describe de esta manera: "Los últimos años del siglo XVIII fueron marcados en el plano de las ciencias naturales y humanas, por una restauración de los valores irracionales. Por mucho tiempo la Revolución Francesa fue considerada responsable de esta transformación de los espíritus: los crímenes cometidos en su nombre, la impotencia de los franceses en promover esta libertad que habían prometido al mundo, el uso abusivo hecho de la razón aplicada a las instituciones políticas y sociales, habían tenido como efecto natural determinar a los contemporáneos a un retorno hacia la tradición y la adopción por ello de una actitud conservadora. Este retorno a los valores irracionales se operó en tres planos diferentes:

1^o) Frente al *Aufklärung* que enseñaba la marcha progresiva del espíritu humano hacia una libertad crecida y que preconizaba una voluntad de emancipación respecto de las autoridades religiosas y políticas se produjo una reacción sostenida por los elementos de la sociedad más apegados al

² Véase Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1979, Siglos XII y XX, Caps. 10 y 11.

orden establecido, y que han utilizado la tesis de un 'complot revolucionario' para restaurar las nociones de jerarquía y obediencia.

"2º) Suscitada por la filosofía de la historia de Herder, así como por la rehabilitación de la Edad Media, una nueva generación se vio tentada a dar una importancia nueva a los valores históricos, invitando por esta vía a las naciones a permanecer fieles a sus tradiciones y costumbres, cuyo valor era reconocido como superior a las elucubraciones de la razón.

"3º) El desarrollo de las ciencias naturales, comportando la sustitución de la explicación "mecánica" por la explicación 'orgánica' del mundo, condujo a ciertos pensadores a aplicar la noción de organismo vivo a las ciencias humanas y a construir alrededor del Estado una concepción tal que la acción de los legisladores aparecía de aquí en más como superflua".

Pero —como apunta Siperman con gran acierto en el ensayo que antes citáramos— las tesis acerca del Volkgeist no agotan el significado de la escuela histórica, constituyendo su contribución más rica al desarrollo del pensamiento jurídico la relativización histórica de los contenidos materiales de la regulación normativa, una dimensión que nada tiene en sí de conservativa o reaccionaria; a lo que cabría agregar: a condición de que la correa de transmisión del material histórico no hubiese sido el sentimiento sino la razón, como aduce la aguda crítica de Alf Ross a esa escuela en *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis* (*Crítica del Llamado Conocimiento Práctico*) de 1933³.

Es a esta dimensión a la que se refiere Ihering discípulo y luego duro contendor de Savigny en *Jahrbücher für Dogmatik*, V. 364, cuando resume así la opinión que le merece la polémica de este último con Thibaut acerca de la codificación: "La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del derecho, unida a un esquema de los

³ Alfred Dufour, "Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit Historique", *Archives de Philosophie du Droit*, T. 23, *Formes de Rationalité et Droit*, Sirey, Paris, 1978.

⁴ Alf Ross, *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis*, Felix Meiner, Leipzig, 1933.

momentos principales de la historia de su desarrollo y contrapuesta como concepción "histórica", a la concepción racionalista dominante hasta entonces".

Puesto que el código, vástago del racionalismo, era percibido como el instrumento más adecuado para la obtención del valor seguridad en el derecho, Savigny concluye su *Beruf* aclarando que su confrontación con Thibaut no debía considerarse como si a él le resultase indiferente dicho valor. Por el contrario, asegura, su deseo de una base de derecho segura contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos, su deseo de la misma comunidad nacional y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto, no difiere en sustancia del deseo de Thibaut. Sólo que éste y sus partidarios piden un código que no traería la ansiada unidad más que para la mitad de Alemania en detrimento de la otra mitad, destinada a permanecer más separada que antes.

Esto lo induce a considerar que el medio más idóneo para obtener la unidad y consolidar las notas comunes a toda la nación alemana, no es el código sino la ciencia del derecho orgánica y progresiva.

Así, el *Volksgeist*, esta abstrusa personificación ideológica de lo que en última instancia no era sino el poder de los Ausburgos, los Austria y los Hohenzollern, se metamorfosea en el *Juristengeist*; del espíritu del pueblo pasa al espíritu de los juristas. De aquí en más, el espíritu del pueblo, la conciencia del pueblo encontrará todos sus registros en la jurisprudencia o teoría del derecho, impregnando a ésta de un conservantismo que va a ser perdurable.

En esta dirección de los estudios impuesta por Savigny, y para tomar luego distancia con los mismos, se va modelando la figura de Rudolf von Ihering, primer Ihering que dedica a Puchta el volumen primero de su *Espíritu del Derecho Romano* (*Der Geist des Römischen Rechts*) y produce su *Nuestro Propósito* (*Unsere Aufgabe*) de 1857, donde fuera enunciado el programa de la sistemática civilista.

El signo más destacado de esta primera fase de Ihering es su contribución a la llamada *Begriffsjurisprudenz*, o jurisprudencia de los conceptos, orientación de la ciencia jurídica alemana conocida como dogmática, que trabaja sobre el eje de conceptos jurídicos generales facturados sobre normas en tanto normas existentes, o sea como "dogmas". Positivismo

jurídico-formalista que aspiraba a hacer del derecho "un sistema", conectando sus elementos lógicamente, y en la forma más rigurosa posible. Esta tarea encuentra a Ihering en la línea de Windscheid (*Der Lehrbuch des Pandektenrechts*) y de Carlos F. von Gerber.

La edificación de este "sistema" permitiría iluminar los principios lógicos del ordenamiento jurídico, principios no siempre declarados por las normas jurídicas y de los cuales se pueden lograr nuevas normas, nuevos conceptos y proposiciones².

III. LA CUESTIÓN DE LOS SISTEMAS. LA FÓRMULA: "LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR"

El pensador contemporáneo de la teoría de los sistemas aplicable a las ciencias sociales en Alemania, Niklas Luhmann, se encarga de sugerirnos que no hay que confundir este primer sistema con el concepto de sistema de Ihering, con el que éste aplicaba a la materia jurídica las perspectivas evolucionistas procedentes de la biología y las ciencias naturales.

Una de las maneras de inteligir el paso del primer Ihering al segundo —acompañando todo un cambio en la estructura teórica que va de la dogmática a la sociología— era verlo como un paso desde los argumentos aparentes derivados de conceptos, al énfasis puesto en el valor real de las situaciones de intereses de facto. Sin embargo, inquiriere Luhmann en *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*³, ¿no es éste un modo demasiado sencillo de ver el problema?

² Véase sobre la factibilidad de derivar de las normas, entendidas como dogmas, nuevas normas, conceptos y proposiciones, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, del profesor de la Universidad de Bielefeld, Alemania Federal, Niklas Luhmann; trad. española, Madrid, *Colección Centro de Estudios Constitucionales*, 1983. De Ihering, *La Dogmática Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946.

³ Entre otras debilidades que anota en relación a la dogmática, Luhmann, representante del funcionalismo germano, dice en las págs. 107-108: "De hecho, sin embargo, la referencia a la voluntad del sujeto y a su interés en disponer no aclaran suficientemente ni la función del concepto ni las causas por las que es adecuado a la sociedad moderna... La construcción dogmática del derecho subjetivo no ha podido llegar, al menos hasta

Su respuesta es afirmativa: "El cambio de dirección en la teoría jurídica por Rudolf von Ihering no se puede formular de modo tan simple. Para ver el punto de inflexión ha de tenerse en cuenta en primer lugar los antecedentes históricos, ligados a la comprensión del concepto de sistema. La idea de sistema había sido traspasada a principios del siglo XVII de la astronomía y la enseñanza de la música a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, en estrecha relación con el problema de la certeza de la discusión teológica y del naciente confesionalismo, y lo había sido en un principio como medio para el orden técnico de la enseñanza, después de que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certidumbre de la fe se habían mostrado insolubles, al nivel de la discusión conceptual de la escolástica. Esta relación con la contingencia y con el propósito de asegurar la certeza había hecho natural una mixtura del concepto de sistema con problemas del conocimiento. Se consideraba al sistema como medio de orden y de clasificación y, de este modo, como medio para asegurar y fundamentar los conocimientos, pero no sin más también como realidad (y desde luego ni en el sentido medieval ni en el moderno de 'realidad')"⁷.

Así concebido, el sistema no era originariamente en el pensamiento alemán más que el fruto de la clasificación pro-

ahora, hasta una total problematización de la asimetría. Se ha limitado a unir el concepto de poder de la voluntad que procede de Kant y de Savigny con el concepto de Ihering, del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido y afirma que el derecho subjetivo es ambas cosas".

Sobre la dogmática véase el importante trabajo de Enrique Zuleta Fucini, *Aspectos Actuales de la Teoría de la Interpretación*, Edeval, Valparaíso, 1980. Nos dice aquí: "El esfuerzo teórico de la dogmática girará, en consecuencia, en torno a la idea de sistema. Toda costumbre, institución o relación de derecho cobra sentido en tanto y en cuanto su inserción en el sistema total le adjudica, a su vez, una función. El funcionalismo es así un presupuesto latente del positivismo, cuya falta de explicitación obedece seguramente a los mismos factores que explican la ausencia de una conciencia efectiva de la tradición histórica y filosófica de sus conceptos fundamentales en el positivismo. La dogmática procura, precisamente, el establecimiento de un nuevo catálogo unitario de prioridades, apto para ofrecer una base de justificación a la decisión y que reconozca a la ciencia como última instancia fundamentadora". Más adelante veremos cómo esta instancia científica aparecerá debilitada en el pensamiento de Ihering.

⁷ Luhmann, op. cit., págs. 17 y 26.

yectada en puntos de vista existentes y aceptados, y reproducía los defectos del abstractismo conceptual, conectados ahora no sólo con el método gramatical, sino con el método sistemático, del que Ihering quería tomar distancias sin poder hacerlo por completo en su primer período.

¿Pero en qué consiste exactamente este método sistemático y cuáles son los puntos de vista existentes y aceptados que Ihering habría recogido en esta fase inicial incorporándolos como legado recibido, aunque no sin modificaciones, en su *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung*? ¿qué aporta de novedoso el método sistemático en relación a la metodología de la exégesis?

Digamos ante todo que, frente a la exégesis, el método sistemático implica un ponderable incremento teórico, al hacer recaer la interpretación no ya sobre las palabras aisladas de la ley o sobre normas aisladas privadas de contexto, sino sobre un conjunto de enunciados normativos. Conforme a sus reglas, la interpretación no supone asignación de sentido gramatical al lenguaje de los enunciados normativos, sino producción de sentido en función de la coherencia de este lenguaje dentro de un conjunto normativo más extenso. Las leyes se entrelazan en un tejido sistemático, y el criterio de validez de una interpretación reposa en su consistencia o falta de contradicción dentro del sistema.

En cuanto a la herencia que recibe Ihering es el concepto de Sistema defendido por el mismo Savigny en la modalidad que surge del *System des Heutigen Römischen Rechts* (T. I) algunos de cuyos párrafos reproduce Roberto J. Verrengo en *La Interpretación Jurídica*⁸. Dicen estos pasajes: "El texto canónico del cual Savigny, como romanista parte, es un fragmento del jurista Celso donde éste afirma que: "... es

⁸ Roberto Verrengo, *La Interpretación Jurídica*, UNAM, México, 1971. Que Verrengo sólo piensa en el pasado mítico al criticar esta concepción, le acreditan entre otras, este párrafo, pág. 85: "y nada debe cambiar [el derecho actual, las normas que solucionan casos futuros] deben ser intangibles, porque únicamente vale, tiene prestigio social intocable, lo que en el pasado mítico quiso el legislador originario, lo que quiso el creador del cosmos social, lo que quisieron los padres de la patria". De este autor véase también *La Interpretación Literal de la Ley*, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1971.

inconveniente —contrario a derecho— juzgar o dictaminar sin examinar la totalidad de la ley, y proponiendo solamente una partecilla de ella'. 'La interpretación debe cumplirse refiriéndose a la ley en su totalidad, no a sus partes: la ley, quiseá, no es la mera suma de sus partículas'. Como totalidad, tiene un plus sistemático que es factor determinante, condición necesaria de la bondad de la sentencia o de una respuesta jurisprudencial".

Admitir este plus sistemático, a que alude Vernengo, es cuestión problemática que depende de las orientaciones filosóficas. Pero cualquiera que fuere la pertinencia de aceptar este concepto de totalidad, es evidente que en la concepción de sistema que trabaja Savigny —y que, en este aspecto, heredará nuestro siglo— resultaba un lugar común expresar en el pensamiento social que el todo dice más que la suma de las partes.

Savigny se refiere a esto así: "Todas las instituciones jurídicas están unidas en un sistema, y sólo en el conjunto enorme de ese sistema (es donde) vuelve a reaparecer la misma naturaleza orgánica [y] pueden ser comprendidas plenamente. Una regla jurídica aislada 'sólo tiene una naturaleza limitada y dependiente, y sólo encuentra en la intención de la relación jurídica sus raíces vitales y su fuerza de convicción'... 'Por incommensurable que sea la distancia entre una relación jurídica particular y aislada, y el sistema del derecho positivo de una nación, la diferencia reposa únicamente en las dimensiones, puesto que no difieren por su esencia y la experiencia espiritual que lleva al conocimiento de la una (i.e. de una relación jurídica particular) o el otro (i.e. el derecho positivo de una nación) es esencialmente la misma' ".

De estos textos de Savigny se desprenden las siguientes consecuencias: a) que la escuela exegética se equivocaba al considerar que la interpretación recaía en lo sustancial sobre las palabras de la ley y no sobre la *lex tota* y, b) que volvía a errar al desconocer la relación de la ley con las instituciones jurídicas más globales y, en definitiva, con todo el sistema jurídico.

Para Vernengo estos textos permiten presuponer que no hay algo así como la interpretación o el conocimiento de cosas aisladas, sino únicamente del conjunto de normas.

Así, el sistema caracteriza la totalidad englobante y actúa como mecanismo dador de sentido a cada una de sus par-

tes. Esta característica no implica postular la verdad del sistema como una verdad inductiva que procediese por generalización, remontándose a la manera de la vieja lógica aristotélica de lo particular a lo general, o como una verdad deductiva también tradicional que, por el procedimiento inverso, descendiese a lo particular desde un principio evidente ubicado a la cabeza del sistema.

El mantenimiento de la estructura deductiva de la ciencia dogmática no implicó el mantenimiento de ningún postulado de evidencia. Mantener el postulado de evidencia era señalar un espacio para ser ocupado por principios del derecho natural, y no por normas del derecho positivo. Siendo que, como antes dijéramos, en la dogmática los dogmas son normas creadas y no principios o conceptos iusnaturalistas. La idea de un sistema con una plataforma especulativa poblada de entidades no avaladas por la experiencia empírica como la justicia, la equidad o cualquiera otra emanación de la razón, no formaba parte del programa de la dogmática. A lo sumo, integraba este programa un conjunto finito de normas (la base del sistema) y sus consecuencias enumerables inferibles, o sea, todas aquellas, no contradictorias, compatibles con la base dogmáticamente establecida.

Por esta razón, añade Vernengo, la "interpretación sistemática" es aquella en que la interpretación de una norma, o normas, consistiría en el conjunto de enunciados lógicamente derivables de la base dogmática.

"Es esta base dogmática más el conjunto de sus consecuencias, lo que determina el universo del discurso del orden jurídico. De ahí que sea común entre los juristas denominar 'interpretación' a la actividad de extraer consecuencias lógicas de ciertas normas dadas del material dogmáticamente impuesto. Y por 'consecuencia' se entiende aquel enunciado formalmente deducible. Para que una norma aislada tenga 'sentido', se requiere, según Savigny, que sea compatible y consistente con las normas que el legislador hubiese formulado; o, por lo menos, compatible con *el pensamiento del legislador* ('Gedanke')."

La lectura que Vernengo propone del concepto de sistema de Savigny problematiza el pensamiento sistemático. En efecto, en la última parte del párrafo transcrito se asevera que para que una norma aislada tenga sentido se requiere,

como condición mínima, que sea compatible con "el pensamiento del legislador".

Si esta lectura fuese correcta —y no hay razón para no tenerla por tal— aparecería en la "interpretación sistemática" un problema semejante al de la inclusión en la exégesis de la fórmula "espíritu de la ley" al lado de las operaciones gramaticales y lógicas; fórmula que, volvemos a recordar, no sólo se debía a la pluma de Göny, sino a integrantes de la misma escuela exegética. El único referente que se encontraba para "espíritu de la ley", en esa escuela, estaba dado por la intención del legislador.

De este modo la inclusión de "pensamiento del legislador" en el nuevo tipo de "interpretación sistemática" acercaría bastante ambas modalidades hermenéuticas, hasta un grado que, probablemente, no aceptarían reconocer los partidarios de cada una de ellas por su lado.

La pregunta crucial sería la siguiente: ¿qué quiere, en rigor, decir que para que una norma aislada tenga sentido se requiere, como mínimo, que sea compatible con el pensamiento del legislador? ¿cómo identificar este pensamiento si se entiende por él algo distinto de las normas que el legislador hubiese formulado, o algo distinto de la base del sistema más sus consecuencias lógicas?

¿A dónde habría que ir a detectar ese pensamiento o esa intención más allá del sistema, o sea del conjunto finito de normas básicas y el conjunto de todas sus consecuencias lógicas?

A propósito de esta fórmula en la modalidad exegética (voluntad del legislador), Vernengo concluye que se trata de un mito de origen adoptado para explicar que lo que uno acata y obedece proviene de haber sido querido así en el inicio de los tiempos históricos. El derecho no sería en esta versión la voluntad de un legislador histórico, sino la voluntad de "el" legislador originario mítico.

En tal referencia al pasado se disimularía una operación ideológica consistente en idealizar el sistema jurídico positivo, como sistema estático, concluso y petrificado, como sistema de derecho creado de una vez por todas. El pasado actuaría de parámetro temporal positivo, ya que remontándose a la presunta voluntad del legislador originario se podría reconstruir el sentido de la ley y caucionar desde allí la solución de los casos futuros. El recurso a la "voluntad del legis-

lador" entraría en un montaje ideológico porque importaría recurrir a una entidad construida socialmente para fines que no son puramente científicos. Por su pasado mítico, la voluntad del legislador gozaría del prestigio social que concierne al creador del cosmos jurídico. La interpretación exegética de la ley tendería a asegurar la infalibilidad de la ley, la sacralidad del orden jurídico, y la inmovilidad jurídica, reduciendo los cambios al mínimo posible como consecuencia de suponerlos guiados por el pasado rector.

Así, por ejemplo, una interpretación referida al *Code Civil*, que apelara a la voluntad del legislador, implicaría apelar a una entidad filosófica, la *volonté générale*, la *voluntad nacional*, etc., oscureciendo y disimulando el verdadero recurso a la voluntad del Emperador, o sea a la voluntad del poder político dominante.

Este análisis es aplicable, por completo, a la fórmula "pensamiento del legislador" atribuida a Savigny.

La fórmula voluntad del legislador, o cualquiera otra de la misma familia —"intención del legislador", "pensamiento del legislador", "espíritu del legislador", "Volksgeist"— nominada por Vernengo mito de origen, y por François Ost, entre otros, como mito del legislador racional, tiene un claro uso ideológico, entendiéndose por ideológicos aquellos enunciados que se consideran como propios de un campo determinado, cuando en realidad encuentran su origen y articulación en otros campos distintos, obedeciendo su transporte, en general, al objetivo de lograr determinados fines sociales. Por ejemplo, enunciados religiosos, morales, políticos o de otro orden, que se intentan hacer valer como científicos para incrementar su prestigio, cohesionar determinadas soluciones y lograr ciertas metas sociales⁹.

Ahora bien; aunque su función ideológica no varía en esencia, estos enunciados, más que mitos de origen son, en realidad, mecanismos del tipo que en la *Erkenntnistheorie* se conocen como ficciones del "como si". Se trata de ficciones

⁹ François Ost, "L'interprétation légale et systématique et le postulat de rationalité du législateur", en *L'interprétation en Droit. Approche Pluridisciplinaire*, Faculté Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, págs. 97-184.

fundadoras, en el sentido que activan la apertura de un marco de producción argumentativa y de soluciones conceptuales que se inscriben en ellas.

Estas ficciones, cuyo estudio desarrolló el neokantiano Hans Vaihinger en *Die Philosophie des 'als ob'*, por un lado pertenecen a la teoría del conocimiento ya que facilitan el acceso a un campo de objetos del conocimiento y, por otro, conservan una función de legitimación política y jurídica.

En lo político, un ejemplo destacado de este tipo de ficciones es el pacto social examinado por Thomas Hobbes en el *Leviathan*. En lo jurídico, la noción de Norma Básica de Hans Kelsen¹⁰.

No hay en la realidad histórica, ni en la documentación empírica, huellas que acrediten la existencia de un pacto social. Al proponerlo, Hobbes no alude a ningún hecho histórico real, pero si queremos entender en qué forma el régimen de soberanías fragmentadas del medioevo se convirtió en el Estado absoluto, de poder y administración concentrados, tenemos que admitir o proceder 'como si' los hombres (Hobbes universaliza en realidad con la categoría 'los hombres', a los señores feudales, los hombres de la guerra o bellatores) hubiesen suscripto un pacto cediendo la casi totalidad de su poder al más poderoso entre ellos, el Rey absoluto. Esto, a fin de evitar destruirse en la guerra de unos con otros y con la sola condición de que el beneficiario de la cesión garantizare la paz y la armonía entre todos.

Tampoco existe en la realidad jurídica una grand-norm, una norma superior a la cabeza del sistema jurídico de la cual dependa la validez de la constitución histórica y el resto del edificio jurídico. Pero, nos dice Kelsen, si queremos entender la estructura de este edificio y el modo de creación de las normas, los científicos del derecho deben presuponer (*vorzussetzen*) la existencia de esa norma superior que es un acto de

¹⁰ Sobre el concepto de ficciones en el derecho, Enrique Eduardo Mari y otros, *Derecho y Psicología*, Hachette, Buenos Aires, 1987. Aquí se incluye la contribución de Hans Kelsen, *La Función de la Constitución*, en la cual el autor de *La Teoría Pura del Derecho*, modifica el estatuto teórico de la Norma Básica, no considerándola más como hipótesis fundamental kantiana, sino como ficción en el sentido de la filosofía del "como si", de Hans Vaihinger.

voluntad fingido, o sea actuar 'como si' esa norma expresara una voluntad real y vigente¹¹.

Uno y otro mecanismo constituyen categorías del conocimiento, nos permiten conocer el régimen de la soberanía absoluta y el régimen jurídico y, al mismo tiempo, operan ideológicamente como legitimación y consagración del poder político vigente en la edad moderna en el caso de Hobbes, y de la validez del sistema jurídico en el caso de Kelsen. Cumplen, pues, la doble función de conocimiento y legitimación, o sea, función gnosológica y política.

Cuando los juristas en un acto de interpretación apelan a la voluntad del legislador no tienen en mente, en rigor, un acto de voluntad ubicado en el remoto y mítico pasado, un acto volitivo producido *in illo tempore*. Lo que tratan es de enlazar ficticiamente su acto interpretativo con una supuesta voluntad del legislador concreto que dictó la norma bajo su examen o decisión.

Producen, de esta manera, una interpretación en el interior de un mecanismo ficticio: actúan 'como si' la voluntad del legislador empírico y real dado estuviese implícita y reflejada en la lectura que ellos, los juristas, formulan de la ley¹².

En este caso, la ficción alude a un hecho del pasado, pero no a un pasado remoto que se evapora y diluye en los tiempos, sino a un pasado puntual, aquel en que un acto legislativo dado edictó la norma.

Es posible, en otra perspectiva, concebir también a esta ficción como emplazada en el futuro y no ya en el pasado. Como perteneciente al grupo o tipo de las Ideas reguladoras kantianas. "Voluntad del legislador", cumpliría en este sentido el papel de un ideal, de un foco de atracción, de una norma, que guiaría metodológicamente el conjunto de actos interpretativos que se realizan en el interior del sistema conceptualizado por Savigny. La voluntad del legislador no sería, aquí, el referente real de la voluntad empírica de un legislador concreto, ni el referente mítico de un legislador de

¹¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, cit., Int. François Tricaud, Sirey, París, 1971.

