La guerra silenciosa

Lecturas de filosofía del derecho

serie tesis

Horacio Guillermo Corti

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

EUDEBA

FACULTAD DE DERECHO
SERIE TESIS

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano
Leandro Vergara

Vicedecano
Silvia Nonna

Secretaria Académica
Lucas G. Bettendorff

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Saenz

Secretario
Mayra Danae Salvatierra

Esta colección representa un esfuerzo conjunto del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA).

La serie Tesis se propone difundir las tesis de posgrado producidas en el ámbito de la Universidad, ya sea en la Facultad de Derecho o bien relacionadas con el derecho aunque producidas en otras Facultades. De ese modo, se intenta contribuir a la divulgación de los trabajos originales de investigación que se desarrollan dentro de la Universidad, así como a la promoción y fortalecimiento del debate dentro de la academia legal de habla hispana en la que la producción teórica desarrollada en los claustros de la Universidad de Buenos Aires ha jugado históricamente un papel protagónico.

La serie Tesis intenta colaborar con la permanencia de la producción científica de la Universidad de Buenos Aires como vanguardia del pensamiento jurídico contemporáneo en nuestro idioma.

LA GUERRA SILENCIOSA

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SEGUNDA EDICIÓN

Horacio Corti

serie tesis

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

EUDEBA

Corti, Horacio
La guerra silenciosa / Horacio Corti. - 2a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2018.
528 p. ; 23 x 16 cm. - (Facultad de Derecho)

ISBN 978-950-23-2849-2

1. Derecho. I. Título.
CDD 340.1

Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1ª edición: agosto de 2000
2ª edición: octubre de 2025

© 2000
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033)
Tel: 4383-8025
www.eudeba.com.ar

Corrección y diagramación general: Eudeba
Diseño de tapa: *Silvina Simondet*

Impreso en Argentina.
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Para mis nietos Ringo y Antonio,
éste, mi primer libro.
Y para Gachi, siempre.

Il pleut
Que ce livre soit donc d'abord
un livre sur la simple pluie.

L. Althusser

Índice

Prólogo a la segunda edición....13

Prólogo (*ex post facto*) 17

Introducción propiamente dicha (*con breves referencias a Jorge Luis Borges y a Roberto Vernengo*) 25

Notas sobre metodología: paradojas y exageraciones....49

Primera Parte. El discurso jurídico: sobre Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin
o de cómo la mente lógica deviene política de poder e historia narrativa

Capítulo 1. *Instrucciones para traducir* 57
Capítulo 2. *El viaje* 61
Capítulo 3. *El yuyo* 69
Capítulo 4. *La cadena* 73
Capítulo 5. *Cajas* 75
Capítulo 6. *Residuos* 77
Capítulo 7. *El esqueleto* 79
Capítulo 8. *Conejos* 81
Capítulo 9. *El humo* 85
Capítulo 10. *El duelo* 91
Capítulo 11. *Las manos en la masa* 95
Capítulo 12. *Los colados* 101
Capítulo 13. *Un cambio de papeles* 105
Capítulo 14. *El tablero (P. Strawson y N. Goodman)* 107
Capítulo 15. *La contaminación* 117
Capítulo 16. *La mezcla* 121
Capítulo 17. *El limón y la cebolla* 129

Segunda Parte. El viejo cuento de la cooperación: sobre Carlos Nino
o de cómo todos los caminos conducen a la moralidad

Capítulo 18. *Instrucciones para ocupar el espacio* 145
Capítulo 19. *Los horizontes* 149
Capítulo 20. *La brújula* 155
Capítulo 21. *El camino del medio* 159
Capítulo 22. *La noche* 163
Capítulo 23. *La catedral* 167
Capítulo 24. *El aire* 173
Capítulo 25. *Ladrillos y albañiles (E. Laclau)* 183

Tercera Parte. La clave está en la práctica: sobre la teoría crítica del Derecho I

Capítulo 26. *Yira, yira* 193
Capítulo 27. *El elástico* 201
Capítulo 28. *La frontera* 209
Capítulo 29. *La reina y las patologías (H. L. A. Hart)* 213
Capítulo 30. *El sónico (M. Foucault I)* 227
Capítulo 31. *La sangre, el cemento y la colina* 241
Capítulo 32. *Escenografías* 249
Capítulo 33. *Abismos y cementerios* 261
Capítulo 34. *El vapor (L. Althusser I)* 271
Capítulo 35. *El círculo y la encrucijada* 279

Cuarta Parte. El imperio del sentido: sobre Hans Kelsen
o de cómo volver siempre sobre lo mismo

Capítulo 36. *El cenáculo* 291
Capítulo 37. *El "gángster"* 295
Capítulo 38. *La espada* 301
Capítulo 39. *La silla* 305
Capítulo 40. *Los ángeles y el océano* 313

Capítulo 41. *Fusiles y cañones* 319
Capítulo 42. *El árbol y las hojas* 335
Capítulo 43. *Los primitivos* 345
Capítulo 44. *La diosa lunar* 351
Capítulo 45. *Noche transfigurada* 361

Quinta Parte. El sujeto de derecho: sobre la teoría crítica del derecho II

Capítulo 46. *Instrucciones para conjugar* 369
Capítulo 47. *Máscaras* 373
Capítulo 48. *Monstruos y prodigios* 387
Capítulo 49. *La confusión* 393
Capítulo 50. *El sello* 397
Capítulo 51. *El bautismo (Después de G. Frege)* 401
Capítulo 52. *El magma (P. Legendre I)* 407
Capítulo 53. *Los vagabundos* 417
Capítulo 54. *Interferencias (H. Kelsen y M. Foucault)* 423
Capítulo 55. *La lepra (M. Foucault II)* 429
Capítulo 56. *La clave* 439
Capítulo 57. *Rutas (L. Althusser II)* 449
Capítulo 58. *El teatro (L. Althusser III)* 455
Capítulo 59. *El pliegue (P. Legendre II)* 465
Capítulo 60: *El momento de concluir* 477

Post scriptum: *De las cuestiones técnicas al arte del poder* 485

Normas y aparatos conceptuales: dos aspectos del derecho.....527

Prólogo a la segunda edición

Este libro, que ahora se reedita, está basado en mi tesis de doctorado, defendida hace ya dos décadas. Decidí no hacerle modificaciones, solo algún detalle, pues habría resultado otro libro, sin duda mucho más breve, menos enfático y provocador, seguramente con otro tipo de humor.

El lector encontrará aquí el texto de un estudiante, de alguien que con cierta ingenuidad y limitados conocimientos recorre, temeraria incluso presuntuosamente, pero sin prejuicios, algunos parajes de la teoría general del derecho. Más allá de la incomodidad que hoy me suscita su estilo, creo que el texto sigue siendo de interés. Quiero decir: hay algunas cuestiones aquí planteadas que aún siguen vigentes y que merecen que las sigamos discutiendo.

Sobre todo, la crítica al normativismo, es decir, la visión según la cual todos los aspectos del derecho son posibles de reducir en términos normativos. Sin duda, las normas son centrales, pero no son las únicas piezas del derecho. Y esta vía crítica no avanza por el lado de la moralidad o de los principios (que parecen ser las habituales en las discusiones contemporáneas), sino que pretende identificar otros mecanismos formales que la práctica jurídica ha ido desarrollando en su desenvolvimiento histórico (porque el derecho, cabe agregar, no parece mantener una estructura constante a lo largo de su historia).

Un lugar central lo ocupan los esquemas conceptuales. Para no efectuar reiteraciones innecesarias, incorporo como "Apéndice" a esta edición un ensayo reciente, en el que vuelvo a intuiciones que ya estaban en este libro, profundizando la lectura aquí iniciada de los textos de Alchourrón y Bulygin.[1]

También considero que no ha sido saldada la cuestión del Estado, al resultar hoy en día frágil la completa identificación entre Estado y Derecho sostenida por Kelsen a lo largo del siglo pasado. Los órganos estatales, productores de normas, no resultan

1. Se trata de "Normas y aparatos conceptuales: dos aspectos del derecho (a partir de la lectura de una frase de Alchourrón y Bulygin)", en *Revista Isonomía*, número 45, octubre 2016. Agradecemos a *Revista Isonomia* la posibilidad de incluir aquí el texto.

fácilmente reducibles, a su vez, a normas. De ahí la necesidad de imaginar algún otro tipo de pieza jurídica (que son presupuestas por las normas de competencia), que en el texto proponemos designar cláusulas instauradoras de poderes. Es preciso constituir jurídicamente un órgano para luego, especificar su competencia. No sé, claro, si esa es la respuesta adecuada, pero lo cierto es que hay allí un problema irresuelto.

Puede advertirse que sobre estas cuestiones hay, en la teoría pura de Kelsen, dos zonas oscuras que corren de manera paralela: la cuestión de la persona y la del Estado. La argumentación de Kelsen de reducir la persona a un conjunto de normas no parece plausible. Las normas se dirigen a sujetos que están jurídicamente constituidos, y esa constitución es un presupuesto de las normas. Se ve que la misma problemática se plantea respecto del Estado. El problema de la persona da lugar a la reflexión sobre los esquemas conceptuales; el del Estado, a la de las cláusulas instauradoras de poderes.

Y, por cierto, todo el ámbito que, con menor o mayor fortuna, tratamos de captar con términos como ideología, imaginario, ficciones, mitología… sigue siendo uno de los fundamentales desafíos para la teoría del derecho.

Paralelamente a estas cuestiones sobre cuáles son los mecanismos formales adecuados para comprender el derecho contemporáneo, también sigue vigente la problematización entre derecho y política. Ahí también, más allá de las respuestas dadas, hay un problema actual para la teoría general del derecho. Dicho muy genéricamente: la teoría del derecho no puede desentenderse de la teoría política.

Algunas consideraciones más antes de concluir.

Una tesis de doctorado es habitualmente el paso previo a la profesionalización en dicha área de estudio. Sin embargo, mis investigaciones posteriores han sido de carácter doctrinario, pues me embarqué fundamentalmente en una reconstrucción del derecho financiero. Dichas investigaciones (centradas en un problema jurídico-político: el conflicto entre derechos y restricciones financieros) me condujeron a proponer una "Teoría General de la Constitución Financiera", tarea en la que me encuentro actualmente trabajando.[2] Y es a partir de esas reflexiones más específicas que, en todo caso, me vi llevado a consideraciones de mayor abstracción. En vez de continuar con las reflexiones generales consideré más adecuado ejercitar la propia tarea doctrinaria (reconstruir el derecho positivo) y experimentar, como quien dice, en el terreno. Creo que la principal enseñanza que me ha dejado la teoría general no radica tanto en sus contenidos sino en una actitud: mantener siempre vivo el escepticismo ante las propias proposiciones, sospechar de los resultados, agudizar el espíritu crítico y fundamentalmente autocrítico. Y esa actitud es difícil de sostener cuando se está al interior (pues el doctrinario no se encuentra en un "afuera" que le permita una relación de exterioridad con respecto a aquello que se refiere) de la maquinaria jurídica, recorrida, como sabemos, por continuas polémicas y controversias, siempre conectadas con la dimensión política del derecho.

2. Me remito a una reciente recopilación de ensayos, *Hacienda pública y constitución, ensayos (1994-2024)*, Ed. Jusbaires, 2025.

Las exigencias de neutralidad valorativa, heredadas de la teoría pura, tienen que ser traducidas como la mayor fidelidad posible en la reconstrucción de las posiciones ajenas, la honestidad argumentativa, la autocrítica permanente y la transparencia de las razones filosofico-políticas que subyacen a las reconstrucciones del derecho positivo.

En segundo lugar, hay algunas intuiciones básicas, que están en la génesis de este texto, que aún perduran. El carácter sugerente de los escritos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, quienes conducen, ante cada lectura, a regiones que ellos imagino no sospecharon, pero a las que incitan. La distancia que suscitan los textos de Carlos Nino, que más allá de sus hallazgos me resultan menos interesantes que lo que opinan los colegas de mi generación. Y, sobre todo, la admiración ante todos los textos de Enrique Marí, indudablemente uno de los más profundos filósofos argentinos del siglo pasado, cuya obra, a pesar de su circulación casi clandestina, crece año tras año. Si los lectores de este texto son llevados a estudiar y disfrutar sus incomparables libros, esta reedición ha cumplido su cometido. Y sin embargo, como señalé en un encuentro reciente, la posibilidad de encontrar en nuestra facultad en aquellos años ‘80 del siglo pasado, a Alchourrón, Buligin, Nino, Vernego, Marí y tantos otros profesores reunidos en sus seminarios es un privilegio que nos dio la educación pública.

Quisiera recordar, tantos años después, a Ricardo Entelman, por su confianza y generosidad.

Para concluir, el vacío estructural de este texto, silencio que organiza y da que pensar: la ley natural ¿mensaje de la tradición y desafío para el porvenir?

Prólogo *(ex post facto)*

Este libro es un vestigio del pasado. No más que el testimonio del intento, sin dudas vano, de develar los arcanos de una ciencia misteriosa. Cuando se ve un río es muy probable que se esté observando la lluvia pasada. Y sin embargo, el río está ahí, presente, vivo.

No hay mucho para agregar. Sólo algunas e inevitables imprecisiones.

El subtítulo es un exceso, desde ya. No por referirse a la lectura, ahí no le falta veracidad, sino por señalar como su tema a la filosofía del derecho. Salvo al interior de un mundo enciclopédico como el propuesto por la ciencia hegeliana –sin epígonos, lamentablemente, en la comunidad jurídica– la expresión "filosofía del derecho" es un sinsentido. La filosofía carece de predicados, existe a secas –o, de lo contrario, directamente no existe–. La filosofía no es un distrito académico ni una disciplina universitaria. La filosofía depende de los filósofos y éstos dependen de sí mismos. A diferencia del ejercicio liberal de la abogacía o del derecho a ocupar un cargo en la magistratura, la filosofía es ajena a los títulos habilitantes. En suma: no se trata de una profesión.

La relativamente reciente sustitución curricular de la filosofía del derecho por una homónima teoría general es un signo de lo dicho. Con paradójica honestidad se reconoció que la actividad cobijada bajo la designación de filosofía del derecho poco tiene que ver con la filosofía. El nuevo rótulo de teoría general, más sobrio, tiene el mérito de evitar las confusiones.

Tal teoría general, en tanto reflexión sobre las condiciones, caracteres y límites del conocimiento del derecho, puede verse como una epistemología aplicada a una ciencia particular. En tal caso se está en presencia de un saber extraño, *sui generis*. Se trata de una actividad reflexiva, adjunta al conocimiento jurídico, a la manera de un comentario añadido o de una mirada segunda respecto a la directa aprehensión cognitiva del derecho. ¿Un lujo que los juristas se regalan a sí mismos o una condición ineludible para que la ciencia jurídica puede existir y desarrollarse?

No obstante problematizar su pretendida generalidad y, tal vez, su supuesto *status* de epistemología aplicada, las páginas que siguen son una fragmento ineluctablemente irónico de teoría general del derecho. Si conservo la referencia a la filosofía es para dejar inscripto un deseo, propiamente el deseo de la filosofía en cuanto tal. Si el derecho no es el objeto de una rama filosófica, sí puede ser en cambio el punto de partida para una visión filosófica.

La filosofía fue y es preocupación por la verdad. Inquietud por la verdad del mundo o de uno mismo. Verdad de la vida y de la muerte; del amor, el odio, la amistad o la vida ciudadana. Incluso de la verdad misma o de su falta o ausencia.

Conócete a ti mismo: tal es el lema filosófico (canónico y terrible), común a Sócrates y a Wittgenstein, para llevar una vida verdadera.

Sin embargo, lo medular es la justicia. De ella en este libro casi no se habla, demasiado ocupado está en discurrir por los vericuetos del derecho y de su ciencia. Él no deja, sin embargo, de haber sido un paso, quizás necesario, para llegar al lugar actual; texto escalera, para usar la exacta imagen de Wittgenstein: a uno le sirve para subir –o bajar– y después puede dejársela caer.

Si se quiere recuperar la filosofía, si realmente se la desea, no hay otra manera de acercarse al derecho que bajo la interrogación sobre la justicia. ¿Qué es la justicia? Tal es la ambiciosa pregunta que de Platón a Kelsen hace del derecho un objeto filosófico.

Entonces: el libro que sigue se ocupa del derecho bajo el ángulo de la fuerza, de la violencia, del cuerpo herido, sujetado, mortificado, pacificado. Si él en cambio fuera filosófico se ocuparía del derecho desde el ángulo de la justicia.

Renunciar a un pensamiento sobre la justicia es idéntico a renunciar a la filosofía. Y, según se dice, nuestra vida transcurre en una época sin filosofía y sin justicia.

No obstante, que muchos filósofos hayan renunciado a, valga la paradoja, hacer filosofía y desentenderse de la justicia –por conducir a un vano o mero desquicio metafísico– no significa que ésta haya sido dejada a la buena de Dios. El abandono de la justicia –el resultado, quizás inevitable, de una derrota histórica que va más allá de las fronteras nacionales– no llegó al punto de dejarla impensada por completo: el entendimiento conceptual fue reemplazado por la narrativa literaria. La literatura argentina, al menos en una de sus vertientes troncales, se presenta como un pensamiento figurado de la justicia.

No es el lugar para desarrollar esta tesis, a la vez obvia y excesiva, pero no puedo dejar de mencionar tres textos esenciales, que abren horizontes disímiles, divergentes: *Emma Zunz*, *La causa justa*, *Un oscuro día de justicia*. Quede esta mención como un mensaje cifrado, con la esperanza de convertir las figuras en conceptos.

Por cierto: siempre son insospechadas las vías por las cuales la justicia se realiza en la Tierra y, a la manera de la admonición evangélica, ella llega, si llega, como un desconocido por las noches.

Una constatación obvia: la verdad, desde el momento en que se la acepta, tiene plurales formas de advenimiento, una de ellas el arte.[1]

1. Ver capítulo 32 “Escenografías”.

Además de desarrollar una irónica visión de la teoría general del derecho –mechada con algunos apuntes sociológicos sobre su comedia institucional– la investigación plasmada en el texto obedece a otra inspiración: cuestionar el lapidario juicio que José Luis Romero dejara expresado al inicio mismo de *Las ideas políticas en Argentina*: "Ni en la Argentina ni en el resto de los países hispanoamericanos ha florecido un pensamiento teórico original y vigoroso en materia política, ni era verosímil que floreciera". Dado que todo texto jurídico, cualquiera sea su característica (dogmático, teoría general), es de suyo político el juicio de Romero le es directamente aplicable. ¿No hay ningún pensamiento argentino original? ¿Cuál es la relevancia de la argentinidad? ¿Hay alguna vinculación entre pensamiento y nación? ¿Qué le añade la originalidad a un pensamiento? ¿Cuándo hay, en fin, un pensamiento?[2] Dejo en suspenso estas preguntas –a las que reconozco anacrónicas pero no por ello secundarias, virtual telón de fondo de la historia conceptual que a continuación se narra.

Vistas ahora, a la distancia, las perspectivas estudiadas en este libro dan lugar a una serie de puntualizaciones: algunas en él ya presentes; otras, derivaciones naturales; otras más, en fin, importan una divergencia mayor, aunque sólo posibilitadas por la experiencia de haber escrito estas páginas. Su resumen, que contrasta con el tiempo pausado que testimonia el cuerpo del libro –y por ende con la minuciosidad y detalle que le son concomitantes–, es el siguiente:

La expresión "filosofía analítica" es usada para designar el conjunto de escritos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Tal como sus propios autores lo manifiestan, su ocupación es la teoría general del derecho o, en otros casos, la lógica. En algún sentido resulta extraño entender que semejante teoría general está inspirada o se encuentra sustentada en una filosofía calificada de analítica. Ésta se caracteriza por el énfasis que le presta al análisis del lenguaje con el fin de obtener claridad. La claridad no es relevante por sí misma, sino como un medio para clarificar la propia existencia. El filósofo quiere saber cómo vivir, qué vida es la que merece ser vivida o, en otro léxico, cuál es la vida acorde a la razón, esto es: la existencia conforme a la verdad. Analítico es quien hace del examen del lenguaje el medio privilegiado de la vía filosófica. Este examen no tiene un fin en sí mismo, ya que es el camino para la autoclarificación individual. El ejemplo de filósofo analítico es, por supuesto, Wittgenstein.[3] Desde tal óptica los textos de Alchourrón y Bulygin no parecen tener alguna vinculación directa o explícita con la vía analítica. Por supuesto: puede leérselos afirmando su carácter filosófico y analítico, aunque, para ello, habría que descender a sus raíces existenciales.

2. Ver, sobre estas cuestiones, González, H., *Restos pampeanos*, Colihue, 1999.

3. De la literatura al respecto, de por sí inabordable, ver en particular: Cavell, S., *The Claim of Reason: Wittgenstein, Skepticism, Morality and Tragedy*, Oxford University Press, 1979 y *Conditions Handsome and Unhandsome*, The University of Chicago, 1990.

Cuando la teoría crítica se expresa con mayor energía llega a sostener que la filosofía analítica se encuentra agotada. Por lo anterior este juicio habría que tomarlo con pinzas. El agotamiento de la filosofía analítica es pensable sólo si se hace lo suyo con la filosofía en cuanto tal. Pero el blanco del juicio es plausible: al menos alguno de los supuestos de la teoría general desarrollada por Alchourrón y Bulygin se encuentran en crisis. En particular el núcleo del así llamado "positivismo metodológico": la separación entre ciencia y política jurídica, descripción y valoración, ser y deber ser. Una tesis central y difícilmente controvertible de la teoría crítica es la siguiente: es preciso problematizar el positivismo metodológico. A esta conclusión también llega el presente libro pero por un camino curioso: a ella conduce una lectura atenta de los textos de Alchourrón y Bulygin. Esto es: a pesar de la declamación en favor del positivismo metodológico sus textos se ven favorecidos si se prescinde de tal punto de vista. Y esta actitud, justamente, es sugerida por esos propios textos. Esta es una de las razones que tornan verosímil la tesis que postula una continuidad entre las visiones analítica y crítica del derecho.

La mentada continuidad entre las visiones analítica y crítica tiene todo el aire de una humorada. Quizás. Es una tesis que plantea una relación hereditaria, con todas sus disputas sobre deudas, reconocimientos, traiciones, linajes familiares. Por otra parte la continuidad es una idea que destaca el momento de la afinidad, de la complicidad tal vez oculta pero no hermética, de las correspondencias, los ecos y las analogías. Hay que tener en cuenta, además, que los textos a estudiar fueron escritos en un período de tiempo bastante restringido –entre los años setenta y el presente–, donde la historia ha sido y sigue siendo tumultuosa, pero que no deja de ser un puñado de años, que se relativiza –al igual que las aparentes diferencias– con sólo extender mínimamente la mirada hacia una más larga duración. Es indudable que hay diferencias pero éstas, como habitualmente ocurre, no se hallan allí donde se las espera. Doy un ejemplo, sencillo y breve, que no dispensa, sin embargo, del estudio sistemático. Es un lugar común oponer a las visiones analítica y crítica por su diferente valoración –negativa y positiva, respectivamente– de la investigación interdisciplinaria. Acusar a la indagación analítica de negar la interdisciplina es poco verosímil; en todo caso hay diferencias en cuanto a cuáles son las disciplinas consideradas relevantes, pero no en lo que respecta a los cruces e intersecciones. La cualidad decisiva de la visión crítica no es, entonces, promover la interdisciplinariedad que estaría ausente en los estudios jurídicos usuales, sino la insumisión frente a las disciplinas, su irreverencia ante las divisiones establecidas. Es más, la crítica es tal por su *indisciplina*: ésta es la clave que hace de la teoría crítica del derecho algo más que otra moda epistemológica.

Ante la lectura de los textos de Nino es por lo general perceptible una extraña y en definitiva ambigua sensación. Por una lado parece abrir puertas, desempolvar el derecho constitucional y renovar la teoría general del derecho. Pero, a la vez, esas búsquedas pierden energía ante la omnipresencia del discurso moral y la puesta en segundo plano

del carácter trágico de la historia. En el balance termina primando, más allá de matices y hallazgos, una visión actualizada del liberalismo individualista que se expresa, como al menos se intenta mostrar en la segunda parte del texto, en una fraseología imaginaria sobre la cooperación humana.

La visión crítica, en fin, no puede perdurar sin poner en el centro de sus estudios la cuestión de la justicia. Es decir: sin convertirse en una genuina experiencia filosófica. De acuerdo a sus antecedentes esto significa, despejando la bruma de los eufemismos y el ánimo derrotista de la época, asumirse como una crítica radical de la vida y sociedad contemporánea.[4] Que semejante perspectiva aún se considere tanto posible como necesaria decidirá el rumbo que la teoría crítica adquiera en el futuro. Claro que no hay crítica radical sin que se afirme la idea emancipatoria: la promesa de la no dominación. De aquí, quizás, emana el resumen más franco de la teoría crítica: la visión de la existencia desde el ángulo de la emancipación (aun cuando ésta sea imposible).

La predilección particular por el psicoanálisis de parte de los autores críticos merece una breve consideración. Con el psicoanálisis, como con todo, puede hacerse muchas cosas; por tanto, ninguna indicación genérica puede ser satisfactoria. No obstante, cabe señalar dos vías de apropiación que, al menos hasta el presente, parecen ser las medulares. Una vía está sostenida en la renovación de la lectura: camino que va del desciframiento del sueño a la auscultación maniática de los textos jurídicos para registrar así los silencios, omisiones, desplazamientos, astucias y minucias retóricas de su letra. Esto da lugar a lo que Ricardo Entelman designa una lectura *des-críptica* del derecho. La otra vía se sostiene no en la lectura sino en la práctica de la asociación libre. Ya no se trata de hallar lo enterrado –la verdad del otro oculta detrás de sus signos– sino de generar una palabra insospechada, inédita: la verdad propia pero que sólo de manera indirecta, lateral, está en condiciones de revelarse. Pero está vía, más que crítica, es surrealista y su enunciación metodológica se encuentra en el esplendente manifiesto homónimo de Luis Warat, hoy innecesariamente olvidado.

En cuanto métodos filosóficos, crítica y análisis son ejercicios complementarios. Tanto el examen minucioso y obsesivo de los lenguajes como la impugnación radical de las realidades existentes son dos momentos en la realización de una vida racional. De alguna manera esta es la visión más profunda de "crítica" y "analítica" en cuanto adjetivaciones de la filosofía. El libro que sigue, en cambio, es mucho más superficial.

Indagación analítica, teoría crítica, incluso iusnaturalismo racional-individualista, son inevitables etiquetas y éstas, con relativa razón, causan desconfianza. Es difícil

4. Sobre el criticismo y la heterodoxia ver el último capítulo de Viñas, D., *Literatura argentina y política. De Lugones a Walsh*, Sudamericana, 1996, pp. 215 y ss.

alejarse del estereotipo, del cliché. Pero aquí, sin embargo, la situación es peculiar. Indagación analítica es una manera cómoda, aun cuando al fin de cuentas inexacta, para referirse a Alchourrón y Bulygin; es más, para indicar un grupo restringido de textos por ellos escritos. Lo mismo sucede con los autores críticos y, por último, con Carlos Nino. Se trata, entonces, de nombres de escuelas reducidas a los únicos casos estudiados, donde el término "caso" carece casi de sentido al no incluir las ideas de aplicación o ejemplificación –se trata de una clase cuyo único caso es el caso concernido a tal punto que clase y caso coinciden. Por cierto: la mencionada necesidad de alejarse de la fórmula hecha es una consecuencia del deseo de construir un camino propio y éste, aquí, aparece, si aparece, sin estridencias, modestamente dispuesto, agazapado entre el texto que se lee y la lectura que se escribe.

Al escribir este libro busqué de forma consciente la claridad. Todo el mundo sabe qué significa escribir claro y ese aspecto lo supongo satisfecho –a pesar de que también acudí a la práctica de la concisión, la que conspira, como se sabe, contra el entendimiento rápido y supuestamente universal. Pero referirse a la claridad de un texto no deja de ser una imagen, sin duda maravillosa, sustentada en una comparación, implícita, entre la escritura y el cielo (pero también entre un texto y la luz). En términos escolares: así como hay cielos claros u oscuros, así también hay textos claros u oscuros. No hay duda: los cielos límpidos, celestes y diáfanos son perfectos –a tal punto que resulta razonable que más de una escuela filosófica los tomen como el inicio y fin de su existencia–; aunque también existe el encanto de la tormenta, el sentido de la inminencia que suscita un cielo que se cubre de nubes densas y oscuras, la frescura de una llovizna en medio de un día cálido, el matiz aportado por el viento –y no es bueno olvidar que el día diáfano puede ser fresco, otoñal o, en cambio, decididamente tropical y, en ambos casos, como en muchos otros, por supuesto, no deja de ser perfecto. Y los cambios del amanecer, el atardecer, la calma de la siesta ... Sin contar con la presencia e importancia de la noche, sucesiva, variada, otro mundo en el mundo: el cielo de la noche que también, a su manera, puede ser clara u oscura. Si los textos siguen la literalidad de la comparación ésta los lleva a diferenciarse una y otra vez, resultando una evidente puerilidad –cuando no una restricción escandalosa e injustificada– distinguir sólo dos tipos de textos o dos aspectos de un mismo texto, de una misma frase o, incluso, de una idéntica palabra: los claros y los oscuros. Por supuesto, quedan en pie las dudas o los interrogantes más elementales: en qué sentido un texto es claro u oscuro; cuál es la semejanza entre textos y cielos; qué criterio hay para jerarquizar lo claro sobre lo oscuro o viceversa, etcétera. Estas aclaraciones, por otra parte, ya figuraban en el cuerpo del texto en más de una oportunidad pero, fundamentalmente, a través de una breve apelación al elogio que Hegel le dispensa, en el mismo inicio de su *Lógica*, a la luz enturbiada, aunque más que un elogio se trata, al fin de cuentas y a pesar del alto grado de abstracción de su escritura, de una muy sencilla constatación.

Dado que el presente prólogo, la introducción propiamente dicha, la segunda introducción redundante, el cuerpo del texto y el *postscriptum* fueron escritos en momentos sucesivos y diferentes, resulta lógico que haya diferencias, matices, énfasis disímiles.

Salvo algunas aclaraciones y breves notas al pie, lo que sigue reproduce el texto de la tesis de doctorado realizada bajo la dirección de Ricardo Entelman y evaluada por Enrique Marí, Roberto Vernengo y Héctor Sandler. Escrita hacia varios años atrás, fue defendida en 1998 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio Gioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. El postscriptum resume la respuesta dada a algunas de las generosas y demasiado prudentes objeciones efectuadas por el tribunal examinador. Los comienzos de la investigación plasmada en el texto se remontan a un ya mítico seminario organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por, entre otros, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman, Carlos Cárcova y Enrique Zuleta Puceiro. Sin que ellos lo supieran, su continuación sufrió el influjo de Luis Warat, Raúl Cerdeiras, Gustavo Mallea y Edgardo Chibán, todos maestros indiscutidos, incompatibles e irresponsables de lo finalmente escrito. La cercanía de Héctor Masnatta me permitió captar la sutileza del análisis político. Largas y breves conversaciones con Germán Sucar y Claudio Martyniuk me fueron esenciales. Invalorables los también ya míticos e interminables diálogos con Pablo Conde y Hugo Steinman.

Es un orgullo que el presente texto sea editado por la Universidad de Buenos Aires por intermedio del Departamento de Publicaciones de su Facultad de Derecho. Hoy en día, la importancia de la universidad pública –con el conjunto de sus atributos: enseñanza rigurosa; completa gratuidad; libertad de cátedra; concursos públicos periódicos; cogobierno; autonomía institucional; irrestricta libertad de pensamiento; independencia respecto a todo poder, influencia, institución o grupo social o doctrinario– se revela en toda su amplitud.

Introducción propiamente dicha
(con breves referencias a Jorge Luis Borges y a Roberto Vernengo)

Un texto está compuesto por varios planos. Tanto para quien lo escribe como para quien lo lee. Por cierto, ambos no coinciden. Algunos de los itinerarios aquí concernidos son los siguientes: una historia conceptual de ciertos tramos de la filosofía del derecho argentina; una dilucidación de las maneras analítica y crítica de considerar al derecho; el desarrollo de una visión no reduccionista de los componentes del derecho en sentido estricto; la explicitación de las controversias relativas a dos nociones jurídicas básicas: el discurso y el sujeto de derecho.

*

El primer plano: una sucinta exposición de algunos aspectos de la historia de la reciente filosofía del derecho argentina. La indagación analítica de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, el iusnaturalismo desarrollado por Carlos Nino, la teoría crítica cultivada, entre otros, por Enrique Marí, Ricardo Entelman y Alicia Ruiz.

Historia que es incompleta. Sobre todo por la ausencia de perspectivas de peso, entre otras: la fenomenológica, inaugurada por Carlos Cossio bajo el título de egología; la desarrollada por Roberto Vernengo, reacia a las clasificaciones establecidas; el heterodoxo surrealismo jurídico propuesto por Luis Warat.[1]

La razón de esta historia es clara. Nino señaló alguna vez que escribir era bastante inútil, pues nadie leía lo que los demás hacían. O mejor dicho: a ningún jurista argentino le interesaban los dichos de sus connacionales, más preocupados por los sucesos de Londres o Berlín. Y, en el caso de hacerlo, ello no motivaba un escrito, una réplica, una consideración. Por lo menos en el ámbito de la filosofía del derecho.

1. En esta introducción, sin embargo, en vez de acudir a las indagaciones que ocupan el cuerpo del texto, se tienen en cuenta dos ensayos de Vernengo, R., ver: *La interpretación literal de la ley (segunda edición ampliada)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994 y "Teoría general del derecho y ciencia jurídica", incluido en Gracia, J., Rabossi, E. y otros (comp.), *El análisis filosófico en América Latina*, México, FCE, 1985, pp. 293-321.

Que la queja de Nino sea exagerada, es bastante obvio: las polémicas nos inundan. También lo es que la queja nunca es buena compañera. Pero no deja de haber un gramo de verdad en esta acusación.

Con esta sumaria historia no solo se trata, entonces, de escudriñar dentro de nuestras posibilidades, la argentinidad de los textos que escribimos. Sino, más básicamente, de prestarle un poco de atención a lo que sucede alrededor. Ofrecer un diagnóstico de la situación.

La nacionalidad es una circunstancia histórica. Un fenómeno político-cultural, no una esencia que se despliega en los innumerables actos humanos. Lo cual no significa que no sucedan contiendas, por lo general apasionadas y sangrientas, en la cuales se da y recibe la muerte en virtud de esa tradición que el filósofo de tendencia racionalista califica de abstrusa.

La historia que aquí se narra es menos cruenta. No baja a la minucia de los hechos cotidianos, ni se eleva hacia las peripecias de los notables. Es una historia conceptual. Se trata de ver qué y cómo diversos autores, enrolados según ellos en también diversas tendencias, escriben sobre el derecho y la política. Por supuesto: ello implica considerar qué posiciones se asumen mediante esa escritura.

Así como la escritura se realiza mediante actos de lectura, las posiciones asumidas requieren correlativas tomas de posición al momento de considerarlas. Ambos aspectos son indiscernibles, cada uno sólo cobra sentido ligado al otro.

*

En cuanto al modo de llevar a cabo la lectura, se siguen dos reglas genéricas muy elementales: la minuciosidad y la no exhaustividad.

Es una constatación trivial: no es posible leerlo todo. Siempre faltará algo, un texto, una página, una nota. Aquel que se dedica a tan extraña actividad, siente a cada paso todo lo que le falta. No obstante, sí puede tratarse con detenimiento lo poco que se lee. Recortar algunas páginas y en ellas demorarse. Volver cuando se las deja, releerlas, incluso memorizarlas. Y en eso que se lee resulta posible capturar las posiciones movilizadas.

Por cierto, las reglas precedentes comportan sus riesgos. La no exhaustividad se torna grave al generalizarse un juicio. La minuciosidad, en cambio, corre el peligro de caer en el detallismo estéril.

La primer circunstancia es inevitable. Al fin de cuentas, cualquier diagnóstico es injusto, pues de lo contrario sería inocuo. La segunda requiere no perder de vista el nervio de las cuestiones tratadas. El punto es si dicho nervio aquí está o no presente. De no estarlo, es el conjunto de las cosas dichas las que se convierten de inmediato en banales. No es un problema perder momentáneamente el rumbo, sí no tenerlo en absoluto.

Ahora bien, tanto la lectura como la escritura se encuentran sujetas al antes y al después. Los primeros pasos constriñen a los siguientes. No del todo, como si se tratase de una límpida y ajustada demostración formal. Pero lo suficiente como para sostener la coherencia de un trayecto de posiciones y lecturas.

Esto significa que, a pesar de la diversidad de los enfoques tratados, en la sucesividad de su consideración se va tramando una historia sistemática, no una simple rapsodia de puntos de vista desarticulados.

*

Comienzo con la indagación analítica realizada por Alchourrón y Bulygin. Ella nos aporta una serie de indicaciones, sugerencias y problemas. Se trata de los bloques significativos que serán desmenuzados en las lecturas siguientes. Los ladrillos básicos de trabajo. De ahí el tono eminentemente constructivo de los capítulos que se les dedican.

La filosofía analítica pretende ser austera. Inclina los estudios hacia las investigaciones lógicas y lingüísticas. Se sostiene en un despejado escepticismo. Desconfía de las grandes palabras. También de la multiplicación de los conceptos. Cualquier factor extraño es sometido a una ardua impugnación. En tales actitudes será seguida, al menos hasta donde sea posible.

Esta primera lectura aporta, de una manera sintética, el conjunto de los elementos que luego serán considerados. Se trata del punto global de referencia. El que permitirá hablar de ajustes y modificaciones, de oposiciones y continuidades. Nada de todo ello sería posible sin una referencia fijada con cuidado, sin una serie de mojones que orienten la marcha.

Las subsiguientes lecturas, dedicadas a las investigaciones de Nino y de la teoría crítica del derecho, estarán ubicadas en relación con la perspectiva analítica. Tanto en lo que respecta a las cuestiones suscitadas, como en lo relativo a las diferentes posiciones asumidas.

*

A continuación: la indagación realizada por Nino. A pesar de su más que abundante uso de referencias analíticas, ella exhala un aroma muy diferente. Para resumirlo en una frase: Nino reactiva, de una forma singular, sin duda, la tradición iusnaturalista, en su sentido individualista. Su rehabilitación de la moralidad, contractualista e ilustrada, está muy lejos de asumir las cuestiones que la indagación analítica ofrece para debatir.

No obstante, es indudable la relevancia estratégica de la rehabilitación que hace Nino de la moralidad. Expresa de manera instructiva y constante un conjunto de actitudes que se respiran por doquier. Dicho mediante otra fórmula concisa: en sus textos se coagula cierto liberalismo de la época presente.

Su relación con la referencia inicial es de contraste y oposición. La filosofía analítica tiende a conjugar austeridad y escepticismo. El iusnaturalismo se realiza a través de un exuberante fresco liberal. La primera es afín al *haiku*. La segunda, al sinfonismo decimonónico.

*

En tercer término: la teoría crítica del derecho. En ella me demoro con mayor intensidad. La razón es sencilla: es en ocasión de esta lectura que se desarrollan las diversas cuestiones suscitadas por la indagación analítica y que fueron bloqueadas por la resurrección iusnaturalista.

Es innegable cuánto hay de chocante en afirmar una continuidad entre las teorías analítica y crítica del derecho. Pues esta última se presenta a sí misma, justamente, como impugnadora de la primera. Circunstancia que, en apariencia, induciría a ligarla

a la renovación pretendida por Nino. Esto hubiera sido lo razonable: basta retener las resonancias habermasianas, también autocalificadas de críticas, que afectan a los textos y posiciones asumidos por Nino.

La presente historia conceptual, en cambio, al afirmar la primera continuidad se niega a receptar la segunda. De ahí la tesis que subyace a esta historia: la teoría crítica, no cancela, sino que ahonda las huellas analíticas.

Por supuesto, la pregunta clave es qué entender por el carácter crítico de una teoría.

*

Qué entender por crítica y análisis: tal es el segundo plano del presente texto.

La imagen habitual es relativamente sencilla.

El análisis clarifica. Vivimos en medio de confusiones que requieren ser despejadas. Nos enredamos en inconducentes problemas que, con paciencia y cuidado, podrían ser disueltos. La cuestión es demarcar el sentido del sinsentido.

Para ello, el análisis fue proponiendo diversas terapias. Las mas notorias son la utilización de las herramientas formales y el escudriñamiento minucioso del habla corriente. Sus ejemplos paradigmáticos, ambos calificados vagamente como positivistas, se conectan con el círculo de Viena y la tradición oxoniense.

La crítica enjuicia. Vivimos en medio de ilusiones, al errar en el uso de las capacidades cognitivas. Se requiere, entonces, de una epistemología, que permita separar la filosofía de la metafísica. O la ciencia de la ideología.

Por tales motivos la crítica excava en los fundamentos de los saberes, para desenterrar implícitos y remover obstáculos. Impulsada por Kant, adquiere una nueva dimensión en manos de la tradición marxista.

Superpuesta a esta imagen hay, al menos en el microcosmos jurídico, un conjunto de contraposiciones de tono más pedestre. El análisis nos aleja de lo que realmente sucede, mientras que la crítica conlleva un compromiso con la actualidad. De tal forma, al análisis lógico-lingüístico se le opone una crítica sociológica.

Pero también puede hallarse el rústico revés de esta visión. La crítica no sabe lo que dice, aglutina consideraciones que, estudiadas con cuidado, son en definitiva incomprensibles. En tal sentido, aun cuando se le reconozca la bondad de su intención, la crítica tiende a arruinar un laborioso trabajo filosófico-jurídico: el que al menos permitió decir algunas cosas manejables, sensatas, racionales.

*

El presente texto no se desarrolla en este nivel genérico, ya se presente en términos cultos o en un vocabulario cotidiano. Sigue el curso, por el contrario, de las efectivas investigaciones que reclaman para sí el título de analíticas y críticas. Será en ocasión de este seguimiento que se irán especificando los términos.

Hay varios motivos para ello.

El primero es obvio: no caer en las visiones paródicas. Siempre es posible dar una imagen del otro que sea motivo de burla. Ignorancia de lo social o generación

de sinsentidos, son dos epítetos igual de vacuos. Ellos juegan de la misma manera: descalificar una palabra mediante un sello que, cada cual en su respectivo medio, encierra el don de producir la excomunión o la censura.

El segundo motivo radica en evitar una presentación ya asumida como litigiosa. Esto aquí, esto allá. En el medio: una gruesa línea que mantiene separadas dos esencias contrapuestas.

En fin: los caminos efectivos no se ajustan tan fácilmente a las imágenes habituales. Las bibliotecas no son por necesidad ferreterías, donde reina la repartición escrupulosa que distingue por diámetros, colores y tamaños. A su vez, las cosas efectivamente dichas no se ajustan a lo programáticamente postulado: no siempre se hace lo que se dice. La imagen que una autor presenta de su itinerario no es una guía indubitable para expresar lo que realiza.

Por lo demás, crítica y análisis han devenido nombres estereotipados. Para usar la clásica imagen: monedas gastadas, que al pasar de mano en mano perdieron su valor. La inflación tiene los mismos efectos respecto a la moneda y la palabra: ambas pierden valor.

Conjugando ambos planos, la historia conceptual y la dilucidación filosófica, es notorio el mayor espacio textual que recibe la teoría crítica del derecho. Y es que ella se presenta, un poco feuerbachianamente, como la filosofía del futuro. Pretende renovar, batallar, ir más allá de lo que juzga como insuficiente o trivial. Además, se encuentra en formación, probando conceptos y ensayando vías.

Por lo tanto, deviene crucial poner a prueba el temple de tales pretensiones. La táctica adecuada para ello es resaltar la continuidad y la derivación. Pero también negarse a replegarla a la *renovatio* iusnaturalista en clave liberal. Si este último fuese el caso, la réplica analítica ya está afilada y presta a polemizar. En definitiva, no habría necesidad alguna de asumirse como una nueva perspectiva jurídico-política, sino como una restauración de los ídolos derribados.

Desde este ángulo, la lectura de los textos analíticos (Alchourrón y Bulygin) o iusnaturalistas (Nino), funcionan, cada cual de manera peculiar, como un momento propedéutico respecto a las investigaciones de la teoría crítica del derecho, la que pasa a ser el eje del presente texto: su núcleo temático.

Sobre este último aspecto cabe retener, en fin, los diversos ecos de la siguiente indicación de Borges, no para adoptarla sin mas, sino como signo de prudencia:

> "Menard –recuerdo– declaraba que censurar y alabar son operaciones sentimentales que nada tienen que ver con la crítica."

*

El tercer plano a tener en cuenta. Se trata de darle una respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué conviene considerar como componente genuinamente jurídico del derecho moderno en sentido estricto?

Esta pregunta reformula una interrogación clásica. Su enunciación canónica es la siguiente: ¿qué es el derecho? Ya han sido suficientemente destacados los aparentes absurdos a los que condujo una pregunta semejante. Las irónicas consideraciones de Vernengo son una muestra acabada y suficiente:

> "No hay razón para suponer la existencia efectiva en todos los seres humanos, o en un ser humano individual en diversas ocasiones, de criterios idénticos o equivalentes que regulen la aplicación en todo caso del predicado 'derecho' a alguna clase de cosas o hechos."

O expresado de una manera aún más directa:

> "Pregunta, por ejemplo, ¿qué es el derecho?, como si el derecho no constituyera un complejo conjunto de hechos de diversa índole, sino una cosa definible distinguible de las otra múltiples cosas que pueblan el universo. Pero el derecho no es una cosa y la pregunta, '¿qué es el derecho?' constituye, por lo común, una pregunta mal formulada."

La presente interrogación es más acotada, también de otra índole y, cabe suponer, ella no está mal formulada. Kelsen propuso considerar como genuinamente jurídicos a ciertos enunciados, que se caracterizan por una específica composición interna: las normas coactivas. Cualquier material que se pretenda jurídico, pero que no se deje presentar en términos normativos, será expulsado como no derecho. O, si fuera el caso, se lo entenderá como fragmento de una norma, como norma incompleta o, en fin, como norma no independiente. De ahí la difusión de una tesis: el derecho es un conjunto de normas de cierto tipo.

Alchourrón y Bulygin designan a tal visión con el término normativismo. Uno de sus objetivos está en mostrar su carácter reduccionista. Es decir: una imagen fecunda del derecho estricto tiene que tener en cuenta una diversidad de componentes.

El tercer plano del presente texto prosigue esta labor antirreduccionista. La idea a desarrollar es sencilla: especificar una variedad de posibles componentes genuinamente jurídicos. Pero en vez de realizarse una exposición directa de esta variedad, a partir de un conjunto arbitrario de estipulaciones, el texto sigue las posiciones ya existentes sobre la cuestión. Es decir: se van detectando de qué manera peculiar cada una de las tres corrientes de investigación aquí consideradas se aleja del normativismo.

Aquí se revela una de las razones de las continuidades y contrastes antes indicados. La indagación crítica continúa la labor analítica. Prosigue su labor antirreduccionista en una misma dirección. La propuesta de Nino, en cambio, ofrece otra visión, centrada en la primacía de la moralidad.

Quiero decir: mostrar los límites del normativismo no significa, para críticos y analíticos, traer a colación la remanida discusión relativa a unas vinculaciones supuestas entre el derecho y la moral. Con independencia del sentido que pudiera tener esa añeja discusión, la cuestión es otra. Esto significa: que los enunciados jurídicos no sean sólo normativos no significa introducir consideraciones morales, sea como fuese que se las entiendan.

*

Cabe preguntarse a qué se alude mediante la misteriosa expresión derecho en sentido estricto. Es decir: qué se intenta mostrar al decir componentes genuinamente

jurídicos. ¿Qué significan, en estas frases, los inaclarados predicados: genuino y estricto?

Ciertas teorías jurídicas aportan una serie de instrucciones para construir una objetividad teórica, a la que califican de derecho en sentido estricto. Se trata de una construcción, no de un fenómeno perceptible. Ella es realizada a partir de ciertos criterios que son los que permiten, ahora sí, manejar una serie de materiales empíricos.

Dicho muy brevemente: a partir de un conjunto de textos seleccionados (materiales), la teoría normativista (criterio) construye una objetividad virtual (orden normativo). Esta última construcción u objetividad teórica es, justamente, la que recibe el nombre de derecho en sentido estricto. En el caso, sus componentes genuinamente jurídicos son de un sólo tipo: normas.

Litigar con un reduccionismo, sea o no normativo, implica aportar uno o varios criterios que sean lo suficientemente flexibles para estar en condiciones de detectar una variedad de componentes jurídicos a los que se calificará de genuinos. Esto da lugar a una primera tesis.

Tesis 1: el derecho en sentido estricto es complejo. Y complejo significa lo siguiente: los componentes jurídicos genuinos son plurales e irreductibles entre sí.

En tal sentido apunta la siguiente indicación de Vernengo:

> "No es factible predicar de una cosa real la propiedad de ser derecho. La propiedad 'derecho' vale únicamente con respecto a objetividades de nivel superior y constitución más compleja."

*

Desarrollar la tesis precedente implica indicar cuáles son los componentes que habría que tener en cuenta, además de los normativos. Señalo un conjunto de cuestiones, que remiten con libertad y sin ningún ánimo exegético, a un puñado de cuentos de Borges. Ellas dan lugar a una serie de tesis complementarias.[2]

La primer cuestión Uqbar-Tlön.

Uqbar es un país imaginario pero que, sin embargo, figura en un extraño ejemplar de una edición de la Enciclopedia Británica. Tlön, por su parte, es un planeta imaginado, supuestamente, por los habitantes de Uqbar. El narrador del relato, al recibir un ejemplar del onceno volumen de la primera Enciclopedia de Tlön, comenta lo siguiente:

> "Hacía dos años que yo había descubierto en un tomo de cierta enciclopedia práctica una somera descripción de un falso país; ahora me deparaba el azar algo más precioso y más arduo. Ahora tenía en las manos un vasto fragmento metódico de la historia total de un planeta desconocido..."

2. Los textos son los siguientes: "Uqbar, Tlön, Orbis Tertius", "Pierre Menard, autor del Quijote"; "Las traducciones de Homero"; "Los teólogos"; "La lotería de Babilonia"; "Funes el memorioso", ver: Borges, J. L., *Obras completas. Primer volumen*, Buenos Aires, Emecé, 1989.

Por cierto, Uqbar es obra de una sociedad secreta que surgió a principios del siglo XVII para inventar un país. Siglos después, un ascético millonario llamado Buckley financia la obra, pero no para inventar un país, circunstancia demasiada modesta para un norteamericano, sino un planeta, Tlön. Señala el narrador:

> "Buckley descree de Dios, pero quiere demostrar al Dios no existente que los hombres mortales son capaces de concebir un mundo."

Los hombres mortales son capaces de concebir un mundo posible: Tlön. Luego: son capaces de concebir variados mundos. En fin, los mundos creados logran arraigarse, para desplazar al mundo establecido y habitual:

> "El contacto y el hábito de Tlön han desintegrado este mundo... Una dispersa dinastía de solitarios ha cambiado la faz del mundo. Su tarea prosigue."

La esquemática idea que aquí se sugiere es clara: los hombres viven en uno o varios mundos, que siempre pueden ser desintegrados para dar lugar a otro u otros mundos diferentes, por ellos creados. Y esta circunstancia, tal como lo afirma la tesis siguiente, no le es ajena a las indagaciones jurídicas.

Tesis 2: las normas jurídicas están encastradas con la propuesta de una o varias versiones del mundo.

*

La segunda cuestión Uqbar-Tlön.

Los que habitan un mundo son capaces de generar una literatura fantástica. Se imaginan mundos posibles, pero también se narran relatos ficticios. Y esta circunstancia tampoco le es ajena a los juristas.

Señala Ricardo Piglia:[3]

> "Válery decía: 'la era del orden es el imperio de las ficciones, pues no hay poder capaz de fundar el orden con la sola represión de los cuerpos con los cuerpos. Se necesitan fuerzas ficticias'. ¿Qué estructura tienen esas fuerzas ficticias? Quizás sea el centro de la reflexión política de un escritor. La sociedad vista como una trama de relatos, un conjunto de historias y de ficciones que circulan ... El Estado centraliza esas historias; el Estado narra. Cuando se ejerce el poder político se está siempre imponiendo una manera de contar la realidad. Pero no hay una historia única y excluyente circulando en la sociedad."

3. Ver: Piglia, R., *Crítica y ficción*, Buenos Aires, Siglo Veinte/Universidad Nacional del Litoral, 1990, p. 61.

Párrafo denso, sugestivo, cuya lectura se deja en suspenso pero que, a la vez, permite enunciar la siguiente tesis.

Tesis 3: las normas jurídicas están encastradas con relatos fantásticos o ficciones.

*

La tesis precedentes merecen, sin duda, un breve comentario aclaratorio.

La indagación analítica ofrece diversas pistas para desarrollar la segunda tesis. Su eje es la crítica que Alchourrón y Bulygin le dispensan a la reducción normativista de las definiciones. Éstas serán consideradas, no como una variedad de normas, sino junto a ellas. Se las entiende como irreductibles.

El punto fundamental es el siguiente: así como las normas regulan el comportamiento, las definiciones hacen explícito un aparato conceptual mediante el cual se piensa la realidad.

Luego: *pensar* la realidad significa *proponer* una versión jurídica del mundo. Pues un mundo se hace visible a partir de un aparato conceptual.

O, en los diversos términos de Quine, él se hace visible a partir de una red o esquema conceptual o sistema de coordenadas o lenguaje de fondo en particular:[4]

> "Esta red de términos y predicados e instrumentos auxiliares es, en la jerga de la relatividad, nuestro esquema de referencia, o sistema de coordenadas. Relativamente a él, podemos hablar y de hecho hablamos significativamente y distintamente de conejos y partes, números y fórmulas."

El derecho, en su aspecto normativo, regula los comportamientos. Pero éstos no acaecen en cualquier parte, sino en uno o varios mundos cuya propuesta se encuentra encastrada con las normas. Al derecho moderno no le es suficiente la pródiga imaginación social de versiones del mundo, ya que genera uno o varios por su propia cuenta.

A la vez que norma las conductas, el derecho imagina una manera de aprehender la realidad.

*

Por su parte, la teoría crítica se demora largamente en la tercera tesis. En particular, mediante el énfasis puesto en la ideología. Punto en el cual se reclama deudora de la teoría pura, uno de cuyos hilos conductores es la puesta de manifiesto de los mecanismos ideológicos o, en su propio léxico, míticos o primitivos. Estos, para Kelsen, se caracterizan por ocultar, transfigurar, encubrir o desfigurar ciertas circunstancias.

La teoría crítica, sin duda, reformula muchos aspectos de la propuesta kelseniana. Pero reformular no es de por sí una actividad antitética al continuar. En ese sentido, hay que destacar dos movimientos muy notorios.

Por un lado, la teoría crítica considera a la ideología como un componente genuinamente jurídico y no, como arguye la teoría pura, en tanto atributo de la ciencia jurídica a la que se intenta depurar.

4. Ver: Quine, W., *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 62.

Por otro lado, introduce numerosas distinciones adicionales. Los componentes ideológicos, al igual que los normativos, son diversos, tanto en sus caracteres como en sus relaciones. Un solo ejemplo indicativo de tales adiciones. Para la indagación crítica, uno de los caracteres del derecho es la puesta en juego de una ficción fundadora que aporta una garantía reputada de última. En los precisos términos de Vernengo:

> "Así como las circunstancias fácticas son inexorables, físicamente necesarias: no se puede navegar contra la corriente, y por tanto están garantizadas por sí mismas, las pautas jurídicas que definen las posibilidades sociales aceptadas y las repudiadas, requieren de otro tipo de garantía. De ahí que en el pensamiento de los griegos, fuera una divinidad –Diké– la que pronunciara el derecho ... De ahí que muchos siglos después y ya en una etapa de relativa desacralización, el derecho –como rezan las primeras líneas de las *Institutas*– fuera una voluntad, sí, pero 'constante y perpetua' como la de los dioses."

*

Sin embargo, ambas cuestiones y tesis remiten a un punto conflictivo: tanto a las versiones del mundo propuestas como a los relatos narrados resulta posible calificarlos de ficciones.[5]

Tal identidad en la designación es visible en los textos de Borges. Haber separado dos cuestiones Uqbar-Tlön, no lo hubiera considerado una distinción con demasiado sentido. Los relatos son ficciones; también lo son los mundos creados y los relatos narrados en esos mundos. Y así sucesivamente. En todo caso, son las ficciones las que se encuentran encastradas a otras ficciones. La misma situación parece desprenderse de la cita de Piglia, ya que las ficciones y las maneras de contar la realidad se presentan como indistinguibles.

De alguna manera, esta identificación entre esquema conceptual y ficción también parece deambular en los textos de la teoría crítica.

En el curso del presente itinerario se despliega este punto conflictivo, bajo la lente de una sencilla premisa: extender el término ficción (o su correlativo: ideología), para que abarque a la propuesta de una versión del mundo, conduce a un nuevo reduccionismo. Así como para la primera reducción, señalada por Alchourrón y Bulygin, el derecho se entiende sólo como un conjunto de normas, para ésta el derecho se limita a un conjunto de ficciones.

Esta segunda reducción puede ser designada ficcionalismo o ideologismo. Por supuesto, llevar a cabo esta tarea implica acotar con cierta precisión qué se entiende por ideología, ficción o relato fantástico.

Un lema metódico, al que se tratará de seguir con fidelidad: no reemplazar una reducción por otra. Tomar en serio la tesis que afirma una composición compleja

5. Ver: Pavel, T., *Fictional Worlds*, Harvard University Press, 1986.

del derecho en sentido estricto. En rigor, el lema es una consecuencia directa de la tesis relativa a la complejidad del derecho. No es lo mismo reemplazar a las normas por algún otro componente esencial, que liberalizar los criterios para construir, de manera estricta pero diferenciada, esa objetividad teórica a la que se bautiza como derecho.

Si se quiere hacer un paralelo entre indagaciones y reducciones: el normativismo es la recaída posible del enfoque analítico y, el ficcionalismo, la recaída del posible enfoque crítico. Defender la tesis que afirma la complejidad del derecho estricto implica refutar las recaídas de las perspectivas consideradas.

*

Pero las teorías crítica y analítica apuntan a otro blanco: las habitualmente llamadas *normas* de competencia. La idea, sugerida de manera diferente por ambas vertientes, es ésta: tampoco aquí se trata de normas. Alchourrón y Bulygin las consideran definiciones. En este aspecto sí la teoría crítica sigue otro rumbo, al proponer la siguiente consigna: el discurso jurídico como discurso del poder.

El campo problemático aquí concernido es claro: el poder. Al menos en alguno de los sentidos que cabe asignársele. Su especificación más lata la señala Vernengo:

> "Las normas pueden ser vistas ... como las órdenes de quienes mandan, de quienes poseen el poder en un grupo social. El derecho, aun siendo norma, es también una manifestación del poder que, en una sociedad, ejercen ciertos grupos, ciertos individuos, ciertas clases, ciertos intereses."

Y las órdenes de los que mandan se verifican en la obediencia de aquellos a los cuales están dirigidas:

> "La producción de normas no es, a la postre, sino la expresión material de cómo el poder social se despliega durante la existencia de una sociedad, entendiendo por poder social, muy clásicamente y como quería Max Weber, la posibilidad de determinar suficiente y necesariamente el comportamiento de otro."

En esta sucinta presentación, el poder indica dos circunstancias básicas. Una es la obediencia regular a lo normativamente prescripto. En términos de Kelsen: la eficacia de las normas. Otra, la que aquí se pretende destacar, está en la posibilidad de generar órdenes. En este aspecto, la teoría pura señala que el derecho establece o instaura funciones orgánicas.

La tesis que sostiene la teoría crítica del derecho es que tal establecimiento o instauración no es ni normativo ni, como propone la indagación analítica, definicional. Tales componentes genuinamente jurídicos serán designados cláusulas instauradoras de poderes.

Tesis 4: las normas jurídicas están encastradas con cláusulas instauradoras de poderes.

*

En resumen: normas, propuestas de versiones de mundo, ficciones, cláusulas instauradoras, son cuatro componentes jurídicos genuinos, e irreductibles entre sí, mediante los cuales resulta posible otorgarle contenido a la primera tesis enunciada, que afirma el carácter complejo del derecho en sentido estricto.

Por cierto, no se afirma que la esencia del derecho, finalmente captada con fidelidad, es tal y cual. Sino, sencillamente, que resulta fecundo (o, también: adecuado o conveniente) considerarlo de esta manera. Juicio que a su vez no es absoluto, ya que la fecundidad (o la adecuación o conveniencia) es relativa. En el caso, se afirma que resulta más fecundo un enfoque complejo que uno reductivo. Comparación que, en fin, también es relativa, ya que depende de los intereses que estén involucrados en el caso.

El tercer plano textual consiste en el despliegue pausado de una tarea antirreduccionista o, si se quiere, complejizadora. Esto implica, primero vislumbrar, y luego delinear, cada uno de los componentes jurídicos no normativos.

Tal carácter pausado es indicio de una actitud cautelosa. Hay una larga tradición de estudios jurídicos referidos a las normas y que sería absurdo obviar. Se trata de un campo conocido, dentro de ciertos límites manejables y que, por tanto, torna dificultosa su ampliación sin perder virtudes que se consideran decisivas: economía, nitidez y simplicidad, tanto conceptuales como expositivas.

De ahí que en muchas ocasiones no se enjuicie frontalmente la legitimidad de tal ampliación, sino su practicabilidad. O si se quiere destacar el conservadurismo de dicho juicio: se privilegia la relativa pobreza del enfoque a la pérdida de la capacidad de manipulación técnica. Bajo el riesgo, incluso, de no hallar nada al fin de cuentas relevante.

Pero también se presenta una situación de alguna manera inversa. Pues la especificación de algún tipo de componente, cualquiera sea éste, siempre permitirá considerar relaciones con otros de diferente índole. Y cuántos y cuáles sean esas nuevas relaciones y componentes es una cuestión abierta, difícil de sujetar a límites o restricciones.

A esta última circunstancia apunta Vernengo:

> "Por definición diré que todo enunciado incluido en la clase de enunciados que he denominado sanción (pongamos la clase S) es un enunciado jurídico, y que su denotación es un fenómeno jurídico, es derecho. Pero como la clase S no es –va de suyo– la clase universal, y la limitación de lo jurídico a esa clase es un recurso explicativo pobre, siempre podré establecer alguna otra clase de enunciados (o de hechos) que consideraré derecho en cuanto pueda postular alguna clase de relación con S ... resulta que el campo de la propiedad que se investiga, el ser derecho, puede ser tan amplia como se quiera, pues en principio no establece restricciones en la clase de enunciados que puedan encontrarse en algunas de esas relaciones aceptadas en S."

Se trata de dos argumentos de diferente tonalidad. En un caso, la reducción se defiende en pos de la economía expositiva y el manejo conceptual. En el otro, más radical, se afirma un escepticismo en cuanto a cualquier delimitación precisa. Esto, al menos, es lo que se desprende de la siguiente conclusión:

> "Pero resulta así que, ni en Kelsen, ni en ninguna de las ontologías de sus epígonos, puede promulgarse que sólo cierta clase de hechos ... sean con exclusividad el derecho. El sentido de los enunciados que deseamos establecer no pude buscarse por vía de estas decisiones especulativas."

O, también, al decirse que

> "No pareciera posible, empero, salvo por un *fiat* arbitrario, establecer el repertorio finito de las reglas de formación que serán las únicas determinantes recursivamente de la totalidad del campo de enunciados que aceptaríamos como derecho."

Por tales motivos, de tan diferente talante, no se tratará de argumentar en favor de las tesis tomadas una a una, de manera especulativa o por algún ucase ontológico, para retomar una expresión mordaz. Las tesis, en cambio, se generan paulatinamente a partir de las lecturas ensayadas.

Quiero decir: se mostrarán los componentes no normativos que tanto las indagaciones analítica y crítica efectivamente sugieren considerar. Y aun cuando las restricciones a esta ampliación no sean nítidas, ello no implica que tal ausencia de precisión sea absoluta. Entre las alternativas, extremas, del cualquier cosa por un lado, y del todo o nada, por otro, hay un campo abierto para efectuar disquisiciones que no serán tajantes pero sí, quizás, explicativamente fecundas.

Por cierto, tal vez no lo sean. Pero se desconoce alguna forma milagrosa que permita juzgar la fecundidad de las posibilidades aun no realizadas. Se puede, sí, prever que algunas rutas son inconducentes, incluso aberrantes, pero no que todas lo sean. De lo contrario, se está condenado a las tautologías o, también, a las simples reiteraciones.

*

Hay un cuarto plano ligado a los precedentes: dilucidar dos palabras claves de la teoría del derecho: discurso jurídico y sujeto de derecho. En el curso del texto se las considera como dos sucesivos hilos conductores.

El *discurso* esta usado como término clave para hilar la lectura de las indagaciones analítica, iusnaturalista y el primer tramo de la visión crítica. Aun cuando está tratada de diferentes maneras por cada vertiente, esta escurridiza noción es doblemente útil. Sirve para encadenar la historia conceptual trazada. También para argumentar en favor de las tesis propuestas.

Desde esta perspectiva, las tres primeras secciones del texto pueden verse como una serie de variaciones en torno al entendimiento del discurso jurídico. De manera esquemática, hay que señalar tres visiones diferentes del discurso jurídico, que abrevan en diferentes fuentes y cuya caracterización, por ende, es estipulada en cada caso de manera particular.

A la primer versión, con la cual se inicia el presente itinerario, se la denomina visión tarskiana. El discurso es entendido como un encadenamiento de sucesivos lenguajes y metalenguajes. Es decir: como una serie estratificada de diferentes niveles lingüísticos.

La segunda versión, que se genera en el curso de la lectura de los textos de Nino, entiende al discurso de manera similar al juego wittgensteniano, en términos de una totalidad significativa. Ella incluye, de manera entretejida, tanto momentos lingüísticos como no lingüísticos.

En fin, la tercer versión, propuesta por la teoría crítica del derecho, trata al discurso como una serie estratégica de cosas dichas. Es decir: conjunto de proferimientos lingüísticos vectorizados en términos polémicos y localizados en una situación determinada.

La sin duda resbaladiza noción de discurso jurídico varía de significación: se inicia mediante la imagen de la cadena, vira hacia la escena de los albañiles y los ladrillos, y continúa por medio del campo de batalla.

La estratificación, el juego y la guerra.

El discurso como hilo conductor impone considerar dos puntos cruciales. La cuestión Menard y la cuestión Aureliano.

*

Según nos informa Borges, Menard no quería componer otro Quijote sino *el* Quijote, reconstruirlo de manera exacta. Ambos textos son verbalmente idénticos, pero el de Menard le resulta a Borges casi infinitamente más rico.

De tal forma, una misma frase significa cosas divergentes en uno y otro caso. Ambos escriben lo mismo, por ejemplo: la verdad cuya madre es la historia. En Cervantes se trata de un habitual elogio retórico de la historia. En Menard, en cambio, de una idea asombrosa, pragmática, pues la historia estaría en el origen de la verdad.

Resulta claro cuál es el problema del caso: la interpretación jurídica de los textos. Y ésta no es más que una traducción. La cuestión Menard nos enfrenta al siguiente juicio radical: la mera transcripción exacta de un enunciado es suficiente para variar su significado. No es preciso efectuar una reformulación ni, como sugiere Vernengo para sustituir la rigurosa e inconducente noción de sinonimia, una paráfrasis para lograr aquella variación. Basta la transcripción idéntica.

Admitir otra cosa, también Borges indicó sus presuposiciones. Esta vez en su comentario a las traducciones de Homero:

> "El concepto de texto definitivo no corresponde sino a la religión o al cansancio."

La infinitud sólo es detenida por la fe o la fatiga. Esto quiere decir, en el límite, que a cada texto le corresponden infinitas interpretaciones. O como señala también aquí Vernengo: respecto al dominio de los enunciados que han de interpretarse

> "Debemos aceptar que el número de enunciados que componen el codominio es infinito."

Por lo demás, resulta claro, desde esta optica extrema, que si la variación en cuanto al significado acaece con la sencilla reiteración de un dicho, ella está ínsita en cualquier paráfrasis mediante la cual se traduce un texto. En tal caso, cabe recordar nuevamente a Borges:

> "¿Cuál de esas muchas traducciones es fiel?, querrá saber tal vez mi lector. Repito que ninguna o que todas. Si la fidelidad tiene que ser a las imaginaciones de Homero, a los irrecuperables hombres y días que él se representó, ninguna puede serlo para nosotros; todas, para un griego del siglo diez."

La cuestión Menard siempre estará presente mientras se desenrolle el hilo rojo del discurso jurídico. En la médula de la noción de discurso está el problema de la traducción. O mejor dicho, el desafío de su indeterminación radical.

*

Si bien no hay textos definitivos, sí hay interpretaciones efectivas. El problema radica en cómo entender las relaciones que mantienen entre sí las finitas traducciones efectivas. Se trata de la cuestión Aureliano. Ella indica dos caminos.

El primer camino. Aureliano es un teólogo, subordinado a la autoridad pontificial radicada en Roma. Es un intérprete de la palabra oficial: la ortodoxia. Como tal, su tarea es la de fulminar los argumentos de los que inventan historias desviadas y absurdas: los herejes. La peligrosidad de éstos es clara, ya que ponen en duda la autoridad que sostiene la palabra oficial. Propagan costumbres inadmisibles, incitan secesiones, socavan las doctrinas admitidas, ponen en duda los dogmas de la fe.

El narrador nos instruye sobre cuáles son las peores, más riesgosas y dañinas herejías:

> " ... a orillas del Danubio la novísima secta de los monótonos (llamados también anulares) profesaba que la historia es un círculo y que nada es que no haya sido y que no será ... Aureliano ... sabía que en materia teológica no hay novedad sin riesgo; luego reflexionó que la tesis de un tiempo circular era demasiado disímil, demasiado asombrosa, para que el riesgo fuera grave. (Las herejías que debemos temer son las que pueden confundirse con la ortodoxia)."

Las interpretaciones efectivas se distribuyen en dos campos: la ortodoxia y las herejías. Es Vernengo, nuevamente, quien saca las consecuencias jurídicas del caso:

> "La doctrina sirve para con-ducir, como lo dice la etimología de la palabra misma. Y, para efectuarlo, estatuye y establece las clasificaciones y distinciones que una sociedad considera importantes para la sobrevivencia. Una doctrina, pues (la *lore* de los anglosajones, la *Lehre* de los alemanes) es un cuerpo de formulaciones que aluden a una dirección. Concretamente a la del surco que el arado traza en la tierra. Quien se desvía de esta línea –lira en latín– literalmente 'delira', se extravía. La doctrina, pues, fija lo recto: *das Recht*, y los cambios de dirección: la norma."

Las interpretaciones se agrupan en dos territorios: la línea recta u ortodoxia, las desviaciones o delirios. En ciertas lenguas romances se presenta una sugestiva semejanza entre leer y delirar: *lire* y *délire*. Las interpretaciones son lecturas y éstas se codifican como rectas o delirantes. O si se quiere, en la afirmación efectiva de cada una de las infinitas interpretaciones está en juego el poder. Señala Vernengo:

> " ... conocer el derecho es no sólo una actividad prestigiosa, es además, un factor básico de poder."

El problema de la traducción conduce hacia las aguas turbulentas de las ortodoxias y las herejías. Y éstas al problema del poder. El conocimiento y la lectura, el saber y la traducción, la interpretación y la escritura, no son actividades inocentes. Tampoco su transmisión y su enseñanza. No lo fueron para los teólogos. Tampoco lo son para los juristas.

Semejante paralelismo teológico-jurídico no tiene que sorprender, al menos a partir de Kelsen. Tal como señala en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre*: mientras exista una religión, debe haber una teología dogmática; mientras haya un derecho, habrá una doctrina normativa. El término que usa Kelsen es revelador: doctrina. Es decir: *Lehre*.

*

El segundo camino que abre la cuestión Aureliano es el siguiente. Aureliano no sólo combate herejías. También lleva una guerra sorda contra otro teólogo: Juan de Panonia. Las interpretaciones, ambas ahora pontificiales, se enfrentan hasta en los más nimios detalles:

> "... Aureliano no escribió una palabra que inconfesablemente no propendiera a superar a Juan. Su duelo fue invisible; si los copiosos índices no me engañan, no figura ni una sola vez el nombre del otro en los muchos volúmenes de Aureliano que atesora la Patrología de Migne."

Y este duelo de palabras va más allá. Al redactar su refutación de la herejía de los histriones, Aureliano concluyó que la tesis herética ya había sido sostenida por el ortodoxo Juan de Panonia. Justamente al combatir a los heréticos anulares:

> "Aureliano conservó las palabras, pero les antepuso este aviso: lo que ladran ahora los heresiarcas para la confusión de la fe, lo dijo en este siglo un varón doctísimo, con más ligereza que culpa."

Luego vino lo inevitable: declarar el nombre del docto, su sometimiento a juicio, su final ejecución. Cabe retener sólo dos elementos, muy sencillos: las palabras están en duelo, las palabras son eficaces.

Retomando las indicaciones pragmáticas de Vernengo:

> "El derecho es también una pretensión que yo invoco frente a mi contrincante, a mi rival, a mi competidor. Y normas, recursos a las autoridades, argumentos políticos y filosóficos, son otros tantos mecanismos útiles para hacer valer, en el caso, mi derecho."

De ahí la consecuencia:

> "Pues bien, este fenómeno, el derecho que se usa –*ius utilis, ius usualis*– requiere, al nivel del lenguaje articulado, de un lenguaje eficaz. Esto es, de una retórica, del lenguaje como una técnica o arte destinada a lograr cosas humanas y divinas. Basta recordar hoy las páginas de Quintiliano para percibir en qué medida es la técnica oratoria el discurso propio del derecho que se usa."

La cuestión Aureliano lleva a desplazar levemente estas citas: no sólo el derecho puede ser visto de manera pragmática, como algo que se usa, sino el conjunto de los dichos que, de alguna u otra manera, a él se refieren. Los juristas, con independencia de cómo se nombren a sí mismos (científicos, dogmáticos, teóricos generales, filósofos), son hijos modernos de los teólogos, ¿también de los sofistas?

Es cierto, el derecho se ha transformado en un objeto de conocimiento y, como señala Vernengo,

> "...éste, como *Gegenstand*, sólo se da en la actitud teorética, que es la que pretende asumir la ciencia. Y, desde Descartes, por lo menos, el manejo retórico de las cosas pierde prestigio frente al manipuleo técnico de los objetos por las ciencias. También el conocimiento jurídico se afilia a esta tendencia."

Esta cita lo deja traslucir: el manipuleo técnico de la ciencia bien podría ser una manera, actualizada o *aggiornada*, del manejo retórico. El jurista construye la

objetividad teórica a la que llama derecho mediante ciertos criterios. Y dicha reconstrucción reputada de científica, no sería más que una sutil técnica retórica.

¿ Cabe conjeturar que la ciencia jurídica actúa como un hábito útil por prestigioso, que viste al hábil monje que se muestra diestro en el arte de los signos persuasivos? nos dice Vernego:

> "El derecho –sea ello lo que fuere– sólo consigue guardar su prestigio en sociedades paulatinamente desacralizadas y racionalizadas –como las que ingresan en la Revolución industrial y en la formación de los Estados burocráticos modernos– en cuanto aparece con los ropajes de una ciencia."

Son notorios los problemas que pone en juego la antedicha conjetura, las ineludibles y desde cierto ángulo tal vez obvias preguntas que se generan: ¿los juristas desarrollan un duelo?, ¿sus dichos son pragmáticos?, ¿su arte está en el ejercicio de la retórica?, ¿su actitud es el oportunismo?, ¿su pretendida neutralidad una exigencia para lograr un objetivo?, ¿su inocencia una impostura?, ¿su seca imparcialidad la máscara de su parcialidad?

El hilo del discurso, en sus diferentes versiones propuestas, está ligado a estos problemas: la indeterminación de la traducción, el ejercicio del poder, el arte de la retórica.

*

El *sujeto de derecho* sirve de segundo hilo conductor para las secciones siguientes, que ahondan los diversos aspectos antes destacados.

Su importancia es estratégica, ya que permite resaltar la irreductibilidad de la propuesta de una versión jurídica del mundo. Quiero decir: el sujeto de derecho puede enfocarse como una de las categorías puestas en juego por la versión civil del mundo.

Esto significa argumentar contra sus posibles reducciones. Ya sea en términos normativos: su carácter metafórico o auxiliar, de acuerdo a los términos canónicos de la teoría pura. Ya sea en términos ideológicos: el sujeto de derecho en cuanto ficción o mito puramente ideológico.

El valor de esta noción lo resalta la cuestión Babilonia. El inicio del relato de Borges puede resultar inverosímil, pero no extraño:

> "Como todos los hombres de Babilonia, he sido procónsul; como todos, esclavo."

Causa perplejidad, en cambio, el final de ese primer párrafo:

> "He conocido lo que ignoran los griegos: la incertidumbre. En una cámara de bronce, ante el pañuelo silencioso del estrangulador, la esperanza me ha sido infiel, en el río de los deleites, el pánico. Heráclides Póntico

> refiere con admiración que Pitágoras recordaba haber sido Pirro y antes Euforbo y antes algún otro mortal; para recordar vicisitudes análogas yo no preciso recurrir a la muerte ni aun a la impostura."

Alguien que fue otro y otro, sin necesidad de apelar a recursos fáciles como la transmigración de las almas o a algún artilugio fantasioso. ¿Qué puede significar algo semejante? ¿Acaso el carácter artificial de la distinción entre uno y otro?

El relato de Borges, sin volver a esta cuestión, da sin embargo la respuesta. Babilonia es una República basada en la lotería. Cada decisión que se toma está sujeta al azar. Por ejemplo, el sentenciar y ejecutar una sanción:

> "Imaginemos un primer sorteo, que dicta la muerte de un hombre. Para su cumplimiento se procede a un otro sorteo, que propone (digamos) nueve ejecutores posibles. De esos ejecutores, cuatro pueden iniciar un tercer sorteo que dirá el nombre del verdugo, dos pueden reemplazar la orden adversa por una orden feliz (el encuentro de un tesoro, digamos), otro exacerbará la muerte (es decir la hará infame o la enriquecerá de torturas), otros pueden negarse a cumplirla..."

Borges va hasta el fin. Y muestra que, incluso, está sometida a sorteo la decisión requerida para determinar quién es quién. Por ello no se requiere de ninguna fábula mitológica para haber sido Pirro, luego Pitágoras, mañana vaya a saber quién.

Todo depende de la lotería, que llegará a ser, gracias a la rebelión popular, secreta, gratuita y general. Claro que la Compañía que la organiza obtendrá la suma del poder público. Extraña República, gobernada a la vez por un tirano (que quizás ni exista) y por un azar organizado como un sistema electoral democrático. Rosas y la ley Sáenz Peña (por supuesto: liberada de la carga de la campaña electoral), reunidas bajo la luz de una inédita (e irónica) concepción republicana.

El punto a destacar es el siguiente: la individualidad está sometida a la azar. Las distinciones entre uno y otro son azarosas, impredecibles, volubles.

Ligada a estas perplejidades, se encuentra la humeana cuestión Funes. Señala Borges, que a Funes

> "... le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente)."

Funes vive en otro mundo, diferente al nuestro. Mejor dicho, al que nos es habitual:

> "Era el solitario y lúcido espectador de un mundo multiforme, instantáneo y casi intolerablemente preciso".

En el mundo Babilonia la individualidad está sometida al azar. Quién es quién depende de un sorteo. En el mundo de Funes la identidad es instantánea. Nadie sigue siendo el mismo en los diferentes momentos temporales.

Ambos mundos son divergentes respecto a nuestro mundo habitual. Y en dos aspectos directamente ligados, eso se tratará de argumentar, a un momento de la versión civil del mundo: el sujeto de derecho.

Sin duda, la indagación analítica se demoró largamente en estos problemas planteados por la literatura borgeana. Paradigmática es la posición de Quine y su interpretación de la categoría de objeto:[6]

> "Yo extiendo la doctrina a los objetos en general, pues considero que *todos* los objetos son teóricos. Esta es una consecuencia de tomar en serio la intuición que hallamos en Bentham –a saber, la primacía semántica de los enunciados–. Tenemos que considerar que son los enunciados ocasionales, y no los términos, los que están condicionados por las estimulaciones. Incluso nuestros objetos primordiales, los cuerpos, son ya teóricos –más patentemente lo son cuando atendemos a su individuación en el tiempo–. Que estemos ante la misma manzana la próxima vez, o sólo ante otra semejante, ello se establece, *si se establece*, mediante una inferencia que parte de una red de hipótesis que hemos interiorizado poco a poco en el curso de la adquisición de la superestructura no observacional de nuestro lenguaje."

La individualidad y la identidad dependen de una red conceptual. Es decir: de una versión del mundo dada. Y éstas no sólo son diversas, sino también mutables. Incluso podrían adoptar en el futuro alguna de las formas relatadas por Borges:

> "Del mismo modo, algún día algo de nuestro lenguaje individuativo actual podría acabar, en parte como vestigio y en parte adaptado, en una nueva y hasta ahora no imaginada pauta *más allá de la individuación.*"

Este segundo hilo conductor deviene decisivo para argumentar en favor de la segunda tesis enunciada: las normas jurídicas están encastradas con la propuesta de una o varias versiones del mundo.

*

El sujeto de derecho, como hilo conductor, lleva a considerar un nuevo problema. La cuestión Babilonia pone en duda las evidencias sobre la individualidad; la cuestión Funes, las evidencias sobre la identidad. Pero, ¿la individualidad e identidad de qué?

La respuesta parece clara: de los cuerpos físicos. Ahora bien, éstos pueden enfocarse de muchas maneras diferentes, dependiendo del esquema conceptual que se

6. Ver: Quine, W., *Teorías y cosas*, México, Unam, 1986, pp. 9 y ss.

escoja. Sujeto de derecho, o persona, serían maneras de categorizar a ciertos cuerpos físicos. Señala Quine:[7]

> "Nuestra liberal noción de objetos físicos pone de manifiesto un punto importante relacionado con la identidad. Algunos filósofos proponen rompecabezas: ¿qué decir sobre la identidad personal en los casos de personalidad dividida o en las fantasías sobre la metempsicosis o los trasplantes de cerebros? Pero estas cuestiones no se refieren a la naturaleza de la identidad. Se refieren *al problema de cuál será la mejor manera de interpretar el término 'persona'*. También hallamos en el archivo el ejemplo del barco de Teseo, reconstruido pedazo por pedazo hasta que no quedó ninguno de los pedazos originales. Que elijamos o no reconocerlo todavía como el mismo barco es una cuestión relativa no a 'mismo' sino a 'barco'; *una cuestión de cómo elegimos individualizar ese término en el tiempo.*"

El examen del sujeto de derecho, la persona, implica destacar con énfasis los cuerpos físicos de cierto tipo, los que habitualmente se llaman humanos. Sin embargo, las teorías jurídicas vinculan, de alguna u otra manera, el derecho sólo con las conductas, no con los cuerpos que las realizan. Hay en ello un consenso muy fuerte. Tal como señala Guibourg:[8]

> "Si interrogamos a diversas personas sobre el contenido de cualquiera de las variantes del fenómeno normativo, advertimos que todas las respuestas que se obtengan, sea cual fuere la posición filosófica de sus autores, tienen un punto en común: la referencia a la *conducta*. Las normas son un medio para regular conductas, dirán unos; o para interpretarlas, dirán otros. Alguien sostendrá que las normas son indicios útiles para predecir ciertas conductas; alguien más que las normas son en sí mismas conducta en interferencia intersubjetiva. *Semejante coincidencia* entre posiciones muy dispares aconseja, si no constituir excluyentemente a la conducta en el objeto de la primera aproximación al fenómeno normativo, al menos clarificar el fenómeno de la acción para pisar suelo firme en el trecho común a todos los caminos."

Si considerar al sujeto de derecho es un medio indirecto para destacar la importancia de un aparato jurídico-conceptual, también es una vía que conduce a dudar de la pertinencia del señalado consenso en torno a la centralidad de la conducta. Semejante duda se basa en una indicación casi trivial: las conductas son realizadas por

7. Respecto al rompecabezas señalado por Quine, ver, entre otros: Parfit, D., *Identidad Personal*, México, Unam, Cuadernos de Crítica N° 25, 1983.

8. Ver: Guibourg, R., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 22.

cuerpos físicos particularizados de alguna manera. De ahí el interrogante: ¿la referencia a las conductas no implicará referirse también a los cuerpos físicos que las realizan?

En este aspecto, en fin, sí es notoria la discontinuidad que importan ciertas tesis de la teoría crítica del derecho. Es un tópico común al conjunto de sus defensores destacar la importancia jurídica de los cuerpos físicos. Discontinuidad que, desde cierto ángulo, cabe calificar de relativa. Pues cuando Alchourrón y Bulygin sugieren considerar el carácter irreductible de un aparato conceptual, ya abren la vía para apuntar a este problema. Es decir que ya la indagación analítica tiende a desentonar con el suelo firme indicado por Guibourg.[9]

*

Si se toma nota de los precedentes hilos conductores, cobran una mayor significación y coherencia los diferentes planos textuales. La razón es manifiesta. El discurso plantea el problema de la traducción (la cuestión Menard). El sujeto de derecho lleva a un primer plano la relevancia de un esquema jurídico conceptual (la primera cuestión Uqbar-Tlön). Estos dos aspectos aludidos por Borges son tópicos nucleares de las indagaciones analíticas. En los términos paradigmáticos de Quine, se trata del territorio al que aluden la indeterminación de la traducción, el carácter inescrutable de la referencia y la relatividad ontológico-conceptual. Si tales son los ámbitos dilemáticos que están engarzados a los hilos conductores, no causa extrañeza que el presente recorrido se inicie con las indagaciones analíticas llevadas a cabo por Alchourrón y Bulygin. Tampoco la postulada continuidad entre las perspectivas analítica y crítica, pues esta última asume a su manera las problemáticas antes señaladas. De ahí que devenga doblemente estratégico diluir las imágenes habituales, ya sean refinadas o pedestres, que suscitan los términos de crítica y análisis.

Tomar como segundo hilo conductor la noción de sujeto de derecho conduce a destacar, de manera enfática, no sólo la cuestión de la corporalidad sino la relevancia de un esquema jurídico-conceptual. Esto nos retrotrae al precedente plano textual, en cuanto despliegue de una tarea antirreduccionista, la que se inicia mediante la crítica al normativismo llevada a cabo por la indagación analítica. Justamente, al realizarse semejante tarea surgen las primeras pistas para poner de manifiesto la propuesta de una o varias versiones jurídicas del mundo. Circunstancia que no cabe pasar por alto, pues permite destacar la reducción ficcionalista, vía que a su vez tienta a la teoría crítica. Hecho que se debe a su empeño en destacar, sin duda con buenas razones, los componentes ideológicos del derecho en sentido estricto (la segunda cuestión Uqbar-Tlön). Pero en tal destacar está el germen de una reducción que cabe desmenuzar.

En consecuencia, el centro de gravedad de este texto pasa por el ejercicio de una tarea antirreduccionista. Es decir, como explicitación de la Tesis 1: el derecho en sentido estricto es complejo. Y esta labor es llevada a cabo, fundamentalmente, al argumentar en favor de la Tesis 2: las normas jurídicas están encastradas con la propuesta de una o varias versiones del mundo. Los problemas que suscitan el poder y la ficción giran en torno de estas dos tesis centrales.

9. Ante la cuestión de la corporalidad se percibe la ausencia, en el libro, de la perspectiva fenomenológica, la cual, como se sabe, ha multiplicado sus estudios sobre el cuerpo físico.

La incompleta historia conceptual de la filosofía argentina más reciente, la dilucidación de la crítica y el análisis en cuanto orientaciones filosóficas básicas, la elección del discurso y del sujeto de derecho como hilos conductores, son factores subsidiarios o concomitantes respecto a la precedente explicitación.

Si bien un texto implica una variedad de planos, éstos no dejan de unificarse en virtud de una posición asumida. Y una posición se articula mediante la afirmación de una o varias tesis. Esto nos da un marco para dilucidar qué significa hacer crítica y análisis. Pues sea como fuese la manera de entender estas tareas, ellas devienen abstractas si se desgajan del sostenimiento de una tesis. Es decir: del acto de trazar una línea.

*

Tres consideraciones genéricas sobre el estilo. Tratándose en el caso de una tesis de doctorado, hay un conjunto de pautas académicas que requieren ser respetadas.

Uno: el orden de la exposición. Cada sección recibe su unidad a partir de la vertiente teórica en cada caso seleccionada. Cada capítulo guarda una unidad temática lo más precisa posible. Sucesivas síntesis y anticipaciones permiten mantener presente cuál es la médula de la exposición. Por cierto, junto al camino principal se introducen temáticas incidentales, muchas de las cuales son dejadas en el camino. Si se desarrollara, por hipótesis, el indefinido conjunto de evocaciones que transmite una sola frase, resultaría imposible hilar una argumentación. De ahí el virtual abandono al que se ven confinados multitud de detalles y comentarios, devenidos ocasionales.

Dos: la pulcritud en cuanto a las referencias. Dado que se le da la palabra a los protagonistas, hay un particular celo en cuanto a las citas efectuadas. Al inicio de cada sección se indica el corpus textual demarcado. Las referencias son de tres tipos: las relativas a cada una de las perspectivas estudiadas; las remisiones efectuadas por los propios autores y textos precedentes; las usadas para aclarar, complementar o reformular los diferentes aspectos tratados.

Las remisiones efectuadas por cada perspectiva son crecientes al avanzar el recorrido, hecho notorio al considerarse la teoría crítica del derecho. Ello se debe a las propias características de sus textos: más exploratorios que sistemáticos, más conjeturales que asertóricos. De ahí que apelen a un mayor caudal de referencias. Pero también juega, sin duda, la mayor cantidad de elementos que se consideran relevantes. De sus abundantes y diversas fuentes se recortan aspectos parciales de las tres remisiones críticas de mayor peso: Louis Althusser, Michel Foucault y Pierre Legendre.

Un lugar aparte merece la obra de Hans Kelsen. Al ser una fuente común de las indagaciones consideradas, ella está presente en el conjunto de la exposición. Sin embargo, se le dedica una sección específica, pero sólo para tratar cuestiones estrecha y estratégicamente ligadas a los problemas que hilan las sucesivas lecturas.

Tres: la legibilidad del texto. Las perspectivas consideradas usan el lenguaje de muy diversa manera. Aun cuando todas traten sobre cuestiones semejantes, cada una acude a diferente tipo de implícitos y supone un distinto tipo de lector. Son divergentes las

imágenes y las metáforas, también las maneras de argumentar y de polemizar. Se apela a diferentes temperamentos y actitudes. No son similares ni las pasiones ni los intereses. Una exposición legible implica asumir un lenguaje lo suficientemente neutro para permitir una lectura no restrictiva, pero que sea a la vez receptivo de los matices y modulaciones propios de cada corriente, texto y autor considerado. Lo legible intersecta a la neutralidad con la receptividad.