¹² François Ost, *op. cit.*, nota 9.

origen cuyas brumas se han dispersado ya en el devenir de los tiempos, ni el referente ficticio de un legislador al que se tiene 'como si' fuese el legislador histórico que sancionó la ley concreta que se interpreta. Esta fórmula interpela, en cambio, a una categoría filosófica normativa extrasistemática. Se trata de una categoría ajena a la experiencia y carente de suelo jurídico perceptivo, que se instala más allá del sistema para cementarlo y ordenarlo en su conjunto. Mecanismo exterior pero listo para todo servicio en lo interior: todas y cada una de los actos interpretativos de las leyes que forman el sistema jurídico quedarían asegurados en su corrección y garantizados al ser remitidos a ese referente o metaideal. En síntesis, en esta concepción, la voluntad del legislador es la pieza maestra extrasistemática de cohesión y validez de las interpretaciones legales intrasistemáticas.

Ahora bien, cualquiera que fuese el mecanismo adoptado para identificar el *modus teóricus* de la fórmula "la voluntad del legislador" ya sea que se la conciba como un mito de origen (Vernengo) o como una ficción del 'como si' (según lo propongo), o como una Idea reguladora, está siempre presente su papel específico técnico-jurídico y político-ideológico, de justificación y respaldo metalingüístico o metasistemático del pleo de interpretaciones de la ley.

IV. AFINIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA NOCIÓN DE SISTEMA Y LA EXÉGESIS. OTROS ASPECTOS DEL PARADIGMA DOGMÁTICO

Aclarado este papel de la voluntad del legislador en la noción de sistema de Savigny (y en cualquier otro lugar en que la fórmula, o alguna otra expresión, semántica o pragmáticamente equivalente, aparezca) es bueno precisar ahora las afinidades y las diferencias que la concepción sistemática de Savigny mantiene con la escuela exegética. Dando por descontado, ciertamente, el lucro teórico que representa la primera, en materia de interpretación, al emplazar, como fuera dicho, la lectura hermenéutica no ya en los enunciados y en las palabras aisladas de la ley, no ya en las leyes aisladas, sino en el conjunto del sistema jurídico.

En orden a las afinidades, la principal que se detecta entre todas estas corrientes de los siglos XVIII y XIX (la dog-

mática de Savigny y el primer Ihering y su forma inicial en la "jurisprudencia de conceptos" por un lado y, por el otro, la exégesis), es que todas parten de la idea de la ley positiva como un elemento sagrado.

Para todas ellas, el derecho es derecho positivo, y las leyes órdenes, mandatos del legislador a través del cual se expresa el Estado, destinados a obtener respuestas que la sociedad de que se trate considera deseables, con el procedimiento específico de imputar o enlazar una sanción a la conducta contraria.

Al estudiar la relación entre el paradigma dogmático y la ciencia del derecho o jurisprudencia, Enrique Zuleta Puceiro ordena en forma rica y teórica esta cuestión, comenzando por recordar la opinión del propio Ihering al respecto: "El derecho es ante todo ordenación, legislación, mandato positivo, asistido por la presencia coactiva del Estado. La construcción doctrinal —escribe Ihering— debe aplicarse directamente al derecho positivo. Como las reglas positivas son los únicos puntos de la línea, la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad en cuanto a las formas. El comentario a las pandectas de Windscheid, sin duda una de las obras más significativas del espíritu científico de la dogmática, comienza con una definición del derecho en términos de ley: 'Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho'. Décadas antes, frases célebres de los partidarios de la exégesis afirmaban igualmente rotunda fe en una idea básicamente legalista del derecho"¹².

¹² E. Zuleta Puceiro, *El método de la jurisprudencia dogmática en España del siglo XIX*, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1981. Asimismo, *Teoría del Derecho. Una Introducción Crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1987. En el primer trabajo, Zuleta Puceiro expresa así el sentido de la obra de Ihering: "Para Ihering las reglas del derecho no son otra cosa que pautas prácticas, calvinantes y externas del derecho, que no abarcan ni agotan su contenido real posible, ni en intensidad ni en extensión. El derecho no se identifica con las reglas jurídicas, ya que éstas se encuentran en estrecha relación con la capacidad de abstracción que posee una determinada época histórica. Un análisis de las reglas tiende a poner en contacto al investigador más con la conciencia de determinada época y determinada sociedad respecto a su derecho respectivo que con el derecho en general". Zuleta Puceiro nos habla aquí del Ihering del *Geist*.

El segundo trabajo es un actualizado aparte a la filosofía del derecho, desde modernas corrientes conceptuales.

Una segunda línea de afinidades se desarrolla alrededor del valor seguridad en el derecho, el que es compartido por todas las corrientes, aunque se modifiquen las modalidades que asume cada una. Así, la exégesis cree preservar este valor haciendo depender la interpretación, ante todo, de la subunción lógico-gramatical de casos concretos en el ordenamiento legislativo, básicamente en las palabras de la ley. Mientras que, en el paso del conceptualismo a la dogmática, Savigny percibe la seguridad en la interpretación centrada sobre la noción de sistema.

Demos el turno, ahora, a las diferencias.

Una de neto corte político ya fue puntualizada y no habremos, por lo tanto, de insistir en ella. Mientras la escuela de la exégesis, observábamos, representa la fase iluminista, y el ideario de la revolución democrática-liberal, aunque positivizada en términos jurídicos, la jurisprudencia de conceptos y sobre todo la escuela de Savigny resultan proclives a posiciones más conservadoras, y suponen un momento de cruda reacción nacional, romántica y anti-iluminista. Esta faz política, esta distinción a grandes rasgos del pensamiento francés y del pensamiento alemán de la época, no va sin referentes económicos. Mientras en Francia (y también en Inglaterra) el feudalismo estaba reducido y casi destruido, contando con administración unitaria y concentración de las riquezas en las grandes ciudades, gran cantidad de privilegios y derechos estatutarios eran, en cambio, conservados todavía por la nobleza feudal en una Alemania dividida y compartimentada en regiones, marcas y estados. Las tarifas proteccionistas prusianas y la creación del Zollverein trataban de oxigenar un cuerpo segmentado en las Länder, y fueron los elementos incipientes destinados a compensar la debilidad política, y a unificar más tarde, alrededor del estado prusiano, los intereses y la riqueza de manufacturas y comercios. Es por eso que en Renania y en Westfalia el liberalismo contó con una base más sólida, consecuencia del creciente desarrollo de la industria y la más prolongada ocupación francesa. Mientras que en los estados puramente agrarios del nordeste, la influencia francesa, y por ende liberal, fue casi imperceptible con predominio del despotismo y el sistema feudal. Y en los estados agrarios de Baden, Württemberg, Hesse y Hannover convergía una penetración francesa de más peso, una base social poco profunda y, como resultado puntado, un liberalismo más moderado.

Otro importante punto distintivo atañe al quehacer de la ciencia. La exégesis parte de la ley, de los textos por entonces altamente recepcionados en códigos. La *Begriffjurisprudenz* lo hace del concepto científico; Savigny, de la unidad orgánica que se traduce en el sistema.

Para Zuleta Puceiro esto marca un corrimiento en Savigny, del elemento político (un factor que vimos transparente en la polémica con Thibaut) al elemento técnico. La exégesis deposita su interés en el código como instrumento pragmático-revolucionario y como modo de control social. La preocupación prevalente de los conceptualistas y de Savigny va a recaer, en cambio, en lo técnico, en lo metodológico y en la construcción científica.

En este giro de Savigny, en este corrimiento de la política a la técnica, la dogmática jurídica va a teñirse con otras coloraciones. Lo esencial de los nuevos colores no recaerá, empero, en cabeza de Savigny sino en cabeza de Ihering.

En efecto: el *Wendepunkt*, el viraje básico de la escuela dogmática es un producto facturado por Ihering.

No se trata de un viraje —de lo conceptual a posiciones sociológicas y realistas, usando este último término con el sentido técnico que tiene en el derecho— de naturaleza simple, sino compleja, sometida a una gradual evolución, y sin éxito completo en la tarea.

En la sucesión de los cambios, ninguno de los distintos hitos por los que atravesara el pensamiento de Ihering implicó un apartamiento, por su parte, de la historicidad como envoltura de la materia jurídica.

Esto ya lo puntualizamos oportunamente, pero vale la pena insistir en ello porque el tejido histórico es una pieza esencial en el paso al realismo en nuestro autor. Lo histórico, en efecto, el valor de la historicidad fue fuertemente persistente en su doctrina. Sólo que, al someter, en los tratos sucesivos, la categoría de historicidad a diversas modalidades especulativas, que más adelante desarrollaremos, obtuvo resultados y productos teóricos de distinto tono y factura.

En sus comienzos, el cuadro del joven Ihering pertenecía a la misma familia que la de la escuela histórica del derecho, aunque con tintes impregnados de componentes organicistas. El del Ihering maduro se acercó, en cambio, mucho más, al programa de una sociología jurídica, aunque cruzada por una

determinada metafísica residual en su pensamiento, a la que, por ahora, sólo aludimos.

Prueba de lo primero es posible encontrar retrocediendo a algunos fragmentos del "Método de la exposición histórica del derecho", donde la idea de este último es expresada como la de un organismo objetivo de la libertad humana, o bien a la manera del idioma del pueblo, como si fuese el producto interno y ordenado de la historia. En ningún caso se lo trata como el conjunto de disposiciones originadas en el pensamiento del legislador¹⁴.

¹⁴ "Método de exposición histórica del derecho" en la sección II del libro de Ihering *La Dogmática Jurídica* cuya traducción castellana fue editada con el auspicio de la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social dirigido por Carlos Cassin, Losada, Buenos Aires, 1948. Cuenta con prólogo de Enrique Martínez Paz. En un apéndice se incluyen la teoría del interés de Ihering y la teoría de la voluntad de Windscheid.

Ihering produce aquí su crítica a la voluntad, en cuanto puede ser suficiente para la exposición dogmática del derecho. Expresa, en efecto, el carácter positivo y real de ésta: "Pero no puede pretender una exactitud absoluta, porque le falta indicar el contenido de la voluntad y desde el momento que quiere formular el principio mismo de la voluntad cae en el sofisma". La voluntad interesa así, sólo en el sentido subjetivo. Para Ihering, en cambio, hay que tomar en cuenta dos elementos: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que esto asegura. Y otro, formal, que se refiere a este sólo como medio: protección del derecho, acción de la justicia. Aquí, en este apéndice, va a aparecer también la fórmula del segundo Ihering: los derechos son intereses jurídicamente protegidos. Alrededor de esto se tejen las nociones de "bien", "valor", interés "práctico".

De acuerdo con la expresada las posiciones de Ihering en el Apéndice difieren de la sección comentada del libro, donde se perciben enunciaciones de claro contenido naturalista: "Habiendo llegado a la conclusión de que entre el derecho objetivo, tal como existe y es aplicado, y su expresión, bajo las formas de reglas de derecho, no existe una concordancia completa, hace falta que respondamos a una pregunta que se habrá ofrecido seguramente en el ánimo de más de un lector: ¿Es cierto que esas defectuosas fórmulas jurídicas han debido ejercer un influjo desfavorable sobre el derecho? Distingámonos. Este peligro es menor en las épocas en que las fórmulas son más imperfectas, porque el arte de formular el derecho está todavía en la infancia. Efectivamente, donde quiera que la aplicación de estas fórmulas pudiera producir un conflicto con el derecho, tal como vive objetivamente en la realidad y subjetivamente en el sentimiento, este último interviene para rectificarlas".

Para apoyar este aserto, Ihering vuelve a la analogía con el lenguaje. Las reglas gramaticales erróneas —dice— perjudican menos el uso de la

En este breve fragmento, la historia no aparece como envoltura de los intereses sociales traducidos en normas jurídicas, concepto que recién va a tener presencia en el último volumen de su *Espíritu del Derecho Romano*. Tampoco aparece como la envoltura de una corteza racional, llamada derecho y emanada de la voluntad estatal.

Aquí la historia, en rigor, es envoltura de lo orgánico, del carácter del pueblo, de los impulsos de la vida que subyacen y preceden la voluntad legislativa; es envoltura de las vicisitudes del pueblo. Como todo organismo, el derecho así concebido, puede ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico. El primero, interpela a su estructura; el segundo, a sus funciones.

Como estructura, el derecho es un organismo compuesto de diversas partes que, cuanto más nobles y delicadas, más se manifiestan en el exterior y más tarda el hombre en tomar conciencia de ellas.

De estas partes, lo que el espíritu capta en primer lugar, son las reglas del derecho, aquello que se traduce en reglas porque se repite constantemente y se sucede. De estar tan habituados a verlas, no nos preguntamos hasta qué punto su orden es ficticio y accidental, o jurídico y necesario.

Estas reglas no son más que puntos culminantes y externos del derecho. Pero éste, en sí, no se agota en las reglas, ni en intensidad ni en extensión.

A menudo, arguye Ihering: "... se necesita el concurso de muchas para establecer la forma jurídica de una sola relación y entonces hallar en ella su objeto común y su punto de unión, citándola como *los músculos a los huesos*".

Concepto organicista el de Ihering. Reempleo, por su parte, de ejemplos, de figuras corporales, de ficciones y metáforas propias de un paradigma, el organicista, que contaba con viejas raíces en el medievo, cuando fuera empleado por hombres de la iglesia, juristas y filósofos políticos, para producir soportes doctrinarios en las luchas por el poder, o mecanismos de legitimación de la sociedad y el derecho. Lo mejor de este paradigma, en su uso práctico en la lucha entre el

lengua en las épocas en que el arte de las abstracciones gramaticales no está desarrollado.

Papado y el poder temporal, fue dado, lo sabemos, por Juan de Salisbury en el *Polycraticus*, pero contó también con textos clásicos del Dante, de Nicolás de Cusa, de Guillermo de Ockam, de Agustín de Hipona, de Tomás de Aquino, de los glosadores de Bolonia y más recientemente del Cardenal Henri de Lubac con *Corpus Mysticum*¹⁵.

Pero en Ihering el organicismo se traduce en una noción peculiar en donde la historia también es envoltura del concepto de sistema, de la conexión sistemática, como lo dejáramos traducir más arriba al hablar del *producto interno y ordenado de la historia*. La historia, en efecto, también envuelve a la noción de sistema.

Ahora bien, que la historia sea una envoltura de las vicisitudes de la vida, del carácter del pueblo encarnado en el Volkgeist, que la historia sea la envoltura de materiales que este espíritu del pueblo secreta en parte en el legislador con sus reglas de derecho y, en parte, quedan latentes, es algo que se compeadece o concilia, al menos, con una versión en la cual la fluidez y los cambios de la vida se reflejan en una historia no condenada a un eterno quietismo, a una ciencia no muerta que pudiera contentarse con grabar para todas las épocas la narración diaria de los sucesos en tanto eventos que van fluyendo, aunque, por consumados, se los tenga por incontrovertibles.

Pero que también la historia envuelva a la noción de sistema, un todo abstracto, una estructura donde lo predominante es lo sincrónico, el juego formal de las relaciones en el todo, y no básicamente lo diacrónico y evolutivo, es algo que se presta a dificultades metodológicas.

En Ihering estas dificultades no pasan por un desajuste entre lo sincrónico inerte y lo diacrónico evolutivo e histórico, categorías del estructuralismo contemporáneo que no eran propias al desarrollo de las disciplinas en su época.

Lo que ocurre es que Ihering concibe la misión de la ciencia (en donde se expresa la dogmática jurídica) no tanto bajo el concepto de que no se puede comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática —lo que es el caso para cual-

¹⁵ Juan de Salisbury, *Polycraticus*, Editora Nacional, Madrid, 1984. Arminismo, Enrique E. Martí, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", *Doss*, nra. 3, Alicante, 1986.

quier objeto del entendimiento— sino como un orden no “artificialmente” aplicado sino deducido del fondo mismo del objeto. Y este objeto es el cúmulo de experiencias que encierra una importancia práctica más intensa que las reglas usuales.

Para él, el orden artificialmente aplicado engendra una condición extraña al objeto “en la que se le puede entrar con violencia; es una red que se puede arrojar lo mismo sobre éste o el otro derecho y que dificulta, más que facilita, la inteligencia de la estructura del objeto individual. Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual, y cada derecho tiene su sistema propio que no conviene a los otros”.

Lo que nos quiere advertir Ihering, en una palabra, es que su modelo de estructura no es un modelo puro y abstracto, un modelo de relaciones formales aplicables a cualquier derecho en general. Sobre lo que nos quiere alertar, es que su modelo se sustrae a cualquier intento semejante al *kelseniano* de *Reine Rechtslehre*, de teoría pura del derecho. Quien habla de sistema, asevera, habla de ordenación interna de la cosa misma, pero no hay sistema general del derecho. Hay sistemas individuales, y cada derecho tiene un sistema propio que no conviene a los otros. En su particularismo, el sistema ejerce una reacción material sobre el objeto mismo, operándose por su intervención una transformación interna de las reglas de derecho.

Todo esto nos dice Ihering, completando los trabajos de Savigny sobre la noción de sistema. Pero al decirlo no lo hace sin incurrir en graves defectos epistemológicos, entre los cuales no resulta secundario la confusión entre la ciencia dogmática (instrumento de conocimiento) y el objeto real conocido (la vida en su variable diversidad).

Ello, sin perjuicio de otras ambigüedades como las que, en efecto, transportan los siguientes interrogantes: ¿qué significa su deseo de un orden sistemático no artificial? ¿qué sentido se puede asignar a su expresión ordenación interna de la cosa misma? ¿cómo hacer inteligible esta ordenación interna de la cosa fuera del aparato constructivo del sistema y por tanto fuera de la artificialidad de la reconstrucción metodológica?

O bien Ihering confunde y asimila la idea con la cosa, el universo del conocimiento con el objeto cognoscible, las propiedades del sistema con las propiedades de lo que él llama “la cosa misma”, lo conceptual con la realidad, a la manera

del idealismo filosófico. O bien, presupone que el sistema es un simple espejo de las cosas, o sea que entre el sistema jurídico por una parte, y la vida y las costumbres del pueblo, por la otra, no hay más que una mera relación especular o representativa, eliminando así de la noción de sistema, toda actividad constructiva.

Sin duda, a la base de estas dificultades metodológicas, se encuentra un problema de fondo: su concepción emparentada con la escuela histórica del derecho que visualiza en este derecho, el espíritu del pueblo, las costumbres y tradiciones, la vida fluyente, cuyos incesantes cambios no pueden ser aprehendidos por las reglas jurídicas, en la posición teórica de Ihering. Si todo lo que gira alrededor del *Volksgeist*, alrededor de ese espíritu, es un brotar histórico que va más allá de las reglas del derecho, en un cambio excedente al sistemático, Ihering se ve obligado, por las limitadas condiciones de su propia concepción, a desestimar "la artificialidad" de un sistema, con su inevitable régimen de escasez legislativa frente a los impulsos y vicisitudes del pueblo. Lo que lo mueve a buscar el sucedáneo ilusorio de un ordenamiento en "la cosa misma", que se autosistemizaría *per se* antes de reflejarse en el sistema de reglas.

Niklas Luhmann —por su cuenta— percibe en esta tensión que lleva a Ihering de lo sistemático como medio de orden y clasificación y, de este modo, como medio de asegurar y fundamentar los conocimientos, al mundo de la realidad social (con las peculiaridades que el historicismo daba a esta realidad), el propósito de la ciencia dogmática de situar en el mismo "objeto" lo que se entendía por orden, organización y sistema, y a fundamentar su propia sistemática a partir del mismo objeto.

En esto Ihering habría tendido a un concepto de derecho como fuerza immanente a la sociedad. Toda la clave de su trabajo se afirmaría en el paso del concepto analítico de sistema a la concepción del sistema jurídico como *sistema de la realidad social* o como sistema parcial de la sociedad.

En qué consiste, conviene precisar, el concepto analítico de sistema. De acuerdo con esta perspectiva analítica el sistema jurídico, como podría ocurrir también con cualquier otro sistema conceptual, por ejemplo el de la física, es un sistema de conceptos y relaciones entre los conceptos que en conjunto forman una estructura en el sentido técnico del término.

Cada elemento del sistema (cada concepto) es lo que es en virtud de las relaciones que el sistema en sí mismo como un todo instituye, entre él y sus otros elementos, sólo en virtud de su particular posición en el interior del sistema. "Esta posición determina así lo que podemos llamar el componente sistémico del significado del concepto en cuestión. Este componente sistémico del significado no es determinado de una vez y por todas. Al formar la estructura, el sistema conceptual establecido inicialmente transmite consecuencias. Se pueden probar tautemas, definir nuevos conceptos, introducir distinciones, etc. Consiguientemente, puesto que cada concepto está directa o indirectamente relacionado con más y más conceptos, su posición en el interior del sistema se define por más especificaciones y el concepto adquiere nuevos aspectos del significado sistémico"¹⁶.

En este concepto analítico es fundamental el autodesarrollo del sistema. Analíticamente el sistema es un régimen de transformaciones autorreguladas, autónomas, independientes de factores externos.

Ahora bien, en el paso de este concepto analítico al concepto de sistema de la realidad social, vino a jugar en Ihering un papel destacado el concepto de "interés", la concepción del derecho como un conjunto de intereses jurídicamente protegidos, concepción que ya está presente en el período inicial de Ihering en su *Sistema de Derecho Romano*, aunque aparece en el último capítulo de su libro.

Y este papel destacado procede de que el concepto de interés, primer boceto de un perfil sociológico —concepto desarrollado por la jurisprudencia de intereses—, se alza contra la pretensión de una disposición conceptual autónoma sobre cuestiones jurídicas realizada sólo en interés del conocimiento, como lo expresa Luhmann.

Pero el concepto de interés, por relevante que fuese sociológicamente en sí mismo, no podía alcanzar para la completa mudanza del concepto analítico en el social, por la propia laitud y ambigüedad del objeto historicista y por la fluidez de las creaciones del pueblo superadoras siempre de las reglas jurídicas según Ihering.

¹⁶ Niklas Luhmann, op. cit., Cap. "Conceptos jurídicos adecuados a la sociedad".

Es esto quizá lo que hace plantear a Luhmann, obrando como sociólogo, una serie de interrogantes y dudas: "La cuestión del futuro de la dogmática jurídica ha de formularse con la correspondiente complejidad. Suena así: ¿se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales? ¿o no lo permite el número de conexiones del derecho con un sistema social en rápido cambio? ¿Se puede, en las circunstancias actuales, garantizar la integración social del derecho solamente en el plano más concreto de la producción y del cambio de programas jurídicos? ¿impide la reforzada y acelerada producción de normas jurídicas, sólo por su rapidez, el ulterior desarrollo de la dogmática jurídica en conexión con un material normativo tan fluctuante? ¿la dogmática será capaz, debido a su potencial de abstracción, de desarrollar una flexibilidad que anticipe y comprenda también los cambios jurídicos? Finalmente: ¿podría la producción de normas jurídicas, aun excluyendo por su cuantía y rapidez el desarrollo de una dogmática adecuada, compensar su falta, o se pagará la positividad del derecho al precio de un proceso de desdiferenciación de política y derecho, de tal forma que la autonomía del sistema jurídico sólo se fundamente en la inercia, en la inamovilidad y en la inescrutabilidad de las masas de las normas y no en la conclusividad y elegancia del argumento dogmático?"¹⁷.

¹⁷ N. Luhmann, *op. cit.*, pág. 113. En cuanto a la noción de interés, del segundo *Ihering*, dice Luhmann: "Uno de los ejemplos de una latente o al menos no plenamente reconocida afinidad funcional y estructural de los conceptos jurídicos con la sociedad moderna es la antes mencionada observación de que los conceptos de interés en el derecho civil y de bien jurídico en el derecho penal tienen, frente a instrumentos dogmáticos más antiguos, la ventaja de ser más compatibles con una amplia regulación político-legislativa del derecho y con la correspondiente responsabilidad global del legislador. Procuran al legislador una participación en el poder de definición y corren así menos peligro de colisionar con los continuos cambios legislativos. Que para ello ha de pagarse un precio en forma de reducción del rigor de las conexiones dogmáticas es cosa evidente".

Luhmann está apuntando a la falta de correspondencia absoluta y a las tensiones entre nociones sociológicas y formalistas sistemáticas, en la dogmática. Es un punto central en las discusiones contemporáneas y debates sobre sociología y formalismo.