Dicha tarea se encuentra favorecida por el carácter elemental de este recorrido. Quiero decir: no se hace uso de escrituras formales. No se apela ni a neologismos ni a algún inédito lenguaje técnico. Las cuestiones tratadas se originan en cosas ya efectivamente dichas. Las remisiones están indicadas por las acotadas perspectivas que se consideran y aun cuando para muchos sean sencillamente irrelevantes, forman parte de una literatura habitual y abundantemente difundida. Simple acto de lectura, sin mayores ambiciones.

*

Orden expositivo, pulcritud en las referencias y legibilidad, son las pautas básicas tenidas en cuenta. Ellas no son generalmente apreciadas, al juzgarse que conspiran e incluso inhiben la emergencia de un estilo. El elogio contemporáneo de cierto difuso impresionismo; una visión estrecha del ensayo; el gusto por el epigrama oracular; la fascinación por las jergas idiosincráticas; la defensa del hermetismo bajo la consigna del arte por el arte; el auge del ánimo barroco. A ello se le suma el endémico provincialismo de las instituciones, que conduce a una docta y mutua ignorancia. Tales son algunos de los signos de la época y que corroen, valga la paradoja, el estilo. Sin embargo, el arte contemporáneo muestra que no hay innovación sin constricción y nitidez. El formalismo cubista, el rigor de la música serial o la diáfana prosa de Beckett, son ejemplos más que sugerentes, propio de la alta cultura modernista.

Por lo demás, la legibilidad no se encuentra reñida con la escritura, con el sabor de un texto. Como recuerda Wittgenstein: una buena metáfora refresca el entendimiento. Pero no sólo la metáfora es una buena compañera: una imagen, una escena, una figura, un animal, un paisaje, una máquina, siempre están allí para traer un poco de aire fresco. La filosofía analítica es en este sentido paradigmática, pletórica en el arte de la ligereza. Los conejos de Quine y Carrol; la pasión de Russell por Napoleón en Waterloo; las tierras gemelas de Putnam; Frege y sus luceros vespertino y matutino; el mundo de puros sonidos imaginado por Strawson. Figuras sintéticas que conjugan la imaginación, el humor y el concepto.

Tales virtudes, por supuesto, no son una singularidad del análisis. Tampoco sería justo atribuir a los anglosajones la propiedad privada del *nonsense*. El genio maligno de Descartes, el estanque de peces de Leibniz, los animales que acompañan a Zarathustra, el sistema tribunalicio de Kant, los círculos hegelianos, el flujo acuático de la conciencia fenomenológica, las máquinas energéticas de Freud, son ejemplos contundentes y demostrativos.

Los juristas también tienen lo suyo. Basta referirse a las bandas de ladrones y *gángsters* que preocupaban a Kelsen. O a la familia Rex, soberanos que cabe presumir ingleses y que acompañan cada lectura de Hart.

Quizás la mejor manera de ejercitarse en la lectura está en conjeturar las claras figuras que pueblan un texto. O la de asir, lo cual es casi lo mismo, el aire fresco que les da vida.

Notas sobre metodología: paradojas y exageraciones

Hay una versión extremadamente química del análisis: dividir y distinguir. Desmenuzar una materia, hasta llegar a sus átomos elementales. O dejarse llevar por los enmarañados vericuetos del lenguaje para, se supone, desenredarlo –como si las palabras fuesen hilos.

El nervio del análisis es otro: un arte del matiz. Las separaciones y distingos son un instrumento para mantener alerta la percepción. Acoger el matiz requiere estar en condiciones de receptarlo. De ahí la necesidad de una práctica sobre sí, de un entrenamiento, quizás también de una ascesis.

En su realización utópica el análisis inmuniza frente al deseo de uniformidad. Es un reparo ante la obsesión de encontrar la fórmula última del derecho –o, en definitiva, de cualquier otra cosa. Y es que el arte del matiz implica una divergencia frente al anhelo del molde.

El análisis incorpora a la mirada teórica las cualidades que son propias del arte y, por ende, del gusto artístico: sobre todo el amor por la singularidad.

2

La confusión, entonces, es la homogeneidad; no el no entender. Estar en un sitio confuso significa vivir en un ámbito liso y uniforme.

Clarificar es matizar, encontrar la veta gris en la hoja blanca. Si el análisis disipa la confusión es por disolver la tiranía de la semejanza.

O también: el análisis encuentra un problema allí donde sólo había soluciones. Para ello cualquier lenguaje es bueno: ordinarios o formales.

3

La médula de la crítica no es sólo remover un obstáculo, sino hacer proliferar los enunciados.

Hay dos maneras de poner el énfasis en el obstáculo, sólo en apariencia diferentes. La primera, considera que él está en los numerosos implícitos que usa aquel que recorta al máximo su objeto. De ahí que se recomiende excavar en ellos, contextualizar el objeto, retornar a lo que se usa sin problematizar.

La segunda vía, en cambio, entiende que el obstáculo está justamente en el problematizar los implícitos. Pues dicho retorno implica introducir tantos elementos temáticos que la tarea a realizar deviene inabordable.

En cada caso se moviliza un miedo y una pasión. En un caso, miedo a que Otro hable detrás de las palabras que se dicen y pasión por los contextos y los marcos. En otro: miedo a perder el control de lo que se desarrolla y pasión por la pulcritud y limpieza de las palabras.

La crítica, si bien no se desentiende de los obstáculos, para ella todo puede ser una pista. Lo acotado puede continuarse, aun cuando no se sepa hacia dónde. A los temores le responde con humor. A las pasiones las conserva según el caso.

4

Las huellas no llevan solo a lo no dicho, sino a las escenas que cada texto vehiculiza. Entonces uno se detiene en un adjetivo, una imagen, una nota marginal. Y a partir de tales marcas hace su juego. La crítica es oportunista porque está atenta a las oportunidades.

No hay nada que sea desaprovechable, nada hay inútil. Si se mira bien, en la palabra más parca y seca, se encontrará un cuadro, una pintura, incluso un *gag*.

Si el análisis es un arte del matiz, la crítica es un ejercicio del humor.

5

Ir hacia lo no dicho, además de implicar un psicoanálisis de los textos, conduce a narrar una historia. Por eso la genealogía es eminentemente un rastreo histórico.

El excavamiento va hacia los innumerables hechos que dan lugar a las palabras. Allí, no hay duda, hay violencia y crueldad.

Lo silenciado es una contienda física, no solo un estado mental.

6

Componer es intersectar. Cruzar las líneas que se trazan al continuar las pistas que los textos ofrecen.

7

Un rasgo abstracto es el resultado de una abstracción. Un rasgo general, de un acto de generalización. Estas ideas son parte de una actitud nominalista. Tal es legado de Hans Kelsen.

Si siempre se parte de algo contingente, móvil, agonal, tales caracteres migran hacia aquello que se destila y purifica.

El nominalismo es histórico, pues nos recuerda que todo signo general tiene una procedencia histórica.

Es más, que una indagación general sea posible es un hecho contingente. No en cualquier circunstancia surge una teoría pretendidamente abstracta, general o formal. Pero que surja no depende de ella misma, sino de las condiciones que la preceden.

8

Las líneas no están trazadas. Entonces hay que trazarlas. ¿Por dónde? ¿Por aquí, por allá o por más allá?

Trazar una línea es tomar una decisión. Y esto lleva a polemizar. No hay líneas ajenas a la polémica. Cualquier proferimiento que se haga es estratégico.

Si por neutralidad se entiende un posible juicio desgajado de una táctica, de una controversia, de una impugnación, ¿es ella posible? ¿Y cuando se trata del derecho? De ahí la importancia del término discurso. Cosas dichas en medio de una batalla.

9

Los textos son armas. Aunque no sólo.

10

Se dirá: nada estratégico hay en desarrollar un teorema o en explicitar un razonamiento deductivo. La cuestión es la siguiente: ni los teoremas ni las deducciones se generan por sí mismas. Son tareas que las realiza un cuerpo físico en particular en circunstancias también particulares.

Aun más, son tareas cuyo resultado se encuentra inserto en una argumentación que no responde a la forma ni del teorema ni de la deducción.

Cada dicho está proferido desde un ángulo. Y ángulos hay muchos.

Por supuesto: no todos son iguales, no conducen al mismo lugar, ni los anima la misma actitud. Esto no significa, como habitualmente se dice, que hay variadas lógicas y que, por ello, escoger una es cuestión de gusto. Pues el gusto deja de ser tal cuando de esa elección se derivan dichos públicos. Y lo público es un estado de contienda.

Por tal motivo, las líneas se trazan asumiendo un riesgo. No el del error, sino el de ejecutar aquello que se detesta. Convertirse en un instrumento del odio del otro.

11

¿La inocencia es un subterfugio, la neutralidad una astucia? Quien se presenta a sí mismo como desgajado de una posición, no hace más que montar un artificio para mejor convencer.

Ya se dijo: no hay forma más aguda de ejercer el poder que negar que se lo hace cuando, justamente, es eso lo que se hace.

12

La genealogía nos arrastra a las minucias históricas. El nominalismo reconduce las generalidades a los actos de generalizar. Por ambas vías se arriba al mismo puerto: no somos ángeles.

Pero no por ser demonios. Sino, sencillamente, por estar hechos de materia física. Somos físicos, corporales.

Es el cuerpo el que piensa. No el pensamiento a sí mismo.

13

Las líneas no están trazadas significa: no hay ningún misterioso reino donde se alojen los significados. Interpretar es decidir. Descubrir es adjudicar. Describir es afirmar.

No hay significados obvios. La evidencia es el sello indeleble de la ideología.

Pero decidir implica, de suyo, rechazar. Afirmar algo es negar algo. Con lo cual retornamos a la argumentación polémica.

El escepticismo ante el significado, lejos de paralizar, lanza a la acción. Nada está dado: todo es móvil y posible de revertir. Un sentido prohibitivo puede convertirse en permisivo; una narración ficcional en un derecho efectivo; una definición en una norma. O viceversa.

Todo depende. De qué, preguntó Alicia. De quién esté al mando. Esto significa: de la capacidad que se tenga para afirmar el significado. Pero la capacidad no se tiene, se ejerce o no se ejerce. Y hasta dónde pueda ejercerse no es algo determinable de antemano.

14

No decidir, o creer mentalmente que no se decide, significa otorgarle asentimiento a otra decisión ya tomada. Usar lo dado es asentir. Asumir un significado es adherir a una posición hegemónica, establecida.

Los hábitos de obediencia no sólo pasan por el cumplimiento de ciertas normas, sino por la aceptación de ciertos significados.

El escepticismo está en la base de cualquier novedad. Los hábitos semánticos no constriñen, sino que, por el contrario, desafían a la imaginación, a la capacidad de resignificar. Para dar vuelta un argumento, para incorporar las cosas dichas a una nueva estrategia.

O también: el escepticismo muestra la contingencia de cualquier significado establecido, la contingencia de la obediencia. Por ello incita a innovar, a mutar, a proponer nuevas maneras de entender y de no entender.

15

Hay dos razones para ocuparse del poder: para defenderlo o para combatirlo. *Tertium non datur*.

16

Los métodos son políticas. Las políticas, filosofías.

17

La metodología es una teoría política. Es decir: la epistemología es un saber no neutral sobre la no neutralidad del poder.

18

"...si es verdad que el poder político detiene la guerra, hace reinar o intenta hacer reinar una paz en la sociedad civil, no es para suspender los efectos de la guerra o para neutralizar el desequilibrio que se manifestó en la batalla final de la guerra. El poder político, en esta hipótesis, tiene el rol de reinscribir perpetuamente esa relación de fuerzas, por una suerte de guerra silenciosa, y de reinscribirla en las instituciones, en las desigualdades económicas, en el lenguaje, hasta en los cuerpos de unos y de otros."[1]

19

Pongamos fin a esta serie mecedoniana de prólogos e introducciones, que solo parecen contribuir a la confusión general.

1. Ver: Foucault, M., *Il faut défendre la société*, París, Gallimard, 1997, p. 16.

Primera Parte
El discurso jurídico: sobre Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin

o de cómo la mente lógica deviene política de poder e historia narrativa

Capítulo 1
Instrucciones para traducir

"La figura del cubo nos *insinuó* ciertamente
un determinado empleo, pero yo también
podría emplearla de manera diferente."[1]

En 1970, Alchourrón y Bulygin publicaban *Normative Systems*. Tres años después, con un título menos sobrio y a la vez de tinte más programático y ambicioso, ofrecen la versión castellana: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Recientemente y bajo el nombre de *Análisis lógico y derecho* recopilaron los ensayos publicados entre 1960 y 1990. Ellos, según el caso, comentan, refinan, reformulan, anuncian o critican algún aspecto del libro precedente.[2]

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

Una, es la perspectiva inquisitiva. Atención a las carencias y lagunas, a los huecos y vacíos conceptuales. Desde tal perspectiva es notoria la ausencia de problemas medulares: el ejercicio del poder; las relaciones de fuerza; la problemática del Estado; la dilucidación de la política; la organización de los cuerpos; el manejo o la prolongación del conflicto; la movilización de las pasiones, el odio y el amor; el despliegue de la dominación o el hojaldrado discurrir de la historia.

Digo: nada de lo que figura en esta enumeración parece ser una cuestión relevante para la teoría del derecho movilizada en ambos textos. Y ello parece significar que sería posible estudiar la estructura y el funcionamiento del derecho sin tener en cuenta dichas cuestiones, en principio ineludibles a la hora de referirse sensatamente a él.

1. Todos los epígrafes corresponden a Wittgenstein, L., *Investigaciones Lógicas*, México, Unam, 1988 y *Observaciones*, México, Siglo XXI, 1981.

2. Ver: Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974 y *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. El primer texto, del que sólo se considera la versión castellana, a citar como *Im*, el segundo como *AL*. Ambos seguidos por el número de página. Otros trabajos serán individualizados en cada ocasión.

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. La obra del discípulo aplicado.

Ensayaré otra perspectiva, desapegada de esas formas límites de lectura. Esto es: ni juicio exterior ni mera reexposición. La idea consiste en privilegiar lo sugerido, lo meramente esbozado, lo dicho casi al pasar: seguir la huella de los indicios. Poner de relieve algunas posibilidades, destacar algunas líneas. Y, a partir de ellas, bosquejar posibles continuaciones, proponiendo virtuales recorridos también sustentados en aquellas sugerencias.

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 oscilará entre la fidelidad y la traición; o de acuerdo a la concisa fórmula renacentista: *traduttore traditore.* Por cierto, si las vías para descifrar indicios pudiese, hipótesis inverosímil, compendiarse en un catálogo, retornamos al título de este capítulo: instrucciones para traducir. O sea: para traicionar.

Leer es traducir; traducir, traicionar. Quizás traicionar sea sencillamente escribir.

Estas consideraciones sobre la lectura, que dan la impresión de ser 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.

Tal es el ámbito del tópico usual de la interpretación. Pero hay que tomar nota, mediante un breve rodeo, de las modulaciones históricas que informan a la cuestión.

Ante todo, el obvio constatar de que no siempre el derecho se materializó en textos escritos. Aún cuando haya perspectivas que extiendan el campo de aplicación de la noción de texto más allá de la escritura, para abarcar así a todo signo –e incluso a cualquier fenómeno que se presenta–, la conexión entre derecho y escritura genera problemas particulares, específicos.

En segundo lugar, se percibe que actualmente la interpretación jurídica se extiende, en principio y de maneras que merecen esclarecerse, a través de dos actividades diferenciables. Por un lado, la tarea dogmática llevada a cabo por los juristas. Por otro, las lecturas que realizan aquellos individuos que ejercen funciones orgánicas, por ejemplo la realizada por los jueces como paso previo a la decisión tomada en un caso concreto.

Otras constataciones elementales se imponen. La existencia de una casta o, si se quiere, comunidad científica, de juristas profesionales no es un dato genérico. Pueden fecharse los momentos de su emergencia, sus desarrollos y sus variaciones características. Se percibe aquí la importancia de la cultura romana, así como la posterior tarea de recepción medieval, donde la Iglesia ha jugado un rol sino excluyente por los menos protagónico.

El teólogo, si bien se dedica a desentrañar la palabra de Dios, lo hace por intermedio de un Libro, ejercitando laboriosos e imaginativos modos de lectura: ausculta el

texto, distingue planos de significación, inventa vías de acceso. Es innegable cuánto le debe el jurista, y no sólo él, a dicha tradición teológica, aun cuando el lento movimiento europeo de secularización haya tendido a borrar las filiaciones y a entenderla como un capítulo cerrado del pasado, sin efectos relevantes en el presente.

A su vez, la actividad de resolución de conflictos particulares (la "aplicación del derecho" al caso concreto) no mantiene una conexión necesaria con la tarea interpretativa de los textos. Y esto aunque el derecho positivo se encuentre cristalizado en textos escritos. Recordemos, de paso, un sinnúmero de prácticas habituales que nos son ofrecidas por el devenir histórico del derecho europeo y que fueron adoptadas para zanjar jurídicamente ciertos conflictos: ordalías, juicios de Dios, justas, torneos, juramentos.[3]

En estas situaciones la interpretación de textos está desplazada, más bien relegada, pasando la decisión judicial por otros aspectos de no fácil aprehensión. En todo caso, las ideas subyacentes relativas a cómo fundamentar una decisión, o a los criterios que la rigen, son poco coincidentes con los nuestros. Sobre todo por el lugar que singularmente se le concede a los cuerpos físicos, como si ellos ocuparan el lugar que actualmente se le otorga a los textos escritos en las delgadas hojas de papel. Es el cuerpo físico el que oficia como signo, como superficie reveladora de la respuesta requerida para zanjar una contienda.

En el caso de los juicios de Dios, por ejemplo, será su reacción ante el frío, el calor o el agua la que actuará como condición de un fallo justificado o, incluso, racional. En el de una justa, el resultado mismo de la contienda jugará ese papel.

Otra situación histórico-jurídica de suma relevancia: el uso sacramental de la palabra en el derecho romano arcaico. Aquí, a diferencia de las situaciones aludidas, es la exactitud en la repetición de una fórmula ritual la que produce los efectos justificatorios adecuados.

Estas sumarias indicaciones, que apuntan a resaltar la penetrante incidencia de la historicidad en el derecho, se justifican para tomar prudente distancia de la tendencia, inmotivada, consistente en tratar a la cuestión de la interpretación como un problema de índole general. Es decir, en cuanto tal cuestión sería tematizable como un capítulo de la teoría general del derecho, preocupada en lo fundamental por los rasgos inherentes a todo derecho positivo, con independencia de sus contenidos contingentes o de sus peculiares estructuras.[4]

Esto no significa, colateralmente, que hoy en día las tareas de interpretación no se beneficien con los análisis lingüísticos y lógico-formales o, más aún, que dichas

3. Ver, de manera ilustrativa: Blasco, F., "De la historia del derecho criminal: notas sobre las ordalías" en *LL*, T. 114, p. 965 y Thot, L., "Los juicios de Dios en los antiguos sistemas jurídico-penales" en *JA*, T. 32, Sección doctrinaria, p. 1.

4. Ver, por ejemplo, la idea de una "jurisprudencia general" en Austin, J., *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, pp. 27 y ss.

tareas sean por completo alógicas o irracionales, postura ésta semejante en sus efectos a la anterior y tan absurda como aquélla.

La consideración de los rasgos formales de algunos derechos nada tiene que ver con una pretendida indagación general. Ya que se trata, en este supuesto, de abstraer algunas notas relevantes que serían características de algunos fenómenos o enunciados a los que se califican de jurídicos. Lo cual conduce, de manera directa, a una investigación histórica relativa a la procedencia de tales rasgos. En tal caso, habría que preguntarse en qué particulares circunstancias la interpretación de textos devino un aspecto relevante de eso que convenimos en llamar derecho.

Más allá de la legitimidad, o incluso de la posibilidad, de desarrollar una teoría general en ese sentido, parece claro que no formaría parte de ella la cuestión de la interpretación de textos, que es peculiar y característica de cierto tipo de derecho y no de otros.

Estas apreciaciones, aunque pertinentes, no dejan de ser apresuradas. Sólo se tendrá un adecuado juicio luego de seguir algunos pasos *junto* a la teoría general y no partiendo, de entrada, con su impugnación. Pues hay que destacar que el pionero texto de Alchourrón y Bulygin se presenta a sí mismo como el bosquejo de una teoría general del derecho (aun cuando no se especifique con nitidez qué significa dicha generalidad):

> "Se encuentra en el libro una teoría del sistema u orden jurídico, de la norma jurídica y de la sentencia judicial, y se analizan también –aunque un poco al pasar– otros temas tradicionales de la teoría *general* del derecho (validez, fuentes del derecho, *interpretación*, etc.) No sería demasiado aventurado afirmar, pues, que el libro contiene el esbozo de una teoría *general* del derecho, a pesar de que su interés principal va dirigido a la metodología de la ciencia jurídica." (*Im*, 25)

Acto de lectura, texto, traducción, interpretación, historicidad: serie de nociones cuyo lazo será presentado mediante aproximaciones parciales y sucesivas. Ellas no serán convocadas a partir de una visión exterior, presupuesta de antemano como adecuada, sino de acuerdo a la señalada estrategia de lectura, basada en la dilucidación de lo sugerido.

En cuanto al orden de exposición de esta primera parte seguiré el curso de algunas palabras-clave, las que se encuentran dispersas en los diferentes textos de Alchourrón y Bulygin. Su centro de atracción será la expresión *discurso jurídico*, reveladora de la estrategia de lectura aquí ensayada. Basta advertir que ella no es una expresión central para los propios autores, como tampoco parece haberlo sido para sus sucesivos lectores y críticos, aunque, como se mostrará, sí está presente en múltiples momentos, es usada sin ser de manera explícita tematizada y, por último, es sumamente sugerente y disparadora de fecundas perspectivas jurídicas.

Capítulo 2
El viaje

"Las anotaciones filosóficas de este libro son
como un conjunto de bosquejos de paisajes que
han resultado de estos largos y enmarañados viajes."

Una primer 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.[5]

Hay aquí dos significaciones, cercanas pero distinguibles. Por un lado: la metodología como travesía, como viaje que da lugar a interferencias. Por otro: el método como itinerario que, además, permite aproximarse a lo nuevo. La idea de método, así, intersecta las de viaje y novedad.

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. Salir a la calle, cambiar de barrio, mudarse de país. Y también, claro está, se requiere de un ánimo muy particular: llegar con los oídos abiertos, predispuestos a escuchar las notas discordantes o el dolor que expresan las disonancias.

Esta identificación de la teoría y el viaje, de la investigación y la aventura se la debemos, entre otras vertientes, a la fenomenología. En *Ideas I*, 1913, Husserl señalaba:[6]

5. Ver: Heidegger, M., *Sendas perdidas*, Buenos Aires, Losada, 1979, p. 9: "*Holz* es un antiguo nombre que en alemán significa *bosque*. En el bosque hay caminos que las más de las veces se pierden de repente en lo intransitado. Se llaman *sendas perdidas (Holzwege)*. Cada una de ellas corre aparte, pero en el mismo bosque. A menudo producen la impresión de ser iguales, pero sólo lo son en apariencia. Los leñadores y guardabosques conocen esas sendas. Saben lo que significa estar en una senda perdida". Señala el traductor: "*Holzwege*: literalmente *caminos de bosque*. Hemos preferido *sendas pérdidas*, expresión española cuyo sentido, sin duda, concuerda con el pensamiento del autor".

6. Ver: Husserl, E., *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, México, FCE, 1986, p. 235 (observación al parágrafo 96). Las referencias de Alchourrón y

> "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."

El investigador, más que un funcionario de la humanidad, es un transeúnte, que prefiere pasar por lugares desconocidos, y desplazarse por las sendas laterales, oblicuas, es decir: no trilladas.

Mucho más dramática es la imagen que presenta Hume:[7]

> "Antes de lanzarme a las inmensas profundidades de la filosofía que yacen ante mí, me siento inclinado a detenerme por un momento en mi situación presente, y a sopesar el viaje emprendido, que requiere sin duda del máximo de arte y aplicación para ser llevado a feliz término. Me siento como alguien que, habiendo embarrancado en los escollos y escapado con grandes apuros del naufragio gracias a haber logrado atravesar un angosto y difícil paso, tiene sin embargo la temeridad de lanzarse al mar en la misma embarcación agrietada y batida por las olas, y lleva además tan lejos su ambición que piensa dar la vuelta al mundo bajo estas poco ventajosas circunstancias."

Quine, en fin, más cercano al ánimo analítico:[8]

> "Viajar significa para mí traspasar confines mentales y culturales... Mi abuelo era navegante. Y quizás también yo me siento un navegante, un navegante de la lógica."

Es en este contexto que entiendo algunas palabras de la "Introducción" de *Im*. Ellas se sintetizan en un mandato de innumerables consecuencias: hay que aprovechar las renovaciones que se producen en otros campos. Señalan los autores:

> "Los juristas, no sólo *no han prestado la debida atención* a las investigaciones formales de los conceptos normativos llevados a cabo en los últimos veinte años, sino que incluso han logrado permanecer al margen del *gran movimiento de renovación* que los estudios metodológicos y de

---

Bulygin a la fenomenología husserliana son casi inexistentes. El *casi* se justifica por algunas indicaciones en el ensayo dedicado a las proposiciones analíticas (*AL*, 523).

7. Ver: Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Orbis, p. 415 (Libro primero, parte IV, sección siete).

8. Ver: Borradori, G., *Conversaciones filosófica*, Bogotá, Norma, 1991, p. 65.

> 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 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." (*Im*, 21)

Hay aquí por lo menos (y digo por lo menos pues este párrafo es inagotable) tres gestos a destacar.

El primer gesto: cierta inocultable fascinación por las revoluciones y las renovaciones. Aquí se destaca la toma de partido por la renovación y, por lo tanto, el implícito rechazo del ánimo conservador. No hay que olvidar la presencia constante de los que niegan la posibilidad misma de las innovaciones, para quienes toda revolución no es al fin de cuentas más que una restauración encubierta. Asunción de la eterna máxima del Eclesiastés: *Nihil novi sub sole*, nada nuevo hay bajo el sol. Como lo señala la tajante y amarga afirmación de Joseph Brodsky:

> "...lo que pasa por sangre nueva siempre es al final orina vieja común y corriente."

Semejante ánimo conservador, así como su arraigo entre los juristas, son expresamente señalados por Alchourrón y Bulygin como fuerzas que se oponen, aunque a su juicio inútilmente, a la renovación:

> "No sería exagerado hablar de toda una revolución en los estudios metodológicos, operada en los últimos cien años. El abandono del esencialismo y la sustitución de la infructuosa búsqueda de las esencias por el análisis lógico del lenguaje ha provocado una profunda renovación en los estudios metodológicos que ha comenzado, como es sabido, en las ciencias formales (lógica y matemática) para extenderse paulatinamente a las ciencias naturales y sociales. La filosofía y la ciencia del derecho no podían, a pesar del conservadurismo de sus cultores, sustraerse por mucho tiempo a este movimiento de renovación. La concepción de la filosofía del derecho como especulación acerca de la esencia del derecho, de la naturaleza social del hombre y de la justicia absoluta e inmutable ya no resulta satisfactoria salvo para algunas mentes particularmente impermeables a toda renovación." (*AL*, 380)

Muy alejados del ánimo conservador, nuestros autores se sentirían más a gusto en compañía del casi desconocido Winstanley, quien en medio de las revueltas populares inglesas del siglo XVII nos dejó una imagen perdurable:[9]

> "el viejo mundo se está encogiendo y retorciendo como un pergamino en el fuego."

Alchourrón y Bulygin asumen la moderna visión política de las revoluciones, entendidas no ya como un ciclo recurrente, sino como irrupciones fundacionales, aventuras inéditas sustentadas en un acontecimiento singular. Las renovaciones o revoluciones, por supuesto, se producen en muchos lugares diferentes. Uno de ellos es el saber. Las producciones conceptuales sufren mutaciones, cortes, rupturas y disrupciones. Se verifican fisuras, a partir de las cuales un territorio (político, epistémico) se reformula. En una frase: la tranquilidad no es atributo del saber. En término kuhnianos: junto a la ciencia normal hay que reconocer la incisión de la ciencia revolucionaria.[10]

El segundo gesto: la verificación de una discontinuidad entre las teorías o entre los diferentes campos de saber. Lejos de verificarse la existencia de un cuerpo cognitivo unificado, se comprueba la dispersión y la distancia entre los saberes.

Cada territorio tiene su propio tiempo, su dinámica, sus ritmos, esto es: sus detenciones, sus reorganizaciones y sus pausas singulares. Por ello, también parece estar lejos para semejante perspectiva la posibilidad de admitir un espíritu del tiempo que bañaría la totalidad de los saberes simultáneos o que, de otra manera, se expresaría ineludiblemente en cada uno de ellos. Recusación de la causalidad expresiva que permitiría, de acuerdo a la canónica crítica althusseriana, identificar a cada época histórica por un principio último que tornaría inteligible hasta el más nimio de sus aspectos.

Tercer y último gesto: el valor cognitivo positivo que se le otorga a la experimentación de las conexiones. El hilo conductor está en interrogarse qué sucedería si se comienzan a utilizar, en el análisis del derecho, herramientas que se emplean en otras circunstancias o situaciones. Esto lo indican Alchourrón y Bulygin cuando proponen aprovechar lo que se ha realizado (conceptos, teorías, instrumentos) en otro lado (fundamentación de la matemática y de la física).

Pero también se sugiere que, a pesar de la discontinuidad existente entre los diferentes campos de saber, cada uno de ellos no queda intocado ante las rupturas e innovaciones que se producen en los restantes. Las innovaciones que rearticulan un campo de saber tienen efectos que se derraman más allá, dependiendo de los investigadores del caso hacerse cargo de esos efectos para reorganizar su territorio conceptual.

9. Ver: Hill, C., *El mundo trastornado. El ideario popular extremista en la Revolución inglesa del siglo XVII*, Madrid, Siglo XXI, 1983.

10. Ver: Khun, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1980.

En el caso de que permanezcan sordos a tales sonidos renovadores, su saber quedará, para decirlo con el adjetivo usado por Alchourrón y Bulygin, tan característico de los años setenta, en estado de subdesarrollo. De ahí la notable semejanza que presenta esta puntualización con la expresada en el campo de la lingüística:[11]

> "Nuestro objeto consiste en la lingüística en tanto que *afectada por* la posibilidad del psicoanálisis... Por tanto, la pregunta es: ¿qué es la lengua si el psicoanálisis existe?"

En resumen: revolución, discontinuidad e importación. Revolución, en tanto los saberes sufren rupturas y renovaciones. Discontinuidad, en la medida que los saberes son heterogéneos y singulares. Importación, en cuanto los resultados de una reformulación son trasladables fuera del campo de origen; pero también en tanto la renovación que se produce en un saber tiene efectos –que pueden ignorarse o aprovecharse– en los restantes.

Tres gestos que conducen a correlativos 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 o de una fatiga)? ¿Quién y cómo determina que un especifico movimiento conceptual es más una innovación de ruptura que el signo que adopta el agotamiento de una fuente en los últimos minutos de su existencia?

Dos: ¿desde dónde se hace el reparto de los saberes que se despliegan? ¿Cuál sería ese extraño hipersaber que más allá de los saberes dados es capaz de distribuirlos en clases y categorías diferenciadas?

Tres: ¿cuál es la herramienta externa a utilizar? ¿Cuál es la importación adecuada o pertinente? ¿Cómo distinguir los efectos relevantes de los meros espejismos o las renovaciones aparentes?

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.

Dos palabras sobre la importancia de la idea de problema. La epistemología de Popper es paradigmática. La misma expresión compuesta antes usada, situación-problema, está extraída de su arsenal teórico. Frente a quienes postulan que las investigaciones parten de la observación, del dato o de la evidencia, sostiene que:

> "el salto no se produce a partir de un enunciado observacional, sino a partir de una situación problema."

11. Ver: Milner, J., *El amor por la lengua*, México, Editorial Nueva Imagen, 1980, p. 27.

Más aún, Popper afirma que

> "toda solución de un problema plantea nuevos problemas sin resolver, y ello es tanto más así cuanto más profundo era el problema original y más audaz su solución."[12]

También la epistemología de Bachelard, al menos en este aspecto puntual, es coincidente, aunque además de referirse al binomio problema/solución, inserta el juego sucesivo de las preguntas y respuestas:

> "Y dígase lo que se quiera, en la vida científica los problemas no se plantean por sí mismos. Es precisamente este sentido del problema el que sindica al verdadero espíritu científico. Para un espíritu científico todo conocimiento es respuesta a una pregunta. Si no hubo pregunta, no puede haber conocimiento científico. Nada es espontáneo. Nada está dado. Todo se construye."[13]

Estas consideraciones no han sido ajenas a las investigaciones jurídicas. Recientemente, Schmill recordaba –en medio de un debate sobre el carácter lógico del derecho– la siguiente afirmación de Kelsen, en cuanto a que la teoría del Estado sólo es posible si se acepta que ella es:

> "la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente han venido desarrollándose."[14]

Es a partir de este trasfondo conceptual que nos referimos a una historia: itinerario metódico que enlaza una serie de decisiones relativas a un conjunto de situaciones-problemas

Alchourrón y Bulygin asumen como relevantes ciertas rupturas, presuponen una determinada distribución de los saberes e importan unas muy específicas herramientas conceptuales. Los anteriores comentarios relativos a la visión global que subyace a sus textos no implican descuidar las elecciones o decisiones específicas que se toman.

Por supuesto: todo ello se hace bajo la astucia estilística o retórica del giro impersonal "como *se* sabe...". O si se quiere emplear un término menos drástico o comprometido que el de astucia, tales decisiones se asumen como evidentes. Pero en ese caso no hay que tomar a la evidencia como algún tipo de facultad misteriosa, sino como el

12. Ver: Popper, K., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, Paidós, 1983, pp. 13 y ss.

13. Ver: Bachelard, G., *La formación del espíritu científico*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 9 y ss.

14. Ver: Schmill, U., "Derecho y lógica" en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 1994, N° 1, pp. 11 y ss.

efecto teórico que produce el estar ubicado en específicas instituciones de enseñanza, comunidades académicas, ambientes culturales, políticos e incluso nacionales. Es en esos medios donde se reproducen las pautas de lectura, los hábitos de escritura; donde se filtran selectivamente los textos y las bibliografías, todo lo cual permite usar sin vacilaciones la cláusula impersonal "como *se* sabe". El asumir algo por evidente presupone –con la relativa mayor o menor conciencia por parte de los protagonistas del caso– una compleja trama que se presenta como el *lugar* al interior del cual se distribuirán los juicios en evidentes o absurdos, en obvios o inverosímiles.

Digamos que en virtud de las elecciones y decisiones efectuadas, estos textos inauguran una *historia lógico-analítica*.

Sin embargo, el método multiplica las historias. Por ejemplo, *otra* historia (otro camino, otra perspectiva) se origina al considerarse que la renovación relevante es la investigación psicoanalítica iniciada por Freud, que tal renovación es la que fundamentalmente transforma la organización de las ciencias humanas y sociales y que, en fin, son los conceptos allí forjados los que hay que aprovechar o importar para explicar al derecho.

Inauguración de una *historia psico-analítica*. 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."[15]

Se aprecian las similitudes formales y estilísiticas con el enfoque de Alchourrón y Bulygin: la importancia de la ruptura y de la renovación, el aprovechamiento de los nuevos conceptos y herramientas, la distancia entre los diversos saberes e, incluso, el juicio negativo que recae sobre los juristas, pues en un caso éstos aún "no han prestado la debida atención" (a la renovación lógica) y, en el otro, ellos todavía "no se han dado por enterados" (de la renovación psicoanalítica).

Siguiendo el ejemplo (o esta *ejemplar* analogía): donde la historia lógico-analítica pone a Frege, la historia psico-analítica pondrá a Freud. O de acuerdo al comentario

15. Ver: Entelman, R. "Introducción" a *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982, p. 17.

poético que mereciera uno de los ensayos de *AL*: así como está *lafenfrege,* también puede hallarse *lafenfreud*.

Siempre hay más de una perspectiva en juego: las historias vienen, por lo menos, de a dos.[16] Y 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.

16. Este comentario no implica ignorar la irreductible distancia existente entre la posibilidad abstracta 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 en ocasiones frustrantes preparaciones.

Capítulo 3
El yuyo

> "¿Debe decirse que uso una palabra cuyo significado no conozco y que por tanto hablo sin sentido? –Dí lo que quieras con tal de que no te impida ver cómo son las cosas. (Y cuando lo veas no dirás muchas cosas)."

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 que componen AL. Lo relevante y fecundo de esta locución es la variedad de contextos que la acogen.

Esta es una larga, pero necesaria, 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 cual 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)

Resulta clara la 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 la indagación analítica. Ella aparece, aquí o allá, casi silenciosamente, como si fuera un término insignificante y su uso no tuviera consecuencias. Sin embargo, y a su manera, resiste. Como el pasto, que aun cuando se cubra de edificios o de asfalto, siempre aparece como yuyo, aprovechando las hendiduras o las grietas.

Se entiende por discurso jurídico al elemento común de un conjunto de componentes; esto permite decir (conclusión banal) que el discurso jurídico se desagrega en una serie de componentes o instancias. Menos banal, sin embargo, es el estilo de investigación inducida por cada una de estas presentaciones. Es decir, de la que parte de elementos singulares para rastrear su composición o, en cambio, de la que toma un compuesto como dado para luego desagregarlo.

La primera da lugar a una tarea de excavación histórica. Muestra como una serie de componentes se van conformando de múltiples y contingentes maneras. Así como la historia de cada elemento, también está teñida de contingencia la historia de sus encuentros. El discurso jurídico, como elemento común, no será más que el resultado de múltiples recorridos y encuentros.

La segunda, en cambio, parte de la situación momentáneamente concluida, cristalizada. La procedencia de cada componente queda ensombrecida en favor de una descomposición, que corre el riesgo de tomarse a sí misma como universal o, incluso, como reveladora de elementos necesarios u esenciales. Tan es así, que la inserción en esta óptica de la dimensión histórica también corre el riesgo de tomarse como la génesis de una serie de rasgos que ya estaban inevitablemente destinados a solidificarse en la formación actual de la que se parte.[17]

Advertencias y señalamiento de riesgos que se justifican en tanto seguiremos aquí el camino de sucesivas desagregaciones y re-composiciones en torno al discurso

17. Ver: Althusser, L., "Le courant souterrain du matérialisme de la rencontre", texto de 1982, incluido en *Écrits philosophiques et politiques Tome I*, París, Éditions Stock/Imec, 1994, pp. 533 y ss.: "... todo modo de producción está constituido de elementos independientes los unos de los otros, siendo cada uno el *resultado* de una historia propia, sin que exista ninguna relación orgánica y teleológica entre esas diversas historias" (p. 572).

jurídico, sin abundar en referencias en cuanto a las procedencias históricas de cada elemento. Camino que quizás sea inevitable, en la medida que aquello que se trata de poner de relieve es, justamente, el propio discurso entendido como el actual ámbito jurídico a partir del cual se unifican una serie de elementos.

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 actualmente unificables en aquel concepto común. Dicha teoría será el nombre de una historia posible para presentar y 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. 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: la unidad compleja de una serie de elementos. De acuerdo a la provisoria enumeración efectuada: teoría general, dogmática, derecho, dichos prácticos.

Se ven los muy concretos interrogantes que se presentan: cómo entender al discurso jurídico en cuanto tal, a sus componentes y a las vinculaciones entre éstos.

Capítulo 4
La cadena

"Queremos establecer un orden en nuestro conocimiento del uso del lenguaje: un orden para una finalidad determinada: uno de los muchos órdenes posibles: no *el* orden."

Para facilitar el análisis partiré de una *forma básica* del discurso jurídico. Esto implica determinar *ab initio* algunos factores relevantes. En el caso serán cuatro, estrechamente apegados a los últimos interrogantes formulados: discurso, niveles, relaciones y criterio. Dicha tarea se efectuará en pasos sucesivos y acotados. Expuesta la forma básica se tendrá un esquema para ser desarrollado y criticado.

Esta forma será deliberadamente pobre, tanto en lo que respecta a su especificación como en cuanto a su fecundidad teórica para aprehender al derecho. Es semejante pobreza la que pretende transmitir la adjetivación de *básica*.

Lo primero es particularizar la noción misma de discurso.

A los efectos de la forma básica se entiende al discurso como un encadenamiento de sucesivos lenguajes y metalenguajes. Esto implica introducir niveles y una jerarquía entre ellos.

Esta óptica nos remite a las investigaciones de Tarski, para quien

> "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."[18]

Cada término es relativo. Esto significa que cada uno de los metalenguajes puede tomarse como el lenguaje-objeto de otro metalenguaje, al que el propio Tarski lo designa "por así decir de un nivel superior". Los niveles se presentan de manera estratificada. El discurso jurídico, en la estrechez de este punto de partida, no será más que el conjunto de todos los lenguajes y

18. Ver: Tarski, A., "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica" en Bunge, M., *Antología semántica*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1960, pp. 111 y ss.

sucesivos metalenguajes jurídicos. Desde un L_0 primario o primitivo hasta un L_n entendido como último e hipotético metalenguaje jurídico: tal es la cadena discursiva.

La distinción entre niveles discursivos o entre lenguajes-objeto y metalenguajes es un recurso habitual de Alchourrón y Bulygin.

Por ejemplo al decir que:

> "El carácter fáctico de las proposiciones jurídicas se pone claramente de manifiesto si se hace la necesaria separación entre los distintos *niveles* del lenguaje. 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)

O también:

> "Al decir que *p* está prohibido en el sistema a, 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." (*Im*, 174); "Un enfoque más esclarecedor se obtiene si la lógica de las proposiciones normativas es desarrollada en el meta-lenguaje del lenguaje de las normas." (*AL*, 63)

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

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

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

L_0: texto jurídico;
L_1: derecho-objeto (o *derecho*);
L_2: dogmática jurídica;
L_3: teoría general.

Corresponde, en consecuencia, aportar los rasgos mínimos que caracterizan a estos niveles que componen la forma básica del discurso jurídico.[19]

19. Para mantener la mentada pobreza de la forma básica se dejó por el momento de lado a los antes citados "dichos prácticos".

Capítulo 5
Cajas

"No conocemos los límites porque
no hay ninguno trazado."

Al primer lenguaje de la cadena discursiva, el L_0, Alchourrón y Bulygin lo denominan *texto jurídico*. Él es el material básico sobre el que operarán todos los niveles y metaniveles subsiguientes.

En una nota al pie podemos leer:

> "Por 'textos legales' entendiendo no sólo leyes, sino también decisiones judiciales, proyectos legislativos y todo otro texto relevante." (*AL*, 469)

Dos páginas antes (467) utilizaban la locución *textos jurídicos*. El término también está usado en muchos otros momentos:

> "Por lo tanto, la expresión 'norma jurídica' ha de entenderse en este contexto en un sentido lato (que concuerda con el uso corriente entre los juristas) para abarcar cualquier enunciado que figure en los *textos* que registran el derecho positivo –constituciones, códigos, leyes, etc.–, sea éste normativo o no." (*AL*, 395); "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*." (*Im*, 212); "Se trata de investigar el papel que en los *textos jurídicos* (y sobre todo en los textos legales) desempeñan las definiciones." (*AL*, XXXI)

¿De qué está compuesto el texto jurídico? En *AL* se dirá: oraciones o formulaciones jurídicas. En *Im*: enunciados de derecho. Se trata del material en bruto, de meras oraciones o formulaciones. Del elemento inicial 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. Serán jurídicos todos aquellos textos que de manera intuitiva o precomprensiva se califiquen 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 Alchourrón y Bulygin razonablemente evadieron efectuar) será mucho mas expeditivo confiar en el gesto ostensivo y en la modestia enumerativa. Es decir: ejemplifiquemos. La Constitución nacional, los Códigos (civil, comercial, penal, de procedimientos, fiscal...), las leyes, los decretos reglamentarios, las resoluciones ministeriales, los convenios y tratados, los proyectos legislativos, las sentencias judiciales, los contratos.

Enumeración obvia. Quizás. Menos lo 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? Esta podría ser la idea que quiso transmitir Nino al referirse, en su léxico peculiar, a los materiales jurídicos relevantes (entre los que se encuentran los textos) como una *caja negra* y de la cual podría extraerse cualquier cosa.

Sin embargo, también se podría considerar al ámbito de los textos jurídicos como el terreno del sólido e imperceptible prejuicio. La antítesis misma del equívoco o, para traer a colación otro vocabulario, el coagulado del sentido común, de la ideología espontánea de los juristas.[20] Ya no la caja negra de la opacidad, sino la caja blanca del sólido estereotipo.

En ambos casos se trata de una caja de la cual se desea escapar. En la primera versión, para encontrar algún límite que encuadre la peligrosa posibilidad de decir cualquier cosa. En la segunda, la tarea es diferente, pues se requiere romper una dureza que inhibe la perspectiva reflexiva.

Sea como fuese la cuestión, 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 L_0, 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 o pautas a determinar, el *derecho* propiamente dicho. Se indica 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 (malsonante pero útil sustantivación) será el horizonte ineludible de la escurridiza noción de interpretación.

20. Sobre la "ideología espontánea de los científicos", ver: Althusser, L., *Curso de filosofía para científicos*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1985.

Capítulo 6
Residuos

"Pero ahora puede llegar a parecer como si
hubiera algo como un análisis último de nuestras
formas de lenguaje, y así una *única* forma
completamente descompuesta de la expresión."

Cabe especificar los diferentes niveles discursivos y sus relaciones mutuas.

La teoría general es la que aporta los criterios para que la dogmática jurídica describa correctamente al *derecho* o derecho-objeto. Por un lado, la dogmática jurídica o ciencia del derecho se dirige hacia su objeto: el derecho en sentido estricto. Por otro, a ella se refiere la teoría que dilucida sus conceptos básicos: la teoría general.

Se ven las dos relaciones abstractas, pero históricamente constituidas, que ya desde un comienzo 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 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 cada para nivel, pues de lo contrario se producirían enormes dificultades, por ejemplo: un oscurecimiento de la noción de permisión, cuyo funcionamiento es diferente en cada uno de los niveles.[21]

En el segundo caso se ponen de relieve las tareas que se le asignan a la teoría general del derecho o, como también se la nombra en ocasiones, filosofía del derecho.[22] Como señalan los autores con relación a Kelsen:

21. Las distinciones entre normas y proposiciones normativas por un lado y entre permisión débil y fuerte por otro, son hilos manifiestos de los ensayos reunidos en *AL* (ver entre otros los capítulos 2, 5, 8, 10, 11, 14, 17 y 24, así como el elogioso prólogo de von Wright).

22. El supuesto de esa alternancia es la identificación entre filosofía y epistemología, o en términos decimonónicos: gnoseología o teoría del conocer.

> "...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)

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 no es el derecho mismo, sino (el lenguaje de) la ciencia jurídica."(*AL*, 343)

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 (L_1) es el lenguaje-objeto de la dogmática (L_2).[23] La dogmática (L_2) es el lenguaje-objeto de la teoría general (L_3).

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 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: las sobras. Es decir: como no derecho.

La introducción de un criterio permite deslindar dos ámbitos a partir del texto: el ámbito de lo jurídico estricto o derecho (normas) y el ámbito de lo no jurídico o residuo (lo no normativo).

Sea, entonces, la siguiente distinción elemental:

> Texto jurídico = derecho estricto + residuo no jurídico

El criterio adoptado viene a significar 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; por ejemplo, en el léxico kelseniano: acto antijurídico, obligación, sanción, etc.) aptas para presentar con rigurosidad las normas jurídicas por parte de la dogmática o ciencia del derecho.

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 sólo componente (en el caso: normas).

23. "Las proposiciones normativas se formulan en un lenguaje que es un metalenguaje con respecto al lenguaje en el cual están formuladas las normas. Por lo tanto, las oraciones de esta lógica son expresiones metalingüísticas acerca de los sistemas normativos", ver: Bulygin, E., "Lógica deóntica" en Alchourrón, Méndez y Orayen, *Lógica*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 137.

Capítulo 7
El esqueleto

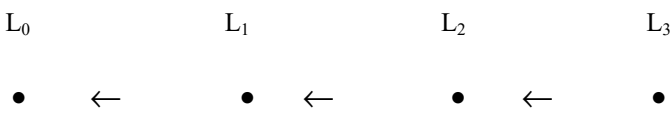
"Sólo es posible interesarse por un fenómeno en una variedad de maneras"

El discurso jurídico está especificado como encadenamiento de lenguajes y metalenguajes. Ellos 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 presentar con mayor precisión los niveles discursivos de la forma básica, con los siguientes lenguajes y metalenguajes encadenados:

L_0: texto jurídico (material intuitivamente demarcado)
L_1: normas jurídicas (*derecho* o derecho-objeto)
L_2: proposiciones normativas (dogmática jurídica descriptiva)
L_3: teoría general del derecho (analítica en su función y normativista en el criterio)

Esta caracterización del discurso jurídico puede también ser representada por el siguiente esquema topológico, que revela algunos rasgos abstractos de relevancia:[24]



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

El esquema permite caracterizar a la forma básica del discurso jurídico como lineal y unimodular. En cada nivel hay un sólo punto. Esto significa que en el tercer nivel encontramos la teoría general, en el segundo a la dogmática y en el cuarto el derecho. Por eso la calificación de uni-modular. 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.

En resumen: 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 el objeto a problematizar. Resulta claro que ella es excesivamente pobre. Simple esqueleto: el derecho comprimido en sus vértebras y huesos. Requiere de ampliaciones y de modificaciones, algunas son propuestas por Alchourrón y Bulygin, otras van más allá, aun cuando siempre a partir de una indicación o sugerencia. Al resultado obtenido se lo designará como la forma *extendida* del discurso jurídico.

Capítulo 8
Conejos

"Nuestro lenguaje puede verse como una vieja ciudad:
una maraña de callejas y plazas, de viejas y nuevas
casas, y de casas con anexos de diversos períodos;
y esto rodeado de un conjunto de barrios nuevos
con calles rectas y regulares y con casas uniformes."

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 L_0. Un conjunto de oraciones o formulaciones jurídicas. Es también evidente que el Preámbulo forma parte del texto jurídico constitucional.[25]

De acuerdo al criterio fijado por la teoría general-normativista del tercer nivel, el Preámbulo no parece presentable normativamente. Él, en principio, no puede "reconstruirse" como conjunto de normas o como un pequeño sistema jurídico con consecuencias normativas. De ahí que no forme parte del *derecho* (es decir: del primer nivel L_1) y que, por ende, no haya necesidad alguna de describirlo por parte de la dogmática (segundo nivel o L_2).

La cuestión a tomar nota es que hay teóricos del derecho y que hacen dogmática constitucional para quienes sí es relevante el Preámbulo.[26] No sólo relevante, sino

25. El texto, conocido, es el siguiente: "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina".

26. Ver, entre muchos otros, Bidart Campos, G., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pp. 34, al decir que "el preámbulo contiene y condensa las decisiones políticas fundamentales, las pautas del régimen, los fines y objetivos, el esquema del plan o programa propuesto por el constituyente". No es éste el momento para evaluar de qué manera específica se entiende este texto (pues las hay variadas), sino que se trata de dejar nota de su relevancia jurídica para la habitual dogmática o ciencia del derecho constitucional e incluso para la propia jurisprudencia de los tribunales.

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, errores, sinsentidos epistemológicamente reprobables, mistificaciones, manifestaciones políticas irrelevantes. Se trata de proposiciones que hay que depurar.

Se pone crudamente de manifiesto la mayor extensión del texto jurídico con respecto al *derecho* e, incluso, la posibilidad de una desmedida importancia relativa 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. Si sólo se considera como *derecho* lo presentable en términos normativos es en extremo probable que gran parte del texto jurídico quedará "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 someter a dicha dogmática jurídica a una terapéutica (para reducirla a los cánones de esa forma básica). Tomo el primer sendero.

La primer rectificación a realizar es la siguiente. Una visión más plausible del discurso jurídico tiene que admitir que en el nivel L_3 se mueven *diferentes* teorías generales no necesariamente compatibles entre sí. Ello conduce de manera directa a admitir que en el nivel L_2 también conviven *diferentes* teorías dogmáticas (que tampoco hay que postular como compatibles).

Ambas inclusiones conducen a reconocer que habría varias versiones –de diferente extensión– consideradas en el nivel L_1 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, ellas 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 el nivel discursivo L_1 y, por tanto, sujeto a descripciones por parte de la dogmática constitucional (nivel L_2).

Esta primera y en definitiva muy sencilla rectificación en cuanto al *status* de un nivel, obliga a introducir una segunda modificación que afecta a la forma básica del discurso jurídico en cuanto tal. Una ligera 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 la cadena lineal y unimodular de lenguajes y metalenguajes que caracteriza a la forma básica del discurso jurídico, estamos ante una red de ramificaciones surcada por superposiciones, incompatibilidades y enfrentamientos.

Dicho en una fórmula sintética: de la cadena a la red.

Se trata del inicio de la proliferación al interior del discurso jurídico. Cada elemento del discurso comienza a multiplicarse y a diferenciarse; como si cada uno fuese un conejo que no pudiera cesar de reproducirse. Lo que se mostraba simple se revela complejo. Con sólo dos conejos adecuados, en poco tiempo habrá cientos, y luego miles saltando por ahí.

Tal proliferación tiene dos caracteres mínimos.

Uno: la ramificación y la plurimodularidad. En cada nivel hay ahora varias versiones y/o posibilidades (plurimodularidad en vez de unimodularidad) que se conectan entre sí de manera diversa (ramificación en vez de linealidad). En los niveles y en sus encadenamientos hay varias *historias jurídicas*.

Dos: el enfrentamiento. No se trata de una proliferación pacífica, ella está surcada por el conflicto, por la confrontación, por el disenso. Para retomar la metáfora kantiana que tanto citaba Althusser: *Kampfplatz*, el discurso jurídico es un campo de batalla.[27] Como en cualquier contienda, en las que a fin de cuentas lo que está en juego es la materialidad física de los cuerpos, las emociones se entretejen con las estrategias, la violencia adhiere deducciones a su piel, en fin: se movilizan las ilusiones, junto a las creencias, los deseos y las pasiones.

Antes de seguir por este sendero conviene precisar algunos rasgos de las normas, tal como las entienden Alchourrón y Bulygin. Esto permitirá evaluar con más precisión al normativismo, también problematizar las relaciones entre el *derecho* y la dogmática (descripción) y entre la teoría general y la dogmática (análisis).

27. Ver: Althusser, L., "Defensa de Tesis en Amiens", incluido en *Posiciones*, Barcelona, Anagrama, 1977, pp. 127 y ss.

Capítulo 9
El humo

"¿Pero entonces cómo me ayuda una explicación
a entender, si después de todo no es ella la última?
¡La explicación entonces nunca termina; así que
después de todo no entiendo, y nunca entenderé
lo que él quiere decir!"

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

La concepción hilética considera a las normas como entidades abstractas. Ellas son, en paralelo con las proposiciones, significados:

> "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)

La concepción expresiva, en cambio, considera que "las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje".

Sin embargo, ambas posiciones estarían de acuerdo en desagregar a las normas en dos componentes:

> "Las oraciones normativas pueden ser analizadas en dos componentes: un componente descriptivo, que es la descripción de una acción o estado de cosas resultante de una acción y que denominamos oración de acción, expresiva de proposiciones de acción, y un componente prescriptivo, el operador normativo." (*AL*, 156)[28]

28. Un estudio específico de las normas tendría que tener en cuenta la definición en términos sintácticos (correlación de casos con soluciones) propuesta en *Im*. Una caracterización apretada de las normas puede verse en *AL*, 293.

El desacuerdo entre ambas posiciones se refiere a la naturaleza del operador normativo:

> "La primera [posición] consiste en considerar al operador normativo como un signo en su capacidad semántica, de modo que este operador contribuye al significado semántico de las oraciones normativas, en cuyo caso una norma resulta ser el significado semántico de una oración normativa, de la misma manera como cabe decir de una proposición que es el significado (sentido) de una oración descriptiva. La segunda considera que el operador normativo es un signo en capacidad pragmática, que no tiene significado semántico y no forma parte del contenido conceptual de la oración normativa." (*AL*, 156)

Luego de ensayar y desechar la visión expresiva de las normas, Alchourrón y Bulygin 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 o una entidad abstracta. (*AL*, 123).

En un ensayo posterior y dando precisiones sobre *Im* 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 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)

Dos elementos: la oración y el significado de la oración.

En rigor, Alchourrón y Bulygin 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. Al poder atribuirse variados significados, en cada caso se tendrá una norma diferente.

A este proceso de atribución de significado llevado a cabo por la dogmática, Alchourrón y Bulygin lo denominan *identificación* de las normas jurídicas. En su rico y variable léxico, 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 es enjuiciable 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 que en tales casos 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 normas pueden –sin perder su identidad– ser interpretadas de distintas maneras en diferentes ocasiones." (*AL*, 445)

Este punto de vista es reiterado en numerosos momentos:

> "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*, 472)

La tarea de identificación ya estaba presente en *Im*, como actividad dogmática previa a la de la sistematización, aunque siendo esta última el centro argumental de dicho libro no se le prestó detenida atención a la tarea de identificación (*AL*, 469; *Im*, 118).

Sin embargo, se dejó señalado que la identificación se vincula, en principio, con problemas empíricos:

> "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. Éstos últimos son los problemas de la sistematización, que son fundamentalmente los mismos en las ciencias formales y en las ciencias empíricas." (*Im*, 85) (ver también *Im*, 98, 111 y 118 y ss. –"La identificación de la base y el problema de la validez").

¿En qué sentido la reconstrucción del texto jurídico es un problema *empírico*?

Alchourrón y Bulygin reconocen que se trata de una exageración, aunque mantienen que, hasta cierto punto, se está ante un problema empírico. La razón de

ello está en la posibilidad de deslindar dos vías diferentes para asignar significados: el descubrimiento y la adjudicación.

Si, de alguna manera, el significado preexiste al acto de lectura y es registrable por ciertas encuestas, establecer el significado de un texto parece ser un claro problema empírico. No lo es, en cambio, la tarea de adjudicar un significado cuando su descubrimiento es imposible (por los caracteres propios de los lenguajes naturales). En palabras de Alchourrón y Bulygin:

> "...es importante distinguir entre el *descubrimiento* de un significado existente y la *adjudicación* (total o parcial) de un significado nuevo. La primera actividad es empírica a pesar de que los significados no son entidades empíricas. El significado de una expresión está dado o bien por el uso común del lenguaje corriente o del lenguaje jurídico, o bien por la intención del autor de la expresión (en nuestro caso, de la autoridad normativa que ha dictado la norma). Los dos pueden ser investigados y eventualmente determinados con métodos empíricos... Sin embargo en ciertas circunstancias puede resultar imposible descubrir el significado de una expresión (por ejemplo, si ésta es muy oscura o ambigua). En tales casos puede resultar necesario asignarle un significado." (*AL*, 470)

Lo menos que cabe decir es lo dudoso de esta separación. Es un tópico habitual el poner de manifiesto el carácter difuso de la supuesta clara intención del autor de una expresión jurídica. Máxime en el caso de los textos legislativos, donde el órgano que los emite es colegiado y donde la convergencia de votos para lograr la mayoría que se forma para aprobar una ley no implica una identidad en los fundamentos de ese voto. Además, semejantes fundamentos (siendo los textos en lo que ellos se expresan un material empírico relevante para encontrar la intención) no necesariamente coinciden con los dados por otro órgano al formular el proyecto de ley (*v. g.* Poder Ejecutivo). A su vez, cuáles sean los materiales relevantes para encontrar la intención no es algo que sea objeto fuera de controversia. En fin, el problema se desplaza, pues hay que determinar de qué manera se le "descubre" el significado a los textos que expresan la intención.

Estas sumarias consideraciones apuntan a señalar que no es tan cierto que el significado *esté dado* por una supuesta intención que sería posible simplemente descubrir. Hay ya en dicha tarea un conjunto de momentos decisorios, es decir: elecciones.

En cuanto al uso común, las expectativas no son mejores. Ante todo porque, como lo señalan Alchourrón y Bulygin, estos significados pueden ser de dos tipos: el del uso común del lenguaje corriente y el del uso común del lenguaje jurídico. En segundo lugar, un cuadro más verosímil tiene que admitir que cada uno de esos usos es más plural que único. Los usos comunes suponen una especie de consenso implícito, al que no cabe suponer unánime. Siempre es posible detectar varios consensos y por ende varios usos. Esto lleva, de nuevo, a tener que decidir y no, meramente, a descubrir.

Los textos, en definitiva, no cubren nada. No se trata de correr un velo para hallar aquello que estaba escondido o cubierto. Interpretar no significa develar, sino reconstruir. Ni bien tratamos de asirla, la distinción entre descubrimiento y adjudicación se nos esfuma: mero humo entre las manos. Y aún cuando se admita que en la asignación del significado hay un aspecto de indagación empírica, ello no releva del acto final de asignación que, en todo caso, será una adjudicación.

Hay que tomar nota, ahora, de la manera en que Alchourrón y Bulygin entienden la tarea de adjudicación:

> "Este proceso de asignar significados no es cognoscitivo; es un asunto de decisión que, por supuesto, puede estar apoyado en razones más o menos convincentes." (*AL*, 471)

Si se considera espuria la distinción entre descubrimiento y adjudicación y, por ende, en toda asignación de significado hay una instancia decisoria, será la dogmática o ciencia jurídica en su base la que tendrá que asumirse como "no cognoscitiva". Con lo cual el debate migra hacia la manera de entender lo cognoscitivo, correspondiendo entonces explorar qué alcances se le otorgan a las "razones más o menos convincentes" que intentan fundamentar las decisiones reconstructivas que se toman.

En este sentido, resulta claro que a partir del texto-base que se tiene en cuenta en *Im* para sistematizar (un fragmento del texto "Código Civil argentino") son posibles muchas interpretaciones, es decir, muchas identificaciones normativas diferentes y, luego, muchas sistematizaciones. Los autores señalan con claridad que una tarea de sistematización como la llevada a cabo en *Im* supone como primer paso la fijación de los significados, es decir: la tarea de reconstrucción o interpretación que fije o decida o elija el conjunto de los significados unívocos y constantes con los que se trabajará.

Es por tal motivo que Alchourrón y Bulygin efectúan la siguiente salvedad, en apariencia inocente:

> "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." (*Im*, 38)

La cuestión crucial es que la dogmática jurídica no se contenta con disquisiciones imaginarias. Ella *pretende*, en cambio, efectuar interpretaciones a las que califica de correctas (contrapuestas a otras interpretaciones reputadas, por quienes las formulan, también como correctas) y se afana en dar razones que justifiquen esa corrección. Es más, uno de los motores que impulsan a la actividad dogmática es semejante contraposición (sin duda apasionada y hasta visceral) entre grupos de interpretaciones autocalificadas en todos los casos de correctas. Y es aquí donde la calificación de convincente parece excesivamente débil; o en todo caso cabría distinguir la *corrección* de un razonamiento

(punto de vista del dogmático que reconstruye) de su evaluación como más o menos *convincente* (punto de vista del que recepta las reconstrucciones dogmáticas). Pero este receptor, desde el momento que acepta o reformula un razonamiento pasará a considerarlo como correcto y ya no como meramente convincente.

Se abre ahora el problema de cómo y desde dónde especificar la corrección o incorrección de una asignación de significado, es decir: de una específica reconstrucción de un texto en específicas oraciones normativas.

En vez de hacer disquisiciones imaginarias, la ciencia del derecho está compelida a ser imaginativa. Y de hecho lo es. Basta demorarse un tiempo en esa incesante acumulación de obras dogmáticas, para palpar toda la imaginación que está contenida en ese extraño arte de distinciones sutiles, donde cada palabra es objeto de un labrado minucioso y hasta exasperante.

En síntesis, no habría mayores dudas en sostener que previo a la tarea de sistematización normativa está la labor de identificación de las normas a sistematizar y esta tarea no parece ser otra cosa que una interpretación-reconstrucción de los textos jurídicos.

Es un tópico usual el atribuirle a la indagación analítica el descalificativo de formalista. A tal acusación, no sin cierta mordacidad, Alchourrón y Bulygin la han remitido a la ignorancia o a la confusión mental (*AL*, 380). Más acertado sería el juicio contrario: el formalismo propuesto es insuficiente. Él no es llevado hasta sus últimos consecuencias, al mantenerse la idea de un descubrimiento de los significados.

Extremar el formalismo significa: erradicar cualquier sustancialidad de los significados. Éstos no habitan en algún supuesto reino inmaterial, sino que son en cada caso decididos. Lo cual no implica sostener que no haya usos estandarizados o habituales. Pero seguir alguno de esos usos es decidir su aceptación, explícita o implícitamente. No seguirlos, en cambio, decidir transformarlos.

Descubrir y adjudicar son maneras oblicuas de distinguir dos tipos de decisiones: la aceptación y la reformulación.

Capítulo 10
El duelo

"¡No pienses ni una sola vez en la comprensión como 'proceso mental'! –Pues esa es la manera de hablar que te confunde. Pregúntate en cambio: ¿en qué tipo de caso, bajo qué circunstancias, decimos 'Ahora sé seguir'?"

La precedente y resumida aprehensión de las normas jurídicas afecta las maneras de entender las tareas llevadas a cabo por la dogmática. La investigación de Alchourrón y Bulygin nos enfrentan a un dilema de hierro, cuyo contorno es puesto expresamente de manifiesto en *Im*:

> "Los filósofos del derecho parecen estar de acuerdo en que *la* tarea o, por lo menos, la más importante tarea de la ciencia jurídica consiste en la *descripción* del derecho positivo y su *presentación* en forma ordenada o 'sistemática' ...Sin embargo, este acuerdo básico no es más que aparente; debajo de expresiones tales como 'descripción' o 'sistematización' suelen esconderse ideas muy dispares y a menudo antagónicas." (*Im*, 113) (El destacado es de los autores citados.)

Un cuerno del dilema conduce a aceptar la férrea distinción entre normas y proposiciones normativas que describen normas. Esto significa defender la tesis que afirma que la dogmática o ciencia del derecho es una teoría descriptiva.[29]

Hay que notar que esta distinción es en principio aceptada por las diferentes posiciones que debaten en torno a la naturaleza de los operadores normativos:

29. 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 científica. Incumbe 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. g.: los comentarios críticos de los fallos judiciales) consiste 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*, 350).

> "El punto de partida sobre el que están de acuerdo ambas partes es la *distinción tajante* entre oraciones normativas (*Normsätze*) que expresan normas que no son ni verdaderas ni falsas, y oraciones descriptivas (*Aussagensätze*) que expresan proposiciones verdaderas o falsas. Una subclase de las oraciones descriptivas, especialmente interesante para nuestros fines es la de oraciones deónticas que expresan proposiciones normativas. Las oraciones deónticas dicen que una determinada acción es obligatoria, prohibida o permitida de acuerdo a un sistema normativo dado o una cierta autoridad normativa. Son metalingüísticas en relación al lenguaje en que están expresadas las normas y son –como todas las oraciones descriptivas– verdaderas o falsas. Pero las oraciones normativas son prescriptivas y no descriptivas; por ello carecen de valores de verdad." (*AL*, 156)

El otro cuerno del dilema conduce a aceptar que la dogmática no describe sino que interpreta-reconstruye (en el léxico de *Im*: ella efectúa *elecciones*) y que, luego, sistematiza sus interpretaciones. Y cabe decir que no sólo interpreta sino que interpreta polémicamente, en contraste con otras lecturas a las cuales pretende refutar. Cada lectura es un desafío, la puesta en escena de un duelo.

Parece razonable pensar que no hay acuerdo posible entre una dogmática descriptiva y una dogmática interpretativa o polémico-reconstructiva. Lo que 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 o menesterosas de una interpretación-reconstrucción y una concepción que sostenga el carácter descriptivo de las proposiciones normativas.

De acuerdo a las argumentaciones precedentes, la conclusión que se impone es que resulta insostenible afirmar que la dogmática (nivel L_2) describe normas jurídicas (nivel L_1) Por lo tanto, hay que admitir que las proposiciones normativas de la dogmática *no* describen normas.

El punto a destacar es que las normas no están *ahí*. Lo que sí hay, en cambio, son textos. Aquellos calificados intuitivamente de jurídicos y que forman parte del nivel L_0 del discurso jurídico.

La dogmática o ciencia del derecho se enfrenta a los textos jurídicos. Los toma como el material considerado relevante 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 (esto es: no de forma meramente intuitiva) que es "lo jurídicamente expresado". Tampoco, claro está, podemos señalar con el dedo al objeto *derecho*. Esto quiere decir que de alguna manera el primer nivel (*derecho*) no pre-existe ni al segundo (dogmática jurídica) ni al nivel básico (texto jurídico).

En este punto, cabe tratar al derecho objeto o *derecho* como un *texto virtual*, en contraste con el texto jurídico real que está *ahí* o presente. Tal como señala Bruner:

> "Al relatar un cuento de Conrad, un lector lo convertirá en una historia de aventuras, otro en un cuento moralista 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* desencadena 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." [30]

La analogía propuesta asimila el texto jurídico al texto real y el *derecho* al virtual. La dogmática jurídica produce el pasaje de un texto a otro. O al constatarse la convivencia de diferentes interpretaciones-reconstrucciones: a partir de *un* texto real, la dogmática produce *plurales* textos virtuales

Ahora bien, como se señala en un pasaje de *AL*, interpretar es decidir. Y decidir es una forma de valorar, de sostener que tal cosa significa tal otra. Una decisión no es una descripción pero tampoco parece fiel tratarla como una cuestión empírica o de descubrimiento.

Decidir no es ni describir ni descubrir.

La pregunta, entonces ineludible, es cómo o de qué manera se efectúan tales decisiones, pues no resulta razonable suponer que esas decisiones sean 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 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. g.* teoría del delito, del hecho imponible, de los derechos básicos, del acto administrativo). Son ellas las que permiten calificar de correcta a la decisión. Dichas teorías locales están conectadas a teorías de mayor alcance que se refieren a qué es el Derecho en cuanto tal, a cuáles son sus funciones, a cuáles sus finalidades y a cuáles, en definitiva, sus caracteres.

Para construir su objeto la dogmática jurídica no sólo requiere de una teoría (general y analítica) que le dilucide su lenguaje y que le diga cuáles son los componentes del *derecho*, sino una teoría que de alguna manera explique al derecho, por ejemplo: en términos de funciones, finalidades y caracteres.

¿Se pueden indicar criterios para reconstruir lo estrictamente jurídico sin una previa conceptualización de las funciones, fines y caracteres del derecho? De acuerdo al camino recorrido 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*.

30. Ver: Bruner, J., *Realidad mental y mundos posibles. Los actos de la imaginación que dan sentido a la realidad*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 18 y ss.

Diferentes componentes serán los priorizados 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.

Son ejemplos demasiado gruesos, a desarrollar, sin duda. Pero se hace necesario reformular los objetivos y tareas de la teoría general del tercer nivel. 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 del discurso jurídico. 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 (nivel L_3) desarrolla, ante todo, una explicación de las funciones, fines y caracteres del derecho. Desde tal marco aporta los criterios a partir de los cuales la dogmática (nivel L_2) construye su objeto, es decir el *derecho* (nivel L_1). 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 (nivel L_1) las *obtiene* la dogmática (nivel L_2) a partir del texto jurídico (nivel L_0) cuando *sigue* los criterios que le fija la teoría general normativista (nivel L_3). Por otro lado: la construcción específica de estas normas (nivel L_1) a partir del texto jurídico (nivel L_0) se efectúa a través de teorías locales (nivel L_2) que permiten justificar las decisiones interpretativo-reconstructivas, *enmarcadas* en una teoría explicativa global (nivel L_3).

A partir de un mismo texto jurídico real 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.

La organización polémica y ramificada del discurso jurídico es deducible al interior mismo del normativismo, por la simple conjunción de un criterio en el tercer nivel y de plurales teorías locales en el nivel inferior. Aun cuando se acepte el restrictivo monismo al nivel del criterio caracterizador de la teoría general, ya bajo tales estrechas condiciones surge la ramificación y la polémica en los niveles discursivos inferiores.

Varios trastocamientos 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. Esto nos lleva a la cuestión siguiente.

Capítulo 11
Las manos en la masa

"Imaginar un lenguaje significa
imaginar una forma de vida."

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 controversia, relativa a la "cantidad" de componentes genuinamente jurídicos, tiene en Hart una clara filiación. Más allá de las respuestas dadas, Hart pone de manifiesto un rasgo de innegable fecundidad al decir que

> "el *deseo de uniformidad* es muy fuerte en la teoría jurídica".

Desde ya: no son las teorías las que desean, sino aquellos que la hacen. Hart nos invita (invitación que parece no haber sido aceptada por sus lectores) a interrogarnos sobre cuál es el deseo de los juristas. 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 y también, cabe agregar, un poder.[31] Por cierto que resultaría vano el intento de erradicar, por medio de una ascesis, el deseo de los juristas. No, en cambio, el interrogarlo, el seguir sus efectos en la superficie del saber. Y ahí, Hart, al haber sutilmente detectado un anhelo de uniformidad, es como si hubiera atrapado al jurista *in fraganti*, con las manos en la masa. Dejándolo sin respuesta, al quedar expuesta una pasión que hubiera querido mantener en secreto.

Ahora bien, la concepción normativista de la forma básica, ejemplo paradigmático de deseo de uniformidad, es expresamente rechazada por Alchourrón y

31. Ver: Hart, H., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 41.

Bulygin. Un ejemplo lo da 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*, 463)

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 la creencia normativista

El *derecho* incluye, al menos en principio, normas y definiciones. Respecto a estas últimas y luego de un minucioso recorrido Alchourrón y Bulygin 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, algunas oraciones podrán reconstruirse como normas, otras como definiciones y, el resto, será considerado como residuo no jurídico.

El normativismo, sin embargo, tiene una aparente salida, consistente en extender de tal forma la noción de norma para comprender a las definiciones. Ésta es una posibilidad que, al menos en algún momento, Alchourrón y Bulygin no dejaron de ensayar. Siguiendo de cerca la clasificación que hace von Wright de diferentes tipos de normas, se detienen en tres clases: prescripciones, reglas determinativas y normas técnicas.[32]

Las primeras, rebautizadas como normas de conducta, comprenden a las órdenes, prohibiciones y permisiones. Ellas se refieren al sentido paradigmático de norma hasta aquí usado.

Las reglas determinativas, rebautizadas como reglas conceptuales, comprenden a las definiciones. Es decir:

> "Las reglas conceptuales no prescriben ninguna conducta como obligatoria, prohibida o permitida. Lo que hacen esas reglas es definir conceptos." (*AL*, 493)

Las reglas técnicas, en fin, se refieren a los medios que deben ser usados para lograr un determinado fin, obedeciendo a la forma "si desea lograr *x*, debes hacer *p*." (*AL*, 494).

32. Ver: von Wright, G., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, en particular: capítulo primero "De las normas en general", pp. 21 y ss.

Si bien nada obsta a designar como normas a todas estas situaciones, este uso contrasta con el que usualmente le asignan Alchourrón y Bulygin. Además, se abre el problema de especificar cuál es el rasgo que permitiría designar a estos casos como variantes de algo común. De ahí que parezca mas consistente reservar la noción de normas para las aquí denominadas prescripciones, tal como se habitualmente se hace y, por consiguiente, independizar a las definiciones como categoría separada, tal como por lo demás hacen los propios autores en la mayoría de sus ensayos.

Así, por ejemplo, al someter a un preciso análisis la noción de regla de reconocimiento de Hart y luego de distinguir a las "reglas" normativas de las conceptuales (categoría ésta a la que según los autores pertenece la regla de reconocimiento), afirman lo siguiente:

> "...que el hecho de que Hart use la palabra 'regla' para designar tanto las reglas que califica de primarias (reglas de obligación) como las reglas secundarias (y, en especial, de reconocimiento) es *criticable*, y ... que tal uso no sólo da lugar a una terminología deficiente, sino, además, es *síntoma de confusión conceptual*." (*AL*, 384)

Podemos ratificar, entonces, el carácter aparente de la salida ensayada por el normativismo, al pretender una extensión abusiva de la noción de norma.

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)

Esto implica decir que los textos presentan, en este aspecto, un grave factor de *indecidibilidad*. Pues una cosa es distinguir, de manera abstracta, una norma de una definición y otra, muy distinta, decidir entre una y otra ante un texto concreto:

> "...la línea divisoria entre enunciados analíticos y definiciones por un lado y las normas por otro es, hasta cierto punto, *arbitraria*, pues *no existe un criterio que permita decidir* en todos los casos frente a un artículo determinado si éste *expresa* un enunciado analítico (definición) o una norma. Sólo la reconstrucción global de un texto completo permitiría identificar ciertos artículos como definiciones o enunciados analíticos y otros como formulaciones de normas." (*AL*, 461)

Aquello que desdramatiza esta situación de indecidibilidad es la remisión a las diferentes *funciones* que caracterizarían a las normas y a las definiciones. Ambas son expresiones de una decisión. Pero mientras que en las normas se usan las palabras para prescribir, en las definiciones se usan para atribuir un sentido a otras palabras:

> "precisamente las diferentes *funciones* que cumplen las definiciones y las normas refleja la diferente naturaleza entre unas y otras. Para caracterizar esta diferencia tenemos que recurrir a la conocida distinción entre el uso y la mención de las palabras. Tanto la norma como la definición –sólo interesan las definiciones estipulativas– son expresiones de una decisión; en esto estriba la gran semejanza entre ellas, que distingue tanto a las definiciones como a las normas de las proposiciones descriptivas. Son expresiones de un acto de voluntad que no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Pero mientras en una norma se usan ciertas palabras para referirse a determinadas conductas a fin de regularlas o prescribirlas, esto es, declararlas obligatorias, prohibidas o permitidas, en la definición se usan ciertas palabras para indicar el sentido de otras palabras que se mencionan, pero no se usan." (*AL*, 455)[33]

Además de haber distinguido las diferentes funciones que les cabe a normas y definiciones, el párrafo citado es instructivo en cuanto parece aportar, casi de paso, el buscado criterio que permitiría extender el sentido del concepto de norma para abarcar así a ambas figuras y sin caer en las tan temidas confusiones. Tal criterio estaría indicado al señalarse la "gran semejanza" que tienen prescripciones y definiciones en cuanto *decisiones*.

Lo inquietante es que la decisión, al estar en la base de las reconstrucciones o interpretaciones de los textos jurídicos, es también característica de la dogmática o ciencia jurídica. La lisa y llana identificación del concepto de norma con el de decisión llevaría a englobar dentro de su ámbito a las propias proposiciones de la ciencia del derecho.

Pero la semejanza entre prescripciones y definiciones Alchourrón y Bulygin la presentan haciendo una expresa distinción de las mismas con aquellas proposiciones. Conclusión en este contexto inadmisible. Esto no implica negar, ahora, el carácter decisorio de la dogmática sino, en cambio, no identificar por completo las nociones de norma y de decisión. Si bien todas las normas son decisiones, no todas las decisiones son normas. Esto significa que la admisión de un ineliminable momento decisorio en el ámbito de la dogmática jurídica no implica que sus proposiciones sean normas.

33. Estas citas no sólo son reveladoras, también confirman la interpretación esbozada. Por un lado se pone de manifiesto la centralidad de la decisión (así 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 ocaso de la descripción y, en el segundo, la preeminencia de la explicación. Hay un reconocimiento implícito del carácter no descriptivo de la dogmática y del valor fundamental pero derivado que para la teoría general tienen las tareas de análisis lógico-linguístico.

Volviendo a las funciones de la definiciones, Alchourrón y Bulygin señalan con mayor detalle los siguientes fines por ellas perseguidos: dar mayor precisión a un término restringiendo su alcance; ampliar el alcance de un término para incluir en él situaciones que no están claramente cubiertas por su sentido; introducir un término nuevo que no tiene uso en el lenguaje común (*AL*, 448)

Luego de esta especificación se afirma:

> "En todos estos casos las definiciones sirven para identificar las normas en las que figuran los términos definidos y ésta es la *única función* de la definición." (*AL*, 449)

La argumentación de Alchourrón y Bulygin contiene dos pasos. Primero se deslindan las normas de las definiciones, entendidas las primeras como prescripciones (prohibiciones, mandatos y permisiones). Luego se distinguen las funciones de ambas, restringiéndose las definiciones a una tarea subsidiaria con respecto a las normas:

> "Resumiendo, cabe decir que las definiciones legales no son ni normas de conducta ni reglas técnicas, aunque puedan dan lugar a la formulación de estas últimas. Su *única función* es la de contribuir a la identificación de las normas." (*AL*, 453)

La dogmática tiene que tomar dos tipos de *decisiones*. Por un lado tiene que decidir (donde, en virtud de la ya señalada indecidibilidad de los textos, 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, pues en rigor se trata de un sólo movimiento reconstructivo de atribución de significado y de distribución de componentes (definiciones o normas), donde cabe tener presente que si bien los textos jurídicos se presentan como indecidibles, las categorías de norma y definición son lógicamente disyuntas (*AL*, 495). Esto significa que hay que optar por una u otra vía, no habiendo al nivel del *derecho* componentes que sean a la vez definiciones y normas:

> "Una y la misma regla no pueden ser a la vez una regla conceptual (una definición) y una norma de conducta (una prescripción en el sentido de von Wright)." (*AL*, 494)

Capítulo 12
Los colados

"¿Pues de qué modo está cerrado el concepto de juego? ¿Qué es aún un juego y qué no lo es ya? ¿Puedes indicar un límite? No."

En este punto surgen dos interrogantes. Uno: ¿cabe limitar el *derecho* (el derecho-objeto o el derecho en sentido estricto) a normas y definiciones? Dos: ¿cabe subordinar las definiciones a las normas? O también: ¿es la única función de las definiciones la de mejor identificar a las normas?

En cuanto a la primer pregunta Alchourrón y Bulygin parecen pensar que sí, que normas y definiciones agotan el espectro de los componentes jurídicos. Esta respuesta es insuficiente. 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 se encuentra en el mismo ensayo 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 dentro de textos legales (como *v. g.* el 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 ¿no serán elementos jurídicos pero de otro tipo (no normativo y no definicional)?

Previo a contestar esta pregunta es oportuno recordar algunas ideas de *Im*. Allí ya se controvertía la posición monista de considerar a todos los componentes jurídicos como del mismo tipo, *v. g.* 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." (*Im*, 97)

Puestos a enumerar la "diversidad de los enunciados jurídicos" se nombran los siguientes: enunciados que prescriben actos coactivos; enunciados que ordenan, prohiben o permiten conductas pero que no establecen sanciones; y 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 normativa 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." (*Im*, 107)

El punto crucial es que sí 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. Sin duda, decidir qué es importante es algo de por sí importante (¿o no?).

Lo que aquí está en juego es el *status* de un conjunto enmarañado de enunciados que recurrentemente preocuparon a los normativistas: enunciados legitimantes, ideológicos, ficcionales, metafóricos. Eternos personajes molestos, que siempre vienen cuando no los llaman. Y que vuelven al rato de haber sido despedidos. Los colados de la fiesta. Sabemos cuál fue la clásica vía kelseniana. Tales enunciados transfiguran, distorsionan, encubren o mistifican. Y dado que la ciencia del derecho (es decir: la dogmática jurídica) tiene que describir, también tiene que depurarse de ellos.

Una actitud semejante es tomada por Alchourrón y Bulygin. En reiteradas oportunidades se pone de manifiesto la existencia de presunciones, ficciones e ilusiones. Los siguientes son algunos ejemplos demostrativos.

La ilusión como función ideológica:

> "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..." (*Im*, 25)

La ficción para disimular:

> "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." (*Im*, 227)

Las presunciones como ficciones:

> "La ignorancia de la ley no es considerada como excusa valedera, pues existe una presunción jurídica de que las leyes son conocidas por todos y esta presunción es *juris et de jure*, es decir, no admite prueba contraria. Desde luego, esta presunción es mera *ficción*." (*AL*, 74)

Ahora bien, en vez de tomarse a estas figuras en sí mismas, de aceptarlas como ingredientes del discurso jurídico y de intentar explicar sus funciones o finalidades, se las descalifica y expulsa.

Qué sucede si se conjetura que al menos algunos de esos enunciados forman parte del *derecho* y no de la teoría, del "objeto" de la dogmática y no de la dogmática misma. Qué sucede, en definitiva, si no se entiende adecuadamente al Derecho, al discurso jurídico, sin esos elementos, algunos característicos de la dogmática, otros peculiares del derecho-objeto e incluso otros vagabundos, que pueden estar en un nivel u otro (comprendido, por qué no, el nivel de la teoría general). ¿Por qué habría que eliminarlos? ¿No sería justamente distorsionadora una teoría que los expulse por ser jurídicamente irrelevantes?

Dicho con las propias palabras de Alchourrón y Bulygin:

> "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)

Extraña paradoja es la que se presenta, pues si una de las funciones de tales componentes es, de acuerdo a la teoría pura, la distorsión, habría teorías que producen una *distorsión* al no incorporar un mecanismo de *distorsión*. Con lo cual se trataría de enfoques que no sólo niegan un aspecto del derecho, sino que ignoran el propio efecto que producen al efectuar tal rechazo. Serían como un "caso" de aquello mismo que pretenden rechazar. La expulsión de las ficciones implica su reintroducción en *otro* nivel discursivo (o una historia, que algunos reputarán clásica, del tipo: "de cómo me vuelvo ideológico por negar la relevancia de la ideología").

Más razonable resulta la siguiente indicación de Quine, formulada luego de su conocida aseveración sobre la mera diferencia de grado (pues todos son mitos) entre los objetos físicos y los dioses de Homero:

> "El contorno del sistema tiene que cuadrar con la experiencia; el resto, con todos sus elaborados mitos y ficciones, tiene como objetivo la simplicidad de las leyes."[34]

Si se acepta tal perspectiva, las consecuencias son enormes. Habría, ante todo, tres componentes estrictamente jurídicos: normas, definiciones y, bauticemos aquí, *ideologemas*. Esta último componente genuinamente jurídico albergaría en su ámbito un complejo racimos de figuras, hasta ahora desechadas por irrelevantes: ficciones, presunciones, ilusiones, disimulaciones, justificaciones, legitimaciones, metáforas, personificaciones.

También surgen nuevos e inevitables interrogantes: ¿cómo identificar a cada componente?, ¿cómo distinguirlos?, ¿cómo decidir si se está ante una norma, una definición o un ideologema?, ¿qué consecuencias trae decidirse en uno u otro sentido?, ¿qué relaciones mantienen entre sí?, ¿cuáles son sus funciones?

34. Ver: Quine, W., "Dos dogmas del empirismo" en *Desde un punto de vista lógico*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1984, p. 80.

Capítulo 13
Un cambio de papeles

"Un problema filosófico tiene la forma:
¡no sé salir del atolladero!"

Alchourrón y Bulygin destacan la importancia jurídica de las definiciones, siendo su *única* función la de contribuir a mejor identificar a las normas.[35] Sin embargo, ellas adquieren otro cariz en el curso de una discusión relativa a la especificación de las "normas de competencia". El blanco de ataque lo constituyen las dos versiones mas divulgadas de interpretarlas:

> "... podemos distinguir entre dos tipos de teorías *reductivistas*: aquellas que reducen las normas de competencia a normas que imponen deberes u obligaciones (imperativos), y aquellas que consideran que se trata de normas permisivas." (*AL*, 487)

Luego de revisar críticamente ambas versiones, se considera más razonable considerarlas como las reglas conceptuales que definen las condiciones y los límites dentro de las cuales cada decisión de una autoridad jurídica es válida:

> "En esta interpretación las normas que establecen la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal) definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar." (AL, 497)

Si se aceptara por hipótesis esta interpretación habría que extender, aunque sea de manera mínima, la función cumplida por las definiciones. Esto es así en la medida que la tarea de "hacer posible la posibilidad de legislar" no parece ser subsumible bajo la

35. Un comentario al pasar: la admisión del carácter genuinamente jurídico de los ideologemas no implica de suyo elevarlos a un primer plano (aunque sí es posible hacerlo). Ellos podrían ser objeto de la misma estrategia que Alchourrón y Bulygin siguen con respecto a las definiciones: subordinarlos a las normas. Su función, en vez de ser la identificación, sería la de reforzar la función motivadora de las normas. Se trata de una vía amplificadora (al reconocer nuevos componentes) pero reductora (al subordinarlos a las normas).

función de "contribuir a identificar normas". En un caso las definiciones juegan por así decir antes de ciertas normas (aquellas que justamente tienen la posibilidad de ser creadas por el órgano definido), mientras que en los casos hasta ahora considerados, las definiciones juegan de manera subsidiaria con respecto a normas ya creadas.

En este aspecto resulta relevante prestar atención a una referencia relativa a la Constitución, efectuada en un contexto dedicado al problema de la pertenencia de una norma a un sistema normativo en particular:

> "... toda constitución, es decir, todo conjunto de normas que contiene al menos algunas normas que otorgan competencias puede dar lugar a un sistema normativo u orden jurídico." (*AL*, 513)

Aquí la situación parece aún más grave, pues el sistema normativo en cuanto tal está generado a partir de una constitución que está sometida a la sola exigencia de contener *normas de competencia*. Si entendemos a éstas como definiciones llegamos a la embarazosa conclusión de que no sólo *algunas* normas, sino que su *conjunto,* es el que está posibilitado por las definiciones insertas en el conjunto primitivo del sistema: la primera constitución.

El hilo de este argumento está en mostrar el carácter superfluo de la norma fundamental kelseniana, mediante el expediente de caracterizar al sistema normativo por medio de una definición recursiva de pertenencia que parte, justamente, de la primera constitución. La cuestión es que el mismo argumento es el que eleva a un primer plano las definiciones, que pasan a cumplir un papel inesperado:

> "Esto muestra que la cuestión de saber si la constitución pertenece o no al sistema simplemente no se plantea: no tiene sentido plantearse esta pregunta, porque el sistema es definido en términos de una constitución dada. No tenemos por qué ir más allá de la constitución, puesto que la cadena de derivación dinámica comienza con ella: se trata, por definición, del primer eslabón de esta cadena. Por ende, el problema de la pertenencia y de la identidad de un sistema jurídico puede ser solucionado sin recurrir a la norma básica de Kelsen." (*AL*, 513)

En este razonamiento (paralelo al efectuado al analizar la regla de reconocimiento de Hart), las definiciones tienen una función que va mucho más allá de aquella que se había predicado como única: contribuir a la mejor identificación de las normas. Ellas, en cambio, aparecen como la clave para resolver el problema de la pertenencia. Con este extraño cambio de papeles, las definiciones, que no eran más que modestos personajes secundarios, pasan a actuar en el centro de la escena.

Por supuesto, una salida posible de este entuerto sería la de revisar la interpretación de las *normas de competencia* como definiciones, pero no volver a entenderlas como normas. Será la indagación crítica la que se ocupe del tema, al proponer un nuevo componente genuinamente jurídico: las cláusulas instauradoras.

Capítulo 14
El tablero
(P. Strawson y N. Goodman)

"Y esta multiplicidad no es algo fijo,
dado de una vez por todas."