La crítica funcionalista al concepto de teleología en el marco no de la

Como sociólogo, Luhmann deja abiertas estas preguntas, signos de dificultades en la dogmática que se potencian en Ihering, aunque sin mengua de sus méritos, ya iniciales, en su proyectado giro de lo analítico-conceptual a lo social.

biología sino de las ciencias sociales puede verse también en Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp Taschenbuch 12, Frankfurt, 1978. El subtítulo de esta obra es *Sobre la Función de los Fines en los Sistemas Sociales*.

Luhmann comienza su crítica en el cap. 1°, "La acción y la especificación de sus fines", con esta tajante afirmación: "Hoy en día no se entiende por sí mismo, que la acción obtenga su sentido de la satisfacción de un fin. Esta interpretación por cierto, no se ha podido cambiar".

El esquema Medio-Fin como descripción de la acción reconocida, aparece en forma abierta y creciente tanto en la vida cotidiana como en las representaciones científicas. Y, sin embargo, la exigencia de validez, e incluso de verdad de esta interpretación de la acción ha sido, desde largo tiempo conmovida.

De Luhmann véase también el ensayo "Función y causalidad" incluido en *Introducción Sociológica*, Sur, Buenos Aires, 1978.

Entre otros problemas, el funcionalismo y la teoría sistémica de este autor, pretenden abordar la cuestión de la eternidad en la relación causa-efecto. Toda verificación, sobre todo a partir de la edad moderna, implica en diferentes direcciones referencias al infinito. Todo efecto tiene infinitas causas. Todo proceso puede ser dividido en sí mismo hasta el infinito, así como observado en distancias infinitas. En esta perspectiva la interpretación ontológica de la causalidad pierde sentido. Ahora bien, Luhmann se apresura en señalar que la crítica del funcionalismo de la ciencia causal, no puede equipararse con la crítica de la causalidad como categoría del conocimiento. "No se trata de mostrar una antinomia ante la investigación funcional y la causal. Ello conduciría fácilmente a renovar la vieja distinción entre causalidad teleológica y mecánica".

Dicha crítica, por el contrario, aspira a una inversión de las relaciones de la fundamentación entre el nexo causal y el funcional: la función no es un aspecto penalizar de la relación causal, sino que la relación causal es un caso de aplicación del orden funcional".

Sobre la pérdida de crédito de la categoría de fines como concepto científico básico, ilustra también el cap. III de su ensayo "Método funcional y Teoría de Sistemas", agregado al mismo volumen.

LEGITIMIDAD, RACIONALIZACIÓN, EFICACIA Y CONSENSO

(Acerca de los conceptos básicos de las teorías
del Estado y del Derecho)

EDUARDO ÁNGEL RUSSO*

I. LEGITIMIDAD Y RACIONALIZACIÓN

1. Principio de legitimidad y discurso de legitimación

La antigua cuestión de la legitimidad vuelve a aparecer sobre la mesa de debate, al influjo de esa especie de revisionismo que se encubre bajo el nombre de "posmodernidad". Bien que se mire, la posmodernidad no es, como pretenden los defensores de una modernidad dogmática, ni un "todo vale", ni un retorno neoconservador a categorías metafísicas, sino un "nada vale" en su pretensión de absoluto indiscutible o, mejor aún, si de formular *slogans* se trata, un "todo es revisable".

Esta cuestión reintroducida en el espacio de discusión no es —conviene resaltarlo desde el inicio— una categoría *axiológica* sino *lógica*; es decir, que no pertenece al dominio de los juicios de valor sino al de los razonamientos o inferencias. Legitimar es, sintéticamente, "dar razón", fundamentar, probar un aserto, sostener, sustentar una proposición de otra previa o superior.

* Profesor Titular de Derecho (UBA).

Los requisitos formales mínimos de un razonamiento pueden sintetizarse en las siguientes exigencias:

1. La existencia de más de una proposición;
2. La existencia de un número finito de proposiciones;
3. La independencia de la primera proposición fundante;
4. La aceptación de algún mecanismo de derivación que permita pasar de una proposición superior o fundante a una inferior o fundada.

La exigencia cuarta presenta una importante gama de posibilidades, desde los mecanismos formales determinados por reglas rígidas y precisas, *a priori*, como la lógica formal, las matemáticas, o en juegos como el ajedrez, hasta el pragmatismo de las reglas implícitas, flexibles y consensuadas, como en las cadenas argumentales de la discusión y del discurso cotidiano. Pero no es éste el punto (en definitiva, las diferencias entre Lógica y Retórica, el límite entre argumento válido y falaz) que nos interesa elucidar aquí.

Las tres primeras exigencias requieren sí de una reflexión adicional. Si existiese una y solo una proposición, la legitimación no sería racional sino extra-lógica. Proveniría, si es que existe, de un acto de fe respecto del propio enunciado (verosimilitud), o respecto de quien lo enuncia (autoridad)¹. Si bien en ambos casos pudiera reconstruirse una línea argumental implícita (a partir de premisas tales como "si suele ocurrir que... entonces es verosímil que ocurra..." o "si alguien es autoridad en alguna materia sus dictámenes deben ser aceptados") se trataría de una racionalización *a posteriori*, cuando lo cierto es que algunos enunciados pueden lograr una adhesión inmediata.

El número de proposiciones que integra la cadena debe ser finito para evitar la paradoja del "regreso al infinito", esto es, que a cada última proposición (en sentido ascendente) correspondiera otra superior fundante, y así sucesivamente sin terminar jamás. Como la existencia de un último principio fundante es requisito necesario para valorar de alguna manera al

¹ "La verosimilitud es la relación existente entre un enunciado, un sujeto y un grupo de enunciados cuya verdad es aceptada por el sujeto en cuestión, en la que el sujeto se encuentra en una actitud de creencia en la verdad o probabilidad del enunciado", E. A. Russo y C. O. Lerner, *Lógicas de la Persuasión*, Coop. de Derecho, Buenos Aires, 1973, pág. 46.

sistema, esa movilidad permanente e inacabada de los fundamentos lo tornaría incomprensible, por no decir inexistente.

Por último, si tenemos más de una proposición y la cadena es finita, se pide que la primera proposición fundante no dependa de las sucesivas proposiciones fundadas, para evitar la paradoja "de la autorreferencia o circularidad" (si "A" legitima a "B" y "B" legitima a "A" en definitiva no existe legitimación).

Reunidas estas condiciones mínimas podremos sostener que estamos en presencia de un razonamiento o inferencia, al menos en un sentido laxo, y que aquella primera proposición fundante constituye el *principio de legitimidad* de la cadena argumentativa o del sistema de que se trate. Los axiomas de la geometría euclídea, el principio de uniformidad de la naturaleza en las ciencias naturales, el contrato social en la teoría del estado moderno, el imperativo categórico en la moral kantiana, la norma fundamental kelseniana, son ejemplos de principio de legitimidad.

Ahora bien, y por encima de ese primer principio fundante ¿qué?

No podríamos seguir agregando premisas sin violar la exigencia segunda. Podría ser que más allá de aquél sólo quedase el silencio: el principio sería algo así como una oferta, una propuesta incondicionada frente a la cual el "comprador" está en libertad de aceptarla o rechazarla. Los motivos para que adopte una u otra respuesta o bien son de orden psicológico o bien no existen.

Pero cuando la cadena argumentativa o el sistema realmente importan, aquel silencio es cubierto por un discurso dirigido a la aceptación del principio por parte de un receptor real o imaginario. Distinguiremos, entonces, este *discurso de legitimación* persuasivo de aquel *principio de legitimidad*, comienzo de una cadena demostrativa. Ello, en cuanto entendamos por "discurso" la utilización concreta y real de un lenguaje, un acto pragmático del "habla" (oral o escrita), un hecho social de comunicación entre interlocutores.

La aceptación de un discurso no garantiza su verdad o validez, así como su rechazo no determinará su falsedad o invalidez, ya que estas últimas son categorizaciones sistémicas. Que muchas personas compartan una superstición no la

convierte en algo objetivamente válido, así como tampoco la ignorancia generalizada acerca de los últimos descubrimientos científicos servirá como argumento descalificador de los mismos².

La noción de "discurso" viene utilizada aquí en su sentido semiológico, y no en su sentido filosófico (universo del discurso) o lógico (discurso lógico formal). El discurso importa un conjunto de enunciados "relativamente estables", lo que quiere decir que, aunque carezcan de un sentido unívoco, preciso y permanente, conservan, al menos a lo largo del discurso y en relación a cierto contexto, algún sentido determinable e idéntico a sí mismo. Los géneros discursivos presentan una gran heterogeneidad, puesto que van desde los géneros literarios y las exposiciones científicas hasta la conversación cotidiana, pasando por las jergas profesionales, las relaciones con oficios y especialidades, la correspondencia epistolar, etc.³

El filósofo Jürgen Habermas fue quien desarrolló en este siglo la idea de "racionalidad comunicativa", entendiendo por ésta al discurso intersubjetivo con pretensiones de validez o verdad, vale decir, de una legitimidad basada en el consenso que se obtiene a partir de razones. Aunque el análisis pretende ser pragmático, se trata de una construcción ideal donde los interlocutores son bien intencionados, sinceros, iguales en grado (sin relación jerárquica que obligue al inferior a aceptar las razones del superior) y en las circunstancias (el "mundo de la vida"). Como se señala, "Habermas admite que ese no es el estado normal del intercambio lingüístico, que suele situarse en las zonas intermedias entre un consenso

² W. H. Newton-Smith reconoce que el término "racional" es multifacético, ya que se aplica tanto a razonamientos reglados cuanto a acciones y creencias. En estos últimos casos habla de "explicaciones racionales mínimas" (dar razón de lo que se hace o se piensa). "En una explicación racional mínima de una acción el éxito de la explicación (A cree o hizo x porque...) no depende de la verdad o falsedad, la razonabilidad o la falta de razonabilidad de las creencias explícitas". *La Racionalidad de la Ciencia*, Paidós, Barcelona, 1987, pág. 262.

³ Bakhtin, Mijail, *La Cultura Popular en la Edad Media y en el Renacimiento. El contexto de François Rabelais*, Alianza - Universidad, Madrid, 1980.

⁴ Pérez, Alicia, *Políticas del Lenguaje*, Ariel, Buenos Aires, 1995, págs. 81 y sigs.

preexistente y el malentendido, la no-veracidad intencional o involuntaria, etc. Además, no toda acción lingüísticamente medida está dirigida al entendimiento: así, el ejemplo instrumental del habla en el contexto de acción estratégica y orientada al éxito en influir las decisiones del otro⁷⁵.

Precisamente, es en el lenguaje político y en el jurídico (junto al del mundo de los negocios) donde más se pueden encontrar ejemplos de discursos estratégicos, tal como veremos en el punto siguiente.

En el mismo sentido, Lyotard señala que "no parece posible, ni siquiera prudente, orientar, como lo hace Habermas, la elaboración del problema de la legitimación en el sentido de la búsqueda de un consenso universal", ya que ello supone dos cosas: "la primera, que todos los locutores puedan ponerse de acuerdo acerca de las reglas o de las metaprescripciones universalmente válidas para todos los juegos del lenguaje, mientras que es claro que éstos son heteromorfos y proceden de reglas pragmáticas heterogéneas. La segunda suposición es que la finalidad del diálogo es el consenso. Pero hemos mostrado, al analizar la pragmática científica, que el consenso no es más que un estado de las discusiones y no su fin"⁷⁶.

2. Legitimidad y justificación

El discurso de legitimación guarda similitud con el de justificación, en el sentido de que ambos son extra-lógicos y encierran o suponen juicios de valor. Pero podríamos señalar una diferencia diciendo que, mientras el discurso de legitimación es anterior al principio de legitimidad que ampara, el de justificación, al menos en el uso habitual del vocablo, resulta *a posteriori* respecto del sistema o cadena argumental en relación al cual se ejerce. El discurso de justificación aparece cuando se quiebra la cadena de validez en algún punto situado entre el principio de legitimidad y la conclusión que es dable esperar de acuerdo al procedimiento reseñado en el punto 1 de este trabajo.

⁷⁵ Pérez, Alicia, *op. cit.*, pág. 103.

⁷⁶ Lyotard, Jean-François, *La Condición Postmoderna*, Reil, Buenos Aires, 1991, pág. 117.

En otras palabras la justificación se encamina a tornar admisible la excepción o la violación de una regla. Nadie se justifica por hacer lo que le era debido o lo que se esperaba que hiciese sino sólo cuando no lo hace.

Algunos sistemas flexibles como la gramática, la semiótica, o el derecho, incluyen la autorización de la excepción dentro del propio cuerpo lógico, como los regionalismos y los sentidos figurados, en los dos primeros casos y las figuras tales como las causales de justificación en materia penal, y el abuso del derecho, la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor, en materia civil⁷. La incorporación de los llamados "decretos de necesidad y urgencia" en la reforma constitucional argentina de 1994 cumple la misma función. En tales casos desaparece la necesidad del discurso de justificación, dado que la excepción es una regla más del sistema.

Tanto el discurso de legitimación como el de justificación, se apoyan en las llamadas "buenas razones", que es el nombre positivo de los prejuicios, vale decir, conclusiones que se sostienen sin una cadena de razonamientos previa, con pretensiones validantes. Cuando un discurso comienza diciendo "todos sabemos que..." o "convengamos que..." o alguna otra locución familiar, podemos estar seguros que veremos enseguida una apelación a las "buenas razones".

Aquí la palabra "razón" alude a "motivo" y no a raciocinio o a discurso racional (ver nota 2). Que es mejor estar vivos que muertos, sanos que enfermos, gozar a sufrir, ser ricos antes que pobres, ser pacíficos antes que violentos, son "buenas razones" cotidianas que no alcanzan para persuadir al suicida, al que busca eludir su obligación de ir a la guerra, al masoquista, al asceta y al terrorista. Las "buenas razones" sirven en última instancia, como los prejuicios, para distinguir entre "nosotros" (los que las compartimos) y "ellos" (los que las rechazan), pero no para fundar principios (discurso de legitimación) o excepciones (discurso de justificación) universales o absolutos.

⁷ Los ejemplos pueden multiplicarse en relación a otras "ramas" del derecho, así v.g. la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o por disminución de trabajo en materia laboral y la facultad delegada al Poder Ejecutivo de condonar sanciones por incumplimiento de las obligaciones fiscales en materia tributaria.

II. LEGITIMIDAD Y CONSENSO

I. Discurso y consenso

Las distinciones anteriores sirven para enfocar el tema del "consenso" con mejores herramientas de análisis. Los discursos, tanto los de legitimación cuanto los de justificación, necesitan de la adhesión del interlocutor a las "buenas razones" que los sustentan; a esta adhesión, a este acuerdo, lo denominamos "consenso".

Robert Alexy señala que el análisis de un "discurso ideal" —el que se ajusta a ciertas reglas o criterios de fundamentación— presenta algunos problemas al ser confrontado con el "discurso real" —aquel que sostiene, de hecho, interlocutores reales en un determinado contexto témporo-espacial—. "Un primer problema —dice— es el del consenso. Dicho problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en una cuestión práctica. Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones de un discurso ideal. Un consenso en determinada cuestión normativa (tema del que se ocupa Alexy) es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría, por ello, aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión *no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales en el discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso*"⁶.

Podemos distinguir entonces, el consenso sobre un discurso del consenso como principio de legitimidad de un sistema o cadena argumentativa. En el mundo antiguo se podía

⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 301 (la bastardilla es nuestra).

consensuar que Dios era la fuente de todo poder o que Aristóteles era la fuente de toda sabiduría. Es en la modernidad donde aparece el consenso como principio de legitimidad del Estado, y la Razón como principio de legitimidad de la ciencia, y el discurso de los contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau) y de los nuevos epistemólogos (Descartes, Galileo, Bacon) como discursos de legitimación. Pero en el siglo XX aparecen otros principios de legitimidad, como la Nación y la Economía, para el Estado, la democracia formal, para los sistemas políticos, y el pragmatismo para la ciencia, cada uno con sus respectivos discursos de legitimación.

Pero en la segunda mitad del siglo esos viejos discursos pierden sustento. Es la crisis de los grandes relatos de que habla Lyotard. Cayendo los discursos, caen los principios de legitimidad, al menos en su pretensión de únicos y absolutos, exclusivos y excluyentes. Una palabra comienza a hacerse oír cada vez con mayor frecuencia, y es "alternativo". Hay políticas alternativas, teorías alternativas, medicina alternativa, Derecho alternativo y hasta rock alternativo. Son formas de decir que los principios de legitimidad, para cada área, forman un "menú" dentro del cual se puede escoger. El consenso, ahora, no es forzado por un discurso de legitimación sino que parte de la elección conjunta de una de las alternativas ofrecidas en el menú, cuando no de la elección de una novedosa combinación de partes de la oferta (eclecticismo, técnicas mixtas, fusión o ensamble). *Ante la anunciada muerte de las ideologías, cabe decir que no han muerto las ideologías sino la ortodoxia.*

El discurso de justificación, en cambio, goza de buena salud. Precisamente porque nunca fue una ortodoxia. La justificación también requiere de una adhesión del interlocutor, de un consenso. El ladrón no se justifica en el momento de apropiarse de los bienes de su víctima, sino al momento de ser juzgado. Si no es un revolucionario (es decir, defensor de otro sistema, como los "anarquistas expropiadores" de principios de siglo) debería admitir, en nuestro sistema jurídico, que la regla es la propiedad privada, y el robo la excepción. El discurso de justificación buscará atenuar la pena o lograr la absolución (v.gr., estado de necesidad, principio de bagatela, error excusable, "robo para la corona", etc.) para lo cual deberá lograr la adhesión de los jueces a la tesis de que esas circunstancias son, parcial o totalmente, justificantes.

Pero el discurso de justificación, en la era de la alternatividad, cumple una función distinta a la justificación que apuntaba a tornar admisible la excepción al sistema o cadena rigurosa. Abre la puerta a la formación de un desvío, de un nuevo sistema o cadena alternativa. Aparece así la estructura rizomática, señalada por Deleuze y Guattari, el tallo que se extiende y bifurca horizontalmente, a ras del piso, es donde se mueven las justificaciones. "Resumamos los caracteres principales de un rizoma: a diferencia de los árboles o de sus raíces, el rizoma conecta un punto cualquiera con otro punto cualquiera, y cada uno de sus trazos no remite necesariamente a trazos de la misma naturaleza, pone en juego regímenes de signos muy diferentes e incluso estados de no-signos... Por oposición a una estructura que se define por un conjunto de puntos y posiciones, relaciones binarias entre los puntos y relaciones biunívocas entre las posiciones, el rizoma sólo está compuesto de líneas: líneas de segmentariedad, de estratificación, como dimensiones, pero también línea de fuga o de desterritorialización como dimensión máxima según la cual, siguiéndola, la multiplicidad se metamorfosea cambiando de naturaleza"⁸.

2. Consenso y violencia

Tanto el discurso que busca la adhesión cuanto la violencia que persigue el sometimiento del otro apuntan, en última instancia, a lo mismo: ajustar su conducta a la propia. La diferencia entre la demostración y la persuasión racional, por un lado, y la violencia física, donde el cuerpo del otro es movido como una cosa, resulta clara y obvia. Pero no es tan clara la frontera cuando se la ejerce mediante condicionamientos subliminales. En efecto, ¿cuán libre es la elección de quien obra bajo amenazas veladas o implícitas? y, ¿en qué medida evitar un mal o conseguir un premio no integran las "buenas razones" que mencionamos en el punto 2?

Es común oír decir que un cierto gobierno *de facto* tuvo consenso por la falta de resistencia de la población ante el

⁸ Deleuze, Gilles - Guattari, Félix, *Rizoma-Introducción*, Coyoacán, México, 1994, págs. 33-34.

ejercicio de su poder. Es como decir que el condenado a la pena capital "consiente" la misma si no opone una tan tenaz como inútil resistencia a los carceleros que lo arrastran al cadalso. Se confunde legitimidad con eficacia y consenso con resignación. No se puede decir que los cristianos llevados al circo romano y los judíos arrastrados a las cámaras de gas consintieron sus genocidios por no encabezar revueltas como las de Espartaco o levantamientos como el del *ghetto* de Varsovia.

Análiticamente, "consenso" y "violencia" son conceptos complementarios, sin que sea óbice a ello la existencia de una zona de penumbra en la determinación fáctica de ambos campos, divididos por la libertad del agente que presta su consentimiento, o por la falta de libertad del que es violentado en su decisión. Para ello tenemos que tener en cuenta que el "castigo" y el "premio", refuerzos tradicionales de la motivación, importan el mismo tipo de violencia psicológica, ya que la amenaza de un castigo no es sino, al mismo tiempo, la esperanza de su liberación, y la promesa de un premio, la amenaza de su pérdida. Pero ¿en qué medida el temor a un "castigo" o la pérdida de un "premio" invalidan el consenso? Se nos ocurre que la respuesta estará dada por la magnitud de ese castigo o de esa pérdida, lo que no deja de ser algo subjetivo y circunstancial. Si el premio consistiese en unas pocas monedas o el castigo en un gesto adusto de la otra persona, resultaría irrisorio hablar de violencia. Si, en cambio, la amenaza pone en riesgo la vida, o la libertad o el patrimonio de una manera real y significativa, sería una ficción hablar de consenso.

Como dijimos, el consenso requiere de una importante dosis de libertad para apreciar las alternativas, y no meramente de una posibilidad de elegir. No requiere necesariamente de un juicio de valor, como ocurre con la adhesión a los discursos de legitimación y de justificación, dado que el consenso puede ser el resultado de esos discursos, pero también puede ser espontáneo, por la coincidencia de las motivaciones internas de las partes que coinciden. El amor correspondido, la amistad franca, la comunidad de ideales, no requieren ineludiblemente de un discurso previo destinado a lograr la adhesión del otro.

Michel Foucault sintetizaba la cuestión moderna de la legitimidad en las preguntas "¿qué es el soberano? ¿cómo

puede constituirse? ¿qué es lo que une los individuos al soberano? Este problema —continúa— plantando por los juristas monárquicos o antimonárquicos desde el siglo xviii al xix, continúa obsesionándolos y me parece descalificar toda una serie de campos de análisis, sé que pueden parecer muy empíricos y secundarios, pero después de todo conciernen a nuestros cuerpos, nuestras existencias, nuestra vida cotidiana. En contra de este privilegio del poder soberano ha intentado hacer un análisis que iría en otra dirección. Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento¹⁰.

Esta microfísica del poder es también una microfísica del consenso y de la violencia. Para este mismo autor, el consenso se plantea como un principio crítico: "Habría que entender dicho principio más bien como una idea crítica que debe mantenerse siempre: preguntarse qué proporción de no-consenso está implicada en cada relación de poder y si es necesaria o no. De esta forma uno puede plantearse cada relación de poder desde esta perspectiva. Me atrevería incluso a decir, yendo más lejos, que quizás no se debe estar a favor del consenso, pero que se debe estar en contra del no-consenso"¹¹.

Hannah Arendt se ocupó también de marcar distinciones entre "poder" y "violencia", y entre "legitimidad" y "justificación". Dejando de lado la impronta ontológica de esta pensadora, conviene aquí recordar esos distingos, aceptándolos en su dimensión semiológica: "El poder —dice— no necesita justificación, siendo como es inherente a la verdadera (?) existencia de las comunidades políticas; lo que necesita es legitimidad. El empleo de estas dos palabras como sinónimos no es menos desorientador y perturbador que la corriente

¹⁰ Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, "Las relaciones de poder penetran en los cuerpos", Planeta Agostini, Barcelona, 1995, pág. 157.

¹¹ Foucault, Michel, *Política y Ética* (Entrevistas) reproducida en "Cuadernos de Marcha", Tercera época, año X, nro. 111, Montevideo, enero 1996, pág. 5.

ecuación de obediencia y apeyo. El poder surge allí donde las personas se juntan y actúan concertadamente, pero derivan su legitimidad de la reunión inicial más que de cualquier acción que pueda seguir a ésta. La legitimidad, cuando se ve desafiada, se basa en una apelación al pasado, mientras la justificación se refiere a un fin que se encuentra en el futuro. La violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima. Su justificación pierde plausibilidad cuanto más se aleja en el futuro el fin propuesto¹².