Alchourrón y Bulygin dicen otras cosas de las que, en apariencia, no han sacado mayores consecuencias. Al dar mayores precisiones sobre las definiciones, se destaca que 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 lo siguiente:

> "Los enunciados analíticos son inmunes frente a toda experiencia, en el sentido de que ninguna experiencia puede refutarlos, 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)

Un poco más adelante se agrega una indicación fundamental:

> "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.*" (*AL*, 458)

En fin, se constata la importancia en un doble nivel de semejante aparato conceptual, pues afecta tanto al *derecho* como a la teoría dogmática que a él se refiere:

> "La importancia de las definiciones reside en hacer explícito el aparato conceptual usado y su papel es igualmente importante *tanto* en la ciencia *como en el derecho.*" (*AL*, 495)

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

No es forzado entender a este "aparato conceptual" en un contexto strawsoniano: entramado conceptual, *stock* de categorías o plano organizador de nuestra experiencia (*AL*, 381). 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, poniendo de manifiesto la metafísica implícita que funciona de hecho a través o por intermedio de tal lenguaje.[36]

Este aspecto del programa de Strawson converge con lo sugerido por otras vertientes que, a pesar de su pertenencia a disímiles tradiciones, apuntan en la misma dirección. Algunas referencias nos serán útiles para delinear la idea, en apariencia extraña, de un "aparato jurídico-conceptual".

Son reveladores, en este sentido, algunos señalamientos efectuados por Geertz. En un estudio dedicado a ensayar interferencias entre los oficios jurídico y antropológico, apunta lo siguiente:

> "La versión de los hechos que se presenta con el fin de que pueda ser defendida por los abogados, escuchada por los jueces y valorada por los jurados es sólo eso, *una versión*: como cualquier otro oficio, ciencia, culto o arte, el derecho, que es un poco todas esas cosas, *propone un mundo* en el que tengan sentido sus descripciones. Volveré más adelante sobre las paradojas que parece suscitar este modo de exponer las cosas; en este momento, lo esencial es que el aspecto 'jurídico' de las cosas no es un conjunto limitado de normas, reglas, principios, valores o cualquier otra cosa a partir del que puedan plantearse respuestas legales a una serie de acontecimientos destilados, sino *parte de una manera determinada de imaginar lo real.*"[37]

Alchourrón y Bulygin ponen de manifiesto que las definiciones jurídicas hacen explícito un aparato conceptual mediante el cual derecho *piensa* la realidad. Geertz, ahora, hace de dicho aparato una manera específica (una versión posible entre otras) de *imaginar* lo real. El derecho, más allá de sus componentes valorativos o normativos, *propone* un mundo particular, una versión del mundo.

36. Ver: Strawson, P., *Individuos. Ensayo de metafísica descriptiva*, Madrid, Taurus, 1989.

37. Ver: Geertz, C., "Conocimiento local: hecho y ley en la perspectiva antropológica", en *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 193/287.

El derecho se despliega, en los propios términos de Geertz, como un poder imaginativo o interpretativo o constructivo. Dicho esto en una frase concisa y que pone de relieve el contraste con la usual funcionalidad que se le atribuyen a las actividades jurídicas: estas últimas, indica Geertz

> "no solamente regulan las conductas, sino que las construyen".

El derecho, concebido como "una especie de imaginación social", también se presenta como

> "un medio para otorgar un sentido particular a cosas particulares en lugares particulares... el pensamiento legal *estructura las realidades sociales* en lugar de simplemente reflejarlas."[38]

Resulta notoria la incidencia que tienen en este enfoque los ensayos de Nelson Goodman sobre la noción de mundo y versiones del mundo. Esto es reconocido por el propio Geertz al señalar diferentes perspectivas que, al menos en este punto, se acercan de manera vigorosa:

> "Un enfoque semejante de las cosas, que no es propio de un antropólogo legal o de un antropólogo del derecho, sino de un antropólogo cultural alejado por un momento de los mitos y árboles de parentesco para examinar algunas cuestiones que los abogados occidentales encontrarían cuanto menos evocadoras de aquellas con las que tratan, no centra la atención ni en las reglas ni tampoco en los acontecimientos, sino en lo que Nelson Goodman ha llamado 'versiones del mundo', y otros formas de vida, *epistemés*, *Sinnzusammenhänge* o sistemas noéticos."

Las definiciones conducen a un aparato conceptual que piensa la realidad o, también, que imagina una forma de esa realidad y que, así, propone una versión del mundo.

Hay un grupo de ideas sostenidas por Goodman que nos permiten avanzar en la cuestión.[39] Siguiendo la pista de las investigaciones de Cassirer, hoy injustamente relegadas al mero interés académico que se le asigna al neokantismo alemán –y al cual, por otra parte, el itinerario kelseniano no fue ajeno–, Goodman muestra de entrada las fichas de su juego:

38. La idea del derecho como *reflejo* o *espejo* de la realidad social no sólo es sostenida por lo que despectivamente se llama "marxismo vulgar". Nino, por ejemplo, se refiere al derecho como "un espejo en el que se *reflejan* los datos básicos de la sociedad", ver: *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 6.

39. Ver: Goodman, N., *Maneras de hacer mundos*, Madrid, Visor, 1990, en particular su capítulo primero "Palabras, trabajos, mundos" (reproducción del ensayo "Words, Work, Worlds" publicado en 1975). Para una visión global, ver: Goodman, N. y Elgin, C. Z., *Reconceptions in Philosophy an Other Arts and Sciences*, Mcbeth Pub. Comp., Indianápolis, 1988.

> "Innumerables mundos, creados de la nada mediante el uso de símbolos: así podría resumirse algo satíricamente ciertos temas fundamentales de la obra de Cassirer. Estos temas, entre los que cuentan la multiplicidad de mundos, la engañosa apariencia de 'lo dado', el poder creativo del entendimiento, o la variedad de los símbolos y su función conformadora son parte crucial de la perspectiva que aquí se defenderá".

La perspectiva de Goodman se sostiene en tres ideas básicas. En primer lugar, el carácter contradictorio de hablar de un contenido inestructurado, de lo dado no conceptualizado o de un substrato carente de propiedades. Recordando la divisa kantiana, sostiene que la noción de contenido puro es una noción vacía.

En segundo lugar, así como no tiene sentido referirse a un dado inestructurado, es una pretensión abusiva sostener la exigencia de un sólo modo de estructurar correcto. Lo dado se presenta siempre en un mundo pero, a la vez, no hay un único mundo en definitiva correcto o, en otros términos, un mundo por así decir último, al que pudieran legítimamente reducirse todos las versiones del mundo dadas. En sus propias palabras:

> "En la medida en que seamos proclives a la idea de que existe una pluralidad de versiones correctas, que son irreductibles a una sola y que entran en mutuo contraste, no deberemos buscar su unidad tanto en un algo, ambivalente o neutral, que subyace a tales versiones cuanto en una organización global que las pueda abarcar a todas ellas".

La tercera idea básica es que cada mundo se construye a partir de mundos preexistentes por medio de una serie de operaciones. Es así que, remitiendo con cierta ironía a la teología la indagación sobre el comienzo universal o necesario, las investigaciones relevantes son aquellas que se detienen en las diferentes maneras de hacer mundos a partir de otros mundos ya dados.

Por su parte, para designar un encadenamiento de diversos y sucesivos mundos se introduce el término *historia*:

> "Podríamos considerar la construcción de una *historia* de desarrollos de mundos sucesivos como si implicase la aplicación de algo similar a un principio regulativo kantiano, y, así, la búsqueda de un mundo primero estaría tan desencaminada como la búsqueda de un primer momento del tiempo".

Estas tres ideas básicas están en estrecha vinculación mutua y explicitan el tono global del programa de Goodman:

> "Podremos enfrentarnos a las preguntas sobre cómo se hacen los mundos, cómo se comprueban, cómo se conocen si, como hemos propuesto, nos despedimos de la falsa esperanza en un fundamento firme, si sustituimos

> la idea de un mundo por la de varios mundos que no son sino versiones, si disolvemos la sustancia en función, y si, por último, reconocemos que lo dado es, más bien, algo que tomamos por nosotros mismos".

Goodman señala, sin ánimo de exhaustividad, cinco diferentes maneras de hacer mundos. Dado que el hacer no es más que un rehacer, cada manera expone una relación entre un mundo y otro.

Uno. Composición y descomposición:

> "Hacer mundos consiste en gran parte, aunque no sólo, tanto en separar como en conjuntar, y ello a veces al mismo tiempo. Podemos enumerar, por una parte, la división del todo en partes y la desagregación de géneros en subespecies, así como el análisis de conjuntos complejos en virtud de los rasgos que los componen, el establecimiento de distinciones; y cabe referir, por la otra, la composición de totalidades y de géneros a partir de miembros y subclases, la combinación de rasgos para formar complejos, y la realización de otras conexiones."

Hay diferentes maneras de organizar, de etiquetar y de agrupar. También de desmembrar y nombrar. Estas maneras incidirán, por ejemplo, en la monotonía o inmanejable heterogeneidad de los sucesos, en su uniformidad o variedad, en su constancia o variabilidad.

Dos. Ponderación: dos mundos pueden diferir no por la manera de organizarse (o de agregar y desagregar) sino por el énfasis puesto en un aspecto u otro de su composición. En un caso lo significativo pasa a ser secundario, lo primordial se hace accesorio o irrelevante. Lo decisivo es el cambio de énfasis, de acento; es decir: la variación en cuanto al criterio que distingue lo pertinente de aquello que no lo es.

Tres. Ordenación:

> "Diversos mundos que, no obstante, sean iguales respecto a las entidades que los componen o respecto a sus respectivos acentos o perfiles, pueden ser distintos entre sí, pues cabe que difieran sus respectivas secuencias de ordenación, como sucede, por ejemplo, con los mundos de diferentes sistemas constructivos, los cuales se diferencian por su orden de derivación. De la misma manera que al margen de un marco de referencia no hay nada que esté en reposo o en movimiento, tampoco puede decirse que haya nada que sea un hecho primitivo, o anterior en el orden de la derivación, al margen de un sistema constructivo."

Goodman cita como paradigmático el análisis de Gombrich sobre la periodización decimal del tiempo histórico y la subyacente división del día en un determinado número de horas, la división de éstas en minutos y estos a su vez en segundos:

> "Al margen de todo lo que pudiera decirse de estas formas de organización, es evidente que no 'se hallan en el mundo' sino que, por el contrario, somos nosotros quienes las construimos y proponemos en un mundo. Los procesos de ordenación son parte de la construcción de mundos, al igual que lo son los de composición, descomposición y ponderación de las totalidades y los géneros."

Cuatro. Supresión y complementación. Al construir un mundo a partir de otros se efectúan eliminaciones y extirpaciones. También añadidos y nuevas aportaciones. En la conversión se pasan cosas por alto, se complementan otras, se hacen drásticas supresiones.

Cinco. Deformación:

> "Existen, por último, algunos cambios que son reconfiguraciones o deformaciones y que pudieran considerarse, según el punto de vista que se adopte, bien como procesos de corrección o bien como procesos de distorsión."

Esta enumeración será una preciosa guía para lo que sigue. Baste destacar la notable coincidencia entre la reconfiguración distorsionadora con ciertos aspectos de la visión kelseniana de la ideología. Para Goodman, la *distorsión* es una manera de pasar de un mundo a otro, mediante la deformación de aspectos del que se tome como inicial. Para Kelsen la ideología es un mecanismo mediante el cual, entre otras cosas, son *distorsionados* ciertos rasgos del derecho.

Es momento de regresar sobre nuestros pasos. El punto de partida: una serie de sugerencias de Alchourrón y Bulygin que permitirían destacar un papel característico de las definiciones jurídicas que fuera de mayor envergadura que su en apariencia única función identificadora de normas. El punto neurálgico de semejante indagación se encuentra en que las definiciones ponen de manifiesto el aparato conceptual mediante el cual el derecho *piensa* la realidad.

La primera remisión fue al programa de Strawson, a partir del cual aquel "aparato" puesto de manifiesto se percibe como un entramado o esquema metafísico de conformación del mundo. Geertz, más específico, propone considerar que la médula del derecho no está en las reglas o normas, sino en la proposición de una versión del mundo, entendido como una forma de imaginar o simbolizar la realidad.

Tales enfoques nos derivaron a los ensayos de Goodman, quien pone el acento en el carácter insostenible de un dato inestructurado (o neutral con respecto a una forma de pensar, imaginar o simbolizar), en la pluralidad de mundos irreductibles a un mundo último o fundamental y, por último, en las diferentes maneras (operaciones, procedimientos) mediante las cuales es posible construir un mundo a partir de otro (composición, descomposición, ponderación, ordenación, sustitución, complementación y deformación).

Estas convergencias no cancelan las múltiples diferencias que presentan las perspectivas convocadas. Un sólo ejemplo ilustrativo. Strawson no aceptaría muy fácilmente las ideas de Goodman o Geertz relativas a una irreductible pluralidad de mundos o, en su vocabulario, de estructuras conceptuales. Tal como señala en la misma introducción de *Individuos*:

> "... hay *una* sólida médula central del pensar humano que no tiene historia –o no tiene ninguna registrada en las historias del pensamiento; hay categorías y conceptos que, en su carácter más *fundamental*, no cambian en absoluto–."

Esta neta posición es la que conduce a Strawson a considerar que hay categorías condicionantes que son, en definitiva, no contingentes, aspecto en el cual este programa de investigación es mucho más fiel a sus raíces kantianas que los otros, calificables de pluralistas.[40]

La convergencia ensayada es parcial y, por lo tanto, no elimina las profundas controversias que subyacen a las diferentes perspectivas usadas, las que a cierto nivel devienen ineludibles.

¿Qué pueden significar estas consideraciones en relación al *derecho*? ¿Que significa que el *derecho* incluya como componente interno un aparato conceptual o que proponga una forma de imaginar lo real o una propuesta de mundo?

Una posible respuesta es la siguiente: las normas se destacan a partir de un trasfondo conceptual que organiza la experiencia. Es el propio derecho el que presenta de muy particulares maneras el mundo sobre el cual las normas actúan. Tal es, por así decir, el tablero donde se desarrollará el juego normativo.

Cuando Geertz resalta de manera un poco abrupta que el derecho no sólo regula sino que constituye a las conductas, nos quiere decir que dichas conductas no se ofrecen a las normas (las que a su vez se refieren a aquellas conductas, para declararlas prohibidas, obligatorias o permitidas) como un dato en bruto, *ex structura*, sino que ellas ya están previamente filtradas por una manera de pensarlas, esquematizarlas, imaginarlas, conceptualizarlas o simbolizarlas.

Goodman nos aporta una serie de operaciones que son las relevantes para construir esa forma de imaginar o para entender el pasaje de una forma a otra. Estas últimas indicaciones son de gran importancia, pues puede conjeturarse que el derecho incluye mas de una forma (o más de una versión de mundo) y que, por tanto, podrían ser estudiadas con precisión sus diferentes relaciones.

Además, la forma jurídica de imaginar o simbolizar lo real convive con otras formas no jurídicas, con la cuales también cabe suponer que entabla algún tipo de vinculación. En particular con esa forma o enjambre de formas que cabe designar

40. Para un relectura de Kant, ver: Strawson, P., *Los límites del sentido. Ensayo sobre la Crítica de la Razón Pura de Kant*, Madrid, Revista de Occidente, 1975.

como el *mundo de la vida cotidiana*, cuya importancia fue señalada por autores tan diversos como Husserl y Wittgenstein.

Un 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 parece posible construir un conjunto de definiciones y clasificaciones básicas que organizarían una sólida, aunque parcial, versión del mundo social moderno.

Tales definiciones y clasificaciones, lejos de ser elementos secundarios (o identificatorios de normas) serían la *base* sobre la cual se articulan las normas. Ellas conforman el elemental aunque también intrincado tablero sobre el que se asentarán, luego, las normas civiles.

Pienso en esos núcleos conceptuales muy básicos del derecho civil, que internamente se ramifican en innumerables distinciones y categorías: sujeto de derecho, atributos de la personalidad, cosas, hechos, actos, relaciones entre personas (contratos), relaciones entre personas y cosas (derechos reales), sucesiones, etc. Se trata de un conjunto de categorías que Kelsen pretendía eliminar de la ciencia del derecho por ser metafísicas o superfluas. La cuestión, similar a la disputada respecto a los ideologemas, es que ellas no forman parte de una ciencia digamos extraviada, sino del derecho mismo, más precisamente: del aparato conceptual que imagina el mundo sobre el cual se destacan las normas. Parece razonable sostener que se está frente a una manera muy específica de componer los elementos de este mundo, de agrupar y desagregar rasgos, de efectuar distinciones y distribuir énfasis, de clasificar y ordenar.

En una frase: el *derecho* incluye, en términos de Strawson, una metafísica. O en los otros léxicos: un esquema conceptual, un aparato imaginativo o un entramado simbolizante. Claro que esta metafísica o forma o mundo es particular, relativa a coordenadas espaciales y temporales muy restringidas. Lo cual induce, entonces de manera no strawsoniana, a introducir una vez más la cuestión de la historicidad en el enfoque explicativo del derecho.

Más que frente a una respuesta estamos ante el *embrión* de una respuesta. Ante una vía posible de investigación que está sugerida y no realizada por los ensayos aquí concernidos. Son ramificadas las consecuencias. Citemos un último párrafo de Alchourrón y Bulygin:

> "La importancia de las definiciones y de los enunciados analíticos es muy grande en toda ciencia empírica; basta 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)

Las cuestiones giran en torno a las definiciones al interior del *derecho* y no sólo 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. En otros términos: un análisis de los actos y procesos revolucionarios tendría que poner especial atención, más que en las normas, en los cambios del aparato conceptual mediante el cual el derecho imagina la realidad. Lo cual remite, otra vez, a la historicidad, pues ¿qué mas 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 actual o del 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. En numerosas ocasiones, para descalificar a semejante actividad, se designa a la dogmática civil como una ciencia puramente taxonómica, una pseudociencia preciosista y estéril.

Esto que hasta el presente aparece como un "defecto" de la dogmática civil (su deplorado retraso epistemológico) se mostraría más bien como un defecto de aquellos que la juzgan. Pues la dogmática civil estaría reconstruyendo no sólo normas sino la médula del aparato conceptual del derecho moderno, la base categorial de, al menos, ciertos tramos fundamentales de la experiencia social moderna.

Capítulo 15
La contaminación

"¿Puede siempre reemplazarse con ventaja una figura difusa por una nítida? ¿No es a menudo la difusa lo que justamente necesitamos?

Una de las funciones relevantes de las definiciones jurídicas (y de manera concomitante de las clasificaciones) es la de hacer explícito el aparato conceptual mediante el cual el derecho imagina lo real.

Tal afirmación no implica eliminar la función señalada por Alchourrón y Bulygin. Simplemente se trata de *moderar* la adjetivación y entender que la función de contribuir a la identificación de las normas no es, como se pretende, la única. Las definiciones cumplen dos cometidos. Exhibir la trama conceptual mediante la cual el derecho imagina un mundo en base al cual operarán las normas. Y contribuir de diversa forma a identificar estas últimas.

A su vez, las definiciones son un tipo de componente jurídico que guarda similitudes con las normas. Ambas son el resultado de la reconstrucción, llevada a cabo por la dogmática jurídica, de acuerdo a una serie de criterios analíticos y explicativos aportados por una teoría de diferente nivel discursivo.

Toda la problemática de la interpretación se presenta con igual gravedad en ambos casos. Ante un texto empírico dado son posibles plurales reconstrucciones, tanto de uno u otro componente. Dada la mentada indecibilidad de dichos textos, es parte de la propia labor dogmática determinar o decidir en cada caso de qué se trata.

Las mismas consideraciones valen para ese grupo, aún internamente no despejado: los ideologemas.

Sobre esta problemática cabe tener en cuenta una breve indicación de Alchourrón y Bulygin:

> "Sólo la reconstrucción *global* de un texto *completo* permitirá identificar ciertos artículos como definiciones o enunciados analíticos y otros como formulaciones de normas." (*AL*, 461)

Dos condiciones muy severas son aquí señaladas. Globalidad en cuanto a la reconstrucción y completitud en cuanto al texto concernido. Más moderadamente, se trata

de poner de manifiesto que, ante una amplia gama de componentes posibles y que se encuentran a disposición del intérprete (normas, definiciones e ideologemas), la tarea reconstructiva no puede limitarse a un mero artículo o párrafo de un texto jurídico. Dicha tarea tiene que ampliar su base textual y, a la vez, estar guiada por un ánimo de globalidad. Lo cual no significa que semejante globalidad pueda ser alcanzada (toda reconstrucción es al fin de cuentas parcial) o que haya un mecanismo preciso para abarcar al texto en su totalidad (siempre puede indicarse un texto que no ha sido considerado).

Aquí se abre otro racimo de cuestiones que son de innegable relevancia. Su eje está en la idea del carácter ordenado o sistemático del derecho. Si ya con el restrictivo criterio de considerar solamente como derecho estricto a las normas, su carácter ordenado o sistemático condujo a enormes perplejidades y debates, la situación se agrava al hacerse más laxo el criterio y admitirse una pluralidad de componentes genuinamente jurídicos.

En este aspecto, las sucesivas indagaciones de Alchourrón y Bulygin son de capital importancia, al poner de manifiesto las dificultades inherentes a la noción intuitiva de orden jurídico, cuyos rasgos son a la vez plausibles pero, en muchos casos, incoherentes. A partir de las dificultades implicadas en el sostener que un orden jurídico es un conjunto de normas y, de manera simultánea, que este conjunto mantiene su identidad aún cuando cambie el contenido de las normas, se propone distinguir dos conceptos diferentes que estarían confundidos bajo la idéntica expresión de orden jurídico.

Un *sistema normativo* es un sistema momentáneo (es decir: referido a un determinado momento temporal) de normas. El orden jurídico, en cambio, es una *secuencia* de conjuntos de normas, esto es: una secuencia de sistemas normativos momentáneos.

Como presupuesto de este desarrollo está la definición misma de sistema normativo que, como es habitual, se basa en las ideas de Tarski. Las normas forman un sistema, éste es de carácter deductivo y, en fin:

> "... un sistema (deductivo) es un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias (lógicas)." (*AL*, 396)

Admitida la pluralidad de componentes, se plantea la posibilidad de considerar plurales sistemas, ya no sólo normativos, sino relativos al aparato conceptual y al conjunto de los ideologemas. Ello bajo la suposición, también controvertible o sujeta a discusión, de que tanto las definiciones (junto a las clasificaciones) como los ideologemas se presentan bajo cierto orden y no de manera caótica.

Dado que estos últimos componentes, formando parte del derecho positivo, son, al igual que las normas, creados y aniquilados por actos de voluntad y que, a su vez, esto conduce a aceptar continuos cambios en el tiempo de ese derecho positivo, la problemática que condujo a distinguir orden (secuencial) y sistema (momentáneo) se reproduce ahora en este nivel de análisis.

Un orden jurídico será una secuencia de diversos tipos de conjuntos o sistemas: normativos, conceptuales (imaginativos de un mundo) e ideológicos, cada uno con sus singulares tiempos o ritmos de cambio, no necesariamente coincidentes. Él será un conjunto de *secuencias de sistemas*.

Ante los textos jurídicos reales las reconstrucciones llevadas a cabo dan lugar a un enjambre, a un tejido complejo, donde las conexiones entre los elementos normativos, conceptuales e ideológicos no son tan fácilmente distinguibles. Y si bien en la práctica las diversas tareas son realizadas al mismo tiempo, resultando "extremadamente" difícil separarlas,

> "sin embargo, las distinciones conceptuales son muy importantes: sin ellas no sería posible trazar un cuadro claro de la compleja actividad que corresponde a la dogmática jurídica." (*AL*, 480)

Aun cuando sea extremadamente difícil distinguir entre sí las normas, el aparato conceptual y los ideologemas, sin efectuar las distinciones y sin indagar en sus caracteres, fines y funciones, sería imposible trazar un mínimo cuadro del propio derecho. Claro que, de inmediato, Geertz plantea su réplica:

> "Es mejor pintar el mar como lo haría Turner que intentar hacer de éste una vaca de Constable."

Sin embargo, semejante postura no exime de desentrañar los específicos entrelazamientos que caracterizarían a semejantes sistemas, tarea que conduce a efectuar explicaciones y análisis concretos y rigurosamente delimitados, donde la claridad no está ni supuesta ni es alcanzable por completo, pero donde tampoco la confusión es completa o absoluta.

Para utilizar una de las más ricas imágenes hegelianas, sumamente reveladora más allá de nuestros juicios sobre la lógica en la que ella se enmarca: los fenómenos no se dan ni bajo la claridad absoluta del día ni bajo la oscuridad también absoluta de la noche, sino en la *impureza del medio*, en la luz enturbiada o en la oscuridad aclarada. Ese precario equilibrio entre las absolutas luz y oscuridad es lo que Hegel denomina como el *ser existente*:

> "Para el ser que es mediado vamos a conservar la expresión existencia. Pero se representa al ser de cierto modo con la imagen de la pura luz, como la claridad del ver no enturbiado, y la nada en cambio como la pura noche, y se relaciona su diferencia a esta bien conocida diferencia sensible. Pero en la realidad, cuando uno se representa también este ver de un modo más exacto, puede muy fácilmente advertir que en la claridad absoluta no se ve ni más ni menos que en la absoluta oscuridad, esto es, que uno

> de los modos de ver, exactamente como el otro, es un ver puro, vale decir, ver nada. La pura luz y la pura oscuridad son dos vacíos que son la misma cosa. Sólo en la luz determinada –y la luz se halla determinada por medio de la oscuridad– y por lo tanto en la luz enturbiada puede distinguirse algo; así como en la oscuridad determinada –y la oscuridad se halla determinada por medio de la luz– y por lo tanto en la oscuridad aclarada es posible distinguir algo, porque sólo la luz enturbiada y la oscuridad aclarada tienen en sí mismas la distinción y por lo tanto un ser determinado, una existencia concreta."[41]

Las teorías están siempre contaminadas. Son impuras. Nada hay en el universo que no lo sea. De lo contrario, ya sea que supongan la completa oscuridad o confusión, ya sea que supongan la completa claridad o transparencia, su pretensión de ver se trastoca en un no ver nada, como si la pretensión de la pureza fuese el obstáculo mismo para el ver que conduce al análisis riguroso posible.

El ideal de la pureza, paradójicamente, quizás no sea el ideal evidente de la ciencia, sino la marca develadora de la ideología.

41. Ver: Hegel, G., *Ciencia de la Lógica*, Buenos Aires, Solar, 1968, p. 120 del Tomo I.

Capítulo 16
La mezcla

"Luchamos con el lenguaje.
Estamos en lucha con el lenguaje."

Sea un texto jurídico cualquiera. Podrá considerarse como derecho *strictu sensu* o *derecho* o derecho-objeto a todas aquellas oraciones de ese texto que se dejan reconstruir como normas, definiciones e ideologemas. Es decir: oraciones prescriptivas (prohibiciones, permisiones, obligaciones), aparato conceptual (definiciones y clasificaciones), enunciados legitimantes o ideologemas (ficciones, presunciones, metáforas, transfiguraciones, justificaciones, personificaciones).

La dogmática jurídica o ciencia del derecho es la encargada de efectuar esa reconstrucción. Dado que no hay una evidencia clara y distinta que permita distinguir y deslindar a los componentes jurídicos (esto es: el carácter opaco 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 posibles, cada una de las cuales se considera a sí misma la correcta presentación del derecho positivo.

Luego: cada una de esas reconstrucciones se hace a partir (o en el contexto) de una teoría dogmática local, que aporta justificaciones que pretenden dar razón de aquella reconstrucción y que permiten afirmar que ella es la correcta (y no simplemente arbitraria).

El texto jurídico es el opaco lugar de una indecibilidad. Susurra su sentido, pero su voz en tan baja, que desafía al lector que se le acerca. Es así que él requiere, y hasta exige, no inverosímiles proposiciones descriptivas, sino teorías que decidan, reconstruyan y polemicen.

La dogmática es el lugar de una disputa, de una lucha, de un conflicto de lecturas. Afirmar una interpretación implica, de suyo, negar otras, refutarlas. Nada más ilustrativo del carácter polémico de la dogmática que estas concisas palabras:

"No hay un sujeto neutral. Uno es forzosamente el adversario de alguien."[42]

Como una moneda, o una hoja, la teoría del tercer nivel tiene una intrincada doble faz. Ella es eminentemente explicativa, al presentarse como una teoría de las funciones, finalidades y caracteres del derecho. Explicación del cómo y el por qué del derecho. También es analítica, al aportar los criterios para reconstruir estrictamente al derecho-objeto.

42. Ver: Foucault, M., *Il faut défendre la société. Cours au collège de France, 1976*, París, Gallimard,1997, p. 44.

Resulta cristalina la correlación existente entre el análisis y la explicación. Sólo a partir de una concepción que indique los diferentes cometidos y características del derecho deviene posible individualizar los criterios que permitan distinguir los componentes del derecho-objeto. En resumen: el discurso jurídico ya no es lineal, sino *ramificado*. Cada uno de sus niveles no es más simplemente unimodular, sino *plurimodular*. El criterio de individualización del tercer nivel ya no es monista, sino *diferenciado*. La dogmática jurídica o ciencia del derecho ya no es descriptiva, sino *polémico-interpretativa*. La teoría general ya no se limita a ser sólo analítica, sino que es *explicativo-analítica*.

El momentáneo resultado, la forma extendida del discurso jurídico, aporta una imagen mucho más flexible del derecho. Más cauta a la hora de utilizar términos tajantes. O, si se quiere, menos estrecha o reductiva. ¿Más fidedigna?

Tanto los niveles como sus mutuas relaciones son ahora más complejos, necesitados de innumerables indagaciones que ahonden, mediante las conjeturas y refutaciones del caso, esas momentáneas respuestas obtenidas. Cada respuesta es ya una nueva pregunta; más aún: cada respuesta es el sitio de emergencia de plurales preguntas y, luego, de muy diferentes interpretaciones posibles.

Ésta es una síntesis de los rasgos elementales de la forma extendida del discurso jurídico:

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 tarea básica de la dogmática;
e) *explicación y análisis* como tareas básicas de la teoría general;
f) *conflicto y polémica* como tonalidades globales.

Algunas consecuencias de esta ampliación de la forma básica.

En primer lugar los niveles, tanto en su interior como en su relación mutua, están atravesados de desajustes. En los términos canónicos de Althusser, hay entre ellos un *decalage*.

El discurso no es un todo homogéneo y ajustado, sino una complicada red de conexiones y desconexiones, de ajustes y desajustes, de ligamentos y desfasajes.

Tal como señala Marí, resumiendo el estudio del discurso realizado por la indagación analítica:

> "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."[43]

43. Ver: Marí, E., "*Moi, Pierre Riviere* ... y el Mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas", en *El discurso jurídico*, *op. cit.*, p. 57.

Tales desajustes se mueven en múltiples planos que mutuamente se interfieren. Hay muchas maneras de explicar al derecho, todas las cuales juegan su papel al interior mismo del discurso jurídico. Cada una de ellas destaca un aspecto, pone énfasis en una función, se demora en un carácter peculiar.

Esto no significa que sean de por sí compatibles o, peor aún, integrables en una especie de esperpento ecléctico, dispuesto a buscar una tregua con dios y con el diablo. Puede haber afinidades, sin duda, pero también hay diferencias irreductibles, distancias insalvables, enfrentamientos de notable intensidad.

También son muchas las perspectivas dogmáticas, ya sea por la proliferación de diferentes teorías locales, o por la variable incidencia que pudieran tener las diferentes visiones explicativo-analíticas del tercer nivel. Aquí, de nuevo, el enfrentamiento recrudece; se hace visiblemente dramático si se percibe que uno de los resultados de esta contienda es la proliferación de diversas maneras de reconstruir o interpretar al derecho-objeto del primer nivel. Escándalo que se manifiesta en la más nimia de las experiencias que caracterizan al ejercicio liberal de la abogacía: ante la consulta de cuál es la "situación jurídica del caso", la respuesta obligada, y también prudente, es sin duda: *depende*. Respuesta que causa inquietud, al deja insatisfecha la demanda de *una* palabra cierta. Y si se le insiste, el abogado seguramente contestará:

> "Pero no puedo tener presentes al mismo tiempo todos los modos de empleo de una palabra."[44]

En esta instancia, nuevas y variadas rectificaciones son requeridas, pero aquí, de nuevo, tampoco hay necesidad alguna de acudir a lugares remotos, pues muchas de ellas ya están sugeridas en las limitadas presentaciones de que disponemos.

Cabe dudar de la posibilidad de fijar un *último* metalenguaje al interior del discurso jurídico. ¿Qué o quién impide agregar una y otra vez un nuevo meta-lenguaje que tome como lenguaje-objeto al que hasta el momento se tomaba como último? Nada o nadie puede hacerlo. Son sólo razones de conveniencia, de posibilidad de manejo de acuerdo a la situación, de oportunidad si se quiere, las que imponen una detención o recorte que será siempre, en alguna medida, arbitrario.

Esta es una de las ideas que quizás intentaba transmitir Lacan al afirmar, mediante una máxima provocativa y hasta absurda, que no hay metalenguaje. O al decir, más drástico aún, que no existe metalenguaje alguno.

El hecho, banal, aquí concernido, es que nunca encontraremos una última palabra. No está en nosotros siquiera poder formularla –aún cuando tal vez sí esté en nosotros el deseo de formularla en cuanto fantasía de omnipotencia–. Y si hay, de manera inevitable, una palabra siguiente a la que proferimos, ahí ya está en germen la posibilidad de un metalenguaje que abarcará a los precedentes, pero que de inmediato se ofrecerá para ser superado por otro:

44. Ver: Wittgenstein, L., *Gramática filosófica*, México, Unam, 1992, p. 11.

> "La estratificación elemental de lenguajes no es otra cosa más que una secuencia ordenada que tiene un límite inferior pero no superior. Sea un lenguaje L_1; hablar de él exige un lenguaje L_2 que lo sobrepase y objetive; igualmente hablar de L_2 exige L_3; etc. Evidentemente no hay un metalenguaje sino varios. No hay metalenguaje absoluto, el *último* como tal..."[45]

Esta circunstancia trae consigo una consecuencia no menor: el carácter *difuso* del discurso jurídico. O si se quiere, se trata de asumir el carácter difuso de los límites del derecho. Allí donde se trazó una gruesa línea para distinguir a lo jurídico de lo que no lo es, por un mismo movimiento, ínsito en ese trazado, se abrió el camino de nuevas e imprevistas conexiones. Clásica constatación hegeliana: el dibujo de una frontera ya lleva consigo la posibilidad de su traspaso.

Corolario paradójico, puesto que el camino que se hace para pulir el estricto ámbito del derecho-objeto es el mismo que muestra lo difuso de la frontera que se traza.

Aquí también juega la ya mencionada indecibilidad de los textos jurídicos. Cada uno de los sucesivos metalenguajes se materializa al fin de cuentas en un conjunto de textos. Vana es la búsqueda de un reino inmaterial de los significados. Atribuir significado a un texto es introducir un nuevo texto. Esta proliferación desplaza la indecibilidad de un nivel a otro, hasta que se hace ubicua y generalizada.

Un indicio sencillo de tal circunstancia está en el intento una y otra vez repetido de deslindar, para poder decir, con relativa certeza, *esto* es genuinamente derecho, *esto* otro es dogmática, *esto* es teoría general. Sin embargo, parece mayor la fuerza de la intersección que la del deslinde.

Dicho con una imagen: la tendencia a la mezcla, lejos de refrenarse por los intentos de desembrollarla, encuentra en esos intentos un punto de apoyo para propagarse. Como si el discurso jurídico tuviese en este aspecto una astucia prodigiosa, esquiva a las recurrentes pretensiones catastrales que, además, en él intentan prosperar.

Doble incidencia, entonces, del desdibujamiento de los límites. Por un lado, y para usar los términos de Tarski, la movilidad del límite que fijaría el último "lenguaje de nivel superior". El último pasa a ser el anteúltimo. Y así sucesivamente. Por otro, se reconoce la movilidad de los límites que separan entre sí a cada uno de los niveles que son *inferiores* al supuesto último metalenguaje. Por más decisiones deslindantes que se tomen siempre quedará un punto, crucial, que desafíe las fronteras y dónde ya no se sepa cómo calificar. Puede hacérselo huir, creer que ha sido domado, pero él está, ahí, al acecho, para desmentir cualquier mapa de límites exactos.

Todo esto, a su vez, teñido y atravesado por la polémica. Cada concepto que se enuncia, cada teoría que se desarrolla, cada límite que se traza, cada decisión que se adopta, supone una problemática y da curso a un enfrentamiento. Cada palabra es una respuesta, pero también un desafío, una incitación a la réplica y a la confutación.

45. Ver: Miller, J., *Matemas II*, Buenos Aires, Manantial, 1988, p. 74.

Así como el discurso es astuto, ningún protagonista es inocente. Cada argumento es una estrategia, un conjunto de jugadas tácticas en medio de una disputa generalizada. De ahí que los parlamentos y malentendidos del teatro trágico resulten una imagen más fidedigna que el diálogo comunicativo.

Alchourrón y Bulygin indican que las adjudicaciones de significado, las elecciones de la dogmática, están apoyadas en razones más o menos convincentes (*AL*, 471). Ante ello, se notó que la dogmática pretende efectuar interpretaciones correctas, término más fuerte que el de convincentes. Sin embargo, a pesar de la *pretensión* de la dogmática, lo convincente parece un término adecuado para remarcar el carácter estratégico de sus argumentos. Su objetivo es vencer, con-vencer. Y, para ello, se afirma en la corrección de su perspectiva, pues no resulta *convincente* sustentar una posición por la sola razón de ser *convincente*.

Aquí juega, de manera positiva, la distinción de niveles discursivos. En tanto aquello que la dogmática jurídica presenta como correcto deviene, desde la óptica de *otro* nivel, como convincente. Las disputas, que para la dogmática jurídica o ciencia del derecho, son debates sobre la corrección de una lectura, pasan a ser, a otro nivel, conflictos estratégicos de con-vencimiento.

Ahora bien, táctica y estrategia son, al menos en ciertas clásicas tradiciones que se remontan hasta Maquiavelo, elementos nucleares de la política. La asociación se hace identificación: de los argumentos a las estrategias y de éstas a la política.

Aquí resulta pertinente una apreciación de Carl Schmitt: no hay forma más intensa de hacer política que la de tomarse a sí mismo como no político ("o sea como científico, justo, objetivo, imparcial, etcétera") y, al otro con el que se polemiza, justamente y para neutralizar o desechar sus posiciones, como político.[46] Althusser, más austero, sostiene a los conceptos en tesis y a éstas en posiciones en conflicto.

Por cierto, 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 combate honorable, sino también esa mezquindad ligada a lo que Freud llamó el narcisismo de las pequeñas diferencias.[47]

En segundo lugar hay que admitir el escaso margen que se va generando para predicar de alguna teoría la generalidad. Parece más razonable suponer que toda teoría, sea del nivel que sea, es particular. Esto significa: históricamente fechada, encastrada en coordenadas espacio-temporales precisas. Ligada a una situación.

46. Ver: Schmitt, C., *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985, p. 41.

47. "En cierta ocasión me ocupé en el fenómeno de que las comunidades vecinas, y aún emparentadas, son precisamente las que más se combaten y desdeñan 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*, Buenos Aires, Hispamérica, 1981, *Obras Completas*, Vol. 17, p. 3052.

El itinerario recorrido tuvo un desmedido énfasis intemporal, aunque tal vez requerido por el propio curso tomado. Puesta de manifiesto del discurso, distinción de niveles, diferenciación de un criterio, multiplicación de componentes jurídicos, indecibilidad del texto, carácter decisorio de las teorías, en esas cuestiones nos demoramos. Pero cada rasgo tiene una proveniencia particular, lugares concretos de emergencia, precisas controversias o coyunturas que le dieron nacimiento. También es rastreable el momento de su encuentro, de su fusión, de su encadenamiento.

No hay aquí ninguna necesidad, ninguna finalidad preconstituida, ninguna predestinación histórica. Extrapolar cualquier resultado que se considere correcto al plano abstracto de una esencia intemporal, (o si se sospecha del lenguaje de las esencias: al plano convencional de un rasgo puramente formal) es más un acto de imprudencia que una exigencia calificable, digamos, de racional.

De ahí que las teorías del tercer nivel, más que generales, quepa designarlas como *básicas*. Consecuencia inevitable, surge la pregunta de qué incita a pretender la generalidad. Quizás haya, similar al deseo de uniformidad indicado por Hart, un anhelo de generalidad. Una explicación más sobria debiera atenerse a los datos en juego. En ese caso hay allí una estrategia, un objetivo, un blanco, un oponente a derribar, una ciudad a conquistar.

En tercer término, y de manera colateral, deviene posible morigerar las críticas que Alchourrón y Bulygin le efectúan a ciertos aspectos kantianos de la teoría pura, particularmente en lo relativo el carácter creativo-constructivo que en ocasiones se le asigna a la dogmática jurídica o ciencia del derecho.

Alchourrón y Bulygin citan el siguiente párrafo de Kelsen, extraído de la edición francesa de 1953 de la *Teoría Pura del Derecho*:

> "Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico." (*AL*, 506)

Al margen de las explícitas referencias kantianas, el enfoque de Kelsen guarda cierta semejanza con el desarrollo precedente. En los propios términos de Alchourrón y Bulygin: si previo a las tareas de sistematización hay que llevar a cabo una labor de identificación o reconstrucción; si dicha reconstrucción está enfrentada a una indecibilidad que implica tomar elecciones, es decir: decisiones; y si, por ende, tales decisiones pueden ser de muy diferente índole, entonces hay un gramo de verdad en la afirmación kelseniana referida al carácter constitutivo (o creativo o constructivo) que tiene la dogmática jurídica o ciencia del derecho. Por cierto, en uno y otro caso hay diferencias de vocabulario y distintos enmarques contextuales; pero ello no debiera ensombrecer las afinidades o verosímiles convergencias.

No obstante, Alchourrón y Bulygin encapsulan esta anotación, siguiendo sin lugar a dudas la autopresentación de Kelsen, en el aspecto kantiano de la teoría pura, aspecto que progresivamente se iría diluyendo. En el caso, tal evaporación se haría en favor de una visión descriptivista de la ciencia del derecho:

> "De este modo Kelsen abandona la idea de la creación epistemológica de las normas jurídicas y asigna a las proposiciones jurídicas un papel más *modesto* de descripciones de las normas creadas por las autoridades." (*AL*, 507)

Se ve reproducido, en otro plano de lectura, el dilema entre una visión polémico-interpretativa de la dogmática (*sugerida* por Alchourrón y Bulygin) y una visión descriptivista (*defendida* al nivel programático). Dilema que no sería propio de un autor, sino itinerante, presente en un campo teórico de mayor amplitud o, quizás, congénito al propio juego que se forma al interior mismo del discurso jurídico.

Sí deviene razonable poner en duda la *modestia* que implicaría la mentada asignación de un papel puramente descriptivo. Si los rasgos polémicos y reconstructivos son ubicuos, esto es, si ellos son los que encontramos en cada frase, en cada lugar o en cada momento jurídico, nada más trivial que reconocerlos.

Reconocer una tarea trivial y común es justamente asignar un papel modesto. La pretensión, ahora, de falta de modestia, está en atribuir a las proposiciones de la dogmática un carácter singularísimo, como ser la descripción. Extraño privilegio, pero que se presenta a sí mismo, para hablar con el léxico penal, bajo la maquinación o ardid de la modestia.[48]

48. La "virtud de la modestia" es para Nietzsche una de las características del filosofar histórico, en contraposición al pecado original de los filósofos, que es justamente su falta de sentido histórico y su concepción del hombre como una *aeternas veritas*, ver: Nietzsche, F., *Humano, demasiado humano*, Madrid, Akal, 1996, parágrafo 2 de la primera parte "De las cosas primeras y últimas", p. 44.

Capítulo 17
El limón en la cebolla

"Uno de mis métodos más importantes es imaginarme el transcurso histórico de la evolución de nuestros pensamientos de modo distinto a cómo fue. Al hacerlo así, el problema nos muestra un aspecto del todo nuevo."

Es hora de concluir. Para ello se volverá a su inicio. No para cerrar un círculo, itinerario que no haría más que recomenzar al final de cada una de sus vueltas. Más adecuada es la figura del espiral, pues cuando se tiene la sensación de volver, en realidad se produce un desplazamiento que da lugar a una nueva travesía.

En su ensayo sobre la idea de validez en la teoría pura (*AL*, 499) Alchourrón y Bulygin señalan, en una de sus numerosas disecciones de los principios rectores de dicha teoría, cuatro tesis como definitorias del positivismo: la separación tajante entre ser y deber; la concepción no cognoscitiva de los juicios de valor y de las normas como prescripciones que no son ni verdaderas ni falsas; la tesis de la positividad del derecho; 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*. política puede ser considerada como el *núcleo* del programa positivista de una ciencia avalorativa." (*AL*, 502)

Ya 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 también indicada, al deslizarnos de los argumentos a las estrategias y de éstas a la política: el carácter indiscernible de las explicaciones del derecho y el ejercicio del poder.

De ser así, y esto es *ahora* una conjetura plausible, se está en la puerta de considerar conectadas a las teorías del derecho y del poder. Y si digo *ahora* es por haber llegado a ella al seguir una serie de pistas halladas en una concreción particular del programa

positivista y no, por lo tanto, traídas de una manera externa a dicho programa. Pues, en este último caso, el recorrido precedente sería superfluo, ya que si se parte *ab initio* de la identidad entre teoría jurídica y ejercicio del poder toda la cuestión, para recurrir a la admirable retórica de la jerga judicial, devendría abstracta.

Un ejemplo, muy simple, esquemático y brevemente expuesto. El *texto* constitucional incluye al artículo 14 bis.[49] Frente a ese texto, que es uno, se encuentran plurales reconstrucciones o interpretaciones, de las cuales sólo indicaremos una mínima porción.

Una primera teoría constitucional dirá que ahí se expresan normas, traducibles en derechos, a su vez correlacionados a deberes y garantías. Tales derechos no tienen diferencia alguna con los restantes derechos constitucionales y, en consecuencia, merecen ser tratados como aquellos. Es decir: hay allí un material textual relevante para la construcción del *derecho constitucional argentino* como sistema normativo.

Una segunda teoría, aceptando la precedente lectura, dirá que tales normas son programáticas, es decir, que el ejercicio de los derechos allí declarados está subordinado al dictado de una ley por parte del órgano legislativo. Aquí se abren dos alternativas. Pues una tercer perspectiva puede considerar que al no haber ningún plazo fijado, nada obsta a que el órgano nunca dicte la ley del caso y que, por ende, nunca se dé la ocasión de ejercer esos derechos. En cambio, hay interpretaciones que consideran que hay allí fijado un plazo implícito y calificable de razonable. De no dictarse la ley en un plazo prudencial, esos derechos ya están en condiciones de ejercerse y, por tanto, su no ejercicio es una lesión o daño que habilita a deducir una acción para exigir su cumplimiento. Se ve que cada término (razonable, prudencia) es la ocasión para nuevas lecturas o interpretaciones.

Una quinta lectura, aceptando la reconstrucción normativa del texto, entenderá sin embargo que la distinción entre normas programáticas y operativas es espuria, que el texto constitucional no la incluye y que, por ende, no están sujetos a condición legislativa alguna. El deber del órgano es el de reglamentar el ejercicio del derecho, pero no el de obstar por omisión ese ejercicio, que ya está protegido desde el dictado de la ley fundamental. A esta misma conclusión, pero por vías diferentes, llegaría la lectura que aceptando aquella distinción entre normas, considerase que éstas son genuinamente operativas.

Por supuesto, en cada uno de estos casos habrá diferentes maneras de definir a cada uno de los términos del texto considerado, donde variarán en consecuencia las normas que se encuentran concernidas.

49. Aún cuando extenso y conocido corresponde citar al menos el primero de sus tres párrafos: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial". Por supuesto, no pueden obviarse un conjunto de circunstancias decisivas: en particular el carácter de facto del gobierno del momento, la proscripción de partidos políticos, el golpe de estado que obviamente antecedió al gobierno, los procesos constituyentes previos, etcétera.

Una séptima lectura considerará, en cambio, que no hay allí ninguna expresión normativa, sino la formulación de objetivos políticos. Dichos objetivos, a diferencias de las normas, se pueden cumplir en más o menos, pero no generan ni derechos ni obligaciones judicialmente exigibles. Tales objetivos, por ejemplo, se encontrarían condicionados por la cantidad de recursos públicos disponibles, subordinados a los imperativos presupuestarios que en cada momento se juzguen adecuados.

Una octava vía considerará a dicho texto reconstruible jurídicamente, pero ni en términos normativos (es decir como expresión de derechos y deberes correlativos), ni a la manera de objetivos o principios políticos de optimización, sino en términos ideológicos (mistificación, encubrimiento, etcétera).

Puede incluso admitirse una novena vía, calificable de "media". Para ella sí se trataría de componentes jurídicos, pero ellos serían irreductiblemente ambiguos. Son (o pueden llegar a ser) tanto normas como ideologemas. Ello dependerá, por ejemplo, del conjunto de relaciones de fuerza que están presupuestas con cada decisión que se tome. Pero de antemano no hay medios suficientes para ofrecer una calificación.

Una última vía considerará, a diferencia de todas las anteriores, que en el texto considerado, a pesar del lenguaje engañoso usado, 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 visiones diferentes. Para una, tal texto no sólo no es jurídico sino que es por completo irrelevante considerarlo. Su lugar en una dogmática es totalmente superflua. En fin, para otra perspectiva, si bien este aspecto del texto constitucional no da lugar a nada 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 de jerarquía 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 esa actitud demagógica que suscita anhelos de imposible cumplimiento y que enturbia el mesurado realismo que debe guardarse al dictar una Constitución.

De una manera simplificada, o casi paródica, se reconoce en la anterior presentación un conjunto de posiciones concretas y efectivas y que fueron formuladas por prestigiosos juristas.

Es éste el momento para recapturar la noción de *historia*. Alchourrón y Bulygin la emplean al tratar la cuestión 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)

El marco del problema presentado es el siguiente. Una de las *funciones* de las normas es la de guiar conductas, permitiendo entonces que sus receptores puedan contestar la pregunta: ¿qué debo hacer en esta ocasión? Un agente, y en una situación que ofrece por lo menos dos alternativas, se ve forzado a decidir. Tal decisión se encontrará justificada si está basada en una norma verdadera:

> "Pero, ¿acaso los enunciados deónticos tienen valor de verdad? Y si los tienen, ¿en qué condiciones son verdaderos." (*AL*, 592)

Alchourrón y Bulygin sostienen que los valores de verdad de las normas dependen de tres factores.

En primer lugar de 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."

Aquí ya surge una primera limitación empírica, en tanto es fácticamente imposible conocer cualquier totalidad de hechos. Otra limitación, señalada por Alchourrón y Bulygin se refiere a las características de las descripciones:

> "La descripción depende del lenguaje usado. Un lenguaje más rico permite hacer más distinciones, algunas de las cuales –una vez consideradas– pueden ser aceptadas como relevantes." (*AL*, 603)

Cuál sea el catálogo de los hechos dependerá de la descripción que se haga y ésta, a su vez, dependerá de la riqueza del lenguaje usado. Alchourrón y Bulygin nos incitan a preguntar qué significan la riqueza o pobreza de un lenguaje. Parece plausible sostener que ello dependerá de lo que se pretenda hacer. Respuesta que de ninguna manera acota la cuestión, pues las mismas tareas pueden hacerse de múltiples maneras.

Imaginemos la descripción de algo mucho más simple que un conjunto de hechos: una fruta, un limón. ¿Cómo describir un limón? O mejor dicho: ¿por dónde pasa la riqueza o pobreza del lenguaje de la descripción?

Esto es lo que nos dice Montale, traducido por Armani:

> "Hasta que un día, a través de un portón mal cerrado, / entre los árboles de un patio / se nos aparece el amarillo de los limones, / y se deshiela el corazón, y retumban en nuestro pecho / sus canciones / las trompas de oro del esplendor solar." (*I limoni*).

Apunta Machado, quien una y otra vez se ocupó de los limones:

> "Pobre limonero de fruto amarillo / cual pomo pulido de pálida cera." (*A un naranjo y un limonero*)

O en otra ocasión:

> "No sabía / si era un limón amarillo / lo que tu mano tenía, / o el hilo de un claro día, / Guiomar, en dorado ovillo. / Tu boca me sonreía." (*Canciones a Guiomar*)

Texto que de inmediato nos impulsa a leer a Padelletti, cuando dice:

> "Sólo a la luz del sur / el limón amarillo / muestra sus graderías / de innombrable alegría: / descubro su arco iris / amarillo / que a veces se revela / o se recata."

O también:

> "Un limón con sus hojas / es blasón / para el ojo: / es un huevo / de oro / (de dragón) / un campo de sinople." (*Limones*)

Poquedad de palabras que contrasta con la escena desplegada por Saer:

> "...y los limones amarillos y verdes llenos de poros ... El limonero real está siempre lleno de azahares abiertos y blancos, de botones rojizos y apretados, de limones maduros y amarillos y de otros que todavía no han madurado o que apenas si han comenzado a formarse. Desde que lo recuerda, Wenceslao lo ha visto siempre igual, pleno en todo momento, con ese resplandor claro nimbándolo, el punto más alto de su ciclo en los grandes limones amarillos, los botones tensos y apretados a punto de reventar, los limoncitos verdes confundiéndose entre las grandes hojas, oscuras en el anverso y de un verde más claro en el reverso." (*El limonero real*)

En fin, así describe Stevens dos peras:

> "El amarillo resplandece, / brilla en distintos amarillos, / limones, verdes y naranjas / que florecen en la piel." (*Estudio de dos peras*)

Ínfima muestra, hasta mezquina, de maneras de mostrar un sencillo limón. Cada uno de los lenguajes no es ni pobre ni rico, sino el adecuado para mostrar un limón en esa exacta situación en que se encuentra, con su color, olor, posición, madurez o luminosidad. Cada uno suscita una ánimo, una intensidad diferente: alegría o melancolía; pero también se presenta a sí mismo como un símbolo o un emblema.

Cada limón es irrepetible, no una muestra de un tipo ideal, sino una singularidad incomparable. Si cada uno de ellos hablara nos solicitaría una lengua también singular, para destacar su irrepetible peculiaridad. Sin embargo, en cada nueva ocasión que escribo la palabra *limón*, ella tiene la espesura de todas las *historias* que presentaron a los limones. Más allá de mi intención, de mi cristalino querer decir, cada una de

las descripciones está ahí, contenida en la superficie de unas pocos letras que evocan, sencillamente, un limón. Y no sólo cada descripción es la evocada, sino cada trabajo, cada mano que cosechó la fruta, que lo cortó, lo raspó o que luego de partirlo lo hizo jugo o alimento o un objeto acostado como modelo para una naturaleza muerta.

Por supuesto, los hechos que conforman una situación son mucho más complejos, incluso más refinados y sutiles, que un sencillo limón. De ahí que, con imprescindible prudencia, haya que admitir una dispersión de lenguajes para describir la situación, cada cual con sus matices, sus acentos y sus evocaciones.

El segundo factor del que depende la verdad de una norma: 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."

Los dos comentarios precedentes también son pertinentes: la imposibilidad de un relevamiento exhaustivo de las consecuencias y la dependencia de las mismas de la riqueza o pobreza del lenguaje descriptivo que se use.

Y aquí Alchourrón y Bulygin introducen 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* 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 a tener en cuenta 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."

Según Alchourrón y Bulygin los desacuerdos sobre la verdad deóntica son de dos tipos. Por un lado, están los desacuerdos sobre las historias posibles, pues considerar diferentes hechos da lugar a diferentes historias. Se trata de

> "desacuerdos fácticos (en un amplio sentido del término 'fáctico') concernientes, o bien a algunos hechos actuales referidos a la situación en que se encuentra el agente en el momento considerado, o bien a algunos hechos

> posibles referidos a situaciones futuras y alternativas que pudieran surgir como consecuencia de las acciones que el agente pueda elegir o que se deben a 'causas externas'. En otras palabras, los desacuerdos fácticos se refieren a las historias posibles: éstas serán diferentes si se toman en cuenta diferentes hechos." (*AL*, 600)

Es de notar que bajo una misma denominación (*desacuerdos fácticos*) están contenidos una *serie* de desacuerdos de diferente índole y que conviene distinguir con cuidado. Hay al menos cuatro controversias muy notorias.

Uno. Los desacuerdos relativos al problema relevante que constituye a la situación. Una misma situación es la ocasión para plantear una infinidad de problemas decisorios. Cuál sea el problema que defina la situación y que, por lo tanto, enmarque a la decisión a tomar, no es un dato evidente u obvio.

Dos. Los desacuerdos relativos al lenguaje adecuado para describir la situación. Incluso ante el acuerdo sobre el problema relevante, pueden presentarse diferencias respecto al lenguaje que se considere más pertinente.

Tres. Si bien es imposible una descripción completa, se presentan los desacuerdos relativos al grado de exhaustividad de la presentación. Se dirá: lo más completa posible. Pero salvo disponer de un tiempo infinito, hay que seleccionar qué aspectos son los más relevantes y, por ende, los merecedores de un mayor detenimiento. Se advierte una curiosa paradoja, pues cuanto más detallada sea la presentación de un aspecto, una mayor de cantidad de determinaciones son introducidas, es decir: una mayor cantidad de fuentes de desacuerdos. Como si la descripción más escueta (la menos completa o menos exhaustiva) fuera la que menos desacuerdos suscitase.

Cuatro. Los hechos futuros dependen de qué se considere posible en el paso anterior. Aquí también surgen desacuerdos, pues por dónde pasa la línea de demarcación entre acciones posibles e imposibles es un asunto que puede dar lugar a fuertes controversias. Diferentes líneas de demarcación generan diversos hechos y situaciones futuras.

Son posibles, entonces, desacuerdos sobre el problema relevante, sobre el lenguaje a usar, sobre el grado y aspecto de la exhaustividad, sobre la línea que demarca la posibilidad.

Además de los desacuerdos "fácticos" (que al menos incluyen las cuatro controversias precedentes) se encuentran los referidos a las maneras de formar las jerarquías u órdenes jerárquicos de las historias ya especificadas. Se trata de los

> "... desacuerdos valorativos o axiológicos, esto es, diferencias respecto al valor comparativo de las historias, esto es, el orden jerárquico del *mismo* conjunto de historias." (*AL*, 600)

De ahí que, según Alchourrón y Bulygin, los razonamientos prácticos persigan o lograr un acuerdo sobre las historias o la aceptación de un orden jerárquico entre ellas. 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)

Indicación sugerente: las controversias relativas a cómo describir son un momento de una disputa de mayor alcance y que versa sobre cuál es la *perspectiva* adecuada para presentar la realidad. Tales perspectivas, lejos de poder calificarse de verdaderas o falsas, son la condición para efectuar semejantes predicaciones. Apreciaciones de peso que ratifican, retroactivamente, el enfoque ensayado sobre la dogmática jurídica. Ésta, antes de ser descriptiva, es la puesta en juego de una perspectiva.

Las posibilidades, ya sea de construir diferentes historias, o de efectuar diferentes jerarquizaciones de tales historias para un mismo problema práctico (o las diferentes "perspectivas de la realidad") dan lugar a la construcción de una pluralidad de *modelos* deónticos posibles. Todo depende, en cada caso, de qué se decida tomar como problema relevante, como lenguaje pertinente y como hechos de la situación (para formar las historias posibles) y, superados los anteriores desacuerdos, de qué se decida cómo resultados óptimo y descalificado (para formar los órdenes jerárquicos). Con sólo cambiar una historia o un aspecto de la misma o su orden de jerarquización, tenemos otro modelo.

Ahora bien: un *modelo* también puede tratarse como una historia, llevando así esta noción a un funcionamiento estilo *muñeca rusa*: una historia dentro de historia dentro de otra historia.

Para utilizar el esquema del árbol topológico de Alchourrón y Bulygin: las historias son tanto las ramas como el árbol mismo. Un conjunto de historias también es una historia. Tanto en la historia como en el modelo se trata de decisiones, no percibiéndose ninguna diferencia, digamos de naturaleza, que avale una distinción en los términos empleados. Distinción en definitiva nominal, análoga a la de conjunto y elemento en ciertos modelos conjuntistas (Zermelo-Frenkel), en tanto un elemento también es un conjunto y cuyos elementos a su vez son conjuntos. Y así sucesivamente. Puede imaginarse a las historias como las capas de una cebolla interminable, todas similares, pero a la vez levemente diferentes en algún matiz, ya sea de su textura, de su espesor o de su veteada coloración.

El punto crucial que se destaca en esta ubicuidad de la noción de historia, es la ubicuidad de la cuestión de la verdad. Las dudas que manifiestan Alchourrón y Bulygin respecto a qué pueda significar la verdad de una norma, migra al conjunto de los niveles que componen al discurso jurídico. Tales dudas los llevan a actuar con cautela, poniendo de manifiesto que para hablar con sentido de valores de verdad de las normas se requiere de una secuencia de pasos previos. Estos pasos, referidos a la especificación de un conjunto de historias, se resumen en el requerimiento de aceptar una perspectiva como adecuada.

Semejante requerimiento, impuesto por idéntica cautela, es exigible en cada uno de los niveles del discurso jurídico. Tanto las reconstrucciones dogmáticas como las teorías básicas son, ante todo, perspectivas. Los valores de verdad dependen de las perspectivas y, éstas, salvo estipular otra significación de la verdad, se presentan como estrategias polémicas:

Valor de verdad → perspectiva → estrategia polémica

Pero el término *historia* tiene un grosor que no sólo cabe eliminar, sino que también es sugerente y punto de partida de nuevos itinerarios. En particular al aludir a la dimensión de los relatos o narraciones. Se trata de una encrucijada, un cruce de caminos, que permite hilar la investigación teórica con el relato narrativo. Lejos de constatar allí una especie de oposición de dos ámbitos mutuamente indiferentes, se vislumbra la posibilidad de una conjunción.

Si se engarzan las piezas, hay dos convergencias de impredecible continuación. Al ser cada argumentación la puesta en juego de una estrategia, devienen íntimamente conectados la teoría del derecho y la práctica política. Mientras que la doble cara de las historias permite conectar la actividad teórica con la narrativa. Conexión que ya estaba presente en las últimas referencias de Alchourrón y Bulygin sobre la descripción. Su mayor o menor riqueza apela a diferentes maneras de narrar, de contar los hechos de una situación, de iluminar ciertas relaciones o de dejar otras en un segundo plano. Los juristas no describen: narran –o intentan narrar– buenas historias.

Argumentar es poner en juego una serie de movidas tácticas, pero también hacer uso de una serie de recursos narrativos.

El discurso jurídico es un complejo lugar, donde se despliegan historias argumentativas, narrativas y estratégicas. Cada argumento jurídico, sea del nivel que sea, tiene una doble faz. Una dirigida hacia el ámbito de la polémica y la disputa interpretativa. Y la otra vuelta hacia el ámbito narrativo de los relatos.

Como si lo juristas, para utilizar una última imagen, fueran a la vez artistas y estrategas. O para enfatizar la proveniencia romana de nuestro derecho: junto al nombre de Justiniano, hay que ubicar los de César y Virgilio.

Así también la concepción del Derecho como discurso conforma 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 asimismo una historia, pero que tiene la cualidad de ser restrictiva al contener dentro de sí sólo dos historias: *la* teoría general normativista y *la* dogmática descriptiva.

La característica de la forma ampliada o extendida es la de contener en su interior una proliferación polémica de historias, donde se incluyen incluso aquellas que niegan polémicamente que el derecho sea un discurso. Son posibles varias teorías básicas, varias teorías dogmáticas y también varias reconstrucciones del derecho-objeto. Hay varias historias en cada nivel, cada una de las cuales, a su vez, puede desagregarse en plurales historias diferentes.

Un retorno al imaginario ejemplo constitucional. Imaginario por lo siguiente. El texto constitucional está ahí, por supuesto. Muchas de las interpretaciones indicadas responden a lecturas que han sido efectivamente formuladas. Pero lejos están de aprehender la riqueza de la dogmática constitucional, mucho más sutil, refinada y sin duda más polémica que el flaco cuadro esbozado. Además, aquí se considera un problema en su dimensión abstracta (¿cómo reconstruir un fragmento del texto constitucional

argentino?), cuando en la vida dogmática el problema mismo es objeto de disputa, al estar ligado a muy precisas condiciones de emergencia, en un punto particular donde se anudan un sinnúmero de polémicas encontradas y donde los argumentos no son independientes de las firmas que lo avalan.

Son perceptibles los desacuerdos presentados. En primer lugar el desacuerdo sobre el *derecho*. ¿Consideramos al fragmento de texto constitucional en cuestión como derecho? Qué se conteste abre la posibilidad de grupos diferentes de historias (las que a su vez se multiplican si constatamos la pluralidad de asignación de significados posibles). Si se contesta que "no" surge el desacuerdo sobre la relevancia de este texto no reconstruible como derecho. Si se contesta que "si" surge el debate sobre qué tipo de componente jurídico es el expresado en ese texto. Es decir: en un caso normas, en otro ideologemas, en otro enunciados ambiguos.

Luego, si se acepta que son normas surgen los desacuerdos sobre su carácter, operativo o programático, y en este último caso, sobre la cualificación temporal de las condiciones.

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

¿Qué revelaría esa diferencia? Varias cosas, que recopilan el conjunto de las observaciones. 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 teóricas son inmediatamente políticas y que ambas remiten a una historia, es decir: a una perspectiva.

La conjunción de esas diferencias apunta a lo siguiente: 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 poder. No hay estrategias argumentativas inocentes o reconstrucciones neutrales.

Se hace presente un desafío irresoluble para la imaginación. O si se quiere abundar en las analogías kantianas: un traspasamiento de los límites de la razón jurídica. Traspasamiento o desafío que se encuentran implicados al intentar seguir la siguiente directiva: ¡encuentre la versión neutra del texto constitucional!

De ahí que sea cada vez más difícil (o imposible) efectuar distinciones razonables entre teoría constitucional y política constitucional, entre dogmática jurídica y política jurídica. Aquella interpretación que se presente *como si* fuese puramente dogmático-descriptiva (pero ¿qué podría significar algo semejante?) y, por ello, neutral o apolítica, sería una de las maneras más intensas de desplegar una estrategia, luego: de hacer política. Al menos si se identifica, lo cual no deja de ser controvertido, la política con el ejercicio del poder.

Cada situación problemática, que ofrece diversas opciones u alternativas de resolución y ante la cual se toma una decisión, es tanto un campo de saber como un lugar de poder, el sitio de emergencia de un argumento y de una estrategia, el lugar complejo que reúne una afirmación y una réplica.

Las exigencias del llamado positivismo metodológico se perciben, bajo estas hipótesis, como lisa y llanamente irracionales.

Una última referencia. En el ácido 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:

> "Para la concepción positivista... los derechos humanos son una muy frágil *conquista*, pero no por ello menos valiosa *conquista* del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa *conquista* se pierda, como tantas otras." (*AL*, 625)

El contexto de esas consideraciones es la crítica de intentos como el de Nino, quien ensaya una fundamentación moral de los derechos humanos, enmarcable al fin de cuentas en el actual renacimiento del iusnaturalismo:

> "... en los últimos tiempos se ha producido un nuevo renacimiento de las teorías iusnaturalistas, aunque sus protagonistas rara vez utilizan el término 'derecho natural' para referirse a sus doctrinas." (*AL*, 621)

Alchourrón y Bulygin, a diferencia de Nino, consideran que el escepticismo ético es indisoluble de la perspectiva positivista. No se trata de un rasgo eliminable sino de uno de los ejes nucleares del programa. Dicho muy rápidamente y siguiendo la paráfrasis de la caracterización de von Wright realizada en el texto examinado: todo derecho es creado por hombres, las normas jurídicas o morales no son ni verdaderas ni falsas y, en fin, la consabida distinción tajante entre prescripción y descripción. El corolario es inmediato: no hay derecho natural. La conclusión es enérgica y merece citarse:

> "Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su 'positivización' por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa 'realidad' sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no meramente morales." (*AL*, 624)

El remate, en fin, evoca de manera evidente la actitud freudiana ante la religión –¿esto significaría que la indagación *analítica* de Alchourrón y Bulygin se emparenta, confluye o resulta en alguna medida afín a la práctica *psicoanalítica* inaugurada por Freud?–:

> "Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque podría retrucar que es *políticamente* peligroso crear la ilusión de seguridad, cuando la realidad es muy otra. Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino *afrontar la situación con decisión y coraje*: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución." (*AL*, 625)

Los derechos se sostienen en sí mismos. No hay ni una moral absoluta ni un derecho natural. Son frágiles y dependen de que se afronte cada situación con decisión y coraje. Detrás de los mismos no hay una alambicada disquisición moral, sino una capacidad política, que puede ser suficiente o no para sostenerlos.

¿Qué significa, en esta más que notable argumentación, el término *conquista*? ¿Qué podría ser, en un sentido amplio y quizás analógico, una *lógica* de la conquista y de la defensa? ¿No sería al fin de cuentas una lógica del poder? ¿No permitiría dicha lógica descifrar las polémicas de la dogmática jurídica? Para retornar al ejemplo esbozado: ¿no sería la interpretación del texto constitucional en términos de derechos garantizados un momento de esa tarea de defensa de esas frágiles conquistas? ¿No se están *ya* defendiendo esos derechos cuando se argumenta? ¿No es esto, en definitiva, reconocer la identificación inmediata entre argumentos y estrategias? Por el contrario, ¿no sería la interpretación, digamos: 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?

Si nos detenemos en las palabras de Alchourrón y Bulygin, es muy visible que se está conectando un aspecto del positivismo jurídico (el escepticismo ético) con sus *consecuencias políticas*. También que se lo está defendiendo ante la acusación de ser peligroso, replicando de manera polémica que lo *políticamente* peligroso es no aceptar semejante rasgo del positivismo. Se objetará que allí se ha ido más allá de la teoría general del derecho. Sin embargo ¿cómo distinguir en un texto esos cambios de registro y decir, con nitidez, *esta* frase es de teoría general y *esta* otra está emitida desde otro lugar? Máxime cuando se está hablando de la concepción que hila a esa misma teoría general, en el caso: el positivismo.

El punto crucial es que la concepción no cognoscitiva de las normas conduce a relativizar la distinción tajante entre derecho y política, entre teoría del derecho y política jurídica, entre argumentación y estrategia.

Semejante relativización no tiene nada que ver con las diferentes visiones moralistas que pretenden socavar al positivismo jurídico. No hay rastro alguno de disquisición moral. Lo que sí se torna problemático es qué entender por poder. Así como hasta qué punto cabe identificar de manera lisa y llana el ejercicio del poder con las acciones que se califican de políticas.

El análisis del discurso jurídico no lleva a las aguas mansas de la moral, sino a los ásperos debates relativos al poder y la política, a su identidad o diferencia. Lo que está en juego, entonces, es la definición weberiana de la política.

Segunda Parte

El viejo cuento de la cooperación: sobre Carlos Nino

o de cómo todos los caminos conducen a la moralidad

Capítulo 18
Instrucciones para ocupar el espacio

"Más convincente sería decir: '¡Piensa así! –por extraño que te parezca'. O: '¿No quisieras hacer esto? –tan repugnante no es'".

El itinerario de Alchourrón y Bulygin sugirió amplias posibilidades investigativas. El bosquejo de una teoría del discurso jurídico; la posibilidad de un perspectivismo generalizado; el anudamiento, a través de la noción de historia, de los aspectos argumentativo, estratégico y narrativo del derecho; una visión de los derechos humanos como conquistas políticas. Tales son algunas de las vetas abiertas por la indagación analítica. Ellas van más allá del enfoque positivista usual, al poner en entredicho dos aspectos medulares de dicho programa: el carácter descriptivo de la dogmática o ciencia del derecho, por un lado, y las separaciones tajantes entre derecho y política, y entre ciencia jurídica y práctica política, por otro.

Se abren muchas más puertas de las que a primera vista podría pensarse. Entre el camino efectivo y las pretensiones programáticas hay un desnivel, una diferencia. Pero en vez de haber allí una incoherencia que merecería deplorarse, hay más bien una compacta serie de marcas y notas que incitan a ser continuadas en variadas direcciones.

Por el contrario, la extensa obra de Nino pretende, de manera explícita, ir más allá de aquel programa. Hay, ante todo, una crítica directa a la que considera la falsa controversia protagonizada por positivistas e iusnaturalistas. También una propuesta que se dice novedosa en cuanto a la manera de hacer teoría general del derecho. Sin embargo, hay indicios que hacen dudar sobre la radicalidad del proyecto. Tal vez no sean tantas las puertas que abra su itinerario o, al menos, no excedentarias al compararlo con la indagación analítica. Y es que a las radicales consecuencias de los problemas planteados se las detiene gracias al recurso de un remedio de escasa fecundidad: la omnipresencia de la moralidad. Dicho en forma lapidaria, cierta pero reductiva: el conjunto de

vías inducidas por el *escepticismo radical* de Alchourrón y Bulygin son canceladas por las *buenas intenciones filosóficas* de Nino.

Al indagar sobre el *status* de los derechos humanos, Alchourrón y Bulygin hacen una doble remisión. En cuanto al fundamento, pues bien: allí no hay nada. Tales derechos son frágiles y, en este aspecto, se sostienen en sí mismos. En cuanto a su consagración y efectividad remiten a una conquista, a un defensa, en fin: a una acción política. El escepticismo induce cautela. Invita a vivir en lugares despejados: pensamiento de llanura. Nino, insatisfecho ante semejante escena despojada, intenta atiborrar el paisaje. Su vía es insertar la fundamentación moral, construcción destinada a llenar el espacio e impulsada por el bien intencionado *horror vacui*. Pero semejante movimiento expulsa el único sostén fáctico de los derechos. Como si llenar implicara, de inmediato, expulsar.

El centro de nuestra lectura seguirá siendo la expresión *discurso jurídico*. Tal lectura no será global, tarea enorme con sólo tomar nota de la prolífica obra de Nino. Pero la consideración de las palabras clave seleccionadas tocan sus aspectos cruciales. Si bien hay referencias a numerosos textos, se tomará como fundamental la versión escrita de un seminario del año 1992, publicado póstumamente por Calsamiglia.[1]

Tal como señala Nino al introducir el texto:

> "Ésta es, a la vez, una monografía de síntesis y de avance. Es de síntesis porque en ella pretendo condensar tesis que ya he defendido en otros trabajos, pero poniendo especial cuidado en evitar la discusión directa con el pensamiento de otros autores –tal como hago en aquellos trabajos–, con el consiguiente ahorro de citas. También pretendo avanzar en lo escrito anteriormente, ya que esta monografía tiene como hilo conductor una cierta tesis central no defendida antes en forma explícita." (*DM*, 11)

1. Ver: Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994. A citar como *DM*. Otros de Nino textos a tener en cuenta: *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985 (a citar como *VD*); *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 1992 (a citar como *F*); *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989, –segunda edición ampliada y revisada– (a citar como *E*); *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979 (a citar como *AM*); *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, –segunda edición ampliada y revisada de "Notas de introducción al derecho"– (a citar como *IA*); *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (a citar como *CE*). En todos los casos la sigla de la obra va seguida por el número de página de la cita correspondiente.

La posición que se quiere defender se acerca a las sugerencias antes formuladas, aunque, por lo dicho, podría haber allí más un espejismo que una coincidencia, más un encuentro aparente que uno real:

> "La tesis central de esta monografía es que el derecho es un fenómeno *esencialmente* político, es decir, que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política. Algunas de esas relaciones son directas, y otras se dan a través de la moral." (*DM*, 11)

En cada caso la lectura de los textos de Alchourrón y Bulygin será tomada como punto de referencia, ya sea para la comparación, el paralelismo, el ajuste o la rectificación. La idea subyacente es la de amoldarse al movimiento de los conceptos, a su despliegue dinámico, a su vida confusa y polémica. Pero la lectura, en vez de sostenerse en el despliegue de sugerencias, avanzará en busca de una clave hermenéutica que, enterrada a la manera de un tesoro, permita desentrañar los innumerables argumentos de Nino. Lectura en busca de un secreto, de un mensaje cifrado.

Capítulo 19
Los horizontes

"Lo tentador de la manera causal de consideración es que lo lleva a uno decir: 'Naturalmente –así debió suceder'. En tanto que debería uno pensar: así, y de muchas otras maneras puede haber sucedido."

Una piedra basal del itinerario de Nino está en la radical defensa de un convencionalismo conceptual, en oposición a una visión esencialista de los conceptos.

En sus propios términos, el esencialismo sostiene que los conceptos

> "están determinados por ciertos datos de la realidad y no son el mero producto de convenciones de los hombres. La idea, enraizada en la filosofía aristotélica, es que en el mundo los objetos y fenómenos se agrupan de acuerdo a ciertas propiedades, de modo que no somos libres de elegir unas propiedades u otras para clasificar a tales objetos o fenómenos de diferente manera. Desde esta perspectiva, en la realidad no sólo hay objetos, digamos, con hojas de papel escritas empastadas y encuadernadas, que, por conveniencia, agrupamos y formamos una clase a la que en castellano llamamos 'libros' (cuando podríamos haber ignorado esas propiedades y agrupar, en cambio, parte de esos objetos con otros que tienen la propiedad de servir de medios de comunicación). En la realidad existe también el concepto de libro y, si en su definición no tomamos en cuenta las propiedades que lo constituyen genuinamente, tal definición será falsa." (*DM*, 28)

En la vereda opuesta, Nino coloca y defiende al convencionalismo conceptual:

> "Este tipo de esencialismo conceptual clásico quedó bastante desacreditado por la expansión de un convencionalismo que cuestionó severamente sus presupuestos ontológicos y epistemológicos. En verdad resulta una píldora difícil de tragar que nuestro universo esté poblado no sólo por libros y neurosis, por fanáticos y políticos, por juegos y guerras, por

> cofradías e instituciones, sino también por sus correspondientes esencias. Es todavía más difícil pensar que cuando dos pensadores difieren sobre el alcance de un concepto, a uno de ellos le esté fallando la intuición de captar una realidad que trasciende la experiencia. ¿Por qué no aceptar que los conceptos son creaciones convencionales de la sociedad humana para agrupar los objetos y fenómenos que se dan en la experiencia o que son necesarios para entender esa experiencia sobre la base de ciertas propiedades comunes, que son seleccionadas de acuerdo a las necesidades del entendimiento y de la comunicación?" (*DM*, 29)

La idea que sostiene Nino es que los conceptos y, en principio, cualquier concepto, es un producto libremente creado por los hombres. Digo *en principio*, pues habría algunos conceptos, que al responder a necesidades humanas comunes a toda la especie, serían básicos y por ello ineludibles para todo esquema convencional. Sin embargo, el derecho no sería uno de tales conceptos básicos, sino emergente y, por lo tanto, convencional.

La libre creación de los conceptos significa su no sujeción a cualquier tipo de necesidad. Que un concepto sea convencional implica afirmar su completa contingencia: podría ser otro del que es. La consecuencia directa de tal tesis es la admisión de una pluralidad de conceptos de derecho. Es más, hay que admitir que tal pluralidad es *en teoría indefinida* (*DM*, 34).

Nino extrae otra consecuencia, coherente con el planteo: la indiferencia del acto creador de un concepto con respecto al binomio que forman la verdad y la falsedad:

> "... lo que importa es que *no* existe un concepto de derecho que sea verdadero, en tanto los demás son falsos." (*DM*, 41)

El convencionalismo conduce al pluralismo y a la relativización de la oposición verdadero / falso como juicios predicables de los conceptos.

Ahora bien: ¿cómo distinguir un concepto de derecho de otro? ¿Cómo evaluar a los diferentes conceptos de derecho? ¿Desde dónde cabría efectuar tales distingos y evaluaciones? ¿Es que acaso la indiferencia ante la verdad nos inhibe de cualquier tipo de juicio respecto a la pluralidad indefinida de conceptos de derecho?

Las preguntas precedentes apuntan, en definitiva, al riesgo de ver acoplados al convencionalismo y pluralismo conceptual con lo que puede designarse una *actitud de indiferencia*. Esto es: ¿nos son indiferentes cada uno de los conceptos de derecho?

Nino no retrocede ante estos planteamientos. No los explicita, pero sí da una respuesta. Su eje está en la noción de *contexto discursivo*. La pluralidad de conceptos de derecho implica, según Nino, lo siguiente:

> "... evaluar esos conceptos de acuerdo a las finalidades y necesidades del contexto de discurso de que se trate." (*DM*, 34)

Parece haber distintos discursos que presupondrían (o implicarían) diferentes conceptos de derecho. Cada discurso usaría un específico concepto de derecho. O en cada discurso hay un diferente uso de la palabra "derecho", la que variaría en cada caso de significado. No hay concepto por fuera de un horizonte discursivo. En resumen: el concepto está en función del discurso. Es éste el que aporta el contexto en el cual emerge el concepto. Correlativamente, cada discurso se caracteriza por tener finalidades y necesidades peculiares o singularizantes.

Tenemos entonces la siguiente serie de marcos:

concepto → contexto → discurso → finalidad y necesidad

Cabe destacar los diferentes conceptos de derecho que menciona Nino, al ser indicativos de las controversias que animan su estrategia. Nino va enumerando diferentes conceptos de derecho resaltando, en algunas ocasiones, *quiénes* son los que usan a cada uno de ellos.

En *Derecho, moral y política* se enumeran los siguientes: I) *descriptivo realista*: se refiere al conjunto de estándares que son o serán probablemente y de hecho reconocidos por los jueces u órganos primarios. Este sería el concepto de derecho defendido por Ross; II) *descriptivo sistemático*: se refiere al conjunto precedente más aquellos otros que son su consecuencia lógica. Este concepto sería el defendido por Alchourrón y Bulygin; III) *descriptivo institucional*: se refiere al conjunto de estándares que son reconocidos por los órganos primarios por la razón de que fueron prescriptos por una cierta autoridad o fuente. Este concepto sería el defendido por Hart y Raz; IV) *de lege ferenda*: se refiere al conjunto de estándares que deben ser reconocidos por los órganos estatales; V) *normativo judicial amplio*: se refiere al conjunto de estándares que deben ser reconocidos por los jueces; VI) *normativo judicial restringido*: se refiere al conjunto de estándares que deben ser reconocidos por los jueces por el hecho de haber sido prescriptos por autoridades legítimas. Este concepto sería el usado habitualmente por jueces y abogados; VII) *mixto*: se refiere al conjunto de estándares reconocidos de hecho por los jueces más aquellos que deben ser reconocidos. Este sería el concepto defendido por Dworkin; VIII) *normativo hipotético*: se refiere al conjunto de estándares que son hipotéticamente válidos y que, en consecuencia, deben hipotéticamente ser aplicados en el empleo de la coacción estatal, por haber sido prescritos por fuentes que se supone autorizadas para hacerlo. Este sería el concepto defendido por Kelsen.

Esta serie de conceptos puede ordenarse en dos grandes grupos, según sean descriptivos (los tres primeros) o normativos (los cuatro siguientes). En estos últimos casos se incluye en la especificación el carácter *debido* de los estándares. Como señala Nino con claridad, en dichos conceptos hay dos tipos de deberes, en tanto cabe distinguir los *deberes* que están incluidos en los estándares de aquellos otros que señalan que esos deberes son los que *deben* ser reconocidos.

No voy a entrar a discutir estos diferentes conceptos; tampoco si son correctas las atribuciones, en particular la última, lo que conduciría a internarse en la controvertida lectura que hace Nino del programa kelseniano y de su noción de validez.[2] Me limito a señalar lo que está en juego: la oposición entre las visiones positivista e iusnaturalista del derecho, laxamente entendidas estas denominaciones. La divisoria de aguas entre los conceptos que permiten identificar al derecho pasa por la pertinencia de recurrir o no a consideraciones morales o valorativas o "normativas".

Si tal es la controversia, no deja de sorprender la distancia que separa las posibilidades abiertas por el enfoque convencionalista y pluralista de Nino (una infinidad teórica de conceptos) con los ejemplos por él efectivamente considerados (subsumibles todos bajo el clásico debate entre enfoques descriptivos y moral-valorativos del derecho). La ejemplificación aportada hace sospechar que el intento programático de conectar derecho y política vaya estar, al menos en última instancia, dominado por la conexión entre derecho y moral.

Una exposición ligeramente diferente es la presentada en la *Introducción* a la serie de ensayos recopilados en el volumen *La validez del derecho*. En este caso, el punto de partida es la distinción entre diferentes tipos de juicios, formulados a partir de contextos discursivos también diferentes.

Dichos juicios son introducidos bajo el supuesto de que en toda sociedad con cierto grado de complejidad "aparece" una institución o práctica social originada en el monopolio de la coacción por parte de ciertos individuos. Esto parece significar que tales juicios y discursos suponen la existencia de un Estado, al menos en su canónica especificación weberiana. Indicación importante, donde Nino también se separa de una de las tesis fuertes de la teoría pura, para la cual el Estado, lejos de ser un supuesto previo al derecho, no es más que su personificación metafórica, una duplicación quizás útil pero derivada.

Los juicios señalados por Nino son los siguientes: I) *juicios L* formulados por los individuos que tienen el cuasi-monopolio de la coacción y que dicen cómo deben comportarse los restantes miembros de la sociedad; II) *juicios J* formulados por otros individuos, que tienen acceso al aparato coactivo y referidos a lo que un individuo debe hacer en un caso particular, y para los cuales la formulación de los juicios anteriores constituye un hecho relevante; III) *juicios S* referidos a la corrección o incorrección de las conductas, para cuya formulación a su vez son relevantes los dos juicios precedentes; IV) *juicios P* que indican cómo deberían ser los juicios L para adaptarse a ciertos ideales o principios de justicia; V) *juicios D* que indican cómo deberían ser los juicios J para aproximarse a tales ideales dado el hecho de la formulación de los juicios L; VI) *juicios T* referidos a las conexiones causales que tiene la formulación de todos los juicios anteriores con otro tipo de hechos (sociales, económicos, etc.).

El corolario de Nino es de sumo interés, ya que ofrece un *enlace* entre los diferentes tipos de juicios (y por ende entre los diferentes tipos de discurso):

2. En este aspecto, remito a la crítica de Alchourrón y Bulygin (*AL*, 499 y ss.).

> "Me he abstenido deliberadamente de denominar 'derecho' a *la compleja institución social* que acabo de describir en grandes lineamientos por la siguiente razón: hemos visto que la institución consiste en fundamentalmente en la formulación de juicios de diferentes clases; cada una de estas clases de juicios se formulan en el contexto de un tipo de discurso distinto, que tiene finalidades diversas y está sometido a reglas diferentes adecuadas a esas finalidades. Así, tenemos una secuencia de discursos: el discurso prescriptivo L del legislador, el discurso valorativo-jurídico J de los jueces y súbditos (que está basado en razones morales para obedecer a autoridades políticas), el discurso prudencial S de otros súbditos, el discurso valorativo irrestricto P de legos y teóricos, el discurso valorativo-dogmático D de otros (que toma las determinaciones legislativas como datos que condicionan los principios valorativos de los que se pueden inferir nuevas soluciones) y, finalmente, el discurso puramente descriptivo T de otro tipo de teóricos. La cuestión es que en casi todas estas clases de discursos se usa un concepto de derecho distinto, sometido a condiciones de adecuación diferentes." (*VD*, 2)

Cada uno de los discursos supone un punto más o menos organizado de emisión: poder legislativo, tribunales, comunidades de teóricos o de abogados. Los discursos conforman, según Nino, una secuencia, lo que induce a pensar, es obvio, que hay una relación secuencial entre los señalados puntos de emisión. Y tal relación secuencial podría afectar a los diferentes conceptos de derecho usados en cada discurso.

Si bien los discursos forman una secuencia y, en igual sentido, esa secuencia es el despliegue de una institución social compleja, Nino se niega explícitamente a identificarlos con el Derecho en cuanto tal:

> "No es que el derecho sea un fenómeno 'multidimensional' o sea que esté formado por diversos elementos o aspectos irreductibles. Lo que encontramos son diversos *conceptos* de derecho, que hacen referencia cada uno de ellos a un aspecto distinto de *esta institución social compleja* a la que no podemos denominar 'derecho' sin estipular una noción de derecho diferente de las que se usan en el seno mismo de la institución." (*VD*, 4)

Estipulación posible pero que Nino se abstiene de hacer. Al menos hasta aquí, sin decir por qué. Que en cada discurso se use un diferente concepto de derecho no impide (conforme la libertad irrestricta que aporta el convencionalismo conceptual), entender a la secuencia de discursos subyacente como Derecho o práctica jurídica. Pero, ¿por qué no sería pertinente entender al Derecho como una práctica multidimensional o compleja?

O mejor dicho: ¿de dónde surge, para Nino, que se trata de *una* institución o de *una* práctica? ¿A qué se refiere Nino al decir *esta* institución social compleja?

Resulta claro que esa unidad está afirmada pero no reflexionada. Índice de ello es que dicha institución o práctica se deja innominada; su nombre es un *espacio en blanco*. La secuencia discursiva en cuanto tal se nos presenta como un vacío conceptual. Se aprecia el desplazamiento del problema.

Desde cierto ángulo, el del propio autor, la controversia dominante pasa por el debate positivismo *vs*. iusnaturalismo (digamos: teoría descriptiva *vs*. teoría moral-valorativa).

Desde otro ángulo, la controversia versa sobre la complejidad de una práctica o sobre la pertinencia de considerar al derecho como una secuencia discursiva.

Este desplazamiento en la problemática implica ir más allá del debate clásico en torno a la dupla positivismo / iusnaturalismo, más allá del debate en torno a las conexiones entre moral y derecho. O si se quiere, implica quedarse más acá, para explorar todas las vetas de la positividad, sin apelar a ningún tipo de narrativa moral. Lo paradójico es que Nino, al intentar disolver ese debate (al que considera muy provocativamente como un inmenso *malentendido*), no sale de sus términos. Es más, reformula sin duda el debate, lo reactiva con nuevos argumentos –algunos dirán: con viejos argumentos revestidos con una nueva terminología–; pero para utilizar una metáfora althusseriana: no cambia de terreno. Está al borde de hacerlo.

Al borde, pues en vez de dar el paso decisivo, retrocede, y deja un espacio en blanco, un lugar señalado pero impensado.

Capítulo 20
La brújula

"Pensamos quizás: A quien sólo posee la forma inanalizada le falta el análisis; pero quien conoce la forma analizada lo posee todo con ella. ¿Pero no puedo decir que éste se pierde tanto como aquel un aspecto de la cosa?

Entre las consecuencias *radicales* que trae consigo la asunción de un convencionalismo, luego de señalar la ya mencionada admisión de una pluralidad, en teoría indefinida, de conceptos, así como su inserción en diferentes discursos, Nino apunta las siguientes:

> "... la de liberar a la filosofía del derecho de la pesada carga de controversias espurias y concentrar la atención en cuestiones sustantivas. Finalmente, la de conectar la tarea de elucidación conceptual con la tarea de discutir tales cuestiones sustantivas –no sólo por la posibilidad de que no haya una diferencia radical entre ambas empresas bajo una visión quineana– sino también porque es obvio que las distinciones conceptuales que sean relevantes vienen determinadas por ciertas hipótesis, principios o teorías de carácter sustantivo." (*DM*, 34)

Se abre la puerta para dilucidar el lugar a partir del cual sería posible encarar las evaluaciones de los diferentes conceptos y neutralizar la actitud de indiferencia implicada en el pluralismo implicado por el convencionalismo.

Nino efectúa una *crítica* explícita a cierta forma de ejercer el *análisis*. Éste es entendido como una tarea de dilucidación conceptual. Entendamos: como una tarea de clarificación, paso previo para iniciar un proceso de formalización y sistematización lógicas.