3. Legitimidad y eficacia

La eficacia puede ser considerada como el grado cero de la legitimidad. Esto no quiere decir que un sistema eficaz no puede ser, por ello, también legítimo, sino que su uso como criterio de legitimidad resulta nulo. Un sistema será considerado eficaz si logra cumplir con las metas propuestas, con los objetivos perseguidos, sean o no legítimos los medios empleados para conseguirlos. Es el sentido corriente de la expresión atribuida a Maquiavelo y que afirmaría que el fin "justifica" los medios. Conforme lo que venimos diciendo, no sería la consecución de un fin propuesto lo que, *ipso iure*, justificaría un medio, sino que un cierto discurso de justificación puede procurar hacerlo apelando a la eficacia.

Mientras que el concepto de legitimidad alude a un *a priori*, a un primer principio, y el de justificación a una rectificación que se opera en el medio y en los medios, la eficacia constituye un *a posteriori* y no entraña un valor sino un hecho. Cuando éste se produce, queda fuera del ámbito lógico. Podrá ser tema de un discurso, para buscar causas o consecuencias, para tejer hipótesis contra-fácticas ("¿Qué hubiera pasado si no hubiera pasado lo que pasó?") pero, como dicen los jóvenes "ya fue". Pierde la utilidad que pueden tener los juicios, sean o no de valor. Cuando el homicida es juzgado y condenado, ninguna sentencia podrá devolver la vida a la víctima. Y lo mismo ocurre con la más intrascendente de las sentencias civiles, incapaz de hacer que las cosas se retrotraigan realmente al estado anterior al hecho que dio

¹² Arendt, Hannah, *Crisis de la República*, Teuras, Madrid, 1973, págs. 183-184.

causa al proceso. Esa es la dramática paradoja del Derecho, entendido como conjunto de normas coactivas, que fracasa si no es eficaz, y también fracasa cuando es eficaz, como una medicina cuyos únicos aciertos fueran las autopsias¹³.

Claro que la cuestión tiene sus facetas, lo que llamamos "hechos" también son complejos conjuntos de signos que deben ser interpretados. Y la valoración no estará ausente de ese proceso de interpretación, aunque si lo estará de los propios signos. Un hipocondríaco se seguirá "sintiendo" mal, aun cuando la terapia haya dado el resultado esperado por el médico. Y el médico considerará que el paciente sanó cuando los análisis se encuadren dentro de los parámetros considerados normales, aun cuando el organismo de éste continúe con sus disfunciones. Con lo cual resulta posible, dentro de la ciencia actual, morirse estando "sanos". Un economista puede considerar que una economía es estable, dado que ciertas índices de precios no sufren variación, aun cuando otros indicadores (P.B.I., desocupación, actividad industrial y comercial, deuda externa, etc.) registren importantes y significativas modificaciones.

4. *El concepto moderno de legitimidad*

Max Weber (1864-1920) construyó el mito de la objetividad de las ciencias sociales sobre los presupuestos de la racionalidad metódica, la neutralidad valorativa y el progreso indefinido.

Por ello introdujo la feroz división entre juicios de valor o normativos y juicios de hecho o descriptivos, de valor emblemático para la filosofía analítica de este siglo¹⁴.

La noción de legitimidad en Weber no se diferencia mayormente de la de legalidad, al menos en su aspecto externo.

¹³ "...en la naturaleza de la paradoja hay algo que encierra una importancia pragmática inmediata, e incluso existencial, para todos nosotros: la paradoja no sólo puede invadir la interacción y afectar nuestra conducta y nuestra salud mental, sino que también puede poner a prueba nuestra creencia en la congruencia y, por ende, en el sentido final de nuestro universo". Paul Watzlawick y otros, *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1993, pág. 173.

¹⁴ Ver Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, varias ediciones.

Para este autor, la legitimidad puede estar garantizada íntimamente de manera: "1) puramente afectiva: por entrega sentimental; 2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte); 3) religiosa: por la creencia de que su observancia depende de la existencia de un bien de salvación". En cambio, externamente (vale decir, para Weber, "objetivamente") la legitimidad se basaría en "la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de interés; pero por expectativas de un determinado género"¹⁵.

Esas expectativas de consecuencias externas pueden ser sólo uno de los siguientes tipos: la reprobación general que se sustenta en una convención, o la posibilidad de una coacción (física o psíquica) a cargo de órganos autorizados por el Derecho.

La legitimidad puede sustentarse, siempre para este autor, en cuatro fuentes: a) la tradición; b) lo nuevo revelado; c) la creencia racional con arreglo a valores y d) la creencia en la legalidad de lo estatuido positivamente. La primera fuente sería la más primitiva, apoyada en la magia y destinada a la conservación del *status quo*; la segunda provendría de la actividad de los profetas de todos los tiempos, y la tercera estaría representada por el *derecho natural*. Estas tres fuentes pertenecerían al estadio no positivo del conocimiento, mientras que "la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto"¹⁶. Poco importa, para Weber, saber si esa legalidad es acordada (en virtud de un pacto de los interesados) o impuesta por una autoridad considerada legítima. En última instancia, *la legitimidad es la creencia en la legalidad, creencia de carácter racional* ("creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando"), *de carácter tradicional* ("creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones") o de carácter *carismático* (creencia en las

¹⁵ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 27.

¹⁶ Weber, Max, *op. cit.*, pág. 30.

cualidades extraordinarias de una persona que lo legitiman como jefe, caudillo, guía o líder)¹⁷.

Mientras los contractualistas sentaron las bases ideológicas del Estado moderno, a partir de un iusnaturalismo racional, Weber presenta —se pretexto de una neutralidad científica, de una objetividad “externa”— una visión descarada del Estado como “asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo”. Dice textualmente: “Desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación ‘política’ y en particular un ‘Estado’ no se pueden definir por el contenido de lo que hacen... Antes bien, sociológicamente el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, a toda asociación política le es propio, a saber: el de coacción física. Todo Estado se basa en la fuerza”, dijo en su día Trotsky en Brest-Litowsk. Y esto es así... el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto ‘territorio’ es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima”¹⁸.

En síntesis, la legitimidad de la legalidad, entendida ésta como la facultad monopólica de impartir órdenes y de exigir obediencia, se sustenta en las creencias de la comunidad asentada en un determinado territorio sobre la legitimidad de tales órdenes. Y, objetiva y empíricamente —para Weber— puede decirse que existen tales “creencias” cuando efectivamente el Estado puede detentar y ejercer el monopolio del uso de la fuerza. “La tesis weberiana —señala Serrano Gómez— se ha interpretado generalmente como una toma de posición en favor del relativismo. Porque, aparentemente, si se determina la legitimidad en base a las creencias de un grupo social, entonces lo legítimo dependerá de la comunidad de creencias en la que se sitúa el sujeto que juzga”¹⁹.

Del modelo weberiano de “Legitimidad” toma Kelsen el contenido de su “norma fundamental”, haciendo depender

¹⁷ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

¹⁸ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 1056 y sigs.

¹⁹ Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y Racionalización. Weber y Hobermas: La Dimensión Normativa de un Orden Secularizado*, Anthropos, Barcelona, 1994, pág. 7.

también de la eficacia (de un "mínimo" de eficacia) la validez de un sistema jurídico cualquiera, eficacia que se relaciona, al igual que en Weber, con la existencia de un poder coactivo. Kelsen también rechaza la idea de legitimidad basada en un ideal de justicia, pero no trata de construir una "ciencia" jurídica basada en enunciados de hecho, como hacen los realistas, sino que construye una categoría híbrida de juicios para explicar a las normas jurídicas: los juicios del deber-ser lógico, separados por igual tanto de los juicios del ser cuanto de los del deber ser axiológicos.

Kelsen se interroga sobre el fundamento de legitimidad del derecho en los siguientes términos: "¿Qué es lo que justifica la validez de la ley?" y se responde: "...Si se pone en cuestión la validez de esta ley, su propia validez immanente, no debe buscarse ninguna otra justificación en otro orden superior. Debe suponerse que el derecho positivo constituye ya un orden supremo, soberano... Debemos presuponer como hipótesis la norma según la cual debemos cumplir los requisitos de la primera constitución de la Historia... Esta es la base de un orden legal positivo, la razón última de su validez, desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho positivo... Este presupuesto no es puramente imaginativo, ya que se refiere a hechos objetivamente verificables, como el establecimiento de una constitución y los actos que en base a esta constitución crean y aplican normas generales y particulares de un orden coercitivo... Aquí se trata de la aplicación del principio general de efectividad que, como principio normativo, juega un papel importante en el campo jurídico"²⁰.

Aunque Kelsen prefiere utilizar el término "validez" en lugar de "legitimidad" para privilegiar su carácter lógico frente al axiológico de este último, resulta evidente que habla de lo mismo, esto es, el fundamento último de un sistema u "orden". Sintéticamente la eficacia sería el fundamento último (y único) de aquella "validez immanente", el único criterio que permitiría distinguir "entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza"²¹.

²⁰ Kelsen, Hans, "¿Por qué obedecer al Derecho?", en *¿Qué es la Justicia?*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, págs. 188-189.

²¹ Kelsen, Hans, *op. y loc. cit.*

En esa línea de pensamiento, la división weberiana entre ciencia y ética se torna tripartita: entre ambas, Kelsen introduce como una cuña el concepto de "ciencias normativas", que participan de las ciencias "duras" en su pretendida neutralidad científica, y de las éticas en su inverificabilidad empírica. "Justicia" (y, por lo mismo "legitimidad") sólo tienen cabida en la teoría pura como sinónimo de legalidad.

La neutralidad científica postulada por el positivismo sociológico y por el positivismo jurídico no era sino un argumento más del discurso de legitimación del Estado moderno en su expresión más descarnada, tal como se desarrollaron en Europa desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Una teoría a la medida de las necesidades políticas del momento, edulcorada de abstinencia ideológica y de rigurosidad "científica". Oigamos por última vez en este trabajo a Weber: "Suele hablarse en la actualidad de ciencia sin 'presupuestos'. ¿Es que existe tal ciencia? Todo depende de lo que se entienda por ello. Presupuesto de todo trabajo científico es siempre de valoración de las reglas de la lógica y del método, los fundamentos generales de nuestra orientación en el mundo... Tomen ustedes una tecnología práctica tan desarrollada científicamente como la medicina moderna. Expresado de manera trivial el 'presupuesto' general de la actividad médica se presenta así: el deber del médico consiste pura y simplemente en la obligación de conservar la vida y disminuir en lo posible el sufrimiento... En cuanto a si la vida es valiosa y en qué medida, no se lo plantea... O el ejemplo de la ciencia del derecho. Esta disciplina establece lo que es válido de acuerdo a las reglas de la doctrina jurídica, ordenada en parte por una necesidad lógica, en parte vinculada a esquemas convencionales; establece en consecuencia cuándo son reconocidas como obligatorias determinadas reglas de derecho y determinados métodos para su interpretación. Pero si debe existir el derecho o si justamente deben establecerse estas reglas, no lo contesta... Se afirma y yo lo suscribo, que la política no pertenece a las aulas... Cuando se habla de democracia en una reunión política no se encubre la posición personal... Las palabras que se utilizan no son entonces los medios para un análisis científico sino propaganda política dirigida a obligar a los otros a tomar una posición. Pero sería un sacrilegio utilizar la palabra en ese sentido durante una lección en una sala de clase. Cuando allí se habla, por ejem-

plo, de la democracia en sus diversas formas, se analizarán las distintas maneras en que funciona, se establecerán las consecuencias particulares que tienen una u otra de esas formas para las relaciones vitales, luego se compararán con otras formas de ordenamiento político no democrático, y se tratará, en la medida de lo posible, de que el oyente esté en situación de encontrar el punto desde el cual pueda tomar posición según sus propios ideales³².

5. El concepto posmoderno de legitimidad

Como hemos visto, el pensamiento, tanto de Weber como de Kelsen, se apoyaba en una legitimación *inmanente* al propio sistema —político o jurídico— por oposición a la legitimación *trascendente*, propia del mundo antiguo. Sin embargo, la legitimación inmanente conduce a una paradoja. Como señala Lyotard “el saber científico no puede saber y hacer saber lo que es verdadero sin recurrir al otro saber, el relato, que para él es el no-saber, a falta del cual está obligado a presuponer por sí mismo, y cae así en lo que condena, la petición de principio, el prejuicio”³³. Vale decir que la ciencia moderna, que se arrogó la virtud de sacrificar al relato mítico de la antigüedad en el altar de la “objetividad”, cae en una de las siguientes paradojas: o se autolegitima por el camino de esa supuesta legitimación inmanente (paradoja de autorreferencia) o se sustenta en un relato legitimador que no forma parte del discurso científico y que, por ello mismo, el propio discurso científico descalifica.

Como señala este mismo autor, “la cuestión del Estado se encuentra estrechamente imbricada con la del saber científico”. La relación es doble. Por un lado, las teorías legitimadoras del saber, históricamente, han coincidido con las teorías políticas legitimadoras del Estado, desde la teocracia hasta la democracia. Por el otro, el Estado se ha convertido en el gran decididor del saber, el que decide qué se investiga y qué se enseña, decisión que se toma ahora no guiada por un

³² Weber, Max, “La ciencia como profesión”, en *Max Weber: Ciencia y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1980, págs. 44-49.

³³ Lyotard, Jean-François, *op. cit.*, pág. 59.

relato emancipador (emancipador del hombre dominado por la naturaleza hostil, por el hambre, la plaga, el dolor, o dominado por otros hombres explotadores o tiranos) sino por un criterio utilitarista, funcionalista y económico.

En los tiempos posmodernos asistimos a la caída de los muros que aislaban al ser, al deber ser y al hacer, por un lado, y que también separaban el saber narrativo del saber científico, por el otro. También ha quedado desalojada la pretensión sistemática tanto antigua (construcción de un gran sistema del mundo) cuanto moderna (construcción de sistemas parciales por áreas o campos temáticos). Aparece así una legitimidad que podríamos denominar "performativa" en la cual el medio por el cual se expresa un saber es en sí mismo el mensaje que se quiere transmitir. La diferencia entre literatura y ciencia, por ejemplo, no dependerá tanto de los contenidos como del ámbito donde se lo vierta (v.gr. novela o ensayo, etc.).

En síntesis, la legitimidad performativa debe buscarse por el lado del funcionamiento del sistema conforme a la finalidad prevista para el mismo. La performatividad no es equivalente a la eficacia puesto que se vincula a una teleología y no a una pragmática. La finalidad del sistema sigue necesitando de un discurso de legitimación, lo que supone un piso ético. En la medida en que el sistema continúa funcionando dentro de ese piso ético, estará cumpliendo con su finalidad. En cambio, la eficacia se relaciona con la idoneidad de un medio para alcanzar un fin propuesto, sin analizar la eticidad de este último ni de los medios para obtenerlo. Por eso el concepto de eficacia lleva casi necesariamente a la noción de "fuerza" (y de "monopolio del uso de la fuerza" como definición del Estado) mientras que la performatividad será medida por las consecuencias que produzca el discurso correspondiente.

El consenso obtenido sin violencia sobre los fines y los medios que debe tener y emplear un sistema social, político y jurídico, necesita de aquel piso ético, una especie de común denominador axiológico vigente en la comunidad de que se trate. Y ese común denominador axiológico que opere como horizonte de sentido en la performatividad posmoderna puede también enmarcarse dentro de la actual teoría sobre los derechos humanos y sus garantías.

SUBJETIVIDAD Y OLVIDO*
Regreso desde una ontología política

NERVA BORDAS DE ROJAS PAZ**

I. POSICIÓN DEL PROBLEMA

Lecciones de Historia de la Filosofía (*Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*): nacimiento al nuevo paradigma reflexivo. Hegel abre su discurso a la consideración de Descartes con la fuerza de lo contundente: le llama *héroe* (*ein Aéros*). El camino del pensamiento recibe el don de la heroicidad. La filosofía amanece al imperativo de la universalización y la subjetividad: la sustancia se hace sujeto, el pensamiento se apropia del espíritu del mundo. "Héroe" dirigido a quien introduce el pensar en tamaño destino. Afirmación majestuosa que habla del asombro y admiración con que esa nueva es recibida; pedestal reservado a quien produce, en la historia de Occidente, uno de los giros más espectaculares acaecidos en la interpretación de lo real. Si el paso del mito al logos fue un hito decisivo, seguido del cristianismo y sus aportes en el concepto de Persona, Libertad y Creación, Des-

* Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Ontología celebrado en las ciudades de San Sebastián y Barcelona, en marzo de 1996, organizado por las Universidades de San Sebastián y Autónoma de Barcelona, España, bajo el patrocinio de la Unesco con motivo del IV centenario del nacimiento de René Descartes.

** Profesora Adjunta Regular UBA y Titular Ordinaria Univ. del Salvador.

cartes es el comienzo de la subjetividad. Con él —nos dice Hegel— se ha dado principio a un nuevo suelo filosófico (*...den Boden der Philosophie erst vom neuem konstituirt hat...*). Su titánica obra es el punto de partida de la filosofía moderna: el pensamiento toma a su cargo la visión constructora de lo existente, acicalado como claro y distinto, inmerso en el ser verdad como certeza. La duda abre el paso a la crítica y al saber absoluto e irá avanzando con vocación universalizante. Nace el "seguro camino de la ciencia" para la totalidad del saber. Naturaleza y libertad se desentienden y abisman. Expansión exitosa de la primera a partir de la ciencia moderna; contención limitante de la segunda, al tiempo que desmadre para albergar las facetas de lo humano que debaten acasos de libertad. Tensión no resuelta entre el pensar y el hacer, resuena hoy día una pregunta inquietante: ¿el heroísmo del inicio se agotó en sí mismo o se deslizó en el tiempo como potencia absoluta desmembrada e irrefrenable, creciendo como Leviathan? Sorprendidos ante una verdad pendular, nos hacemos cargo de un olvido y una parcialidad: fuerte presencia del yo debilitando el nosotros. Lo político pierde el espíritu de polis y desaparece en figuras ficticias nacidas de un desapoderamiento. Hegel asume el reto histórico: la instancia olvidada se recupera en el espíritu objetivo; riqueza en el desarrollo reprimido por la fuerza del poder moderno minando la eticidad del espíritu. Sin pronósticos apocalípticos, sentimos y pensamos la experiencia de lo político acosado por el erotismo del poder moderno, agazapado en el lado oscuro de la Razón. Juego entre pocos manipulando a los muchos. Descreimiento, indiferencia, son síntomas de una decadencia que lo envuelve en disonancia con su sentido profundo. Los estragos de un tiempo y un espacio que han dejado de pertenecerle, que ya no abundan en la fiesta sino en la eficacia, se reconocen en el cansancio de los pueblos viviendo consciente o inconscientemente la pérdida de lo político como extravío del espíritu común, en cuyo alejamiento cada uno advierte los efectos de un despojo. En el haber de las comunidades acrecen las cargas descontroladas de violencia y dominación. Divisiones inhumanas entre centros y periferias, desarrollo y subdesarrollos, marginaciones, se potencian en una experiencia universal de orfandad ética. Filosofar, dice Platón, requiere amarse mucho y estar mucho tiempo juntos. Amor, tiempo y amistad en la base del pensamiento que reúne. Nuestro plano reflexivo busca, desde una ontología

política, dar cuenta de aquel olvido y ofrecer una restauración. La relación con el otro ha sido resuelta de modo irracional, tanto en lo individual cuanto en lo plural. El Estado moderno es el sujeto político de nuestro tiempo; como individualidad excluyente, en el sentido de Hegel, crece a expensas de apetitos colectivos insatisfechos. La Razón actual, al igual que en el inicio del tiempo de Descartes, está llamada a abrir nuevas sendas, a revelar las instancias agazapadas ante la coacción reinante. Una ontología política recompone la evasión del mundo del ser donde el todo congrega las diferencias. Sus elementos constitutivos nos reubican en el sentido de las experiencias políticas de una historia concreta. Libertad, justicia y ley conducen al centro del conflicto. No pensamos en conceptos formales sino éticos reales, despejando estructuras que habitan nuestra realidad. La relación universal-particular, forma-contenido, el poder y su ejercicio, instituciones y cultura son temas de alto voltaje vividos como equívocos. Una ontología política habla desde la identidad de los pueblos y ve en ella la posibilidad de su expresión concreta. Creadores originarios de la cultura, ellos se instalan en un tejido simbólico de trabajo ancestral y recreación constante, donde el pensamiento se enriquece desarrollando una intimidad. Captar sus raíces es lo que hace posible crecer en común. América, Iberoamérica, piensa en situación de emergencia. Tal vez no esté sola. Formas vacías suplantaron la creación colectiva. En nuestro continente, la conquista ha determinado al suelo un nuevo sino. Lo preamericano y lo europeo recrean desde la mezcla un inédito gesto cultural. Lo político se ha instalado prescindiendo de ello. Aventurarse hacia el gran gozo del ser original, hoy velado desde la maraña del poder, regresar y avanzar hacia una ontología política que recupere la matriz originaria y los logros del espíritu objetivo, es una apuesta heroica del pensar actual intentando desconcertar el erotismo del poder autosuficiente.

II. PERFILES DE UNA ONTOLOGÍA POLÍTICA

I. Lo político como nosotros

Desde esta comprensión lo político se plantea, en su experiencia más profunda, como una inmersión en el

nosotros para alcanzar el nivel de comunidad organizada. Su configuración se concreta al compás de la identidad del grupo, ordenando la convivencia alrededor de sus tres elementos determinantes: libertad, ley y justicia, elaborados éticamente. Lo político absorbe en y de esa identidad su esencia originando la índole política de una comunidad. Con Julian Freund reconocemos en la experiencia política la esencia del ser del hombre, que él describe como don originario del que no puede desprenderse. Desde un nosotros el yo se eleva sobre sí mismo y se proyecta hacia una magnitud que lo trasciende y lo contiene: el nosotros. Despliega así sus fuerzas internas y las conjuga interactuando con los otros. De ese modo lo político forma parte sustancial de la identidad colectiva que lo consolida y comprende. Ambos —comunidad e índole política— pertenecen a un mismo universo, se desarrollan al unísono, viven una misma trama de sentido. Los pueblos orientan sus acciones *ab origine*, crean raigalmente *inter nos*, a medida que resuelven tensiones internas. Se objetivan en obras que mantienen lo perdurable, aquello que los reúne interiormente. A partir del trabajo que aúna creencias, costumbres, símbolos, especialmente el lenguaje, religión, historia, la multiplicidad se va unificando y, al hacerlo, gestan un modo de ser, intimidad que se despliega en decisiones comunes que dan cuenta de una manera singular de habitar el mundo. El grupo se esencializa en grados y niveles que componen naturaleza y espíritu a medida que se van desarrollando. Trabajo atávico y dinámico en permanente movimiento: lo llamamos cultura. Anida en ella lo político accediendo así a un nivel ontológico ineludible. La cultura, la identidad, lo político van expresando un campo que se interpenetra, volcándose uno en otro en coproducción. El rol protagónico en todos los casos es asumido por cada uno y el conjunto, sujetos que expresan una comunidad de reconocimiento mutuo. Se delimita un campo de acción ético político asentado en el núcleo ontológico plural por el que se desliza el camino político que conduce a la posibilidad de que lo múltiple devenga Uno, culturalmente definido. En estas condiciones la Política es la actividad de elevado rango que realiza lo político en su dimensión esencial. La Política como la acción de lo político o como lo político puesto en acción: tarea del nosotros en su alcance más intenso.

2. Lo político como Estado moderno

La experiencia moderna de lo político se asienta en el imperio de las formas. La fuerza de la subjetividad racional que opera desprendida del hombre en tanto tal, domina desde las formas la imagen del mundo. Lo político deja de ser una tarea ética del nosotros cuyo reconocimiento conlleva su estructuración ontológica, para caer en la figura formal del Estado moderno. Desapoderado políticamente el individuo, transformada la comunidad en sociedad que desaloja el genio común para transformarse en suma de intereses encontrados, el Estado moderno es el nuevo Sujeto que concentra el ejercicio del poder político entendido como dominio, en el sentido de Weber. Sujeto ideado como contrapeso de una guerra de egoísmos, a la luz del desapoderamiento de la libertad externa de los sujetos individuales, se funda en una ficción contractual. Lo plural se organiza sobre parámetros de un pensamiento sin raíces, sostenido en una libertad dogmática y autossuficiente, que debe ser cedida a un tercero para salir de las sombras de la guerra. Su diseño, opuesto al que acabamos de exponer como nosotros, se compacta en el reino de las formas abstractas, produciendo una libertad, justicia y ley formales consumando un sujeto político también formal. Tal sujeto desoye el pasado, asume el control de la violencia que el desgarró de las formas provoca como poder excluyente. En estos términos, el reino de lo político es la política, actividad profesional preocupada por el acceso al poder. Aún no hemos modificado la organización de lo común. Lo político y la política ahuecan en terrenos fangosos que conducen al descreimiento y debilitan un nosotros irrenunciabile. Si lo que se quería es dar vigor y reconocimiento al hombre en su individualidad, dueño de una subjetividad que abre a horizontes de libertad y creación, la realidad muestra un efecto contrario. No logramos desvanecer la necesidad permanente de apelar a la defensa de los derechos humanos. Las relaciones entre hombres y Estados revelan un alto grado de violencia que se acrecienta descontroladamente. Ello guarda relación con una estructuración desencabezada de lo político, comprometiendo la viabilidad del planeta. La aceleración de controles angostando la libertad agudiza la cuestión; en el origen está presente el angostamiento de la libertad sostenido en violencias contenidas. Libertad, ley y justicia están conccionadas y con ellas las esencias profundas de lo político.