Analizar significa dividir, separar; operar un pasaje de la confusión a la claridad (como si lo dividido fuese más claro que lo reunido).

El análisis, en esta óptica, incluiría dos actividades sucesivas: una propedéutica de clarificación lingüística y una consiguiente formalización del lenguaje antes depurado. Por ejemplo, Alchourrón y Bulygin desenredan la confusa madeja de la permisión. Identifican significados, dividen con nitidez, sacan a la luz matices y distinciones. Paso seguido proceden a formalizar, mediante diversos recursos lógico-simbólicos, las diferentes permisiones.

La crítica de Nino es severa, al calificar a esas tareas de espurias, en tanto no se enmarquen en lo que denomina teorías sustantivas. Estas teorías son las que le otorgarían sentido a las tareas de análisis (lingüístico, conceptual o lógico). Sin esa base sustantiva, el análisis pierde su brújula, se despliega sin rumbo o, en otros términos, se hace ignorante al *por qué* de su propio ejercicio. Nino indagaría, por ejemplo, cuáles son las consideraciones sustantivas subyacentes al análisis de la permisión, qué sentido tiene esa minuciosa tarea de relevamiento de leves matices y sutiles distinciones.

¿Qué entender por teorías sustantivas? ¿Cuál es la brújula del análisis? Preguntas cruciales, pues de tales teorías depende el conjunto de la argumentación y, por ende, de las críticas ensayadas. También difíciles, pues lo sustantivo induce a pensar en *sustancia* y ésta, en el contexto presente, a *esencial*. Estos ecos, no obstante, son los que corresponde neutralizar.

Nino apunta la siguiente serie de elementos sustantivos: hipótesis, principios y teorías.

La primera indicación es metodológica, referida al modo de realizar un itinerario o viaje investigativo. Nino la designa como una breve disquisición a partir de un ejemplo de dogmática penal. Ella se despliega mediante la enunciación de un problema, la propuesta de una solución y la derivación de un comentario crítico.

El problema:

> "Parece obvio que no podemos desarrollar, por ejemplo, una *teoría normativa* del delito, o sea de la responsabilidad penal, si no partimos de conceptos como los de delito o pena. Pero también parece evidente que las propiedades que serán relevantes para definir estos conceptos dependerán de los principios y conclusiones normativas que desarrollemos. Siguiendo con el mismo ejemplo, si no tomamos en cuenta que la pena es consecuencia de un hecho moralmente reprochable es difícil distinguir las penas de otras medidas coactivas como las cuarentenas, pero si tal propiedad debe ser o no definitoria de 'pena', en el contexto de tal teoría, dependerá de que adoptemos o no una teoría retributivista. Sin embargo, ¿cómo podemos discutir tal teoría si no contamos con un concepto de pena que no la presuponga?" (*DM*, 35)

La solución:

> "La forma de salir de lo que parece un callejón sin salida es, creo yo, adoptando un enfoque de sucesivas aproximaciones dialécticas: comenzar, por ejemplo, con conceptos aproximados preteóricos de delito y de pena; encarar con ello la discusión de principios justificatorios; detectar a través de tal discusión qué propiedades parecen ser relevantes para una teoría sustantiva *prima facie*; definir en forma más precisa los conceptos en cuestión tomando en cuenta aquellas propiedades; usar el nuevo esquema conceptual más refinado para someter a un escrutinio más severo los principios sustantivos de la teoría, etc." (*DM*, 35)

La crítica:

> "Esto, por cierto, difiere radicalmente de la práctica vigente de desarrollar esquemas conceptuales sin tener en cuenta ninguna teoría sustantiva en particular y, por lo tanto, sin contar con criterios acerca de qué propiedades pueden ser relevantes para los principios de tales teorías." (*DM*, 35)

El método es sinuoso, caracterizado por un ir y venir, por anticipaciones, reformulaciones y ajustes continuos. Pero lo que se va configurando en ese proceso es la teoría sustantiva misma. En cuanto a sus rasgos sólo se indica al comienzo su carácter normativo. Se nos informa sobre un método para realizar algo, pero sin indicar qué.

Pero en diversos textos, Nino aporta más de una respuesta al interrogante relativo a qué entender por teoría sustantiva.

Hay una visión que se asemeja a alguna de las sugerencias antes esbozadas. En particular cuando se correlacionó o se hizo depender la teoría analítica de una teoría explicativa relativa a los caracteres, finalidades y funciones del derecho. Esto implica indagar cómo funciona el derecho, qué cometidos efectivamente cumple, qué lugar ocupa en el conjunto de las prácticas sociales de una formación social, cuáles son sus fines. Tales indagaciones, lejos de ser accesorias o complementarias de la labor analítica, se las entendió como *condición* del análisis. Sólo desde ese primario punto de vista puede contestarse a la pregunta sobre qué entender genuinamente como jurídico. Cuáles sean las unidades o módulos jurídicos (normas, definiciones, ideologemas) dependerá de cómo se explique el funcionamiento del Derecho.

En el caso de que tal teorización no se haga explícita, ella igualmente actuará detrás de bastidores, guiando al análisis de manera imperceptible y no tematizada. Hecho que tiene sus consecuencias, pues se crea la *apariencia* de una esfera teórica autónoma (el ámbito del análisis propio de la teoría "general" del derecho) que podría resolver de manera puramente interna sus propias controversias.

Esta apariencia incide de manera concreta en las discusiones reales que se llevan a cabo, en tanto permite al que ejerce el análisis rechazar por ilegítimas, o también por impertinentes, a un sinnúmero de argumentaciones. Tal impertinencia se sostiene en la confusión que produce el acto de transgredir los nítidos límites disciplinarios. Se dirá que semejantes razonamientos bien pueden valer al interior, por ejemplo, de la filosofía política o de la sociología jurídica, pero que carecen de relevancia para el análisis jurídico o teoría general del derecho. Y si decimos que se trata de una apariencia es, vale reiterarlo, porque implícitamente ya se está en una teoría explicativa que preselecciona el ángulo de la visión analítica. Es más, a ella se acudirá en momentos cruciales, dejando en los textos la marca delatora (el síntoma) del fondo teórico en juego. Esa apariencia no es un dato casual, sino la puesta en juego de una estrategia argumentativa, con el objetivo de controlar los límites de una controversia. Los límites disciplinarios son la expresión de una picardía polémica.

¿Recurre Nino en algún momento y de manera explícita a un enfoque semejante? ¿Identifica su teoría sustantiva con un enfoque explicativo de la índole indicada?

La respuesta puede ser afirmativa. En su *Introducción al análisis...* señala que parece

> "plausible sostener que, aunque el derecho no es el producto de la persecución de cierta finalidad única y general sino de diversos propósitos de alcance parcial que no son especialmente distintivos, sin embargo *el derecho cumple con ciertas funciones características*, aunque no sea el propósito de nadie en particular el satisfacerlas." (*IA*, 2)

Al especificar semejantes funciones, Nino destaca dos: la de evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y la de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social. Dicho en un lenguaje de menor sequedad:

> "El derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Esas circunstancias, que han sido vívidamente señaladas por autores como Hobbes y últimamente por H. L. A. Hart, incluyen la escasez de recursos –que hace que no puedan satisfacerse las necesidades y deseos de todos–, la vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa similitud física e intelectual de los hombres –que hace que ninguno pueda, por separado, dominar al resto–, la relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de su círculo de allegados, la limitada racionalidad de los individuos en la persecución de sus propios intereses, el insuficiente conocimiento de los hechos, etcétera. Estas circunstancias llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de otros. Las mismas circunstancias que generan conflictos entre los individuos son los que los mueven a *colaborar mutuamente para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar algunas de sus consecuencias más desastrosas.*" (*IA*, 3)

El derecho trabaja como un mecanismo de doble función: resolver los conflictos y facilitar la cooperación. En otros trabajos, Nino se refiere a los problemas de coordinación, en reemplazo de cooperación. Posteriormente retoma la dupla: superación de conflictos y facilitación de la cooperación.

Estas consideraciones pueden considerarse como el germen de una teoría sustantiva del derecho, la que hile, hasta en los parajes analíticos más lejanos, al conjunto de las investigaciones de Nino.

Capítulo 21
El camino del medio

"El aprendizaje del lenguaje no es aquí una explicación sino un adiestramiento."

La argumentación precedente da cuenta de *una* de las respuestas que Nino aporta para apreciar qué cabe entender por teoría sustantiva. Sin embargo, no es la especificación de mayor peso. Por lo general, Nino entiende explícitamente de otra manera a tales teorías, como lo deja traslucir su referencia a una "teoría *normativa* del delito". Aun cuando ambas puedan recibir el título de sustantivas, resulta claro que hay una distancia entre una teoría explicativa y otra normativa. Y sin duda: puede ser que su convivencia no sea pacífica.

¿A qué apunta Nino al afirmar la tonalidad *normativa* de una teoría?

Cosas diferentes en lugares diferentes. Pero hay dos versiones que son las habituales. Una de ellas es la predominante, la otra es marginal. Claro, hay un trivial punto en común: una perspectiva normativa no es más que la puesta en juego de un punto de vista valorativo. Aquello que resulta menos trivial es el especificar en qué sentido se usa el adjetivo *valorativo*.

La versión marginal entiende a las teorías sustantivas como filosófico-políticas. Una teoría sustantiva del derecho se identifica con una concepción filosófica de la política.

Por concepción de la política cabe entender el despliegue de un conjunto de nociones que le dan contenido a la política. Ellas permiten distinguir a la política de lo que no lo es, caracterizarla en sus formas, movimientos, devenires y componentes. Al respecto, no es dificultoso constatar la existencia de hecho de plurales concepciones de la política. Circunstancia que no debe deplorarse o, siquiera, sorprender, pues esa pluralidad está en la base de las plurales teorías jurídicas.

En su trabajo sobre el constitucionalismo, Nino señala:

> "El concepto de democracia liberal o constitucional es un concepto normativo y como tal su aplicación depende de la concepción valorativa que le dé contenido." (*FD*, 10)

Luego, al criticar el torpe empirismo de cierta (y supuesta) ciencia política, hace mención del cariz político de la teoría normativa:

> "Esto significa que debe rechazarse el enfoque, corriente, sobre todo entre los politólogos, de identificar a la democracia liberal a través de cierto conjunto de propiedades fácticas y de ilustrar el concepto con instituciones distintivas de las democracias reales de ciertos países. Prácticamente todas esas propiedades admiten excepciones en algún caso y ello no es porque el concepto de democracia constitucional tenga una 'vaguedad combinatoria' sino, porque –subyacente a su empleo– hay *una teoría filosófico-política* que hace a algunas de esas propiedades *contingentes* o instrumentales." (*FD*, 10)

El argumento, difícil, deja no obstante traslucir una idea a esta altura asombrosa. Y es que más allá de la fecundidad del enfoque de los bautizados por Nino como politólogos, a éstos se los acusa (y de manera enérgica: lo que dicen debe rechazarse) por ser convencionalistas conceptuales.

Las consecuencias no son desastrosas si se matiza la crítica. No se reprocha que se identifique un concepto mediante la suma de un conjunto de propiedades, ya que jugaría allí la libertad irrestricta del convencionalismo. Sí, en cambio, se pone en cuestión que esa identificación no exponga de manera explícita la teoría sustantiva (*v. g.* filosófica-política) subyacente.

Esta primera versión, así limitadamente expuesta, deja en blanco a qué tipo de concepción política alude Nino. Concepciones hay muchas. Llenar ese blanco conduce a tratar la segunda versión.

Nino no alude a cualquier tipo de concepción política. No piensa en Maquiavelo o en Marx, para dar dos nombres paradigmáticos. El *tour de force* que hace Nino es el de disolver la política en la moral. Por ende, disuelve la concepción política en el ámbito de la moral.

Al criticar a la llamada ciencia constitucional se ofrece la clave de esta disolución:

> "Este punto de vista asume la validez de las normas y prácticas constitucionales relevantes sin ponerlas suficientemente a prueba en relación a *un conjunto de principios valorativos que definan una teoría filosófica-política aceptable.*" (*FD*, 12)

Tales principios valorativos, Nino no se cansará de reiterarlo, son principios morales. A tal extremo se opera esta disolución que el logro de hacer efectivos los derechos humanos declarados no pasa por una práctica política sino, directamente, por la formación de una conciencia moral:

> " ... la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos. Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los *enemigos* de la dignidad humana." (*E*, 4)

Y ese arraigo se basa en la difusión de la deliberación teórica:

> "... se trata de contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de ideas que le son adversas." (*E*, 6)

Todos los caminos conducen a Roma. Y la Roma de Nino se llama moral. ¿Habrá que recordar la máxima que Schönberg deslizó en la presentación de una de sus obras?: "el camino del medio es el único que no lleva a Roma".

Adorno usó esta máxima para destacar que el pensamiento de la música contemporánea encontraba su coherencia en los caminos extremos, singularizados en las obras de Schönberg y Stravinski, el progreso y la restauración.[3] ¿Qué sugiere esta analogía? Si la vía de la moral es la del medio, ¿cuáles son los extremos de los que Nino se distancia?

Uno es el expresamente defendido por Alchourrón y Bulygin. Su base es el conjunto de rasgos que caracterizan al inverosímil programa positivista: distinción entre teoría descriptiva y valorativa, entre ciencia y política jurídica, entre normas y proposiciones normativas.

El otro es el expresamente sugerido por Alchourrón y Bulygin y que tiene su punto de apoyo en la idea de conquista. Distancia frente a la idea de fundamentación moral. Pero también: apelación a la defensa decisiva de los derechos como frágiles conquistas políticas. Lo sugerido, entonces, es una concepción de la política; pero sin su disolución en la moral.

En fin: la vía media. La teoría sustantiva *es* una teoría moral. El análisis del derecho vendrá entonces a desarrollarse en el campo que es previamente abierto por la reflexión moral. Por los principios, hipótesis y teorías morales.

Será entonces la sustantividad moral la que le permitirá a Nino efectuar la discriminación entre lo pertinente e impertinente con respecto a la infinitud de las convenciones conceptuales relativas al derecho. Tal es el cuchillo que permite escapar a la actitud de indiferencia a la que parecía conducir el pluralismo de los conceptos. Pero no se trata del afilado cuchillo de Occam, sino del blando escalpelo moral.

Hablar de política significa dialogar sobre la moral. Y al diálogo moral se subordina el análisis del derecho.

Nino nos dice que, a pesar de la asunción de un convencionalismo radical, no podemos entender nada del derecho si no tenemos en cuenta la reflexión sustantiva en términos morales. Es por tal motivo que se puede sostener, a la vez, la contingencia

3. Ver: Adorno, T., *Filosofía de la nueva música*, Buenos Aires, Sur, 1966, p. 11.

de los conceptos y la existencia de conexiones necesarias. Cualquiera sea el concepto de derecho que se adopte, él deberá tener en cuenta un inerradicable fondo moral.

La estrategia de Nino consiste en negar que haya un nexo conceptual necesario entre derecho y moral. Pero ello, sin embargo, no le impide argumentar en favor del reconocimiento de otro tipo de conexiones a las que calificará de necesarias. Varias vías son las ensayadas. Así, no podrá entenderse el derecho en tanto discurso justificatorio sin apelar a la reflexión moral. Tampoco la interpretación jurídica. La democracia, por otra parte, requiere de una justificación también de tipo moral.

De esta forma se afirma, paradójicamente, un convencionalismo respecto a los conceptos y un esencialismo en cuanto a las conexiones, que viene a limitar la libertad irrestricta antes postulada:

> "De este modo es *indudable* que el derecho tiene una conexión justificatoria *esencial* con la moral, y que las necesidades de los diferentes discursos, desde *una perspectiva no esencialista* de los conceptos, que esa conexión se vea reflejada de forma apropiada en los esquemas conceptuales que se ofrecen para servirlas." (*DM*, 83)

Capítulo 22
La noche

"El límite del lenguaje se revela en la imposibilidad de describir el hecho que corresponde a una frase (que es su traducción), sin repetir justo esa frase."

La vida de los textos no se deja resumir en una o dos fórmulas. Éstas pueden llegar a destacar el nervio de una argumentación. Pero dejan en la sombras los desvíos, los caminos sinuosos, los ajustes sucesivos. Las aproximaciones dialécticas, para usar una expresión ya comentada.

Luego de haber argumentado en favor de una conexión esencial al nivel justificatorio, Nino trata de demostrar que la interpretación jurídica implica de suyo una conexión necesaria entre derecho y moral. Para entender su peregrinaje a la tierra prometida de la moralidad seguiré varios pasos intermedios.

Cabe comenzar por lo que Nino denomina *proceso jurídico*: conjunto de relaciones que se generan entre los materiales jurídicos considerados relevantes (*DM*, 85).

Puede suponerse que dicho proceso se inicia con una serie de actos lingüísticos prescriptivos; también podría comenzar sin ellos, dice Nino, como sucede con la costumbre. Aquellos actos pueden transmitirse oralmente o, de acuerdo al perfil del derecho moderno, concretarse en textos escritos. En ambos casos, si la prescripción tiene "éxito" da lugar a regularidades de conductas.

Según Nino, las normas jurídicas constituyen el contenido proposicional de los distintos fenómenos que intervienen en el proceso, siendo justamente este contenido el que permite hilar todos sus aspectos: actos lingüísticos, textos, regularidades de conducta (*DM*, 86). Señala a continuación el problema:

> "Pero la anterior descripción deja totalmente a oscuras la relación que hay entre cada tramo material de lo que he llamado 'proceso jurídico' y el contenido proposicional correspondiente, o sea el juicio o proposición que constituye el significado del acto lingüístico, texto o práctica social ... se suele llamar 'interpretación' a la tarea de asignar significado proposicional a esos elementos materiales del derecho." (*DM*, 87)

La interpretación es una *transformación,* término de la misma familia que el ya usado de *reconstrucción*.

El eje del argumento está en constatar que el pasaje de los textos, actos o prácticas a las normas implica el acto de asignar significado a aquellos textos, actos o prácticas. La idea básica es que la tarea de asignar significados es un controvertido y complejo paso moral-valorativo (*DM*, 88).

Ese paso es entendido por algunos juristas como un desciframiento de la intención del emisor del acto lingüístico, del autor del texto o del agente de la práctica. Pero ello, lejos de dar una respuesta unívoca, abre la posibilidad de plurales asignaciones de significado de acuerdo, seguimos a Nino, a los criterios moral-valorativos que se adopte. Dice resumiendo su propio argumento:

> "... si se requiere determinar la intención del autor del texto, se precisa de criterios valorativos ... para *determinar* el nivel de abstracción de esa intención, para *decidir* entre varias intenciones, cuando se trata de su sanción por parte de diversos órganos o de órganos colectivos, para *elegir* entre manifestaciones de intención que a veces arrojan resultados incompatibles." (*DM*, 92)

Superar el conjunto de indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas de los textos también requiere de un momento ineludiblemente moral-valorativo,

> "por más que haya sido una pretensión permanente del pensamiento jurídico, íntimamente vinculado a la idea de despolitización del derecho ... lograr esa superación por medio de operaciones lógicas, axiológicamente neutras. Esta pretensión ... resulta vana: sin recurrir a principios valorativos no es posible *elegir* entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas, sufren, ellos mismo, de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias ... no pueden ser aplicados sin una *previa opción* valorativa." (*DM*, 95)

Las conclusiones que saca Nino de estos argumentos son sin duda radicales. Hay dos aspectos en esas consecuencias que Nino presenta como dos caras de la misma moneda: la *indeterminación* de los materiales jurídicos y la *necesidad* de recurrir a valoraciones morales para escapar de ella.

Pero esta conexión lejos está de ser necesaria. Hay un problema planteado con rigor: el carácter indeterminado de los textos jurídicos. Él no da lugar a una respuesta necesaria como pretende enfáticamente Nino. Induce, por el contrario, una gama de posibles respuestas diferentes. Incluso si obstinadamente se quiere mantener que esa respuesta siempre será

valorativa, no va de suyo que toda valoración sea de índole moral. En el caso, dependerá de la extensión que se le otorgue al acto de valorar. Aunque semejante obstinación podría ceder de aceptarse calificativos más abarcativos que el de valoración y que el propio Nino *usa* al desarrollar sus razones. Términos tales como elección, opción o decisión, y que ya fueran subrayados en las últimas citas efectuadas.

Esta es una síntesis de la posición defendida (la moral como respuesta necesaria –o incluso evidente– a la indeterminación textual):

> "De modo que el proceso de transformación de los materiales jurídicos en proposiciones y de la inferencia del contenido normativo de una decisión específica a partir de tales proposiciones, está totalmente mediatizada por consideraciones de índole moral. También la dimensión interpretativa del discurso jurídico forma parte del discurso práctico más amplio. Si hacemos abstracción de tales valoraciones y concebimos al discurso jurídico como insular, los materiales jurídicos se presentan como 'cajas negras', *absolutamente compatibles con cualquier acción o decisión.*" (*DM*, 100)

Estas últimas palabras son extremas. Considerando a cualquier material, a cualquier texto jurídico, como formando un conjunto dado, su "interpretación" sería una operación que permitiría relacionarlo con un conjunto *infinito* en tanto su co-dominio. A partir del *finito* material jurídico existente son posibles *infinitas* transformaciones (o interpretaciones o reconstrucciones).

Nino ratifica en numerosas ocasiones sus conclusiones radicales:

> "Dadas las opciones de criterios generales de interpretación para dotar de significado a tales entidades o eventos, las alternativas para superar las imprecisiones o ambigüedades de esos significados, las variantes para superar las indeterminaciones lógicas, los textos y las conductas en cuestión *pueden estar asociados con cualquier* contenido proposicional, según los principios valorativos asumidos en cada caso." (*DM*, 133)

Es más, esta posición relega a un lugar secundario la distinción, típica en autores como Hart o Carrió, entre casos claros y casos difíciles, entre áreas de significado claras o de penumbra. Es así que Hart

> "no tiene en cuenta que *la misma distinción* entre áreas de penumbra y claridad *presupone una elección* entre diversos criterios de interpretación, cosa que no puede hacer sin recurrir a consideraciones extrajurídicas. Si exceptuamos esas consideraciones extrajurídicas, los textos parecen presentarse, ya no como penumbrosos sino como *absolutamente opacos.*" (*DM*, 133)

Los textos jurídicos son absolutamente opacos. Oscuros como la noche cerrada.

Aquello que Nino entiende como conexión interpretativa necesaria entre derecho y moral significa lo siguiente: es la valoración moral la que permite reducir la infinitud del co-dominio a un conjunto de significados finitos y manejables. Es la valoración moral la que elimina e ilumina la cerrada noche del texto y permite escapar del carácter opaco del derecho.

Este itinerario permite plantear la paradoja de la indeterminación, cuyos términos son esos mismos que Nino conecta de manera necesaria. O mejor dicho, es la manera de eliminar el carácter opaco del derecho la que da lugar a la paradoja. Nino se pregunta:

> "¿Por qué no acudir directamente a tales principios morales para obtener las soluciones deseadas, en lugar de hacerlas aparecer *como si* surgieran del texto?" (*DM*, 134)

La locución *como si* conduce al problemático terreno de las ficciones jurídicas. Y Nino no se rehusa a decirlo:

> "Si estas paradojas fueran genuinas el derecho positivo sería una *gran ficción* de nuestra cultura. Sería simplemente una *pantalla* en la que los jueces y juristas *proyectarían sus opiniones morales* haciéndolas aparecer como prescritas por una autoridad política legítima. Lo único positivo que tendría el derecho serían ciertos materiales físicos; pero qué materiales fueran relevantes y cuál su significado será una cuestión que los jueces y juristas decidirían con entera libertad." (*DM*, 134)

La paradoja radica en el carácter superfluo de los textos jurídicos positivos. Si interpretarlos implica asignar un significado a partir de una reflexión moral, tales textos deviene superfluos, pues su erradicación en tanto paso intermedio en nada cambiaría la situación. Mejor aún, la clarificaría, ya que se elimina la apariencia de su importancia, es decir: nos desprendemos de la ficticia positividad del derecho y de su ilusoria relevancia para solucionar controversias.

Por supuesto, semejante paradoja no es genuina. Eso, al menos, es lo que intentará demostrar Nino.

Capítulo 23
La catedral

"¿Y no hay también el caso en que jugamos y hacemos las reglas sobre la marcha? Y también incluso aquel en el que las alteramos sobre la marcha."

La solución de la paradoja de la indeterminación es reveladora del curso global de las estrategias ensayadas por Nino. Hay allí una clave, un signo con efectos multiplicadores, a veces insensibles, a veces notables. La ventana para escapar de la paradoja estará en el hecho de considerar al derecho como un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo (*DM*, 135).

Bajo el estímulo de las indagaciones de Dworkin, recurre Nino a dos analogías. En *Fundamentos...* a la construcción de una Catedral; en *Derecho, Moral...* , donde se reiteran los mismos argumentos de manera apretada, a la ejecución de una obra orquestal.

La invitación es la de considerar un proceso análogo al de la construcción de la Catedral de Colonia, que fue completada por varias generaciones entre los siglos XIII y XIX o al de la Catedral de la Sagrada Familia de Barcelona, iniciada en el siglo pasado, continuada por Gaudí y que todavía hoy se sigue completando.

Se nos invita a jugar el papel de nuevo arquitecto, encargado de continuar una obra ya iniciada y que será a su vez continuada por otros en el futuro (*F*, 64).

Continuar una obra ya iniciada coloca al arquitecto ante un espectro de alternativas. Puede considerar que lo construido es tan disvalioso que más vale empezar de nuevo. O sostener, dado lo disvalioso de lo existente y la imposibilidad de iniciar una nueva obra, que lo mejor es que no haya ninguna Catedral.

Pero puede entender que si bien lo construido es defectuoso, una mejor salida (con respecto a la destrucción, al abandono o a la construcción de una nueva Catedral) es la de continuar con la obra. De ser así, podría continuar con el estilo construido. Aunque cabe la posibilidad de que el arquitecto prefiera otro estilo. En tal caso puede armonizarlo o no con el existente, deformar su idea de estilo o considerar adecuado efectuar mixturas o, incluso, adaptarse a un llano eclecticismo estilístico.

Más grave aún, es probable que sean varios los arquitectos que trabajen de manera simultánea en la construcción, cada uno con sus ideas peculiares respecto al mejor estilo que merece una Catedral. Además, el arquitecto sabe que no será él quien la continuará, que otros seguirán con la tarea, para quienes cabe suponer que será relevante qué es lo que él haya añadido.

Continuar con la Catedral coloca al arquitecto en una encrucijada de caminos temporales: ya existe algo construido (pasado), hay otros que construyen junto a él (presente) y otros seguirán con la obra (futuro). También lo posiciona en un punto de intersección de plurales protagonistas, pasados, contemporáneos y futuros.

Esto conduce a Nino a sostener que la labor del arquitecto no se reduce, de manera simple y directa, al acto de plasmar en la obra un ideal estético. Obraría de manera *irracional* si así lo hiciera. Nino quiere mostrar la irracionalidad del sujeto solitario. Aquel que se inmiscuye en una obra de este tipo actuaría irracionalmente si se considerara a sí mismo como el único constructor, ajeno al tiempo y a los otros. Hacer de manera solitaria lo que se evalúa como idealmente mejor, no produce tal resultado, en virtud del condicionamiento que impone la parte de la obra ya realizada, las obras que simultáneamente se realizan y las futuras y eventuales añadidos que se agreguen.

Nino supone como evidente que el derecho es una actividad racional. El problema consiste en hallar algún tipo de racionalidad para esta obra arquitectónica; la que tendrá que ser a la vez colectiva, temporal e imperfecta.

Señala Nino:

> "Obviamente, el sentido de esta analogía es enmarcar a la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes de una obra colectiva que es el fenómeno del derecho vigente como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad." (*FD*, 66)

El desarrollo de esta analogía permite contestar un conjunto de preguntas de diversa índole. Por ejemplo, una Constitución originaria constituiría un hecho histórico entendible como el intento "exitoso" de fundar un proceso jurídico, intento que se destaca entre una multiplicidad de inicios fallidos o sin consecuencias fundadoras (*FD*, 69). A partir de ahí, el derecho se desenvuelve por obra de innumerables acciones realizadas por diversos sujetos, ninguno de los cuales tiene el control completo no sólo del proceso jurídico en su conjunto sino de su propia intervención en él. Toda incorporación se realiza en un contexto y, por decir así, en medio de una serie de desenvolvimiento temporal.

Luego de estas consideraciones, el enfoque de Nino se detiene muy particularmente en la tarea de los jueces. En primer lugar, considera que sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando él solo el orden jurídico como un todo. La irracionalidad radicaría en la ignorancia del carácter colectivo en la que

se inserta su labor. Sí sería racional, para Nino, que se tengan en cuenta, por parte de los magistrados, las expectativas creadas por los actos de los legisladores así como las anteriores decisiones judiciales. Por supuesto, un juez podría considerar que el derecho recibido es tan precario que bien vale intentar un acto de refundación. Incluso podría considerar preferible la anarquía o la disgregación del orden jurídico. Sólo cuando la podredumbre del edificio es de una magnitud insoportable, más valdría el desorden que agregar una piedra en sus corruptas murallas.

Nino, con una cautela en definitiva nunca renunciada, retoma aquí la función del derecho en cuanto mecanismo resolutorio de problemas de coordinación. Al ser un intento histórico logrado –en oposición a numerosos intentos fallidos o abortados en su origen– el derecho existente

> "ofrece oportunidades de perfeccionamiento que no aportan las utopías irrealizables." (*DM*, 139)

De ahí el corolario moral que se extrae con prudencia:

> "Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones, *moralmente justificadas*, ha de ser en el contexto de prácticas sociales existentes, se hace *necesario preservar* el orden jurídico vigente, salvo que sea tan injusto que no pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito." (*DM*, 140)

Esta distinción moral entre la preservación justificada por el perfeccionamiento posible, por un lado, y la refundación por otro, conduce a nuestro autor a distinguir dos niveles en lo que ahora pasa a ser el "razonamiento jurídico".

En el primero se articulan las razones que legitiman moralmente al derecho existente. Aquí se juegan las alternativas drásticas: disgregación del orden (anarquía), refundación, preservación:

> "En el nivel primario y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por el derecho positivo. Aquí rigen razones sustanciales y procedimentales que permiten ubicar a ese derecho en un continuo de legitimidad. Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas para preservar el orden jurídico." (*DM*, 140)

Si se considera justificado –aunque imperfectamente– el orden jurídico en cuanto tal, cabe pasar al segundo nivel, donde se trata de interpretar y aplicar ese orden. Éste, lejos de estar librado a un permanecer estático, implica una evolución,

incluso admite innovaciones parciales que van cambiando la fisonomía misma de ese derecho.

La idea de Nino es la de presentar una imagen escalonada del derecho, al haber

> "una brecha inferencial entre los juicios morales que se refieren a instituciones y los juicios morales referidos a las acciones constituidas por la institución." (*DM*, 143)

La reflexión moral se aplica no a cada contribución particular de la práctica, sino a la obra jurídica como un todo colectivo y continuado en el tiempo.

Por supuesto, estos dos niveles se encuentran imbricados entre sí, en la medida que la indeterminación radical de los textos jurídicos será despejada por remisión a la concepción moral justificatoria que se presenta en el primer nivel. Lo interesante del enfoque de Nino es la evaluación positiva de esa indeterminación, pues ella permite buscar soluciones sin llegar a una situación de ruptura. El carácter colectivo de la práctica va generando convenciones interpretativas, fijaciones relativamente estables de formas de interpretar (o de reconstruir o transformar a los textos indeterminados). Dado que se ha superado el *quid* de la legitimidad del primer nivel en favor de la preservación del derecho, tal criterio también se predica de las convenciones interpretativas, cuya preservación también se encuentra justificada.

Es por este singular rodeo que Nino pretende haber disuelto la peligrosa paradoja de la indeterminación:

> "Lo cierto es que una vez que reconocemos que el razonamiento jurídico presenta una estructura escalonada, que la racionalidad correspondiente es del tipo de la segunda mejor opción y que los principios morales y de justicia no tienen por objeto acciones y decisiones individuales sino prácticas y acciones colectivas, entonces *el derecho ya no aparece como una caja negra asimilable, mediante cualquier solución, por nuestras valoraciones, sean los que sean*, sino como una práctica que incluye criterios convencionales de interpretación de textos y otros materiales jurídicos relevantes. Esto implica que la paradoja de la indeterminación radical del derecho sólo se da cuando concebimos los actos y decisiones jurídicos como si fueran actos y decisiones individuales y aislados." (*DM*, 147)

En esta fabulosa argumentación se destaca una última soldadura que aporta la clave anunciada. Para Nino, el hecho del carácter colectivo del proceso jurídico implica calificar a éste de *político*. Dicho de otra manera: la conexión directa entre derecho y política se basa en su carácter eminentemente colectivo:

> "Concebir las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza *esencialmente* política del derecho. El derecho mantiene una conexión directa con la política, ya que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones y decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se den en el futuro. El derecho es una empresa *esencialmente* cooperativa –aun en un régimen autoritario– puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción, toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes, expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)." (*DM*, 147)

Desgrano las ideas de Nino.

Uno: reconocer el carácter colectivo del proceso implica, de inmediato, reconocer su carácter político. Y esto porque cada decisión incide en las otras. Incidir, a su vez, es el acotado sentido que se le otorga al término *poder*.

Dos: cada decisión debe ponderar estratégicamente a las otras decisiones. *Estratégicamente* quiere decir: en función de la concepción moral que justifica al derecho y de la que se extrae la legitimidad moral de preservar a ese derecho.

Tres: el proceso jurídico no es sólo colectivo sino cooperativo.

Se perfila la visión de la política que maneja Nino. Más aún, se hace visible que las diferentes versiones y significados del carácter sustantivo de la teoría propuesta (explicativa, filosófico-política y normativa) tienen un foco común. Interacción, práctica colectiva, justificación moral, cooperación: tales son sus términos nucleares.

Capítulo 24
El aire

"Toda explicación puede
ser malentendida."

La cooperación es la clave de bóveda del conjunto del trayecto jurídico de Nino, la culminación y la base de su viaje. Tal es el concepto decisivo, el que hila los diferentes puntos aquí tratados: desde el convencionalismo y los contextos discursivos hasta la conexión entre derecho y política.

Desde ya: poner el foco en la cooperación hace pasar a un segundo plano la conflictividad, el momento polémico y que omnipresente actúa en cualquier aspecto del derecho. Se dirá que es una afirmación banal, que viene impuesta por el simple hecho de destacar, como concepto sumo, a la cooperación. Sin duda, pero el texto de Nino al no ahondar en las intrincadas mixturas que entretejen la cooperación y la polémica, relega a esta última al rincón del modesto silencio.

Nino nos preguntó por qué no aceptábamos el hecho, sencillo, de que los conceptos son creaciones convencionales. Dejen, nos dice, de buscar misteriosas esencias detrás del soplo de la voz o de las hileras sucesivas de palabras impresas. No sólo esto se nos solicitó receptar. De manera insensible, casi imperceptible, Nino acopla a su inaugural propuesta convencionalista una finalidad que la justifica: cada uno de los plurales conceptos posible selecciona algunas propiedades (y no otras) de acuerdo a las necesidades del *entendimiento y la comunicación*.

Si hay plurales conceptos de derecho ello tiene su razón en las diferentes necesidades comunicativas de los protagonistas. El comunicar deriva en el mutuo entendimiento. El entenderse en el cooperar.

Hay una pluralidad indefinida de conceptos, por ejemplo de derecho, pero una única intencionalidad humana subyacente: el deseo de cooperar. La pluralidad es pacífica, mansa, una dispersión de convenciones que pretenden comunicar a veces un aspecto o propiedad, a veces otros.

Los diferentes conceptos de derecho reciben su finalidad del contexto discursivo al interior del cual emergen y donde son usados. De ahí que aquellas necesidades del entendimiento y la comunicación ya están presentes en los diferentes discursos. Cada discurso estaría animado por una diferente intención

comunicativa. Pero su mutua relación no es problemática, en tanto se advierta que todos ellos comparten una teleología cooperativa común. Ya no hay un discurso jurídico que se revela como un campo de batalla, una escena de conflictos y de estrategias encontradas. Sí una serie de discursos que se encadenan para formar una secuencia, donde las perspectivas se completan y las diferencias se anulan.

Cuando Nino señala las funciones básicas que cumple el derecho, el eje pasa también por la cooperación. El derecho es un mecanismo peculiar, específico en sus medios, para resolver conflictos, para facilitar la cooperación y para resolver problemas de coordinación. El conflicto es lo que da lugar al derecho y éste, ante todo, se realiza eliminándolo. Ya esta última frase le concede demasiado espacio a la conflictividad, pues lo que da lugar al derecho es la frustración de un acción colectiva en cuanto a su devenir cooperativo y no, por ello, una situación polémica irremediable o, quizás, originaria.

La moralidad no sólo tiene relaciones necesarias con el derecho (al nivel de la justificación y de la interpretación), sino que ella misma cumple una función, similar a la del derecho:

> "En mi interpretación, este enfoque de la fundamentación de los juicios morales tiene raíces en precursores que, como Hobbes, centraron su atención en las funciones sociales de la moral y, como Kant, enfocaron su análisis hacia los presupuestos formales del razonamiento moral. Aunque estos dos aspectos parecen estar muy alejados entre sí y responden a concepciones de la moral radicalmente diversas, creo que ellas aparecen conectados en un enfoque que se concentra en la práctica social de la discusión moral: esta práctica satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y tiene ciertos presupuestos estructurales –procedimentales y sustantivos– que son apropiados para satisfacer tales funciones." (*CE*, 11)

Esta funcionalidad de la moralidad, de consecuencias insospechadas, la vincula Nino con los propios medios jurídicos para facilitar la cooperación. Estos medios son dos. Uno es el foco de la teoría pura: la movilización de la fuerza, la violencia. Sin embargo, este mecanismo no es autosustentable. El derecho no puede, según Nino, lograr sus objetivos sin movilizar otro mecanismo: la autoridad moral:

> "El derecho cumple su función social de facilitar la cooperación a través de dos mecanismos. Uno de ellos es la coacción, pero como hemos visto éste no es un mecanismo suficiente. Debe apoyarse en un segundo mecanismo, el de la autoridad. Debe haber una parte importante de la población y de los mismos órganos que no se atengan al derecho por razones prudenciales, por miedo a ser sancionados, sino que obedezcan porque reconocen la legitimidad de sus prescripciones por originarse en ciertas autoridades competentes." (*DM*, 158)

La auspiciosa inserción de la problemática de la legitimidad (que conduciría a detenerse en el carácter ideológico del derecho o a una lectura de las indagaciones weberianas), no es más que otra manera de acudir a la moralidad, pues:

> "... este juicio de legitimidad, basado en la competencia de las autoridades que emiten las prescripciones, requiere, en última instancia, juicios normativos extrajurídicos... Estos juicios... son juicios de índole moral. De esto se infiere que el derecho involucre una práctica social cooperativa y pueda cumplir su función de proteger otras prácticas sociales cooperativas... sólo cuando una buena parte de los actores jurídicos aceptan juicios morales convergentes sobre la legitimidad moral de las prescripciones jurídicas." (*DM*, 158)

Semejante indicación de las funciones del derecho es el objeto de una de las versiones de lo que Nino llama teorías sustantivas. En particular, de las de tipo filosófico-político. El logro de la cooperación es una argumento político que justifica al derecho en cuanto tal.

Hay para Nino una continuidad conceptual entre práctica colectiva y práctica cooperativa. Un término remite al otro sin solución de continuidad. Entre ambos, más que un hilo que enhebra, hay una identificación inmediata. Actuar de manera colectiva implica que esa acción sea cooperativa (aun cuando en ocasiones se revele como fallidamente cooperativa). De ahí que, en definitiva, el proceso jurídico descripto con tanto detalle sea tanto colectivo como cooperativo.

La cooperación es la que resuelve el problema de la indeterminación radical de los materiales jurídicos. Las interpretaciones son el resultado de convenciones, de acuerdos surgidos por acciones reiteradas. La convención, luego la cooperación, incide en cada momento, ya sea al producirse los materiales jurídicos relevantes, ya sea al conformarse las reglas para leerlos.

Es la propia cooperación la que genera la en todo momento anhelada disolución del carácter opaco de los textos jurídicos. Interpretar ya no es decidir un significado de manera directa a partir de una concepción moral, sino un proceso de elecciones que se ajustan unas a otras, tanto en su sucesión como en su simultaneidad.

La cooperación ocupa con evidencia un lugar central en los argumentos morales de Nino. Esto puede aprehenderse, de manera sintética, al observarse las tesis ontológica y epistemológica de la constitución de la verdad moral, a las que entiende posicionadas en un punto intermedio entre las posturas de Habermas y Rawls.

La tesis ontológica:

> "La verdad moral se constituye por presupuestos formales o procedimentales de una práctica discursiva social destinada a cooperar y evitar conflictos sobre la base de la convergencia de acciones y actitudes dada por el consenso en la aceptación de principios para guiar la conducta. Entre estos presupuestos de la práctica social del discurso moral está el de que un principio es válido

> cuando es aceptable o no rechazable por todos en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos." (*CE*, 104)

La tesis epistemológica:

> "La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral... ya que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse frente a los demás no sólo amplía el conocimiento sino que principalmente permite determinar la satisfacción del requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión. Sin embargo, esto no excluye que por vía de la reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas, aunque hay que admitir que este método es mucho menos confiable sobre todo por la dificultad para representarse finalmente los intereses de los demás y ser, por lo tanto, imparcial." (*DM*, 105)

La moral facilita por sí misma la cooperación. Es un refuerzo indispensable para que el derecho pueda facilitar con eficacia esa cooperación. Es también la cooperación un elemento nuclear para constituir a la verdad moral. Sólo por excepción, y con poca confiabilidad, hay conocimiento moral sin cooperación, pues ésta es su vía de acceso cognitivo privilegiada.

La cooperación y el diálogo están en la base de la justificación moral de la democracia como sucedáneo del discurso moral:

> "El procedimiento democrático de discusión y decisión puede verse como un sustituto imperfecto e institucionalizado del discurso moral informal que termina en un consenso unánime" (*DM*, 183)

La democracia es una institución política por ser colectiva y cooperativa. También se encuentra moralizada, al ser una versión imperfecta del diálogo moral. Y éste, al ser una actividad cooperativa, es también una actividad abierta a la política.

En fin, es también la cooperación de los sujetos que dialogan la que permitirá la progresiva formación de la conciencia moral requerida para darle efectividad a los derechos humanos.

Es la aceptación de todo este compacto conjunto de presupuestos los que impedirían que el análisis jurídico caiga en malentendidos, en un juego preciosista pero sin norte. Él es la brújula del análisis para que no se pierda en realizar distinciones espurias o irrelevantes.

Uno de las interrogantes a responder desde esta perspectiva es el de explicar la no cooperación. Ello tiene que hacerse sin hacer del conflicto y de la polémica conceptos

centrales o, si se quiere, básicos. La noción básica, o dicho en otro vocabulario: determinante en última instancia, es la cooperación. De ahí que el conflicto se tematice, con términos extraídos de la teoría económica neoclásica, como una *falla* de la cooperación.

Varios planos a diferenciar.

Por un lado están los malentendidos o desacuerdos teóricos. Por ejemplo, los que aquejan infatigablemente a iusnaturalistas y positivistas. Nino intentó mostrar que esos desacuerdos no eran reales sino aparentes. Una falsa discusión, pues cada uno de los interlocutores usa, sin saberlo, un concepto diferente de derecho, todos en principio legítimos, pero sólo en el contexto discursivo adecuado. Mera disputa verbal, que sigue su curso por inercia al no advertirse las constricciones de los contextos y por ignorarse, a la vez, los límites que deben respetarse para lograr una comunicación lograda y no un intercambio incoherente de locuciones de diferente procedencia conceptual.

Aquí emerge, con notable fuerza argumentativa, una estrecha versión de la labor analítica, y que Nino parecía haber menguado en sus efectos. Si hay una falsa discusión es por no haberse detenido los interlocutores en realizar una previa e imprescindible tarea de aclaración. De ahí la autopercepción de su labor teórica: clarificar una serie de términos y conceptos para desobnubilar a los contendientes que polemizan de manera vana e infructuosa.

Los infatigables polemistas discuten porque están confundidos. Por lo tanto, si se les clarifica con cuidado lo que hacen sin saberlo, tomarán conciencia de su errado comportamiento. Mostrando el prejuicio (por ejemplo, la visión esencialista de los conceptos) cada cual podrá dar por terminada una disputa que al fin y al cabo habrá de reconocerse como estéril:

> "Estoy convencido de que la subsistencia de la controversia entre positivistas jurídicos e iusnaturalistas a través del tiempo se debe a las confusiones que contaminan esta polémica y que impide percibir con claridad qué tesis defienden los contrincantes." (*DM*, 17)

Como los prejuicios están arraigados o porque las pasiones, tal vez, no dejan ver con suficiente claridad, la tarea de dilucidación es lenta, requiere largos diálogos y continuas deliberaciones. Hasta que las conciencias, al fin despejadas de la bruma que las encapsula, vean con nitidez la distinciones relevantes. El análisis, así reducido, vuelve a ocupar un lugar de privilegio.

Hay muchas filiaciones y presupuestos en esta manera de entender qué es una discusión. Sobre todo una concepción, por lo demás clásica, de la conciencia. Ésta es transparente, como la diafanidad del cielo luego del amanecer.[4] Sin embargo, de vez en cuando se forman nubes, densas o tenues, que perturban la claridad del cielo

4. Transparencia de la conciencia expresa y maravillosamente destacada por Nino: "Los deseos, salvo quizás los impulsos más primitivos, no son fenómenos opacos, sino que tienen una textura proposicional que es percibida por los sujetos del deseo" (*DM*, 45).

y a las que hay que erradicar. Pero expulsadas tales masas oscuras el cielo vuelve a su estado natural: claro como el agua.