3. Elementos determinantes en la definición de lo político

Nuestra reflexión intenta restituir el sentido de lo político acentuando la fuerza del nosotros a partir del fortalecimiento de la figura de la individualidad. Libertad, ley y justicia son los elementos que nos conducen al núcleo del problema revelándonos el carácter que a través de ellos recibe una organización política. Entendemos que el desvío que acusa nuestra realidad puede ser reconducido detectando el desacierto en cada uno de esos elementos, conductores ontológicos de un nosotros organizado. Los tres se interpenetran: delimitada la libertad, se delimitan a su vez la ley y la justicia. Una conexión irreductible tiene lugar entre lo político y estos tres elementos. *Libertad* es el reino de la acción. Fuente generadora de las potencias éticas, tiene la llave del mundo práctico. Estas afirmaciones marcan la orientación de nuestro análisis. Recuerdan a Kant definiendo lo práctico como todo aquello posible por libertad. Lo político es posible por libertad, juega su destino en el mundo práctico y es determinado ontológicamente por ella. Una libertad abierta a la experiencia de lo otro o cerrada sobre sí misma sustentan esquemas de convivencia opuestos. La ley entendida como objetivación de libertad o como regla coactiva emanada de autoridad competente gesta un orden político de signo contrario al igual que la justicia en tanto virtud o mera concordancia formal entre el hecho y la norma. En todos los casos se expresa una correspondencia ética o formal, respectivamente.

Cuatro figuras históricas concretas nos ponen de manifiesto la conexión aludida. Mito, tragedia, cristianismo y subjetividad, a través de experiencias distintas de la libertad avalan nuestras convicciones. Las pasamos a considerar.

a) Figura mítica

Referir la *Libertad* a un entorno mítico puede parecer un contrasentido si nos afirmamos de modo excluyente en nuestro concepto moderno, dominado por el Yo autosuficiente. Redimidos de él, intentamos interpretar el alcance de una acción libre en tal entorno. Entendido el mundo bajo el paradigma de la acción divina, el hombre es libre en ella y esclavo en la soledad. Exilio tiene el nombre del desarraigo doloroso que descontextualiza al sujeto individual provocando su aislamiento; castigo que lo despoja de sus dioses y sus

ancestros. Libre es permanecer ligado a ellos. Libertad es compañía, estar entretelado formando el Todo. La denominamos *libertad de pertenencia y perfección*. Por ella se es más libre cuanto mayor sea la pertenencia al grupo y más cerca esté el obrar humano de la perfección divina. Individualidad sin perfiles, se es en el grupo y con los dioses. *La ley* que objetiva tal libertad consagra los mismos principios: reitera lo Superior que dice lo justo en sentido sustancial. Es fundamento de cohesión grupal, cumple una misión educadora. Lo legal se expresa en un marco ético que aúna lo divino con la acción del conjunto, da vida al cosmos en la tierra. *La justicia* es el ser de esta ley y ella sólo es tal en tanto justa. Se impone cumplir el mandato originario, alcanzar el mayor grado de perfección, respetar y acompañar la armonía y el equilibrio cósmico, ser enlace en la voluntad común. Ley y justicia abrigan el mismo espacio: alcanzar la felicidad y lo bueno, tal como los dioses lo han planeado. La ley consagra en el mundo la voluntad divina acogida por el hombre como justicia. *Lo político* enhebra su sentido en este entendimiento: lo múltiple deviene Uno enmarcado en el espíritu común. Este Uno organizado políticamente sobre esas pautas, actúa como sujeto moral e instituye lo terrenal en orden a lo sobrenatural. El poder asume un carácter vertical al mismo tiempo que horizontal. Vertical desplegándose en jerarquías a las que se obedece en un orden emanado desde lo Alto. La autoridad recibe sobre sí la imagen divina y es obedecida en razón de tal imagen; su misión es asegurar el equilibrio cósmico. La idea del Todo absorbe cada particularidad que no ha recortado su individualidad. Lo horizontal representa la creación colectiva poblada del trabajo de todos, con participación conjunta silenciosa y simbólica, directa e indirecta. Reconocimiento en lo realizado por todos. La pertenencia es un dato político central: tiene realidad frente al nexo de cada uno en el Todo, que toma la fuerza del Uno. Allí se recoge lo inmemorial, lo nacido en *illo tempore*, reuniendo desde los ancestros, imprimiendo lo político en el concepto de libertad que dejamos expuesto; su manifestación en la ley y la justicia lo completan en sentido ontológico. Están unidos por el reconocimiento, la participación y la obediencia, como las leyes de siempre. La comunidad es lo político, y es vivida políticamente. Fuerza de lo externo sobre lo interno del individuo, sin el desafío de la singularidad que mora extendida en la comunidad bajo el

amparo de los dioses. Recogemos significativamente nociones olvidadas aunque no perdidas: la idea de pertenencia, el respeto ético que instituye una libertad abierta a la trascendencia, no lejana a la que recoge Nietzsche cuando asocia la acción humana a la vida o la naturaleza y asume lo ilimitado de su poder.

b) Figura trágica

Grecia produce un giro decisivo al provocar el paso del mito a los logos. Intromisión humana en el mundo desde su racionalidad pensante; hombre y razón se convierten en espía protagónico de la inteligibilidad del universo, mercedador asombrado de la interna necesidad constitutiva del ser. *La libertad* que acompaña este movimiento no abandona la idea de pertenencia y perfección. Se trata de una libertad ética, abierta a los dioses y a la naturaleza entendida como *physis*. Hombre y comunidad son pensados en coherencia ética, llevan el impulso de las potencias internas que buscan la felicidad y lo bueno. Este juego armónico definirá lo político como *polis*. El marco ético está presidido por la tensión trágica entre lo humano y lo divino. La tragedia está presente en aquel giro racional que se interroga por el límite. A medida que la libertad va dejando de ser sólo un dato de la exterioridad para habitar la interioridad del hombre y volverse control de pasiones, la individualidad se recorta en su sí mismo y va accediendo a la fuerza del yo. Antígona expresa esa tirantez que provoca el desequilibrio causante del mal. La libertad trágica se objetiva en una *ley trágica*, que busca la reconciliación y el equilibrio. Armonía cósmica es el margen para la acción humana libre. La ley cristaliza un orden sagrado que el hombre respeta y ayuda a conservar. Rige la necesidad de un contenido virtuoso referido a un entorno ético; reproducen el espíritu de la ciudad y por ello la ley o el derecho es la costumbre viviente acerca de aquello que la comunidad interpreta como justo o injusto, según nos recuerda Jaeger. *La justicia* se identifica con la ley como virtud ética. Educar en el *ethos* de la ley, nos vuelve a recordar Jaeger, es el principio ético político reinante. Sócrates da cuenta de esta tensión trágica que testimonia el crecimiento de la individualidad y la fuerza de la ley de la ciudad por la que da su vida. *Lo político* tiene la densidad ontológica emergente de la integración entre el individuo y la comunidad. El desequili-

brío entre ellos provoca su proceso de desontologización. Occidente aún no ha logrado restaurar este desencuentro llevando lo político debilitado al límite de la negación.

c) *Figura cristiana*

Sobre un fundamento teocéntrico, el cristianismo profundiza el sentido del yo como persona y acentúa lo colectivo estructurado en la idea de pueblo. Reafirma y profundiza la libertad como dato interior y define la tensión humano-divina a través de la figura de Dios Padre. Cambia entonces la noción de destino trágico como obra de los dioses y se reafirma la idea de que en tanto persona se es artífice del propio destino. Libertad, creación y persona, como señalamos al comienzo, son tres legados a la modernidad. Esta visión creyente concentrada alrededor de la fe, también experimenta la libertad como pertenencia y la perfección: se es más libre cuanto más cerca se esté de Dios y su perfección y del Pueblo de Dios. Se trata de una libertad ética abierta a la trascendencia que posee en relación la voluntad individual libre con Dios y el prójimo. La ley vertebra el mundo en coherencia con lo divino en un orden ontológico ético-político que busca la felicidad, el bien común, la salvación. La ley se objetiva como *Justicia* y la encarna. La acción libre acuerda con la planificación divina donde encuentra el Bien. Lo político es el despliegue del pueblo creyente que se organiza como sujeto moral. Jerarquía y obediencia son su arquitectura interna, entendidas con el alcance decisivo que supone la libertad cristiana. Momento totalizador que asocia lo humano con lo divino, el individuo y el pueblo de Dios, libertad y destino, quebradas cuando se alteran las fronteras entre el hombre y Dios.

d) *Figura de la subjetividad moderna*

El titánico vuelco que inicia Descartes produce una transformación concluyente que absorbe el sentido de la libertad y de lo político. Kant define la libertad moderna como "espontaneidad de iniciar una serie causal sin que nada lo determine con anterioridad". La subjetividad obra sobre la base de una libertad que en tanto espontaneidad es entendida como comienzo absoluto. Autonomía de la voluntad libre operante como libertad cerrada y solitaria, sin referente alguno exterior a ella misma. Absolutizada en su comprensión exige de

modo necesario su división en libertad interna y externa, moral y derecho respectivamente. La cesión de la libertad externa total o parcial produce efectos de peso sobre lo político que se separa del individuo y de la comunidad para entrar en la idea de un Leviathan que asume la conducción política como poder de dominio. La ley deja de ser objetivación de libertad y es vivida como espacio de coacción. La libertad asume carácter formal, genera una *ley formal* y una *justicia formal*. El formalismo es el instrumento utilizado para mantener un orden que impida la disolución social. Resulta el concepto de paz jurídica por el cual aunque el conflicto no se soluciona —no interesa solucionarlo— la guerra es controlable. Es todo lo que la ley moderna pretende. Su destino no es revelar la ordenación del ser sino que se vuelve instrumento coactivo de un orden insustancial. La justicia se transforma en mera concordancia entre el hecho y la norma, sin atender a su contenido justo o injusto. *Lo político* se acomoda a las divisiones, atomizaciones y formalismos nacientes. Se separa la ley de la justicia, la sociedad del sujeto político Estado, la moral del derecho, la ética de la política, se desapodera la sociedad civil y el ciudadano, concentrándose lo político en el nuevo organismo creado para asegurar el orden coercitivamente. La comunidad como sujeto ontológicamente integrado desaparece y se reduce el encuentro de individualidades a mera suma. La realidad se fractura y remite a las sombras el espíritu que configura el genio colectivo. El olvido de lo político como dato ontológico amenaza las culturas que se disuelven en la aldea global.

4. *Lo político en una libertad abierta y una libertad cerrada*

En estas figuras es posible leer lo político en conexión con una libertad abierta o cerrada. Entendemos por libertad abierta aquella en virtud de la cual la acción se abre a un referente externo —mitos, dioses, naturaleza, Dios padre— que la sostiene y dentro del cual cobra sentido el obrar. Las figuras mítica, trágica o cristiana refieren una libertad abierta. En este caso, lo político también se abre al reconocimiento de los otros con quienes participa de modo directo o indirecto. Se acentúa el grado participativo. La libertad cerrada, corresponde a un yo que se cierra sobre sí mismo, sin admitir nada fuera de él. Provoca un concepto de lo político que

obstaculiza la participación por la falta de reconocimiento de lo otro en tanto libertades autosuficientes; la relación es altamente conflictiva y de fácil combustión. La necesidad del control de la violencia provoca el desapoderamiento político en favor de un tercero. El Estado, que toma sobre sí el monopolio del poder como dominio, como lo ha descrito Weber. En síntesis, lo político en una libertad abierta alienta lo reuniente, en tanto que en una libertad cerrada se vuelve disolvente, requiere el ejercicio del poder de dominio.

5. *Relaciones claves en la identidad política*

Conectados con sus elementos de definición, ponemos de relieve cuatro relaciones claves que muestran el perfil de una identidad política. Cuestiones decisivas que sacan a la luz el juego interno imperante en la organización común. Nos referimos a la *relación universal-particular; forma-contenido; de poder y su ejercicio; cultura e instituciones*. Cada uno de ellas penetra en la significación de lo político en conexión con sus elementos ontológicos.

a) Relación universal-particular

En esta relación se encuentra la llave de la identidad política. Pone en acto el modo de la libertad que se experimenta, y su proyección sobre la ley y la justicia tal como lo venimos acotando. Con la carga de una experiencia pendular, la fuerza de lo particular o de lo común en la atribución de roles que estructuran al grupo se ha ido delimitando no siempre de modo pacífico. Históricamente conflictiva, la tensión entre lo particular y lo colectivo ha tenido pocos momentos de experiencia equilibrada. La constante es la acentuación de uno de los términos sobre el otro, con la tendencia a absorber al dominado y sacrificarlo en favor del dominante. Individualismo o totalitarismo son los polos extremos de definición que van dejando huellas de inconformismo desde donde brotan las intenciones de desactivar los extremos y hacer nacer etapas de reconciliación. Es en ella donde se determina la relación gobernante-gobernado y sus cualidades. Se define asimismo el grado de participación de los integrantes, el rol del Estado o del sujeto político que asume el poder, etc. Nos interesa destacar que el desasosiego producido por el desencuentro entre ambos lleva en la raíz la falta de escucha del

logos subyacente en la comunidad. En él y con él se fortalecen las decisiones que definen una voluntad política participativa. Atender a la elaboración concreta y activa del conjunto permite transitar el camino de la autenticidad en el reconocimiento de la voluntad común. El desequilibrio afecta lo político como nosotros, dando lugar a lo político como dominio. Existe una estrategia de la libertad sobre la que se construye lo gubernativo en tanto los roles que se asignen hayan sido de creación colectiva. Las que se imponen tergiversan un destino de libertad.

b) Relación forma-contenido

Cuando la comunidad se organiza políticamente apelando a modelos ajenos a su propia historia, impuestos a partir de la inserción de formas abstractas, se produce la escisión de lo creado originariamente y la consiguiente alteración del ser. Dentro de una configuración política, desconocer lo producido en la unidad de forma y contenido implica desestructurar el todo, con graves consecuencias para el grupo. La consideración de que las formas pueden ser "rellenadas" con cualquier contenido, al decir de Bobbio, constituye una falacia. La imposición de formas produce la destrucción de lo existente, implica una distorsión de esencias, ocasiona la fractura ontológica de la comunidad. Se disuelve la realización conjunta alejándose el nosotros que sólo se fortalece en el reconocimiento y el sentido de pertenencia de cada integrante. Hegel afirma en el prefacio de la Filosofía del Derecho que toda forma ya hay un contenido: "...pues de lo que se trata aquí es de la ciencia y en ella la *forma* está esencialmente ligada al contenido...". Asimismo agrega: "...esto es también lo que constituye el sentido concreto de lo que antes se designó de un modo más abstracto como *unidad de la forma y del contenido* pues la *forma* en su significado más concreto es la razón en cuanto conocimiento conceptual y el *contenido* la razón como esencia sustancial tanto de la realidad ética como de la realidad natural, la identidad consciente de ambos es la idea filosófica...". Ello funda el espíritu objetivo en su dimensión real. Cuando las instituciones son el despliegue creador de un ser que no ha sido desfigurado por la división, se cumple el grado más alto de la libertad, fundando la tarea común y el reconocimiento. Formas abstractas impuestas hacen que, aún suponiendo un modelo mejor, la realidad deje

de ser en su verdad, sea sometida debiendo readaptarse a lo ajeno. Lo político hoy día concentra en las formas su carácter esencial, multiplica así la capacidad de dominio y el poder exclusivo en la toma de decisiones, obligatorias más allá del querer colectivo. Opera con un poder desculturalizado y desculturalizante bajo la consigna de la universalización y globalización del planeta.

c) Relaciones de poder y su ejercicio

En tanto las formas dominan lo político, el poder se abrequeña en la trastienda de los pueblos, desde donde se manejan los hilos conductores. Nuestra experiencia actual divide el poder refiriéndolo por un lado a su titularidad y por el otro a su ejercicio. Es pacífica la opinión en el sentido de que el legítimo titular del poder es el pueblo. No sucede lo mismo con respecto a quien lo ejerce. Con el traspaso al Estado del ejercicio práctico de la libertad política, el ciudadano queda relegado al ámbito del voto formal y la obediencia, con nulo o escaso margen de participación. El ejercicio concreto del poder político se cierra sobre sí mismo y es entendido como facultad de dominio y ejercicio de la coacción. La política se realiza como actividad profesional que, sustraída del ciudadano común queda al abrigo de especialistas que compiten por alcanzar sus resortes más sutiles. El poder así considerado, como ejercicio de la capacidad de dominio y toma de decisiones que obligan colectivamente de modo coactivo, corresponde a un Estado que, en palabras de Weber, es relación de dominio de hombre-hombre basada en el medio de coacción legítima. Kelsen lo asimila al orden jurídico al que se le atribuye el uso exclusivo del poder coactivo para la ejecución de las normas, en tanto que C. Schmitt lo plantea como un determinado modo de estar de un pueblo, contiene en el caso decisivo la pauta concluyente. "Es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de una frontera territorial...". En este contexto son contados los estados que en el caso decisivo pueden dar la pauta concluyente. Eric Weil presenta una visión distinta: es la organización de una comunidad histórica. Organizada en Estado es capaz de tomar decisiones. Es el conjunto orgánico de las instituciones de una comunidad histórica. Estamos frente a una concepción de lo político que organiza desde la ontología del grupo. Otra

perspectiva que apela al trabajo histórico antes que a la dominación y la violencia.

Interpretamos que desde una ontología política se delimitan los valores operantes en la organización y el ejercicio del poder, revelando las fuerzas originarias de carácter real que lo conforman y lo hacen crecer. La división de la sociedad por un lado y el Estado por otro, representa una de las estrategias modernas que deben ser nuevamente reflexionadas para evitar la caída en una configuración totalitaria. Cuando la comunidad adviene a la coincidencia entre su ser y su expresión política aparece la fuerza constitutiva del orden. Allí renace, como recuerda Jaeger, la función equivalente del poeta y el legislador, identificados en la revelación de la ley conformadora del ser, a través de ellos revelar el ser es revelar su ley. El sentido ético del poder desinteresado del bien engecece en su potestad excluyente. Conjurar sus efectos nos lleva a la necesidad del diseño de un modo nuevo de ejercerlo que abra el círculo sobre el que se ha cerrado. Una subjetividad olvidada del sentido del todo necesita recomponer su marcha y dar contorno al juego de la conjunción ética y estética que inserte nuevamente lo político en el mundo de la libertad y sus designios.

d) Relación entre la cultura y las instituciones

Institucionalizar no significa sino lograr que se establezca un orden cultural, al amparo de un orden político que reproduce y avala lo creado. Las instituciones nacen para fijar, estabilizar y hacer perdurables las creaciones culturales. El sentido de una cultura está en el trabajo ético que la sostiene. Las instituciones políticas entroncan en la capacidad creadora y se van objetivando históricamente. Es su producto. En él se reconocen. A él pertenecen. Institucionalizar en la cultura es dar un sentido a lo político que se asocia a la identidad del grupo. América es fiel reflejo de una institucionalización impuesta en el siglo XIX bajo la copia de modelos ahistóricos de cuño moderno. Su tramado ético político, fruto de la síntesis entre lo receptado desde España y Europa más su propia creación, quedó trunco sin historia. Vive aún en situación de emergencia, fracturada ontológicamente, institucionalizada bajo la copia con parámetros de otra historia. Pero América no está sola. Nuestro fin de siglo nos

encuentra a nivel mundial frente al mismo desafío político institucional que pide la fundamentación de un nuevo orden de convivencia entre los hombres y los pueblos a nivel comunitario e internacional.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Hemos venido diciendo como una y otra vez aparece en nuestro horizonte reflexivo el olvido de la dimensión ontológica de lo político como causa privilegiada de la crisis de convivencia entre hombres y pueblos. A las puertas del siglo XXI, aunque parezca que han cambiado los fantasmas, el hombre mantiene su irreductible provocación de libertad individual y política. El desamparamiento fundado en una ficción o el indebido ejercicio de lo político no le resta virtud a una dimensión entrañable en un ser gregario por definición.

Una ontología política abre un espacio para recuperar un olvido. Entender la instancia política desde una subjetividad reinterpretada en su dimensión ética; abierta al otro en el horizonte de una justicia sustancial, exige reconocer que se ha superado el momento formal y que los pueblos se encuentran llamados a la escucha. Abel Posse, escritor y ensayista argentino, analiza la situación crítica de lo político diciéndonos en un análisis publicado en el diario *La Nación* del 15 de diciembre de 1995, que "como anotan los politólogos franceses, asistimos a la quiebra del poder político. Vivimos democracias cada vez más formales y 'electorales' donde poder y sociedad no sólo no coinciden, sino que se desencuentran y hasta se oponen. Más de una vez se dijo que los políticos son hoy una clase en crisis, precisamente porque no representan plenamente el poder de sus pueblos, de sus sociedades, ante la ofensiva de la gran maquinaria de intereses económicos-tecnológicos-comerciales que arrasan con la desacreditada voluntad del estamento de la política". Nos hacemos eco de estas afirmaciones. Hoy se habla de la aparición del "cuarto mundo integrado por la masa silenciosa de descontentos, amenazados, inseguros (sociales), marginales, que crea la gran maquinaria con su arrasamiento cultural", agrega el autor citado. Nos preguntamos cuántos mundos irán apareciendo para dar cabida a las irreductibles oposi-

ciones internas de un planeta que transita los andariveles de la disolución.

La indiferencia por lo político que parece aquejar a los pueblos de hoy, la leemos como impotencia frente a un desapoderamiento. Nos parece un dato de enorme gravedad que no puede pasar por alto el pensar. Ha generado violencia y coacción emergente del poder mismo, instalada en la vida cotidiana y no solamente en las conductas delictuales. Creemos que la violencia puede ser conjurada desde lo político redimensionado en su estructura esencial. Apoderar al hombre y los pueblos regresando al ejercicio de su libertad ética que implique dejar el "yo quiero" para transitar el "yo trasciendo" como despliegue de una libertad irrenunciable.

Recuperar el ser de los pueblos y su libertad para decidir cómo habitar el mundo es tarea de una ontología política que asocia ley, ética y libertad. Va quedando atrás la idea de que el manejo de los pueblos está a cargo de grupos de elegidos.

Nos enfrentamos a la necesidad de un nuevo heroísmo. Pero el héroe no está aislado como Zaratustra empuinado en una soledad que no termina de habitar en su corazón. Vive en una libertad irrenunciable entendida como encuentro ético donde escuchar es más profundo que decir. Don Miguel de Unamuno, muy cercano a mi tierra, nos advierte que el "hombre sano y fuerte es el que aspira a integrar su espíritu en el espíritu común, a ser un extracto vivo de la sociedad, a latir al unísono de sus semejantes y a que su voz, acordada con las demás voces, se oírre para su oído en un coro compacto robusto y armónico"¹.

¹ Cita de Cerezo Galán, Pedro, *Los Máscaras de lo Trágico*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 198.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *La Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, D. Torres, Valencia, 1980.
- Elisade, M., *Mitos Contemporáneos*, Almagesto, Buenos Aires, 1971.
- *El Mito del Eterno Retorno*, Alianza-Emecé, Madrid, 1970.
- Freud, J. L., *L'Essence du Politique*, Sirey, Paris, 1986.
- Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, E. Moldenhauer y K. M. Michel, B. 7, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1970.
- *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, K. H. Ilting, trad. C. Díaz, Libertarios/Fredhuft, Madrid, 1993.
- *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, E. Moldenhauer y K. M. Michel, B. 18, 19, 20, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1970.
- *Lecciones sobre Historia de la Filosofía*, FCE, México, 1977.
- Hobbes, T., *Leviathan*, Penguin Books, London, 1986, Nacional, Madrid, 1980.
- Jaeger, W., *La Alabanza de la Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- Kelsen, J., *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- Kusch, R., *Geocultura del Hombre Americano, "La cultura como entidad"*, García Cambre, Buenos Aires, 1976.
- Rawls, J., *Sobre las Libertades*, Paidós-I.C.E. Univ. Aut. Barcelona, 1980.
- Ricœur, P., *Política, Sociedad e Historicidad*, Docencia, Buenos Aires, 1986.
- Rojas Paz, N. B., *Comunidad como Derecho y Justicia*, Docencia, Buenos Aires, 1986.
- *Perspectivas Ético Jurídicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- "Libertad y religión", *Rev. de Filosofía Latinoamericana*, nro. 13, 1988.
- San Agustín, *Obras, Del Libre Arbitrio*, T. III, Castalia, Madrid, 1971.
- Schmitt, C., *El Concepto de lo Político*, Alianza, Madrid, 1987.
- Seibold, J., *Fueble y Saber en la Fenomenología del Espíritu de Hegel*, Univ. del Salvador y Diego de Torres, Buenos Aires, 1983.
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1980.
- Weil, E., *Philosophie Politique*, L. F. J. Vrin, Paris, 1989.

LAS INTUICIONES MORALES: ENTRE EL DEONTOLOGISMO Y EL CONSECUENCIALISMO

MARTÍN FARRELL

EL PROBLEMA

La mayoría de los filósofos asignan valor a las intuiciones dentro de cualquier teoría moral. Muchas veces, sin embargo, no podemos dar cuenta de todas nuestras intuiciones morales: hay casos que parecen ser similares en sus aspectos relevantes y en los que nuestras intuiciones —no obstante— conducen a resultados divergentes.

Judith Thomson se ha hecho cargo del problema presentando dos casos de este tipo, que han alcanzado una merecida difusión. El primero de ellos es *El caso del tranvía*, que puede describirse del siguiente modo:

Un tranvía fuera de control se desplaza por una vía. Directamente delante de él en la vía hay cinco hombres que morirán si el tranvía los atropella. Un paseante se encuentra junto a la vía, cerca de un cambio de vías; él puede accionar el cambio y desviar el tranvía hacia otra vía. En ella hay un hombre, y él morirá si el tranvía lo atropella¹.

¹ Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pág. 176.

No hay más datos que el paseante conozca. El no sabe, por ejemplo, la edad de los hombres, su estado económico o de salud, o su situación familiar. Según Thomson (y según mi opinión, y según la opinión de la inmensa mayoría de las personas a las que le fue planteado el problema) el paseante está —por lo menos— autorizado a accionar el cambio de vías (algunos dirían incluso que está obligado a hacerlo). A primera vista este resultado deriva de una ética consecuencialista, donde los números cuentan, es mejor que muera un individuo y no que mueran cinco individuos, y no hay una diferencia moral relevante entre el omitir y el actuar. Pero Thomson nos muestra también un caso similar, en el cual las intuiciones sugerirían —pese a ello— una solución distinta. Este es *El caso del trasplante*, que puede describirse del siguiente modo:

Un cirujano tiene una capacidad quirúrgica tan grande que puede realizar cualquier trasplante con éxito. Tiene cinco pacientes que necesitan órganos, y que morirán pronto si no los obtienen: dos de ellos necesitan cada uno un riñón, otros dos de ellos un pulmón, y el quinto necesita un corazón. Un hombre joven, en excelente estado de salud, y con el tipo de sangre adecuada, podría ser operado para proporcionar esos órganos a los pacientes que los necesitan, pero rehusa prestar su consentimiento. Si el cirujano opera pese a esa negativa, salva cinco vidas al costo de una sola².

En este caso se reproduce aparentemente la situación descrita en el anterior, puesto que también aquí los números deberían contar, prefiriéndose la pérdida de una vida a la pérdida de cinco, no se conocen tampoco datos adicionales sobre los individuos involucrados, y no debería importar la diferencia entre el omitir y el actuar. Pero según Thomson (y según la opinión de la inmensa mayoría de las personas a las que le fue planteado el tema, excluyéndome ahora a mí) el cirujano no está aquí ni siquiera autorizado a operar (ni mucho menos obligado, obviamente). ¿Qué es lo que explica la diferencia entre las intuiciones que se refieren a ambos casos?

² Thomson, *cit.*, pág. 135.

CONSECUENCIALISMO Y DEONTOLOGISMO EN LA TEORÍA MORAL.

Antes de responder a la pregunta que acabo de formular, sin embargo, deseo caracterizar brevemente a las concepciones éticas que subyacen a las intuiciones morales referidas a los ejemplos anteriores.

El consecuencialismo puede describirse como una teoría moral en la cual lo bueno se define de manera independiente de lo correcto, y lo correcto consiste —sencillamente— en maximizar lo bueno. El deontologismo, a su vez, puede describirse como una teoría moral en la cual lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno. En los ejemplos que he mencionado, la distinción anterior funciona de este modo: un consecuencialista diría que la felicidad es lo bueno (por razones de sencillez supongamos que el individuo en cuestión defiende la variedad utilitarista del consecuencialismo), que lo correcto es maximizar la felicidad, y que la felicidad se maximiza minimizando el número de muertes. Puesto que lo correcto, en ambos ejemplos, es minimizar el número de muertes, hay que desviar el tranvía y realizar los trasplantes. Un deontologista, en cambio, diría que el procedimiento por el cual se arriba al resultado tiene prioridad sobre el resultado mismo. Si yo no desvío el tranvía, o no realizo los trasplantes, podrá estar dejando morir a cinco personas, pero no mato a ninguna. Puesto que esta distinción es importante para el deontologista, él considera que está prohibido minimizar el número de muertes aplicando un procedimiento incorrecto, por lo que no hay que desviar el tranvía, ni realizar los trasplantes.

Otra forma de caracterizar a estas teorías morales en conflicto apela a las diferencias entre razones agencialmente neutrales y razones agencialmente relativas. Una razón agencialmente neutral nos dice —por ejemplo— que debemos buscar imparcialmente la felicidad general; la neutralidad agencial, en este caso, consiste en la consideración imparcial de la felicidad de todos los individuos. Las razones agencialmente relativas presentan, a su vez, dos variantes: las razones de autonomía y las razones deontológicas, pero para mi propósito necesito aquí ocuparme sólo de estas últimas. Las razones deontológicas son restricciones respecto del accionar de los individuos, restricciones respecto de lo que podemos legítimamente hacer a otras personas para lograr un cierto fin. Si necesito con urgencia disponer de un auto para auxiliar a

un enfermo grave, y la única manera de que el propietario del único auto disponible acceda a prestarlo es causar un ligero daño a su hijo, ¿puedo hacer tal cosa? En el supuesto de que exista una restricción deontológica absoluta acerca de que no causar daño a un inocente, no puedo hacerlo. Tampoco puedo desviar el tranvía, por supuesto, porque estaría matando a un inocente, ni —por el mismo motivo— realizar los trasplantes³.

LAS ALTERNATIVAS DERIVADAS DEL PROBLEMA

Caracterizadas ya las concepciones morales que ocupan nuestra atención, todavía resta una tarea antes de proceder a contestar la pregunta formulada en el primer apartado, y es la de mencionar cuáles son las alternativas que se presentan frente al problema allí planteado. Una de las alternativas consiste en negar que nos enfrentamos efectivamente a un problema: las intuiciones morales son siempre correctas y esto es lo que nos interesa. Si en el primer ejemplo la intuición es consecuencialista y nos dice que actuemos, y en el segundo es deontologista y nos dice que no lo hagamos, esto es todo lo que debe preocuparnos. Esta alternativa me resulta, sin embargo, claramente insatisfactoria. La filosofía moral se reduciría a muy poca cosa si ella se limitara a ser un catálogo de las distintas intuiciones morales, puesto que nada garantiza que la moral del sentido común esté exenta de defectos, o de incoherencias.

Hay otra alternativa más satisfactoria, desde luego, y es la que consiste en reconocer que nos enfrentamos realmente con un problema. A partir de aquí, sin embargo, esta alternativa se bifurca. Un camino que parte de ella trata de identificar una teoría que dé cuenta de estas intuiciones encontradas sobre la base de ciertas diferencias que se presentarían en los

³ El tema es mucho más complicado, por cierto, pero no puedo desarrollarlo aquí. Me limito a sugerir la lectura de Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, de Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, 1986, y de mi trabajo "Neutralidad y relatividad agencial", *Telos*, vol. II, nra. 1.

dos casos que examinamos. Esto es: acepta que las intuiciones son correctas pero recién después de hallada la teoría que lo demuestra. El otro camino, en cambio, consiste en mostrar que una de las dos intuiciones es incorrecta y que se debe actuar de la misma manera en ambos casos.

Esta segunda rama de la bifurcación es bastante usual, desde luego, puesto que tanto el deontologismo cuanto el consecuencialismo adoptan esta estrategia. El deontologismo sostiene que es incorrecto actuar en los dos casos: no se debe desviar el tranvía ni realizar los trasplantes. El consecuencialismo, a su vez, sostiene que es correcto actuar en los dos casos: se debe desviar el tranvía y también realizar los trasplantes.

Cualquiera sea la rama de la bifurcación que sigamos en esta segunda alternativa nos encontramos entonces frente a tres posibilidades: a) Encontramos una teoría que da cuenta de las diferencias entre las intuiciones, apuntando a rasgos relevantes de los dos ejemplos que se habían pasado por alto. b) No encontramos ninguna teoría que dé cuenta de estas diferencias, ni tampoco encontramos ninguna teoría que explique satisfactoriamente por qué debemos actuar de modo semejante en ambos casos. c) Encontramos una teoría que explica satisfactoriamente por qué debemos actuar de un modo semejante en ambos casos.

Pese a la abundante literatura que se ha producido en el intento de llevar a cabo la posibilidad a), no he encontrado ninguna teoría que explique satisfactoriamente las supuestas diferencias entre el caso del tranvía y el caso del trasplante y explique —por lo tanto— por qué en ambos casos debemos actuar de modo diferente. Este resultado, de por sí, no debería ocasionar directamente el abandono de las intuiciones morales usuales acerca de estos casos. Al fin y al cabo las intuiciones siguen existiendo, y si bien ninguna teoría ha logrado explicarlas, tampoco ninguna teoría las habría rebatido, mostrando algún error encubierto que yacía en ellas (esta es una versión de la posibilidad b). Pero yo creo que puede mostrarse que hay un error en las intuiciones usuales y que —en principio— debería actuarse igualmente en ambos casos: en otras palabras, creo que la posibilidad c) es la que de hecho se realiza. Y, más concretamente, creo que hay argumentos para mostrar que debería actuarse igualmente en ambos casos siguiendo los preceptos de la ética consecuencialista

(aunque reconozco, sin embargo, que no son argumentos decisivos). Voy a tratar ahora de explicar esta idea.

LAS SOLUCIONES AL PROBLEMA

Para hacerlo comenzaré —ahora sí— contestando la pregunta que formulé al concluir el primer apartado: ¿Qué es lo que explica la diferencia entre ambos casos?

La respuesta de Thomson (que intenta mostrar que la posibilidad a) es la verdadera) a esta pregunta resulta especialmente ilustrativa. En el caso del tranvía el paseante puede actuar porque todos los interesados podrían haber llegado a un acuerdo para que lo hiciera, teniendo en cuenta que el desvío del tranvía redundaría en una ventaja para todos los interesados⁴. Según Thomson, esto no ocurre en el caso del trasplante, puesto que la operación no incrementa la posibilidad de supervivencia de todos los participantes y —aún si lo hiciera— tendríamos de todos modos otras objeciones (por ejemplo, objeciones a ciertos tipos de muertes, que no voy a considerar aquí)⁵. Si esta es la explicación más satisfactoria que puede darse respecto de las intuiciones divergentes (y tengamos en cuenta que es la explicación que proporciona quien difundió el problema) ella se vuelve en contra de quien la presenta y, examinada atentamente, constituye en realidad una muestra de que la posibilidad c) es la verdadera.

Porque si esta es realmente la diferencia entre los dos casos que vimos al comienzo, es muy claro que debemos investigar con algo más de profundidad cuál es el motivo por el que no puede alcanzarse el acuerdo en el caso del trasplante, investigación que nos conduce de la posibilidad a) —favorecida por Thomson— a la posibilidad c). En este aspecto resulta muy importante un trabajo de Gilbert Harman⁶ que, curiosamente, no suele ser citado al considerar este tema. Harman se pregunta por qué se cree habitualmente que el deber de no

⁴ Thomson, *cit.*, págs. 192-193.

⁵ Thomson, *cit.*, pág. 195.

⁶ Harman, Gilbert, "Moral Relativism Defended", en Louis P. Pojman (ed.), *Ethical Theory*, Wadsworth Publishing Co., Belmont, Cal., 1983.

dañar a otro tiene más peso que el deber de ayudar a los demás, y toma precisamente como ejemplo el caso del trasplante. Cree que la explicación de esta actitud reside en suponer que la moral deriva de un acuerdo realizado entre individuos dotados de poderes y recursos diferentes. El deber de no dañar a otros beneficia a todos: al rico, al pobre, al fuerte y al débil, de modo que todos ellos pueden ponerse de acuerdo para incluir este deber entre las normas morales. Pero no ocurriría lo mismo con el deber de hacer todo lo posible para ayudar a los necesitados (lo cual incluiría realizar la operación, y la posterior implantación de los órganos). Porque todo el beneficio de esta última actitud sería recolectado por el pobre y el débil, mientras que el rico y el fuerte —en efecto— prevenirían que ellos deberían realizar la mayor parte del auxilio y recibirían poco a cambio, lo que los torna renuentes a convenir un principio tan fuerte de ayuda mutua. Y puesto que la moral resulta de un acuerdo, se arriba a un compromiso y se adopta el principio débil de no dañar a otros⁷.

Si Harman tiene razón, su idea muestra que la única diferencia entre el caso del tranvía y el caso del trasplante es una diferencia en poder. En el caso del tranvía todos los interesados en arribar a un acuerdo son iguales respecto de todos los factores necesarios para lograrlo. Si alguno de ellos hubiera sido más poderoso que los otros cinco, y este poder le hubiera permitido escapar siempre de la vía en caso de peligro, él no hubiera estado interesado en arribar a ningún acuerdo. Y si alguno de ellos hubiera sido más rico que los otros cinco, y esta riqueza le hubiera permitido sobornar al paseante de modo que éste desviara el tranvía a la vía donde él no estuviera, tampoco hubiera estado interesado en arribar a ningún acuerdo.

En el caso del trasplante, a su vez, si los seis individuos involucrados en él tuvieran la misma riqueza, el mismo poder y la misma posibilidad de enfermarse —si tuvieran que elegir detrás de un velo de ignorancia, por ejemplo— podrían llegar a un acuerdo, y lo harían si fueran racionales. Pero los individuos con mayor riqueza saben que ellos pueden com-

⁷ Harman, *op. cit.*, pág. 37.

prar órganos si los necesitan, y los individuos con más poder saben que pueden obtenerlos por otros medios. Este es el motivo por el que no se llega aquí a un acuerdo.

Pero —como espero que resulte obvio— no hay ningún motivo *moral* para no acordar. En el caso del tranvía nadie diría que el paseante obra moralmente si desvía el tranvía de acuerdo a las indicaciones del individuo más rico que se encuentra en una de las vías y lo soborna para que así lo haga. ¿Por qué asignarle entonces valor a la riqueza —o al poder— en el caso del trasplante?

En todo caso, el argumento de la riqueza y del poder para no llegar a un acuerdo en el caso del trasplante (y recordemos que si hubiera desigualdad en riqueza y en poder tampoco habría acuerdo en el caso del tranvía) es un argumento *prudencial*, pero no un argumento moral: no hay acuerdo respecto del trasplante porque sin el trasplante aumentan las posibilidades de vida de los individuos mejor situados en la sociedad.

Una circunstancia análoga explica —tal vez— las intuiciones de la mayoría de los individuos en el caso del trasplante: son intuiciones prudenciales, y no morales. Ellos saben que no necesitan ningún órgano, pero que pueden en cambio resultar “donantes” involuntarios, y prudencialmente deciden no prestar su acuerdo con este procedimiento. (Sería interesante preguntar cuáles son las intuiciones morales de un enfermo renal, dependiente de la diálisis, si fuera interrogado acerca del trasplante forzoso del riñón de una persona que tiene dos riñones funcionando perfectamente, en beneficio de un enfermo como él).

No puede sostenerse que los dictados de la prudencia coincidan siempre con los de la moral. Incluso Gauthier —que ha tratado de conciliar la moral con la racionalidad—⁸ acepta que la moral requiere que algunas personas realicen actos que son genuinamente desventajosos para ellos como medio para alcanzar una mayor ventaja mutua⁹. Dicho en otras palabras: que aquellos que detentan ventajas en ri-

⁸ Cfr. Gauthier, David, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

⁹ Gauthier, David, “Morality and Advantage”, en *Ethical Theory*, cit., pág. 501.

queza y en poder pospongan tales ventajas y acuerden el prestar la ayuda máxima posible, acuerden —por ejemplo— acerca de la posibilidad del trasplante.

Si la permisibilidad o no de las conductas, tanto en el caso del tranvía como en el caso del trasplante, depende de un acuerdo previo, la moral exige también —supongo— que nos preocupemos por la situación anterior al acuerdo. Y si el acuerdo no se alcanzó en un caso determinado sólo por desigualdades en riqueza o en poder éste no es un motivo para respaldar la intuición que justifica este caso, sino un motivo para corregirla. Muchas teorías morales —en efecto— dirían que es nuestro deber proteger a los pobres y a los débiles, en lugar de sacar partido de la riqueza o de la fuerza. No se puede saber si el contenido del acuerdo es justo o injusto con prescindencia de las alternativas previas al acuerdo. Supongamos —por caso— que se arriba a un contrato social a partir de un estado de naturaleza hobbesiano. Las perspectivas son tan sombrías que un individuo estaría dispuesto a firmar cualquier acuerdo con tal de escapar de esa situación, por lo que la circunstancia de que se haya firmado no es condición suficiente de la justicia del acuerdo. Pensaríamos distinto, en cambio, si el contrato social se hubiera firmado a partir de un estado de naturaleza lockeano.

Para aclarar todavía más mi posición acerca de este tema, examinemos por un instante la solución propuesta por el matemático J. F. Nash al problema de la negociación entre dos personas. Nash sostiene que el punto de acuerdo es aquel en el que las partes son igualmente hostiles a arriesgarse a que no se llegue a tal acuerdo, por reclamar más de lo que ese punto ofrece. Pero resulta claro que si la transacción se lleva a cabo entre dos personas de recursos desiguales, para las cuales la ganancia derivada de la negociación tiene una utilidad diferente, el punto de acuerdo es siempre favorable a la persona más rica (en el sentido de que los bienes motivo de la negociación nunca se dividirán igualmente entre ellas)¹⁰. Lo que yo quiero mostrar, entonces, es que el punto de equilibrio de Nash carece de relevancia ética.

¹⁰ Cfr. Barry, Brian, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley, 1969, págs. 14-16.

Bruce Russell coincide con la posición que defiende y señala que el acuerdo es insuficiente para establecer principios morales, puesto que puede haber un proceso de negociación que concluya obteniendo resultados inmorales, por factores tales como la raza, el sexo o la religión. Russell también coincide con la idea de introducir el velo de ignorancia rawlsiano, lo que cambiaría —ciertamente— el resultado de los acuerdos¹¹. De manera que el acuerdo, en sí mismo, es moralmente irrelevante: puede no haber acuerdo allí donde moralmente debería haberlo (como en el caso del trasplante), y puede haber acuerdos cuyos resultados no consideraríamos morales.

La solución que aporta Thomson al caso del tranvía se vuelve en definitiva en su contra, pues puede mostrarse que la misma situación se reproduce en el caso del trasplante. Hay un error en las intuiciones morales, entonces, puesto que puede mostrarse que algunas de ellas son sólo intuiciones prudenciales. Si esto es así, la conducta del agente no puede variar en los dos casos que he considerado.

Pero todavía la cuestión no ha sido resuelta por completo. La conducta del agente no puede variar en los dos ejemplos, pero todavía él tiene disponibles dos alternativas: actuar en los dos casos siguiendo los preceptos de la ética deontologista o actuar siguiendo los preceptos de la ética consecuencialista. Aunque tampoco pueda proporcionar aquí argumentos decisivos, creo que la conducta a seguir por parte del agente debe ser la prescripta por el consecuencialismo y no por el deontologismo. Una de las razones para sostener que los dos casos son semejantes reside en que en ambos podría arribarse a un acuerdo —prescindiendo de circunstancias moralmente irrelevantes— para maximizar las probabilidades de supervivencia; el conseguir esa maximización depende —ciertamente— de adoptar una perspectiva consecuencialista. No hay ningún fundamento moral que respalde las intuiciones prudenciales en el caso del trasplante (o las similares que podrían construirse en el caso del tranvía), y me parece que esta circunstancia debilita seriamente la posición deontologista.

¹¹ Russell, Bruce, "On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties", en John Martin Fisher and Mark Ravizza (eds.), *Ethics, Problems and Principles*, Harcourt Brace Jovanovich, Fort Worth, 1992.

Pero adviértase una puntualización imprescindible a lo que he sostenido aquí: la conclusión que extraje es válida sólo en el caso de que la mejor propuesta para mostrar que es verdadera la posibilidad de que existan diferencias relevantes entre los dos casos estudiados sea la elegida por Thomson. Cualquiera que elija otra propuesta diferente —que no apele a la noción del acuerdo— y la encuentre aceptable, no está obligado a aceptar mi conclusión.

Finalmente, una palabra para explicar por qué este trabajo de ética aparece en una revista jurídica. En la etapa actual de nuestra legislación, un cirujano que realizara los trasplantes que he mencionado sería —sin duda— condenado por homicidio. Es posible, incluso, que fuera también condenado el paseante que realizara el cambio de vías. Tal vez la línea argumental que he seguido sea susceptible de motivar algunas modificaciones en la legislación penal.

EL SEXO DE LOS ÁNGELES

El constructivismo en las ciencias sociales

RICARDO A. GUISBOURG

1. BIZANCIO 2000

El sexo de los ángeles ha quedado en la memoria colectiva como el tema paradigmático para un debate perfectamente inútil. Esta opinión tiene dos vertientes. Una, tan pragmática como impía, sugiere que los teólogos de Bizancio habrían debído dedicarse a otros menesteres frente a la invasión turca. Otra, más estrictamente epistemológica, tiende a reconocer que semejante controversia requería diversos presupuestos:

- a) que los ángeles existen;
- b) que la naturaleza de los ángeles y la definición admitida de "sexo" son tales que alguna forma de sexo es susceptible de ser atribuida a tales entidades;
- c) que la efectiva sexualidad angélica (y, acaso, el género específico de cada ángel) pueden establecerse por métodos no empíricos, y
- d) que la averiguación de tal circunstancia es, en mayor o menor medida, relevante para quienes habitamos este valle de lágrimas.

Los santos varones constantinopolitanos estaban seguros de (a), tenían gran confianza en (c), se inclinaban a aceptar (d) y, por esos motivos, consideraban plausible debatir (b) con tanto empeño. Hoy (a) no goza de tanto consenso, (c) es rechazada por el paradigma científico, casi nadie cree en (d) y, por eso, el debate acerca de (b) —que, después de todo,

tiene un alto contenido lingüístico— nos parece un ejemplo de estalictia.

Sin embargo, es común en nuestros días discutir si es verdad que las ideologías han muerto, o que la legalización de las drogas es un medio eficaz para combatir el narcotráfico. Acaso estas proposiciones sean verdaderas o falsas: sea como fuere, ellas dependen de tal cantidad de presupuestos que su verdad o su falsedad se vuelve extremadamente tenue, sujeta a hipotéticos y probablemente inexistentes acuerdos acerca de la totalidad de aquellos presupuestos y tan frágil que el menor cambio en cualquiera de éstos puede invertir o aun variar por completo el valor de verdad que hubiéramos atribuido a uno de aquellos enunciados.

El mecanismo que nos lleva a descuidar la importancia de esta observación es el mismo que hoy criticamos en los teólogos bizantinos: la aceptación acrítica de presupuestos implícitos, que sólo advertimos ahora porque adoptamos otros. Se trata, en suma, de imaginar que los objetos de los que hablamos, las características que les atribuimos, las acciones que describimos y aun los problemas o controversias que debatimos son reales, puesto que hay palabras para referirse a ellos. Este efecto ontológico concedido al lenguaje no sólo nos conduce a creer mucho más que lo plausible: lo que es peor, al suponer que las estructuras de nuestro pensamiento se hallan conectadas directamente con la realidad, limita nuestra capacidad para redefinir las palabras, reclasificar los objetos y replantear los problemas.

2. EL BUEN SALVAJE

Si no aceptamos *a priori* que las estructuras lingüísticas respondan estrictamente a estructuras reales, esto es a objetos, géneros, cualidades, acciones y enigmas preexistentes, envasados en bolsas de polietileno y etiquetados por la mano divina, estamos acaso maduros para proponernos un mito en el que no necesitamos creer.

Imaginemos, en efecto, al género humano resumido y personificado en un solo hombre primitivo; tan primitivo que tiene la ignorancia (y la capacidad de aprendizaje) de un recién nacido pero no cuenta con una cultura preexistente y debe desarrollar sus propias estructuras.

Nuestro salvaje recibe de sus sentidos una multitud de datos visuales, auditivos, táctiles, olfativos y gustativos. Pronto aprende a relacionarlos entre sí y a situarlos en el espacio y en el tiempo; aparecen las percepciones. Luego, llevado por el interés o la curiosidad, se habitúa a recortar idealmente, de la realidad global percibida, ciertos sectores que llaman su atención de modo diferenciado: así constituye los objetos y los acontecimientos. Algunos de esos objetos le agradan; otros le producen dolor o disgusto; nace la preferencia. Guiado por sus preferencias, el hombre agrupa los objetos previamente delimitados en clases que define por la presencia de ciertas características que juzga relevantes: surgen así los conceptos, primer nivel de una escala de abstracciones que no cesaría de multiplicarse. Algunos de estos conceptos son estáticos (clases de cosas o estructuras duraderas); otros son dinámicos (clases de estructuras fugaces, segmentos de movimiento, hechos).

Mientras tanto, el mítico cavernícola ha advertido que puede controlar sus propias acciones (o, mejor dicho, aprende a considerar "sus acciones" los acontecimientos que puede controlar). También ve que algunas de sus acciones incrementan o disminuyen la probabilidad de aparición de otros acontecimientos agradables o desagradables. El método del ensayo y del error, por vía inductiva, lo conduce a la práctica sistemática de ciertas conductas: aparece la técnica.

Algunos de los acontecimientos externos agradables o desagradables son percibidos y clasificados como acciones de otros entes: animales, personas semejantes a nuestro protagonista. Esas acciones también pueden recibir cierta influencia de las conductas propias, lo que también ocurre a la inversa. Así se inauguran el ataque y la defensa, la coerción y la amenaza.

Cuando a estas construcciones ideales se combina el lenguaje, una compleja red de ruidos o de marcas las traduce, facilita su comunicación, promueve mayores niveles de abstracción. Nacen así, paso a paso, el nombre, el sustantivo, el adjetivo, el verbo y el adverbio; los universales, las relaciones, las relaciones entre relaciones, la causalidad, la orden, la norma, la antinomia conflicto-paz, el lenguaje del poder, la imputación y los espíritus, los derechos y las obligaciones, el bien y el mal, la ética y el derecho, la lealtad y la traición, la legalidad y la legitimidad, la culpa y el mérito, el premio y

el castigo, el paraíso y el infierno, la ortodoxia, la revolución, la herejía, la ideología y la ciencia.

Mientras tanto se produce un refluxo de influencias: el lenguaje, cortado a la medida de las decisiones pragmáticas del hombre, se convierte en instrumento de socialización y de transmisión de una cultura cuyas bases ya no se debaten. Entonces, aquellas decisiones primitivas se cristalizan y la humanidad renuncia, sin darse cuenta, a las facultades que el hombre primitivo había ejercido con tanta libertad.

Como ya dije, no es preciso que creamos esta historia. Basta que nos la planteemos para advertir que se trata de una reconstrucción posible del modo en que nuestra forma de pensar, razonar y hablar se ha generado. Desde luego, podemos imaginar otra distinta que nos parezca más plausible; pero, cuando lo hagamos, nuestra imaginación ya no será ingenua: nos veremos precisados a establecer alguna relación alternativa entre las estructuras de nuestro pensamiento y entre ellas y el lenguaje; y, lo que es más importante, a identificar los motivos que nos hacen preferir esta relación a la precedentemente propuesta. Es decir, a ejercer en alguna medida aquella libertad perdida.

Obligados, pues, al ejercicio de esa libertad, no es difícil que advirtamos que cualquier conjetura histórica carece de bases concluyentes y, después de todo, no es siquiera tan importante. Porque, en lugar de reconstruir tentativamente el modo en que la humanidad ha constituido su pensamiento, puede ser más fructífero y positivo *construir* la forma de pensamiento que nos parezca más conveniente. Esta idea es la base de lo que prefiero llamar *constructivismo*.

3. CONSTRUIR Y RECONOCER

El verbo "construir" evoca siempre la imagen de un edificio a medio hacer: bolsas de cemento, montañas de arena, obreros que apilan ladrillos, una grúa... y un arquitecto que dirige la obra, plano en mano. La imagen es fecunda en metáforas. Cuando el arquitecto proyecta su obra, ninguna de las características de ésta está *dada en la realidad* (a menos, claro, que se trate de reciclar un edificio anterior). Hay un terreno baldío y una multitud de condicionamientos: el pre-

pósito del propietario, el presupuesto disponible, los materiales existentes en el mercado, la formación profesional y la preferencia estética del arquitecto (y la de su cliente, que puede no coincidir con ella), las normas municipales y la mayor o menor calificación de la mano de obra. Pero la proporción en que cada una de esas condiciones haya de influir en el resultado, así como el modo en que finalmente se combinen en una obra única y coherente, dependen de una multitud de decisiones que es preciso adoptar. Innumerables combinaciones —sistemas de decisiones— son (psicológicamente) posibles. No todas ellas son internamente consistentes. Muchas menos son técnicamente posibles. Acaso unas pocas resulten aceptables, habida cuenta de las preferencias estéticas, funcionales y económicas. Una de éstas es deliberadamente escogida y —suerte mediante— se lleva a la práctica.

Otro tanto ocurre con el pensamiento. Nuestra reflexión está impulsada por nuestras preferencias e intereses. Se mueve dentro de un marco constituido por la lógica que usamos, la realidad que conocemos y la imaginación de la que disponemos. Pero ninguna estructura ideal nos es dada; ninguna requiere ser reconocido en el sentido en el que un ciego reconoce los obstáculos callejeros al tocarlos con su bastón. Todas ellas, desde las más profundas de la metafísica hasta las más inmediatas como la identificación de un problema o la elaboración de una hipótesis, dependen de decisiones metodológicas. Una ciencia, en este sentido, no es otra cosa que un sistema de decisiones metodológicas en el que se insertan los datos de la realidad, una vez identificados e interpretados por el mismo sistema, como los libros de la biblioteca se ordenan en los estantes. Y evoluciona o se modifica del modo en que los estantes se construyen, cuando lo creemos preciso, a la medida de los libros que tenemos o imaginamos que tendremos algún día.

4. CIENCIAS DURAS, CIENCIAS BLANDAS

Las ciencias llamadas duras (física, química, biología, para hablar de las empíricas) no suelen preguntarse por sus propias estructuras: se ocupan simplemente en su propio objeto, que presuponen suficientemente definido, y dejan a la

epistemología las inquietudes acerca de tal objeto, del modo de identificarlo y del método apropiado para conocerlo. Las blándas, en cambio (notoriamente las ciencias sociales), muestran siempre a flor de piel las controversias metodológicas y epistemológicas: están constantemente revisando su propia estructura.

Si se atiende a lo ya expuesto, tal diferencia no debe sorprendernos. Una vez vencida la resistencia del deductivismo fundado en la autoridad histórica y religiosa, las ciencias naturales han elegido sistemas de decisiones que se fundan, al menos en sus lineamientos más generales, en criterios dados de amplio consenso, en relación con los cuales las divergencias son relativamente esporádicas. Y sólo (*¿sólo?*) se apoyan en una teoría del conocimiento, en ciertos criterios para la identificación y clasificación de los objetos, en una lógica, en un paradigma científico y en una generalizada confianza en los métodos empíricos y en los cálculos con base empírica, aunque los epistemólogos pongan en duda algunos de estos presupuestos.

Las ciencias sociales, en cambio, requieren las mismas decisiones sólo como base para iniciar sus interminables debates. Ocurre, en efecto, que el marco pragmático en el que se sitúan las decisiones metodológicas específicas de aquellas ciencias admite fenómenos de mayor complejidad, de repetibilidad dudosa y de identificación controvertida. Es más: el propio marco es susceptible de diferentes versiones, fundadas en enfoques axiológicos opuestos.

Por ejemplo, la delimitación de un insecto (a fin de identificarlo como objeto) es cosa sencilla: no porque sea dada, sino porque —a partir de una tradición cultural consagrada por el lenguaje— es fácil obtener consenso acerca de qué moléculas integran el objeto y qué otras se hallan fuera de él. En cambio, la delimitación del territorio de un Estado es más difícil: no sólo por los conflictos limítrofes sino también por la existencia de embajadas con estatuto extraterritorial, buques sujetos a la ley de la bandera y casos semejantes, capaces de fundar diversas teorías que conduzcan, a su vez, a soluciones divergentes.

Un eclipse es un acontecimiento identificable: aunque su delimitación se halla sujeta a decisión convencional, existe acuerdo acerca de los momentos en que el fenómeno comienza y termina, acuerdo que al mismo tiempo facilita distinguir

ese hecho de otros, incluso de sus condiciones y sus consecuencias. El romanticismo también es un acontecimiento en la historia de la literatura, pero sus límites pueden fijarse entre Chateaubriand y Hugo como entre Shakespeare y las telenovelas. Al mismo tiempo, la complejidad de cualquier obra literaria y la vaguedad del vocablo en cuestión (cuyas características definitorias son más o menos controvertidas) generan para cualquier época una zona de penumbra semántica que sería considerada demasiado amplia en la práctica de las ciencias naturales.

Delimitar un problema (un sector de la realidad que se pretende describir, un acontecimiento probable que se quiere evitar o uno posible que se desea provocar o facilitar) implica siempre dejar fuera de esos límites otros acontecimientos que, aunque relacionados con el primero en calidad de condiciones o de consecuencias, no son alcanzados por nuestro enfoque: la solución del problema así identificado no necesita, para ser más o menos aceptable, describir, explicar o prever los hechos periféricos. Así, una droga recién descubierta puede destruir las células cancerosas; su toxicidad para el ser humano es acaso —si tal es el enfoque elegido— otro problema, no por eso menos merecedor de atención a poco que le llegue su turno. Otro tanto sucede en las ciencias sociales: la eliminación del déficit fiscal es un problema, la acumulación de capital otro y el incremento de la capacidad de consumo de las personas menos favorecidas un tercero, aunque es obvio que los tres se hallan estrechamente relacionados. Pero esta visión en compartimientos, tan ficticiamente estancos como los de las ciencias naturales, es aquí menos inocente: un gobernante, un empresario y un dirigente sindical usarán probablemente distinto énfasis en el análisis de esos problemas y propondrán soluciones claramente demostrativas de que la distinción entre centro y periferia no es tan sólo metodológica sino fuertemente valorativa. A la vez, mirarán acaso con cierta desconfianza a quien sugiera incluir todos los factores en un mismo problema para tener de ellos una visión de conjunto.

Desde luego, identificaciones, clasificaciones y enfoques dependen siempre de decisiones metodológicas fundadas en una preferencia de origen pragmático; pero las ciencias duras —luego de la dura batalla que libraron a partir del Renacimiento— tienen a su favor una definición de sus propios objetivos que suscita acuerdos bastante generalizados acerca de la

mayoría de aquellas decisiones: los debates versan sobre hipótesis de punta, aparte de las consabidas rivalidades de capilla o de la constante caza de subsidios. En las *blandas*, los acuerdos tienden a ser menos generales para refugiarse en los límites de sectores, clases o partidos; los paradigmas se convierten en ideologías (o son sospechados de tales), porque son varios y generan desconfianza recíproca. Y, en estas condiciones, las ciencias sociales no adquieren suficiente fe en sus propios objetivos y se resignan a menudo a un papel epistemológicamente deslucido: el calificativo de "blandas" es a menudo aplicado a las ciencias sociales por sus propios cultores.

Muchas de las afirmaciones que se formulan en ciencias sociales tienen una estructura justificatoria que sería considerada precientífica por físicos o biólogos. Esta circunstancia se debe, en parte, a las complejas características del objeto y a las dificultades para la experimentación, que impiden aislar variables, identificar regularidades y, por lo tanto, formular leyes con aceptable poder predictivo. Pero también incide en ella la excesiva interferencia valorativa, que ya hizo de las suyas en la astronomía antes de Galileo, en la fisiología antes de Harvey y en la biología antes de Darwin.

Se trata, por cierto, de diferencias cuantitativas; cabe esperar que, a medida que avance la investigación, la humanidad se harte de jugar con las ciencias sociales y decida extraer de ellas algo más que agua para diferentes molinos. Pero la magia ontológica del lenguaje desempeña aquí un papel más claramente retardatario.

En efecto, cuando todos (o casi todos) están de acuerdo en un mismo sistema de decisiones metodológicas, el hecho de que éstas se hallen sacralizadas por el lenguaje no afecta gravemente la comunicación y el debate: sólo constituye una traba heurística. Pero, si existen divergencias importantes en algunas ramas de aquel sistema, suponer que el lenguaje refleja una ontología conduce a debatir palabras en la creencia de que se debaten hechos.

Retomemos, a manera de ejemplo, una frase mencionada al principio: "las ideologías han muerto". Este enunciado es tan abstracto como el teorema de Tales, pero se halla muy lejos de la precisión que éste obtiene de las definiciones geométricas. Ante todo, qué entendamos por ideología es algo dudoso, no sólo en el aspecto semántico sino también en el pragmático: muchos emplean esta palabra con contenido pe-

verativo, de modo que —si tal fuese el hábito del hablante— habría que conocer sus propias preferencias para excluirlas del ámbito de la palabra. "Morir" es un vocablo bastante comprensible en su sentido biológico más llano, aunque en un tiempo la muerte se consideraba un hecho instantáneo y los actuales tanatólogos la ven como un proceso. De todos modos, en la expresión que analizamos está usada metafóricamente. ¿Qué significa "morir" en este contexto, como predicado de una ideología? ¿Que ya nadie la sostiene? ¿O que sus seguidores son pocos? ¿Cuántas personas son pocas? ¿Se indica tal vez que sus seguidores ya no son relevantes, por ejemplo porque carecen de poder político, económico o de otra clase? Pero la muerte de una ideología no sólo puede definirse a partir de los sujetos: también puede ser un acontecimiento objetivo. Tal sería el caso si pensáramos, por ejemplo, que una ideología muere cuando ya no vale la pena sostenerla, cuando ya no responde a las circunstancias que ella pretendía explicar, predecir o criticar. Esta circunstancia depende también de un factor pragmático que muchas veces, en ciencias sociales, se vuelve precisamente... ideológico: en materias que afectan profundamente los intereses de cada uno, qué enfoque valga la pena o haya perdido actualidad no es tema ajeno a las preferencias personales o sectoriales.

Por último, discutir el enunciado del ejemplo implica un acuerdo previo acerca de cuáles son las circunstancias empíricamente verificables que permitan averiguar si una ideología (en el sentido que hayamos elegido) ha muerto (en la acepción que hayamos convenido).

Semejante sistema de decisiones metodológicas compartidas haría que, para los interlocutores incluidos en la convención, el debate acerca de la muerte de las ideologías fuera útil y aun importante². Tanto como lo era el sexo de los ánge-

² El ejemplo elegido, por cierto, no constituye un caso aislado. Pueden advertirse condiciones semejantes en enunciados tomados al azar de diferentes disciplinas:

a) "Una consecuencia de la transición de la sociedad feudal a la sociedad de clases consistió en el despliegue grandioso de la cultura intelectual, a lo que contribuyeron tanto el regionalismo como el folklorismo" (Heintz, Peter, *Curso de Sociología*, Eudaba, Buenos Aires, 1965, pág. 113).

b) "Una vez que abandonemos nuestras supuestas irrealidades sobre la uniformidad de las personas y de los empleos, nos encontraremos con con-

les para los teólogos bizantinos tan criticados. Pero el caso es que aquel consenso no existe y, sin embargo, conducidas por la fuerza metafísica del lenguaje, aquellos interlocutores discuten y hasta se encolerizan creyendo cada uno que el otro se niega a ver una realidad evidente.

Por este motivo las ciencias sociales requieren, tanto como las otras pero aun con mayor urgencia, una tarea constructiva que, pacientemente, verifique y rectifique primero los cimientos epistemológicos y luego pase revista a las decisiones metodológicas que vayan a servir de ladrillos... así como las otras, más abstractas, que guíen el trazado y la interpretación de los planos. Es probable que en ese proceso muchos desacuerdos ocultos salgan a la luz para luego resolverse o bien consolidarse como alternativas conocidas por todos. No sería extraño, además, que el lenguaje entero de las ciencias sociales sufriese modificaciones importantes y hasta traumáticas. Pero el resultado será indudablemente benéfico... si por tal cosa se entiende el establecimiento de un espacio de debate en el que todas las ideas tengan acceso a partir de reglas de juego claras y compitan frente a criterios dotados de consenso para la solución de las controversias.

5. ¿Y EL DERECHO?

Entre todas las ramas de las ciencias sociales, la jurídica tiene el dudoso privilegio de contener todas las imprecisiones

siderables diferencias salariales, incluso en un mercado de trabajo perfectamente competitivo" (Samuelson, Paul, *Economía*, McGraw Hill, México, 1993, pág. 631).

c) "Sería un error sobrestimar la influencia de las ideas de Freud sobre el concepto de que el amor es el resultado de la atracción sexual, o de que es lo mismo que la satisfacción sexual, reflejada en el sentimiento consciente" (Fromm, Erich, *El Arte de Amar*, Paidós, Buenos Aires, 1989, pág. 101).

d) "En sus sinfonías (Gustav Mahler) se inspiró más en Brahms o en Schubert que en la música de sus contemporáneos. Él dijo de la sinfonía que era un universo y que, por tanto, debía abarcar todas las cosas, y en sus grandes obras, como en la Octava de sus sinfonías, se aproximó más que ningún otro compositor a la creación de un verdadero universo musical" (Spence, Keith, *Música Viva*, Círculo de Lectores; s.d.c. original The Archan Press Ltd., Barcelona, 1978, pág. 117).

y ambigüedades que, más o menos ignoradas o descuidadas, la convierten en pariente metodológica de la alquimia y de la astrología.

Bajo un mismo y acaso excesivo rótulo ("ciencia del derecho"), coexisten y a menudo se entremezclan una disciplina deductiva que registra, relaciona y analiza normas; otra inductiva que mide acatamientos y predice decisiones; y una tercera, especulativa, que imagina sistemas supraempíricos.

Cuando una persona emplea la palabra "derecho", unos entienden ley vigente (como cada uno la interpreta); otros pautas eficaces y predecibles de conducta (como cada uno las induce), otros justicia (como cada uno la profiera). Pero todos ellos creen estar hablando del mismo objeto, lo que no puede sino multiplicar los acuerdos ficticios² y trabar los reales³.

A partir de semejante base metodológica, no es extraño que el estudio del derecho se halle en una etapa precientífica, en la que el discurso está más cerca de la retórica que de la demostración y donde las controversias, aun en los niveles decisorios, se resuelven por votación a falta de criterios confiables y transparentes para dirimirlos⁴.

² Por ejemplo, todos defendamos la justicia; por eso amamos la libertad pero aborrecemos el desorden y queremos vivir en paz. Eso no nos impide estar en desacuerdo acerca de cuáles sean las conductas justas, llamar libertad al desorden que aprobamos y desorden a la libertad que desaprobamos y, en ocasiones, estar dispuestos a defender tan claros puntos de vista con las armas en la mano. Tenemos, pues, divergencias acerca del contenido concreto de las normas o de los principios aunque creemos o fingimos estar de acuerdo en sus fundamentos o lineamientos generales.

³ Por ejemplo, muchas personas se mostrarían más de acuerdo con los tratados internacionales de integración si no se sintieran limitadas por el concepto de soberanía nacional, que suponen inmutable e intangible.

⁴ La votación es una herramienta insustituible de la democracia y resulta obviamente preferible a la imposición autoritaria. Pero su virtud depende del objeto al que se aplica: un tribunal colegiado caería en el ridículo si decidiese por votación que dos más dos son cuatro, pero a todos nos parece natural que decida por mayoría el modo de interpretar la grabe de los hechos, en tanto muchas sostenemos como una conquista de la humanidad que los ciudadanos podamos decidir con el voto los grandes lineamientos de la política. Los tres casos se insertan en un continuo, en el que las diferencias pueden apreciarse como cuantitativas. Y el factor de cantidad variable es el mayor o menor consenso que existe en el grupo acerca de la solución misma, del procedimiento para arribar a una solución o de los criterios para establecer aquel procedimiento.

Lo curioso es que los juristas se conformen tan fácilmente con esta situación y, seguros de que el derecho es metafísicamente inmune a la precisión y a la decidibilidad, asuman complacidos el papel de oráculos divergentes de un Dios inescrutable.

Si el conocimiento del derecho (y la formulación misma de las leyes) han de superar alguna vez la metodología del siglo V, será preciso —allí más aún que en otras ramas del quehacer social— aplicar la técnica constructiva que, mediante definiciones claras y neutrales⁵ y decisiones explícitas sujetas al libre debate, vaya generando construcciones abstractas y explicando el contenido y la estructura de cada sistema jurídico sin suponer realidades trascendentes que no tengan otro fundamento que el lenguaje y la tradición.

De otro modo, nos veremos algún día objetando el paraíso desde una perspectiva de género, con el argumento de que todos los arcángeles tienen nombre de varón.

⁵ La claridad y la neutralidad son términos relativos, por lo que no pueden predicarse de una proposición sino por referencia al grupo al que ella se dirige. Una proposición es tanto más clara cuanto mayor es la proporción de los miembros de dicho grupo que son capaces de comprenderla, y tanto más neutral cuanto mayor sea el número de los que la consideran compatible con sus propias preferencias. A la vez, la claridad y la neutralidad son condiciones tanto más difíciles de alcanzar cuanto mayor sea el grupo al que la proposición se dirige o mayor sea la diversidad de códigos o de preferencias entre los miembros que lo componen.

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 precedente¹.

¿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

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, 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"³.

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

³ Ver Husserl, E., *Ideas Relativas a una Fenomenología Para y una Filosofía Fenomenológica*, FCE, México, 1996, 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"³.

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 dos⁴. Y

³ Ver Entelman, R., "Introducción" a *El Discurso Jurídico. Perspectiva Psicoanalítica y otras 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 '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 provisoría 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 parte³.

³ 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 mismos⁸.

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.

⁸ "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)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*. El 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, 395⁸).

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-

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, 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 niveles¹⁰.

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 derecho¹¹. Como señalan

¹⁰ 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.

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 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 precavida 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).

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 (traducción: 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 Buljgin, E. "Lógica deontica", en Alchourrón, Méndez y Grayen, *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 relevancia¹⁴:

¹⁴ 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, significados¹⁵. 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 oración²⁶.

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

²⁶ 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 sistematizaciones¹⁸.

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.

¹⁷ "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).

¹⁸ 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 descriptiva¹⁸.

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-reconstruccionista. 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.

¹⁸ Cabe señalar de paso que para Alchourrón y Bulygin si bien la dogmática es descriptiva, ella también incluye (sin perder cientificidad) 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)²⁹.

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

²⁹ 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)²¹.

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.

Desinterrogantes. 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

²¹ 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)²².

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-

²² 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 enmarañado 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 ilusiones²³.

Peró 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.

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

²³ *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 válida, 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 normas²⁴.

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

²⁴ 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 experiencia²⁵.

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 ordinario²⁶.

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

²⁵ 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.

²⁶ Ver Strawson, P., *Individuos. Ensayo de Metafísica Descriptiva*, Taurus, Madrid, 1988.

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.

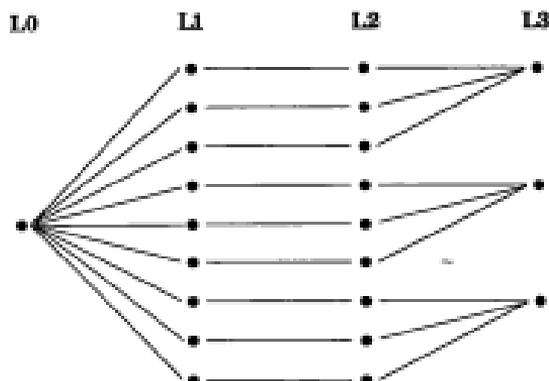
Por su parte, la teoría del nivel 3 tiene una doble faz. Por un lado ella es eminentemente explicativa, al presentarse como una teoría de las funciones, finalidades y caracteres del Derecho. Por otro lado ella es analítica, al aportar los criterios para reconstruir estrictamente al derecho-objeto. Resulta 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 desfases²⁷;

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

²⁷ "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 diferencias²⁸;

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.

²⁸ "En cierta ocasión me ocupé en el fenómeno de que las comunidades vecinas, y aún emparentadas, son precisamente las que más se combaten y desdistan entre sí, como, por ejemplo, españoles y portugueses, 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".

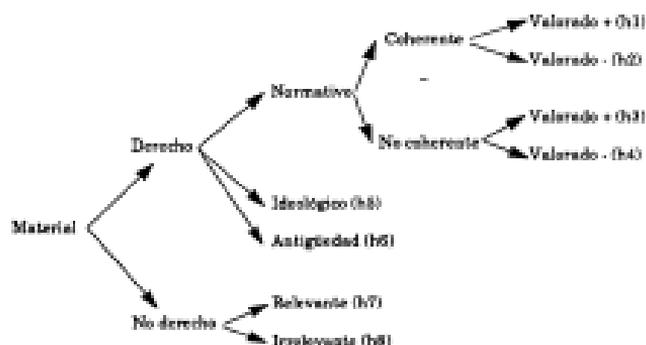
Ahora bien, según los autores los desacuerdos sobre la verdad deóntica son de dos tipos. Por un lado, están los desacuerdos sobre las historias posibles, en tanto que el considerar diferentes hechos da lugar a diferentes historias. Por otro, desacuerdos en cuanto a las maneras de formar las jerarquías o 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 *moufeca 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)²⁹:



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

²⁹ 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 "afrontar la situación con decisión y coraje" (*AL*, 624)³⁴.

¿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.

³⁴ 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.

TRES CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*

CARLOS F. ROSENKRANTZ**

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me ocuparé de la justicia correctiva, más precisamente, de las razones que existen para obligar a compensar¹ los daños causados a bienes de terceros sin el consen-

*Agradezco las observaciones formuladas a borradores anteriores por Ernesto Garzón Valdés, Ricardo Caracciolo, Martín Farrell, Juan Carlos Bayón, Bruce Ackerman, Liam Murphy, Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Norberto Spolansky y a las innumerables discusiones con Gabriel Bouzas y Jorge Barraguirre. También agradezco a los asistentes a las presentaciones que realicé en New York University, Universidad Torcuato Di Tella y en el seminario anual de Filosofía en Vaquerías, Córdoba. Parte de la financiación para este trabajo fue proporcionada por la Universidad de San Andrés, Argentina.

**Abogado, Primera de Promoción (UBA), Master y Doctor en Derecho (Yale University); Profesor UBA; Profesor Visitante U. de San Andrés, Argentina y Pompeu Fabra, Barcelona; Global Law Professor, New York University.

¹ Hay muchos conceptos distintos de lo que significa compensar. Sin embargo, creo que la reducción que de ellos ha hecho Robert Goodin es apropiada. Goodin sostiene que podemos compensar a los efectos de proveer a la gente con iguales medios para perseguir los mismos fines. Llama a este tipo de compensación "means replacing compensation". Por otro lado, podemos compensar para ayudar a la gente a que persiga otros fines de una manera que los deje en la misma situación subjetiva en la que estarían si no hubiesen sufrido ningún daño. Llama a este tipo de compensación "ends displacing compensation". Entre ambas sugiere que la justicia correctiva debe tender a satisfacer el segundo concepto. Véase, Robert Goodin, "Theories of Compensation", en *Liability and Responsibility*, R.C. Frey Christopher W. Morris (ed), Cambridge University Press, 1991.

timiento de sus respectivos titulares². Estoy convencido de que la respuesta a este problema tiene una enorme implicancia práctica pues determina la forma en que debemos resolver las cuestiones más difíciles del derecho de la responsabilidad extracontractual³. En efecto, la cuestión de si, tal como proponen algunos autores para el caso de daños masivos, debemos compensar por el mero hecho de imponer a otros el riesgo de dichos daños, o la cuestión de si, tal como sucede con el régimen de responsabilidad por accidentes automovilísticos neocelandés, los daños deben ser pagados por partidas provenientes de rentas generales y no por quien los causó, sólo pueden resolverse recurriendo a las razones que en última instancia justifican la obligación de compensar.

En las secciones VII y subsiguientes de este trabajo ofreceré los rasgos esenciales de lo que considero la mejor concepción de la justicia correctiva así como algunos de los problemas que ella presenta. Previamente, en las secciones II y III describiré dos concepciones distintas, la concepción económica y la concepción retributiva. En las secciones V y VI criticaré a ambas. Por último, en la sección XII concluiré con algunas reflexiones de carácter general referidas a los problemas esencialmente jurídicos.

II. LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

Muchos autores contemporáneos han adoptado un criterio eminentemente económico para decidir qué daños deben ser soportados por las víctimas, y cuáles compensados por quienes los han causado⁴.

² Si bien es posible dañar a otro con su consentimiento este problema es mejor analizado a la luz de la justicia contractual.

³ Esta cuestión ha sido postergada en las discusiones filosóficas. Aristóteles se ocupó largamente de las cuestiones (Véase, Aristotle, *Nicomachean Ethics*; Weinrib, Ernest J., "Aristotle's Forms of Justice", *Raino Juris*, Vol. 1, pág. 86, 1988; Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard U. Press, págs. 313 y sigs., 1990). Pero entre los modernos tan poca atención nunca fue prodigada. Los mejores esfuerzos se dirigieron a resolver los problemas de la justicia distributiva y retributiva.

⁴ Muchas han sostenido que la concepción económica comenzó con el famoso artículo de Ronald Coase "The Problem of Social Cost" (*The Journal*

Sostienen que las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser concebidas como instrumentos al servicio de la eficiencia. Afirman, además, que la eficiencia debe ser entendida a la Kaldor-Hicks, concluyendo que una sociedad, una institución o una norma jurídica es más eficiente que otra siempre que los que se benefician con dicha sociedad, institución o norma jurídica, ganan más de lo que pierden quienes se perjudican con ella⁵.

Para quienes no se encuentran familiarizados con las posiciones sustentadas por estos autores no será fácil advertir cómo solucionar la cuestión de quién debe compensar qué daños a los efectos de lograr la eficiencia. Sin embargo, los principios que estos autores proponen son claros. Veamos primero como reinterpretan el concepto de la "culpa" extracontractual.

Suponga que A causa un daño d a B mediante la acción p. Suponga que B inicia un juicio para obtener la compensación correspondiente de A. La cuestión debatida en dicho juicio es quién, A o B, debe cargar con el daño d⁶.

Los partidarios de concepciones económicas de la responsabilidad sostienen que esta cuestión debe resolverse de la siguiente manera: para saber si A debe cargar con el daño hay que saber si A actuó con culpa. Pero la culpa del agente causal no debe ser entendida de la manera tradicional. Por el contrario, para saber si hay culpa, hay que investigar, primero, la probabilidad de que la acción p de A cause d; segundo, la gravedad de d y, tercero, el costo que implica para A las precauciones adecuadas para prevenir d.

of Law and Economics, 3, 1969). Así, Bisbal, Joaquín, introducción a la edición castellana del *Costo de los Accidentes de Guido Calabresi*, Ariel, Barcelona, 1984. Mi impresión es que Casso se limitó a señalar una particularidad del funcionamiento de los mercados a la que el *welfare economic* no había prestado suficiente atención: la irrelevancia de la asignación de derechos para determinar las consecuencias de un determinado resultado social en condiciones de mercados ideales sin costos de transacción.

⁵ Véase Coleman, Jules, "Efficiency, utility and wealth maximization" en *Markets, Morals and the Law*, Cambridge U. Press, págs. 95 y sigs.

⁶ Véase Posner, Richard, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, 1972; *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1977, págs. 122 y sigs.

El principio que estos autores adoptan, siguiendo el dictamen de una famosa sentencia del juez Learned Hand en el caso *United States vs. Carroll Towing Co.* (159 F. 2d. 169-1947), es el siguiente: si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir *d* hubiese sido menor que el costo de *d*, descontado por la probabilidad de que *d* ocurra, la conducta de *A* debería considerarse "culpable o negligente" y, por lo tanto, *A* debería compensar a *B* por los daños que le causó.

La razón por la que la noción de culpa debe ser reinterpretada y, por consiguiente, la cuestión de la responsabilidad de *A* por los daños que causó debe ser decidida tomando en cuenta el costo de evitar la conducta dañosa es que ello garantiza la eficiencia. Ello así por dos razones. En primer lugar, la reinterpretación garantiza que cuando la única manera de evitar los daños es abstenerse de la conducta en cuestión, *A* nunca deberá abstenerse de realizar dicha conducta si ella beneficia más a *A* de lo que perjudica a *B* lo que, de acuerdo con la definición más arriba mencionada, es una solución eficiente. En segundo lugar, en la hipótesis de que para evitar los daños a *B* no haga falta abstenerse de realizar la conducta en cuestión sino sencillamente adoptar determinadas precauciones, *A* nunca deberá adoptar las precauciones que le causan más perjuicios a *A* que los beneficios que dichas precauciones le reportan a *B*, lo que también es una solución eficiente.

Pero las recomendaciones de estos autores no se agotan en la reinterpretación del concepto de la "culpa extracontractual". Sostienen, además, que en virtud de que los daños pueden ser prevenidos tanto por el agente causal del daño como por la víctima, a los efectos de adoptar la solución más eficiente para el caso, es decir la solución en la que quienes se benefician ganan más que lo que pierden quienes se perjudican, es preciso incluir un principio jurídico adicional.

Este principio, llamado el principio del "cheaper cost avoider" o del evitador más barato de costos, dispone que en los casos en que tanto el agente causal del daño como la víctima del mismo pueden evitar el accidente, mediante precauciones cuyos costos son menores que el costo del accidente descontado por la probabilidad de su ocurrencia, debería cargarse la responsabilidad del accidente a aquel de los dos que lo puede evitar en forma más económica.

Así, suponga que *A* causa un daño *d* a *B* mediante la

conducta p que reporta a A una utilidad de 30. Suponga que la probabilidad de ocurrencia de d es 0,5, su magnitud es 20, las precauciones que A debería tomar al realizar la conducta p para evitar d equivalen a 8, mientras que las precauciones con las que B podría evitar el accidente equivalen a 2. No obstante que ambos deberían ser considerados culpables, en virtud de que la reconstrucción del concepto de "culpa" más arriba referido, sólo B debería cargar con el costo del accidente pues B , y no A , es quien lo puede evitar en forma más económica. La solución eficiente es que B , y sólo B , cargue con los daños pues esa es la manera en que los que ganan con la solución del problema ganen más que lo que pierden quienes pierden.

En efecto, si A fuese obligado a compensar a B ganaría 22. Dado que el costo de las precauciones es menor que el costo del daño descontado por la probabilidad de su ocurrencia A gastaría 8 en precauciones, los que descontados de la utilidad de 30 que le reporta el daño resultan en su ganancia de 22. B no gastaría nada pues no sufriría el daño ni invertiría en prevención. Si, por el contrario, B fuese obligado a cargar con su daño A no invertiría en prevención, por lo que su ganancia de 30 se mantendría inalterada. B , por su parte, perdería sólo 2, que los invertiría en prevención dado que los costos de prevención son menores que el costo del daño por la probabilidad de su ocurrencia. Si comparamos lo que gana cada uno en cada una de las soluciones posibles vemos que si B fuese obligado a cargar con el daño, A ganaría 8 mientras que B perdería 2. Si A fuese obligado a compensar el daño A perdería 8 mientras que B ganaría sólo 2. Como 8, la ganancia de A cuando B carga con el daño, es mayor que 2, la ganancia de B cuando A tiene la obligación de compensar, la solución que B cargue con su daño es más eficiente que la alternativa.

Llamaré a la concepción de la justicia correctiva delineada por las ideas anteriores, "la concepción económica" (En adelante CE)³. Los autores más importantes de esta tradición

³ Jorge Bustamante es un autor que en la Argentina se ubica en esta tradición económica. Véase, Bustamante, Jorge Eduardo, "Análisis Económico de la Responsabilidad Civil" en *Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo, Buenos Aires, 1998.

son Richard Posner, Profesor de la Universidad de Chicago y Juez de la Cámara Federal, y Guido Calabresi, Profesor de la Universidad de Yale y ahora también Juez de la Cámara Federal⁸. Las revistas en las que usualmente se discuten sus

⁸ Las particularidades del enfoque de Calabresi merecen las siguientes aclaraciones. En primer lugar, para Calabresi los costos de los accidentes no son solamente los costos ocasionados a la víctima del mismo, a los que llama "costos primarios". Los accidentes acarrian costos adicionales, como los ocasionados a la víctima por el hecho de que sea ella quien deba cargar con todos los costos del accidente. La idea de Calabresi es que es más costoso que todos los costos del accidente sean cargados por la víctima a que ellos sean distribuidos entre toda la comunidad. Este "plus" en el costo es llamada por Calabresi "costo secundario" del accidente. Por último, los costos derivados de administrar un sistema de imposición de costos de los accidentes constituyen lo que Calabresi llama "costos terciarios". En virtud de lo anterior, Calabresi sugiere distintas medidas para minimizar los costos de los accidentes las que, en muchas ocasiones, determinan un apartamiento de la regla del "evitador más barato de costos". Así, cuando la imposición de la obligación de cargar con los daños al evitador más barato de costos resulta en un aumento de los costos secundarios (por ejemplo, cuando el evitador más barato es un agente —un consumidor— que no puede trasladar el costo del accidente no lo puede trasladar a los precios) es mejor que los costos no sean soportados por él sino por algún otro agente. Dada la relevancia que Calabresi adjudica a los tres tipos de costos, Calabresi sostiene que el accidente debe ser evitado por: a) quien lo puede evitar en forma más económica; b) quien puede asegurarse contra la ocurrencia del accidente en forma más económica; c) quien puede trasladar más fácilmente el costo del error de ser identificado como aquel que puede evitar el accidente en forma más económica. De acuerdo con Calabresi, la víctima debe cargar con el costo del accidente si ella lo pudo evitar en forma más económica que quien lo causó, salvo que quien causó el accidente, no obstante no poder evitarlo en forma más económica, lo pudo haber previsto o lo pudo haber trasladado en forma más económica. Otra particularidad del enfoque de Calabresi es su creencia de que lo que debe hacerse en el caso de daños a bienes de terceros puede depender no sólo de consideraciones basadas en la eficiencia, sino también de cuestiones de equidad, o de otras razones de justicia. Así, considera que la equidad o la justicia pueden ser usadas como consideraciones-*veto*, es decir consideraciones que impiden que se persiga otro valor que ellas mismas. De todos modos, y a pesar de esta limitación al ámbito en el que la eficiencia es soberana, para Calabresi el propósito central del derecho de los accidentes es un propósito económico consistente en la reducción del costo de los mismos, o dicho más precisamente, en la minimización de la suma del costo de los accidentes con más los costos de evitarlos. Véase, Guido Calabresi, *op. cit.*, nota 4; Guido Calabresi & Douglas Melamed, "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Chateaufort", *Harvard Law Review*, 85 (1972);

posiciones son el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law and Economics*, etc.

III. LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA

Otro grupo de autores se opone frontalmente a las ideas anteriores. De acuerdo con ellos la cuestión de qué daños deben ser soportados por las víctimas y cuáles compensados por quienes los han causado es parasitaria de la cuestión si las acciones que causaron los daños han sido correctas o no. Así, debemos compensar las consecuencias de nuestras acciones incorrectas, es decir las consecuencias de las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado, mientras que las víctimas deben soportar las consecuencias dañosas de nuestras acciones correctas, es decir las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado. Llamaré a la concepción de la responsabilidad delineada por estas ideas "la concepción retributiva" (en adelante CR).

Existen muchas formas distintas de CR como consecuencia de los distintos puntos de vista acerca de lo que debemos entender por la "incorrección" de una acción.

En este sentido, algunos creen que las acciones incorrectas son todas aquellas que, independientemente de ser dañosas o no dañosas, imponen a terceros un riesgo de daño de distinta naturaleza y/o grado que el riesgo que los terceros imponen a quien realiza la acción en cuestión.

George Fletcher⁶ en un trabajo de enorme influencia en todo el ámbito del Common Law, ha sostenido que la responsabilidad extracontractual puede explicarse, y justificarse, en términos de un paradigma de acuerdo con el cual la única razón por la que la víctima de un daño puede aspirar a su compensación, es el hecho de haber sido sometida por el cau-

Guido Calabresi & Jon Hirschoff, "Toward a test for strict liability in torts", *Yale Law Journal*, 81.

⁶ Véase, Fletcher, George, "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review*, 85 (1972). Reimpreso en *Law, Economics and Philosophy*, Mark Kuperberg y Charles Beitz (ed), Rowman & Allanheld, 1983.

sante de dicho daño a un riesgo que ella, a su vez, no impuso al causante, es decir, un riesgo no recíproco. Por el contrario, si el daño fuera la consecuencia de un riesgo de la misma naturaleza y grado que el riesgo que la víctima impone al causante, aquella no tendría título alguno para la compensación¹⁰. Naturalmente, Fletcher llamó a este paradigma "el paradigma de la reciprocidad".

Otros autores parten de una interpretación distinta de lo que significa la "incorrección" de las acciones. Sostienen que las acciones incorrectas son aquellas que resultan de la violación de un nivel razonable de cuidado y atención por los bienes de los demás, nivel que se construye objetivamente. Un ejemplo de esta visión es la teoría del Profesor de la Universidad de Edimburgo I. MacCormick.

Antes de abordar la posición de MacCormick es necesario establecer una distinción entre dos tipos distintos de concepciones retributivas. Por un lado, concepciones retributivas de acuerdo con las cuales lo que justifica la compensación es la existencia de un vicio en el carácter moral del agente. De acuerdo con este tipo de concepciones retributivas, sólo cuando el agente fuese moralmente reprochable por alguna conducta podría imputársele la obligación de reparar. Este tipo de retributivismo es el que generalmente se asocia con algunas justificaciones de la imposición de penas, como por ejemplo la de Kant. Por otro lado, concepciones retributivas en las que el carácter moral del agente no se tiene en cuenta para imputar la obligación de reparar, considerándose que lo único trascendente es la corrección o incorrección de la acción realizada, objetivamente considerada.

MacCormick¹¹, al igual que Fletcher, no defiende una concepción retributiva del primer tipo. Cree que ningún ar-

¹⁰ Fletcher afirmaba "el principio... (de la reciprocidad)... se expresa en muchas situaciones gobernadas por diversos criterios doctrinales en que la víctima tiene derecho a recobrar los daños causados por un riesgo más grande en grado y diferente en naturaleza de aquellos creados por la víctima e impuestos por ella al demandante" (pág. 253).

¹¹ Véase MacCormick, Neil, "The Obligation to Repair" en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1977-1978. Reimpreso en castellano bajo el título "La Obligación de Reparación" en *Derecho Legal y Socialdemocracia*, Neil MacCormick, Tecnos, Madrid, 1990.

gumento basado en la retribución al carácter del agente puede justificar de manera satisfactoria la obligación de reparar. Ello así pues, en opinión de MacCormick, la obligación de reparar no tiene relación alguna con el carácter malicioso o intencional de las acciones dañosas (pág. 173). Su concepción es una concepción retributiva del segundo tipo.

MacCormick, invocando a Hume, sostiene que el principio en virtud del cual debe imponerse la obligación de compensar es aquel que establece que "cada uno tiene derecho a estar protegido frente a los daños... ocasionados por cualquier pérdida de un nivel razonable de cuidado y atención por parte de cualquier otra persona" (pág. 175). De este modo, de acuerdo con MacCormick, sólo la realización de alguna acción que no tuviera el nivel razonable de cuidado y atención podría justificar la pretensión de reparación de una víctima.

Por último, están quienes afirman que la "incorrección" de una acción es una función del grado de reprochabilidad moral del agente al realizar la acción que causó el daño en cuestión la que, a su vez, depende de si dicha acción fue causada en forma intencional o culpable.

Weinrib, uno de los más prestigiosos autores canadienses, defiende una concepción de este tipo¹². En efecto, a lo largo de lo que considera líneas kantianas de pensamiento, aunque seguramente coinciden con las aristotélicas en este punto¹³, sostiene que sólo cuando la acción de un individuo es de algún modo culpable es decir, manifiesta algún grado de reprochabilidad moral, puede imponérsele la obligación de compensar los daños que causa. En opinión de Weinrib, la imposición de la obligación de compensar los daños causados con independencia de la existencia de culpa o dolo sólo puede hacerse si estamos dispuestos a sostener que debemos compensar los daños causados por fuerzas de la naturaleza pues nuestra contribución al daño es idéntica en ambos casos.

¹² Véase Weinrib, Ernest J., "Toward a Moral Theory of Negligence Law", *Journal of Law and Philosophy* (1983), "Causation and Wrongdoing" en 63 *Chicago-Kent Law Review*, "Legal Formalism" en 97 *Yale Law Review*, pág. 949, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, Vol. 77, n. 2 (1992).

¹³ Aristotélicas, como Weinrib, asegura que sólo los daños intencionales eran incorrectos. Véase, Posner, Richard, op. cit., nota 3, págs. 315 y sigs. y Weinrib, Ernest J., op. cit., nota 3.

Cuando producimos un daño sin culpa ni dolo nuestra agencia está ausente del mismo modo que cuando un hecho natural es quien produce dicho daño.

En virtud de las consideraciones precedentes, Weinrib sostiene que no puede aceptarse la responsabilidad objetiva y que debe relevarse de la obligación de compensar a todos los causantes de daños no intencionales.

Las diferencias en lo que se entiende por la "incorrección" de una acción determina diferencias sustantivas. Así, en el caso de que A realiza la acción p que ocasiona un daño d a B y se discute si B debe ser compensado por A, quienes piensan como Fletcher investigarán si A y B pertenecían a la misma comunidad de riesgo, tal que se imponían riesgos de la misma naturaleza y grado o si, por el contrario, eran miembros de comunidades de riesgos diferentes. Si ambos pertenecían a la misma comunidad, A no debería indemnizar a B pues lo que hizo no participa de ninguna característica de las acciones incorrectas. Repárese que para los fletcherianos la cuestión del contenido subjetivo de la acción p de A no es importante. A pudo haber realizado p intencionalmente o no, culpablemente o no. Lo que determina su responsabilidad es un rasgo de la acción objetivamente considerada.

Quienes piensan como MacCormick suscriben criterios diferentes. Para ellos, la cuestión central es el criterio de culpa o negligencia. Investigarán los estándares sociales que determinan los casos en los que faltó un nivel adecuado de prudencia y aquellos donde este nivel fue satisfecho. Tampoco tienen en cuenta el contenido subjetivo de la conducta. No se preocupan por saber si A manifestó mediante la acción p una mala intención, sino si realizó la acción p y al hacerlo violó alguno de estos estándares sociales.

Por último, para quienes piensan como Weinrib lo central es el contenido subjetivo de la conducta. Lo que importa es si A realizó p y dicha realización demuestra que A es una persona con mala intención o que, por lo menos, tuvo mala intención al realizar la acción en cuestión. Por ello, no se preocupan por el riesgo que A le impone a B, ni siquiera por si p es una consecuencia de haberse violado un estándar de cuidado y diligencia, sino por saber si A actuó de la manera característica de las personas reprochables.