En este sentido, Nino se hace deudor de un aspecto de la tradición marxista: la idea de falsa conciencia. Y con ello, por cierto, de todas sus críticas. Si esta filiación es extraña, más lo es el movimiento global realizado, que va desde la cerrada noche de los textos, *absolutamente* opacos, hasta la cristalina autopercepción de la conciencia, *absolutamente* transparente. Salto abrupto entre absolutos: desde la noche al cristal.

Más allá de semejantes disquisiciones, una posición semejante, que hace de las posiciones contrarias el necio resultado de la confusión, erradica la posibilidad de un acuerdo genuino. Y es que el otro con el cual discutimos no está necesariamente confundido, sino que piensa otra cosa, ve otra cosa, dice otra cosa. Se trata de *otra cosa* con respecto a lo que pensamos, vemos y decimos aquellos que nos oponemos. Oponer la claridad a la confusión, como si fueran ellas los reales contendientes de las controversias, supone asumir toda una serie de implicaciones que, por lo menos, son incompatibles con el antiesencialismo predicado con tanto énfasis por Nino.

Este cuadro torna imposible pensar la trabazón que se presenta entre argumentos y estrategias, donde lo que está en juego no es la clarificación del otro, sino la consecución de un objetivo.

Por otro lado, y además de los desacuerdos *teóricos*, Nino se ocupa en numerosas oportunidades de los procesos de acción colectiva autofrustrantes. Adoptando diversos modelos formales desarrollados por la teoría de los juegos, intenta mostrar cómo determinadas situaciones dan resultados ineficientes en cuanto al grado de cooperación logrado.

Las normas se visualizan como un mecanismo adecuado (aunque no siempre cumplan con éxito su cometido) para obtener la cooperación deseada. El dilema de los prisioneros es aquí paradigmático.

La idea de Nino es que el déficit cooperativo no surge en virtud de acciones deliberadas de ciertos agentes o grupos de agentes, tal como lo sostendrían las habituales teorías conspirativas. En cambio, es la estructura misma de la interacción social (o la estructura formal de la acción colectiva del caso) la que lleva a semejantes resultados negativos. Nino no sostiene, por supuesto, que en toda situación el resultado será siempre eficiente (o, por el contrario, siempre ineficiente). Ello dependerá de la estructura de acción colectiva que esté en juego.

El ejemplo del mercado, tal como es expuesto por la tradición económica neoclásica, es expresamente traído a cuenta por Nino. En su forma pura (competencia perfecta) y de acuerdo al teorema fundamental de la economía del bienestar, se producirán resultados eficientes. Juega aquí una mano invisible benéfica.

En cambio en otras situaciones donde los mercados están fallados (existencia en el mercado de externalidades, de bienes públicos o de monopolios), los resultados colectivos serán ineficientes, por no cumplirse alguna de las condiciones requeridas por el teorema fundamental de la economía del bienestar. Juega aquí una mano invisible maléfica.

Habría, luego, una serie de condiciones favorables para el surgimiento de un arreglo normativo que subsane la falla de la acción colectiva de que se trate. En particular, tales condiciones se basan en determinadas actitudes hacia las normas. Nino se demora largamente en describir lo que él denomina la anomia argentina, la importancia superlativa que en nuestra sociedad tienen los comportamientos ilegales por sobre los legales. Pretende mostrar que el mecanismo para resolver problemas de cooperación, esto es: el derecho, no produce tal resultado, sino un estado de anomia generalizada.

El eje de la argumentación de Nino está en las características propias de la acción colectiva y en las actitudes subyacentes que impiden el buen resultado cooperativo por vía del derecho. Al concluir su recorrido y ensayar posibles soluciones para escapar de semejante estado anómico, además de proponer un conjunto de transformaciones institucionales, el punto fundamental es el de

> "... promover el proceso de deliberación pública, intentando *expandir la conciencia* sobre uno de los factores principales que genera la crisis en que nos encontramos sumidos y determinar el tipo de normas que deberíamos observar para salir de esta dinámica autofrustrante." (*UP*, 258)

Por supuesto, *en última instancia* –y aquí es el propio Nino quien utiliza estos términos (*UP*, 258)– se trata de lograr un consenso sobre ciertas normas morales.

La cooperación, en tanto concepto imperialista, adopta múltiples formas. Su metamórfosis es incesante: es un hecho, un fundamento, un cometido funcional, un valor, una meta. Fin y principio de la explicación. La cooperación forma parte de la moralidad, al ser un medio tanto para la constitución de la verdad moral como para su conocimiento. La cooperación también es el cometido funcional de la moralidad. Pero como la cooperación es la forma paradigmática de acción colectiva y ésta última es el eje de la concepción política de Nino, la moral es de inmediato una actividad política.

El derecho, por su parte, al ser también una acción colectiva cooperativa, es de inmediato política. Y al no poder interpretarse al derecho sin acudir a la moralidad, el derecho también es parte de la moralidad. Por lo demás, ambos: derecho y moral, coincide en su función: favorecer la cooperación. Es más, el derecho es incapaz de cumplir eficazmente esa función mediante la sola coacción, ya que requiere, por su puesto, de la adhesión moral.

En fin, la democracia se justifica en tanto se visualiza como un sistema dialógico que materializa, aunque de manera imperfecta, el diálogo moral, es decir, su aspecto cooperativo.

Aparece así el punto de desvanecimiento del una y otra vez predicado convencionalismo conceptual. Al igual que en la histórica escena de la traición, por tres veces se desliza en el texto un *esencialmente* que pasa casi desapercibido. Las indicamos al pasar, en silencio, cada vez que la cita incorporaba la palabra a estas páginas. El derecho es un fenómeno *esencialmente* político, el derecho es un fenómeno *esencialmente*

cooperativo. El derecho y la política se encuentran en la cooperación. En el consenso comunicativo, en el diálogo moral, en la deliberación teórica.

¿Qué queda del enfáticamente predicado convencionalismo conceptual? ¿En qué medida nos alejamos del reprochable esencialismo?

Lugar incómodo al que llega Nino. Los conceptos son indefinidos, dependen de convenciones y no del reconocimiento de supuestas esencias. Esto significa que ninguna concepción tenga, al fin de cuentas, un fundamento último.

Sin embargo, el conjunto de su trayecto está en convencer a sus lectores que, cualquiera fuese el concepto que se utilice, él deberá reconocer un conjunto de conexiones *necesarias* entre el derecho, la moral y la política. Y *necesarias* significa, como el propio Nino deja deslizar en más de una ocasión, esenciales.

La cuestión es determinar desde *dónde* dichas conexiones pueden aparecer como necesarias o esenciales. No, por supuesto, desde los hechos mismos. Estos dependen del marco conceptual que se adopte. La respuesta ya está dada: Nino asume una perspectiva como básica y es a partir de ella que surgen las conexiones necesarias que siempre nos introducen en el templo deliberativo de la moralidad. Es también desde allí que adquiere sentido la postulación de una racionalidad que estaría ínsita en la práctica jurídica. No es necesario ir muy lejos para especificar esa perspectiva, pues el propio Nino la explicita:

> "Recién acabo de *confesar*, aunque entre paréntesis, que el constructivismo ético conduce al liberalismo político. Muchos dirán que esta confesión descalifica la validez filosófica de esta posición. Sin embargo, ello no es así: el constructivismo se apoya en la práctica social del discurso moral vigente en nuestra cultura, y ésta no es de ningún modo una institución neutral. Sus exigencias de universalidad, generalidad, publicidad, finalidad, etc., su remisión a lo que sería aceptable en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento, su principio sustantivo de autonomía y su presupuesto de que las decisiones de los individuos son antecedentes apropiados de consecuencias normativas constituyen ... la materia prima básica del pensamiento liberal." (*CE*, 16)

El horizonte final, al que conducen todas las vías, se sostiene en la asunción de una concepción política específica: el liberalismo. Es desde allí que deviene posible afirmar conexiones necesarias entre derecho, moral y política, y postular una racionalidad en las acciones colectivas. Pero ese horizonte no responde o representa ninguna esencia previa. Él es, para hablar como Nino, convencional, es decir: una posición no esencial, o sea: contingente.

La perspectiva política liberal permite aunar un sinnúmero de enfoques: desde la versión dialogante de la moral hasta la visión neoclásica de la economía, desde una fundamentación contractual del poder hasta una comprensión diáfana de la

conciencia. Y el concepto básico del liberalismo ya ha sido suficientemente notado: cooperación.

Es así que cambia de color la idea de Nino sobre qué significa discutir. Pues la contraposición entre claridad y oscuridad no se da fuera de una perspectiva, sino en su interior. Como decir: *si y sólo si* se aceptan los postulados liberales, *entonces* tales y tales consecuencias son erradas o confusas. Pero desde *otra* perspectiva, las pretendidas necesidades ya no son más que contingencias; el otro, en tal caso, ya no requiere de una clarificación, sino de un cambio de perspectiva.

El punto, no dramático, pero si teñido de polémica, es la restricción que hace Nino del convencionalismo conceptual, al detenerlo ante su decisión básica. La mayor parte de sus argumentaciones pretenden mostrarnos conexiones necesarias, vínculos esenciales o racionalidades implícitas, como si hubiera que aceptarlas con independencia de cuál sea la perspectiva que adoptemos. Como si hubiera un punto ante el cual el convencionalismo debiera ceder para reconocer la ultima migaja de esencia que nos queda: la esencia cooperante del hombre, de la sociedad, o del mundo.

Así, finalmente, se llena el espacio en blanco que quedaba al interrogar por qué la institución compleja a cuyos aspectos hacían referencia los distintos conceptos de derecho era calificada como *una*. En ningún lugar se da la respuesta como tal. Sería una redundancia innecesaria, porque como el Dios de los teólogos, ella está en todas partes sin estar en ninguna. Como nos apunta el propio Nino:

> "El derecho, como el aire, está en todas partes." (*IA*, 1)

El derecho, es decir: la cooperación. Parafraseando a Spinoza: toda determinación es una cooperación. Aunque sea fallida.

Concluyamos con la letra de Nino, tan consoladora y ajena a la tragedia:

> "El constructivismo ético al esclarecer los presupuestos y funciones del discurso moral cumple la misión práctica de contribuir a expandir la eficacia y el ámbito de operatividad de ese discurso. Con ello no se ha alcanzado todavía la verdad moral pero se dispone de un instrumento para buscarla en forma cooperativa."

Capítulo 25
Ladrillos y albañiles (E. Laclau)

"Llamaré también 'juego de lenguaje' al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido."

No fueron sugerencias las que aportara Nino, sino una narración política, el liberalismo, la que a su juicio tiene que adoptarse para, entre otras tantas consecuencias, hacer análisis jurídico con sentido. Muy diferente, en cambio, es el momentáneo resultado de nuestra indagación, pues no estamos compelidos a permanecer en lugar de destino al que llega Nino. Al seguir las precedentes vicisitudes se fueron perfilando una serie de problemas, ligados a su vez con las parciales conclusiones que nos dejó la lectura de Alchourrón y Bulygin. Será el objeto de la sección siguiente ahondar en tales aspectos.

De manera previa me detendré en otra visión actual del convencionalismo, pero que, a diferencia de la de Nino, intenta asumir la radicalidad de sus efectos: las investigaciones llevadas a cabo por Ernesto Laclau. Si bien no apuntan directamente al derecho, ofrecen tanto un enfoque de la política como del discurso.[5]

El objetivo: contrastar la perspectiva de Nino con otra versión del convencionalismo y continuar excavando en la noción de discurso jurídico, hasta ahora sólo enmarcada en la lectura de los textos de Alchourrón y Bulygin.

La especificación del discurso usada hasta el presente es la siguiente: encadenamiento de sucesivos lenguajes y metalenguajes. Esta presentación tarskiana, si bien se la reformuló en muchos aspectos, no fue alterada en su contorno fundamental. El pasaje de la forma básica a la extendida fue de importancia, pero no significa que se haya llegado a un punto conclusivo. La forma extendida del discurso sigue siendo una presentación pobre, preliminar, de ahí no sólo incorporaciones de rasgos, sino también nuevas reformulaciones.

5. Se consideran aspectos parciales de dos textos de Laclau, E., *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1993 (a citar como *Nr*, seguido de número de página) y *Emancipación y diferencia*, Buenos Aires, Ariel, 1996 (a citar como *Em*, seguido de número de página).

Ante todo: también Laclau pone el acento en las tareas analíticas de clarificación, aun cuando a lo largo de sus argumentaciones module al análisis con matices singulares y un léxico abstruso, propio de una estética que halaga la fealdad de la palabra pseudotécnica:

> "La primera condición para tener una discusión racional es, desde luego, que el significado de los términos que uno use sea claro." (*Nr*, 120)

La primer clave de lectura se encuentra en la manera que tiene Laclau de entender al discurso. Como en muchas otras ocasiones, apela a una de las conocidas escenas teatrales de Wittgenstein, la del albañil y los ladrillos:

> "Supongamos que estoy construyendo un muro con otro albañil. En un cierto momento le pido a mi compañero que me pase un ladrillo y luego pongo éste último en el muro. El primer acto –pedir el ladrillo– es lingüístico; el segundo –poner el ladrillo en la pared– es extralingüístico. Al establecer la distinción entre los dos actos en términos de oposición lingüístico/extralingüístico, ¿agoto la realidad de ambos? Evidentemente no, porque a pesar de su diferenciación en esos términos, ambas acciones comparten algo que permite compararlas, y es el hecho de que ambas son parte de una operación total que es la construcción de la pared. ¿Cómo caracterizamos entonces a esa totalidad, de la cual pedir el ladrillo y ponerlo en la pared son momentos parciales? Obviamente, si esta totalidad incluye dentro de sí elementos lingüísticos y no lingüísticos, ella debe ser anterior a esta distinción. *Esta totalidad* que incluye dentro de sí a lo lingüístico y extralingüístico, es lo que llamo *discurso*." (*Nr*, 114)

El discurso es una totalidad significativa al interior de la cual se distingue lo lingüístico de lo que no lo es. Esta tesis nada dice sobre la *existencia* de los hechos u estado de cosas. Un mismo hecho, por ejemplo "patear un objeto esférico", tendrá diversos significados de acuerdo a la totalidad significativa o discurso en la que se enmarque –de hecho, el hecho precedente ya supone un significado–:

> "El objeto es una pelota de fútbol sólo en la medida en que él establece una sistema de relaciones con otros objetos, y estas relaciones no están dadas por la mera referencia material de los objetos sino que son, por el contrario, socialmente construidas. Este conjunto sistemático de relaciones es lo que llamamos discurso." (*Nr*, 115)

Dos tesis son aquí avanzadas. Por un lado, no hay esencia alguna fuera del discurso y al que éste debiera adecuarse para obtener el calificativo de verdadero. Referirse a algo, de cualquier manera que se haga esta referencia, implica que *ya* se está en un marco de referencia. Por otro lado, tales marcos de referencias son plurales, pues al no limitarse a reconocer una esencia previa, se abre la posibilidad de diversas maneras de significar. En términos de Laclau:

> "Sería absurdo, desde luego, preguntarse hoy si 'ser un proyectil' es parte del verdadero ser de la piedra ... la respuesta será, obviamente: depende de cómo usemos las piedras. Por la misma razón sería absurdo preguntarse si, fuera de toda teoría científica, la estructura atómica es el 'verdadero ser' de la materia –la respuesta será que la teoría atómica es una manera de clasificar ciertos objetos, pero que estos están abiertos a diferentes formas de conceptualización que puedan surgir en el futuro. En otras palabras, la 'verdad' factual o de otro tipo, acerca del ser de los objetos se constituye dentro de un contexto teórico y discursivo, y la idea de una verdad fuera de todo discurso carece simplemente de sentido." (*Nr*, 119)

Hay un aire de familia con la propuesta convencionalista de Nino, al menos en su formulación germinal. Los conceptos no son la captación, por alguna misteriosa facultad humana, de la esencia de los objetos. Ellos se forjan al interior de un marco de referencia o contexto discursivo (o, de acuerdo a otras designaciones usadas, de una estructura o conjunto sistemático).

Señala Laclau:

> "... no hay naturaleza intrínseca de lo real, sino que lo real aparecerá de modo diferente dependiendo de los lenguajes con los que se describa ... no hay metalenguaje o lenguaje natural que permita decidir entre los lenguajes de primer orden en competencia." (*Em*, 186)

Los marcos de referencia no representan una esencia, sino que son el horizonte a partir del cual los hechos se tornan inteligibles. Entre la indeterminación inicial y el marco que se adopta hay un acto de fuerza. Muchos son los esquemas conceptuales posibles, de ahí que en el origen de cada uno haya una decisión que no remite a nada tras de sí. Laclau remite el convencionalismo conceptual a un cacofónico antifundacionalismo. Corolario coherente: si no hay una esencia última de la cual partir en verdad, el inicio no está en la admisión de un elemento necesario, sino en un punto contingente.

Otra manera que tiene Laclau de indicar semejante contingencia está en sostener que cada decisión implica de suyo una exclusión. La instauración de un contexto discursivo es, a la vez, el rechazo o la expulsión de otros. Constatación casi trivial, que pretende subrayar que un acto de afirmar está ligado de manera indisoluble con

una negación. Cada perspectiva que se constituye implica otras perspectivas de las que se reniega y que son lanzadas a un espectral exterior.

Un marco de referencia no nace de la nada, sino en un espacio por decir así ya ocupado, lleno. Ante tal situación, Laclau reinterpreta libremente dos nociones husserlianas: sedimentación y reactivización.

La idea de *sedimentación* es la siguiente: un enfoque ya planteado y desarrollado (o constituido) tiende a producir un olvido de sus orígenes, a borrar las huellas de la contingencia de su inicio. De tal forma él se convierte en un fondo común de evidencias, las que permitirán realizar tareas rutinizadas o repetitivas. En vez de mostrarse como un marco posible entre otros, se estabiliza hasta presentarse como la imagen *verdadera* de una objetividad *esencial*.

Mediante un acto estipulativo, Laclau identifica a las estructuras sedimentadas o consolidadas con "lo social". O sin apelar a esta última sustantivación: formas sociales.

La *reactivización* significa reinscribir aquellas formas sedimentadas en el sistema de opciones históricas que fueron desechadas. Es más: que fueron violentamente desechadas. Reactivar quiere decir: sacar a plena luz la contingencia radical que atraviesa a la forma sedimentada.

En un segundo acto estipulativo, Laclau identifica a los procesos de reactivación con "lo político". Si hacemos converger ambas especificaciones cabe decir que procesos políticos eficaces dan lugar a formas sociales que tienden a estabilizarse y a enterrar el momento político que las originó. Entierro al fin de cuentas vano, pues tales formas consolidadas siempre están amenazadas por nuevos procesos políticos que intentan conmoverlas. Aunque sólo a fin de cuentas, en tanto es notorio que hay formas que logran arraigarse y superar la fugacidad existencial del instante.

Señala luego Laclau:

> "El momento de la reactivación no puede, sin embargo, en nuestro caso consistir en una vuelta a los orígenes, al sistema histórico de posibilidades alternativas que fueron desechadas. Recordemos ...: las alternativas desechadas no implican todo lo que es *lógicamente* posible sino tan sólo aquellas posibilidades que fueron *efectivamente* intentadas, que representaron por lo tanto alternativas antagónicas y que fueron suprimidas. La reactivación no consiste, pues, en un retorno a la situación originaria sino tan sólo en redescubrir, a través de la emergencia de nuevos antagonismos, el carácter contingente de la pretendida objetividad." (*Nr*, 51)

En el léxico gramsciano al que retiradamente acude Laclau: un marco de referencia sedimentado es aquel que logró convertirse en *hegemónico,* al haber resuelto de manera favorable su relación con las fuerzas antagónicas. Pero esa hegemonía no significa la instauración de algún tipo de sistemática cerrada o completa. En primer

lugar, la forma hegemónica se constituye como tal al negar (excluir, expulsar) a otros candidatos antagónicos. En segundo lugar, sigue siendo contingente desde su raíz. Su perduración no se debe a una más cristalina captación de la esencia ultima o penúltima de la realidad, sino al simple hecho de haber salido airosa de un enfrentamiento. En tercer término, su desarrollo no está predeterminado. El antagonismo también continúa en su interior. Doble incidencia, entonces, de los antagonismos: amenaza constante desde un exterior y amenaza interna ante la incertidumbre en cuanto al devenir mismo de la forma establecida.

Laclau apela de nuevo a otra escena de Wittgenstein, relativa a la problemática –de enormes resonancias jurídicas– sobre qué significa "seguir una regla". Dado un fragmento de serie numérica (1, 2, 3 ,4), resulta indecidible determinar con certeza cómo continuarla. Se podría seguir tanto de una manera (agregando: 5, 6, 7, 8), como de muchas otras distintas (9, 10, 11, 12). Esta es la conclusión:

> "Y obviamente, puedo siempre modificar la regla continuando la serie de manera distinta. Como se ve, no se trata aquí de que la coherencia de una regla no logra realizarse nunca de modo completo en la realidad empírica, sino de que, por el contrario, la regla misma es indecidible en términos de serie enunciada en cuanto tal, y puede ser transformada por cada nueva adición. Todo depende, como diría Lewis Carroll, de quién está en control. Se trata, en el más estricto sentido del término, de una cuestión de hegemonía. Pero en este caso, si la serie es indecidible en términos de su estructura formal, el acto hegemónico no será la realización de una racionalidad estructural que lo precede, sino un acto de construcción radical." (*Nr*, 46)

Cualquier marco hegemónico resulta de un antagonismo cuyo resultado no está fijado de antemano. Tal es la contingencia en el origen. El carácter repetitivo y estable de ese marco tampoco está asegurado, en la medida que su continuación es indecidible. Tal es la contingencia ínsita a la hegemonía. Sin embargo, en la medida que hay una fuerza constrictiva hegemónica en condiciones de actuar con eficacia, el margen de indecidibilidad está sumamente restringido. A tal punto que el próximo paso pueda incluso aparecer *como si* fuese necesario, es decir: completa o unívocamente decidible.

En fin, en cada momento está abierta la posibilidad de una reactivación que ponga en jaque al marco en cuanto tal, mostrando su contingencia y, por ello, desafiándolo antagónicamente. En tal caso, nada hay decidido de antemano.

Si no hay nada decidido de antemano y si no hay un meta-marco de nivel superior a partir del cual zanjar la disputa –la ilusión del Gran Marco Epistemológico o de la Bondad Cooperativa–, el resultado final dependerá de la relación de fuerzas puestas en juego. De una relación de poder:

> "...el resultado de los distintos antagonismos dependerá de relaciones contingentes de poder entre fuerzas que no pueden ser sometidas a ningún tipo de lógica unificada." (*Nr*, 36)

El poder no aparece de súbito recién en este instante sobreviniente, ya que la instauración misma del marco o estructura hegemónica del caso implicó, constitutivamente o *ab initio*, un acto de poder:

> "La afirmación del carácter constitutivo implica ... la afirmación del carácter contingente de toda objetividad y esto presupone, a su vez, que toda objetividad es una objetividad amenazada. Si a pesar de esto ella logra afirmarse parcialmente como objetividad, esto sólo puede darse sobre la base de reprimir aquello que lo amenaza. Estudiar las condiciones de existencia de una cierta identidad social es equivalente, por lo tanto, a estudiar los mecanismos de poder que la hacen posible." (*Nr*, 48)

Este énfasis en la violencia, el poder y la fuerza no significan erradicar *in totum* los aspectos comunicativos o dialógicos. La construcción de un marco hegemónico es a la vez persuasivo y violento. En virtud de la imposibilidad de la pureza, siempre dicha construcción es impura: ni pura violencia material ni pura persuasión dialógica. Es ilusorio imaginar la posibilidad de una persuasión pura, ya que el mismo acto de convencer a otro, implica en éste un cambio, un rechazo de lo que antes él sostenía. Es decir una exclusión, un acto de fuerza:

> "...es imposible oponer la fuerza a la persuasión, dado que la persuasión es una forma de fuerza ... La adopción de un nuevo paradigma, en el sentido de Khun, es un buen ejemplo de lo que quiero decir. Una multitud de razones / causas, que van desde dificultades teóricas hasta avances técnicos en el instrumental de la investigación científica, interactúan entre sí en la determinación de la transición de la ciencia normal a la revolucionaria. Y ... esta transición no es un abandono indiferente e indoloro, sino que implica represión de otras posibilidades: es el resultado de una lucha." (*Em*, 202)

La contingencia radical (ligada al convencionalismo o anti-esencialismo), no conduce a presentar una imagen del mundo donde reinaría un absoluto caos, una especie de diseminación, radical por imposible de ordenar, de oposiciones, diferencias o antagonismos. Por el contrario, estamos siempre ya posicionados en un momento histórico particular, donde hay sistemas indecidibles en su futuro, pero hegemónicos. O también: en vías de serlo o de dejar de serlo. La pluralidad indefinida, lógicamente posible, está constreñida por las posibilidades efectivizadas. Se está siempre en una situación particular. En un lugar donde hay marcos hegemónicos y antagonistas amenazantes.

Semejante consideración no implica introducir la Historia o ciertas versiones de una filosofía de la historia, en el sentido de suponer un soplo oculto que enhebraría cada uno de los sucesos. Soplo que tiene muchos nombres, variables de acuerdo a la tradición de que se trate: fin, racionalidad, destino o sentido, perfectos o imperfectos, de la historia. De vuelta: esto significaría reconducir toda variación a una esencia última, escondida en el oscuro fondo de las cosas. O revelable, versión inversa y complementaria, en el claro diálogo de las buenas conciencias.

Lo que hay, en cambio, son sucesos, enfoques y contiendas contingentes, indecidibles en cuanto a su origen, desarrollo y resolución:

> "Lo único que tendríamos es la sucesión discontinua de los bloques hegemónicos, que no está gobernada por ninguna lógica racionalmente aprehensible –ni teleológica, ni dialéctica ni causal." (*Em*, 203)

En rigor, las que resultan inadecuadas son las oposiciones sentido / sinsentido o racionalidad / irracionalidad. Aquella sucesión discontinua no es ni racional ni irracional. Sencillamente: es tal como es. Asunción, señala Laclau en jerga heideggeriana, de la facticidad.

El contraste con el convencionalismo moderado, cooperativo y bonachón de Nino no podría ser mayor. Los puntos de contactos ya se destacaron: afirmación del convencionalismo conceptual, rechazo del esencialismo. De ahí en más, los caminos se bifurcan.

A los antagonismos de resolución contingente, Nino opone una ubicua esencia cooperativa. Los antagonismos, relegados a un lugar secundario, no son más que fallas en la cooperación; o fallas en los mecanismos puestos en juego para superar los problemas de coordinación.

A la imposibilidad de zanjar las disputas salvo recurriendo a una decisión, Nino opone un escalonamiento, que permite remitir los conflictos al nivel superior de la moralidad. El primer nivel del *razonamiento jurídico* juega el papel de meta-marco pacificador.

Al origen contingente ligado a un acto de fuerza, Nino opone la fundamentación dialógica de la verdad moral. Y ésta es accesible en múltiples sentidos, como lo intenta demostrar Nino con sus tesis ontológica y epistemológica sobre la constitución de la verdad moral.

La escena de la Catedral, en muchos aspectos semejante a la escena wittgensteiniana de la regla indecidible, es sometida por Nino a un constante proceso de centramiento, ya sea buscándole con ahínco un ámbito de fundamentación moral, ya sea encontrándole alguna forma ínsita de racionalidad, aunque sea imperfecta. Como si, a pesar de las numerosas declaraciones en sentido contrario, Nino estuviera atravesado por una rediviva astucia hegeliana. Por un lado, derecho, moral o política tienen conexiones esenciales, esto es cooperativas, que deben ser reconocidas por cualquier concepción convencional; por otro: lo real es en definitiva racional.

Curiosamente, esta reminiscencia se abstrae del momento violento que una y otra vez aparece en los textos hegelianos. Si esto es curioso, es porque dicho momento es el que para la teoría pura singulariza al derecho: normas con sanciones coactivas, respaldadas por la fuerza, es decir por la violencia, tal es el *quid* de lo jurídico. Nino inició su recorrido en las tierras de Kelsen. Pero cada avance fue un alejamiento, a tal punto que la coacción se va enflaqueciendo hasta quedar reducida a un medio individualizante pero accesorio, menesteroso de una moralidad cooperativa que juega como función, fundamento y finalidad.

Este relegamiento es decisivo en consecuencias, pues si la centralidad de la sanción lleva a sostener a ese sistema de amenazas que es el derecho en el temor, en el miedo que tanto atormentaba a Hobbes, el ánimo dialogante y cooperativo transmuta por completo el punto de apoyo. El derecho ya no se sustenta en el temor, sino en la aceptación racionalmente justificada; ya no en el miedo, sino en la adhesión surgida de una deliberación moral. Toda la imaginativa reconstrucción del derecho en términos de razones para actuar está ahí para mostrar este trastocamiento. Reconstrucción que cabría calificar de extraña, pero que se torna límpida si se la reconduce a la tradición en la que se reconocen sus antecedentes: el contractualismo del derecho natural, coextensivo al liberalismo entonces naciente.

Por cierto: Nino aporta una indicación importante y a la que Kelsen dejó en las sombras: el temor no es suficiente para lograr la obediencia. Pero ello no nos remite ni a la conciencia moral (transparente, deliberativa y racional) ni a la aceptación de una relación esencial y de fundamento entre derecho y moralidad, sino al conocido consejo de Maquiavelo: más vale ser temido a ser amado, donde más que la jerarquía, lo importante son las pasiones que movilizan la obediencia: el miedo y el amor.

Indicaciones que nos advierten que las perspectivas que someten a crítica a la teoría pura del derecho nos son unificables, ya que apuntan a diferentes blancos, parten de divergentes sitios y conducen a muy disímiles resultados.

En fin, al postular un radical antiesencialismo, Nino liberó un campo de análisis demasiado riesgoso e imprevisible. Su decisión última en favor del liberalismo sería, así, el parapeto defensivo para neutralizar los efectos desencadenados.

Tercera Parte

La clave está en la práctica: sobre la teoría crítica del derecho I

Capítulo 26
Yira, yira

"Una filosofía sólo existe en virtud de la posición que ocupa y sólo ocupa esa posición conquistándola en el espacio lleno de un mundo ya ocupado."[1]

Para los juristas, al menos si son argentinos, la obra y el nombre de Kelsen tiene un peso muy especial. Casi un padre; o mejor: el padre de los padres, que deja extender su sombra desde una cauta lejanía. Es así que no tiene que sorprender la variedad de pasiones que fueron desencadenadas por sus dichos.

Para muchos fue la veneración, el culto al ancestro. Cuando esa pasión se muestra más sobria, Kelsen ocupa el lugar del fundador. Se reconocen sus antecedentes, pero se tratan como precursores: el positivismo del siglo XIX, en tanto conjunto de intentos no suficientes claros, aún precarios si se los compara con la magnitud de la refundación kelseniana. Son los profetas, cuya palabra adquiere sentido con la venida del Mesías.

En la otra vereda, Kelsen es el sumo hereje, objeto de un odio que incluso supera al que irradia el infiel. Pues éste viene de un exterior, que si bien no lo exime del castigo, de alguna manera lo disculpa. El hereje, en cambio, es el enemigo que germina en la propia familia, en la misma comunidad. En el caso, la de los juristas. La acusación es conocida: habernos condenado al ejercicio de un vacuo formalismo, donde no hay lugar alguno para la justicia, la moral o los sagrados valores del hombre o de Dios.

El devenir de esta doble filiación trajo consigo una consecuencia por lo menos curiosa: la formación de *un* espacio polémico homogéneo, que llevó a reformular el conjunto de la herencia filosófica europea. Ésta, depurada de sus sutilezas y de sus diferentes cascarones coyunturales, se reduce a una galería de ejemplos que reiteran, una y otra vez, las eternas ilusiones humanas. Y si bien se reconoce el valor de los precursores, estos son pocos y marginales, con escasas fuerzas para oponerse a palabras engañosas pero arraigadas. La historia del saber, como lucha entre un positivismo desencantado y una dudosa fe en ilusiones congénitas.

1. Todos los epígrafes corresponden a Althusser, L., *Posiciones*, Barcelona, Anagrama, 1977 y *Filosofía y marxismo*, México, Siglo XXI , 1988.

No hay opúsculo más demostrativo de tal fantástica relectura que *What is Justice?*, resonante conferencia pronunciada por Kelsen al promediar este siglo. Ante la cuestión por la justicia no hay nadie, ilustre o bárbaro, que no haya fracasado. Ella se presenta como la historia del fracaso, la muestra de las diferentes maneras mediante las cuales naufragó el pensamiento. Se pierde el rumbo al proponer fórmulas vacías, epigramas misteriosos, sistemas oscuros o narraciones al fin de cuentas banales. Con semejante movimiento llegan a formar una sola cofradía, entre otros y de acuerdo a los apelativos de Kelsen, la teoría platónica de las ideas, el cuasicientífico racionalismo de Aristóteles, el vacuo imperativo categórico, las doctrinas racionalistas del derecho natural o la utopía comunista.

Un duro golpe para los profesionales de la filosofía, que dedican su vida a encontrar distinciones allí donde no hay más que un mismo fracaso y una idéntica ilusión. En fin: verás que todo es mentira. Discépolo en Viena.

Sin embargo Kelsen, manteniendo la mirada al ras del suelo, deja marcado el carácter belicoso de la cuestión, su aspecto físico y literalmente visceral:

> "Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho *derramar tanta sangre* y tantas lágrimas."[2]

No es casual la predilección kelseniana por la escena de Pilatos, tal como nos la transmitió San Juan en su *Evangelio*, narración a la que califica como una obra sublime de la literatura universal, relato sencillo y a la vez lapidario, en fin: perenne símbolo trágico. Esta obstinada fijación lo lleva a reproducirla en numerosos textos:

> "Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: 'Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo'. Y Pilatos preguntó: '¿Qué es la Verdad?'. El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia, la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilatos, '¿Qué es la Verdad?', se plantea, a raíz de la sangre derramada de Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia?"

La identificación de Kelsen con los romanos es intensa. Con Pilatos, el interrogador irónico, pintado como un hombre de cultura vieja, agotada y por esto escéptica, que zanjó la cuestión mediante un plebiscito democrático. Con el pueblo, que prefirió liberar a

2. Ver: Kelsen, H., *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Planeta, 1993, pp. 35-63; ver también: "Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1977, pp. 131 y ss.

Barrabás, el ladrón y no al supuesto rey, que al fin de cuentas prefería derramar su sangre por la justicia. Por supuesto, a través de mil caminos, el Imperio será al fin cristianizado.

La historia superpone dos movimientos paralelos. En las alturas del pensamiento, la lucha de la sobriedad positivista contra la ilusión filosófica. En el más bajo reino del poder, la de los escépticos democráticos contra el fanatismo dogmático. De un lado el ánimo crítico, irónico y cansado. Del otro, el convencimiento obcecado, la eternidad de la ilusión, el autoengaño.

No es extraño que una investigación del derecho que tome partido por Pilatos y Barrabás, que haga de Cristo un fanático y que condene en un puñado de frases tanto siglos de vida espiritual, atraiga sobre sí una legión de contestaciones, repudios y reproches.

Las nuevas generaciones sucederán las antiguas y escapar de la ya mítica escena de Pilatos, del conjunto de sus personajes, será una de sus metas. ¿Cómo transformar el espacio mismo de la controversia?

La cuestión es la siguiente: cómo romper el embrujo de un terreno que ya viene organizado en un juego de oposiciones que le son interiores y que se requieren mutuamente. Porque tal controversia (digamos, para no desmentir el léxico usual: iusnaturalismo *vs*. positivismo) es propia del itinerario kelseniano. No puede entenderse la teoría pura sin esa *otredad* que ella misma construye, a la que se opone y a la que trata, para recibir luego una contraofensiva de igual temperamento, de las formas más despiadadas que se puedan imaginar.

La teoría crítica del derecho viene a decir que si bien no hay peores fieras que las que uno mismo libera, lo implacable es el futuro. Es decir, ella misma.

Sin embargo, en esa mutación de problemática la sombra de Kelsen es todavía fuerte. Sigue siendo el ancestro al que hay que decapitar. Como si se dijera: no queremos retroceder, no son sus espaldas las que nos animan, sino lo que está más allá de su aviesa mirada. Dar un *paso de más*. Y poder ver, ahora sobre un renovado navío, el continente de disputas, cada vez más pequeñas, cada vez más alejadas, que se pierden por detrás del nuevo viaje.

Pero ese *paso de más* se hace desde Kelsen. Es él, para seguir con la imagen, el embarcadero del que se zarpa. Para el futuro no hay nada más implacable que su pasado:

> "Un punto de inicio en el campo de la teoría jurídica fue el trabajar *a partir* y *en contra* del pensamiento kelseniano, lo que supone el reconocimiento de que allí estaba el modelo que debía ser contrastado. El más rico y sugerente, aquél que en su máxima rigidez y coherencia extrema contiene, pese a sí mismo, las cuestiones esenciales que nos ocupan a través de sus silenciamientos y elusiones. Debiera decirse, más exactamente, a partir y en contra del pensamiento más difundido de Kelsen, el de su 'teoría pura' del Derecho."[3]

3. Ver: Ruiz, A., "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría critica del derecho)" en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, a citar como *M*, seguido de número de página.

En el mismo sentido:

> "Desde el punto de vista de la construcción teórica de los conceptos imprescindibles para la producción de conocimientos capaces de dar cuenta con un alto grado de racionalidad de importantes aspectos del material sobre el que trabaja la ciencia jurídica, nos parece que debemos partir para nuestro análisis de la teoría kelseniana ... En Kelsen, a nuestro modo de ver, se da el más alto grado de organización racional de una descripción global del derecho. Eso lo constituye en buen punto de partida, pese a sus falencias."[4]

Por supuesto, no es lo mismo partir de Kelsen para buscar otros paisajes, tal como hace la teoría crítica, que alejarse de él para caer, aun cuando el lenguaje parezca renovarse, en su otredad complementaria, tal el caso de Nino.

A pesar de estas indicaciones, la fascinación que suscita Kelsen en los juristas críticos, no se debe a la rigidez y coherencia de su enfoque. Su estilo seco pero corrosivo, su ánimo batallador, su escepticismo punzante, su manera de reiterarse pero en cada caso de manera levemente diferente: es en tales rasgos de carácter donde hay que buscar el momento de la afinidad.

La atracción entre textos y escritores no pasa sólo por aquello que se dice, sino y quizás fundamentalmente, por el tono de la voz. Hay capturas y rechazos, más básicos que los juicios sobre la consistencia o pertinencia de una postura.

Leamos los textos críticos. Pero no sólo ellos. También los moralistas de Nino o los austeramente escépticos de Alchourrón y Bulygin. En todos se *siente* esa fascinación por la seca virulencia de Kelsen. Se trata de la ley de gravedad de los juristas argentinos. Forzando las cosas: Kelsen es el Nietzsche de la tradición jurídica contemporánea. La relación con sus textos es fisiológica, no mental.

Luego de los anteriores periplos analíticos: la teoría crítica del derecho. Su denominación se la justifica en estos términos:

> "He allí un fuerte elemento común de todos los trabajos. Ellos se inscriben en las corrientes críticas del pensamiento jurídico. Por una parte, porque intentan poner de manifiesto los límites explicativos de las concepciones aceptadas; es decir *crítica de la teoría*. Por la otra, porque, en la tradición de las filosofías críticas, no sólo procuran describir un determinado campo objetivo sino también transformarlo. En eso: *teoría crítica.*" (*M*, 7)[5]

4. Ver: Entelman, R., "Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico", en *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982, a citar como *DJ*, seguido de número de página.

5. La cita corresponde al Prólogo de *M*, firmado por Carlos Cárcova.

Al igual que respecto a la teoría analítica, sólo de manera ocasional se señalará qué cabe entender por la criticidad del enfoque. La *crítica* y el *análisis* están presentes desde el inicio, pero sus especificaciones se hacen a fuego lento. El texto, no obstante, es cada vez menos parco.

Esta decisión intenta evitar la creación de bloques significativos que ya de entrada fijen un perímetro de visibilidad. Y es que parece inevitable presentar a estas tareas como antitéticas y, por ende, como divergentes todos los dichos que se generen desde uno u otro ámbito.

Teoría crítica servirá como locución cómoda para referirse a un acotado y específico conjunto de textos y autores que, si bien presentan diferencias, se reconocen todos bajo esa rúbrica común.[6]

Los núcleos temáticos a tratar están íntimamente ligados tanto a los trayectos sugeridos por Alchourrón y Bulygin como a los problemas señalados por Nino y que éste, absorbido por la moralidad, se inhibió de desarrollar. Esta ligazón no debiera entenderse como casual. Es cierto, muchos contactos son el resultado mismo de esta sucesión de lecturas. No hay una propiedad privada ni de la crítica ni del análisis, su presunta esencia objetiva. Pero también juega en este aspecto la filiación kelseniana de la teoría crítica. Si *contra* Kelsen significa *a partir* de él, ese movimiento de despegue no puede dejar de estar teñido por el punto de inicio escogido.

Un signo revelador de esa coloración es la omisión común, tanto para las vías crítica como analítica, de una perspectiva paralela a la teoría pura, muy dura en sus juicios sobre ésta, pero también irreductible a cualquier tipo de iusnaturalismo: la desarrollada por Carl Schmitt. Ni su importancia ni su vigor pueden ser negados sin más. Tampoco su alto contenido polémico. Sin embargo, su obra no es siquiera mencionada.[7] Es sólo una indicación. Pero que no cabe pasar por alto. Se trata, sencillamente, de un síntoma. Que no se alegue, como excusa, el compromiso nacionalsocialista de Schmitt, por lo demás coincidente en el tiempo con el de Heidegger. Sobre éste último se ha generado una frondosa polémica, que bien puede extenderse al jurista, la cual no impidió *leer* a Heidegger. Por el contrario, incitó a hacerlo.

Descifrar en un trayecto filosófico los diferentes compromisos con el poder, con las formas más aberrantes de su ejercicio, es una tarea tanto necesaria como instructiva.[8]

6. Además de los artículos ya citados, nuestras referencias básicas, también muy acotadas, son las siguientes. De Entelman, R., "Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra" (*M*, 295); "Introducción" (*DJ*, 9); "Acerca de la función judicial" en Revista de la Asociación de Abogados de Bs. As., N° 1, 1985 (a citar *AF*). De Marí, E., *Papeles de filosofía I*, Buenos Aires, Biblos, 1993 (a citar *Pfa*) y *Papeles de filosofía II. La teoría de las ficciones en política y la filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1997 (a citar *Pfb*). Otros trabajos serán tenidos en cuenta en la quinta parte.

7. Como ejemplo: un reciente volumen enciclopédico dedicado a los conceptos jurídicos fundamentales donde, pese a la numerosa cantidad y diversidad de citas, el nombre de Schmitt no figura en un sola ocasión, ver: Garzón Valdez, E. y Laporta, F., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996. La situación ha cambiado desde entonces, punto que nos queda pendiente.

8. Ver: Fedier, F., "Revenir a plus de décence", prefacio a Heidegger, M., *Écrits politiques 1933-1966*, París, Gallimard, 1995.

Siendo posible, además, llevarla a cabo de muy distintas maneras, muchas de ellas francamente tediosas. De ahí a la directa omisión, ya se entienda como olvido o como repugnancia, la distancia es apreciable. Máxime si se tiene en cuenta que el conjunto del trayecto de Schmitt describe una línea paralela a la de Kelsen y muy diferente en su modo de atravesar al derecho, a la política y a los saberes respectivos.

Aunque en esta omisión común quizás esté jugando la indicada ley de gravedad. Pero en esta ocasión como rechazo visceral, como repulsión anímica.

Ahora bien, los núcleos temáticos se entienden como *despliegues* de los trayectos anteriores. Bajo este término se incluyen una serie de diferentes movimientos: ajuste, reformulación, modificación, extensión, añadido. Esto es: reemplazos, complementaciones y suplementos. Dichos despliegues, a su vez, se realizan mediante sucesivas lecturas particularizadas, que permitirán dar cuenta de los matices que singularizan a cada autor o texto crítico.

Unas últimas indicaciones.

Uno: Las precedentes indagaciones generan un nítido camino principal. Es cierto que dicha nitidez deja espacio para el desvío. Eso fue mostrado al seguir los textos de Alchourrón y Bulygin. Pero hay una huella con tierra asentada, por el cual se puede, si así se desea, ir y venir con cierta facilidad.

La teoría crítica del derecho, en cambio, se encuentra generando caminos laterales. Desvíos de tierra sin carretera de asfalto. Este hecho lo indican sus propios autores al destacar la forma incipiente (Entelman) o despareja (Cárcova) de la teoría.

No hay aquí una velada descalificación o un juicio negativo. Por el contrario. Es el mismo carácter exploratorio el que va imponiendo un estilo. Las maneras de decir no son aislables de aquello que se dice.

Estas características no dejan de incidir en este recorrido, más vacilante que el precedente. No se extiende el hilo de un carretel, más bien se sacarán alfileres y botones de una desordenada caja. A medida que la mesa se pueble se vislumbrará el dibujo de una figura: el derecho como práctica específica. Figura lentamente dibujada, no de un sólo trazo, sino a golpes de lápiz.

Dos: la teoría crítica del derecho realiza innumerables remisiones a otros parajes y autores. Será en ocasión de esas remisiones que, también de manera puntual y particularizada, se acudirá a ellos. Aunque no a la totalidad de una obra. Tampoco a la totalidad de algún supuesto período que caracterizaría al devenir textual de un autor. Las remisiones conciernen a un texto o a algún aspecto de él o a recortes específicos de un corpus delimitado. Los discípulos del caso, guardianes filológicos de la letra de un maestro, tendrán material suficiente para sus reprobaciones.

Las remisiones, además, estarán teñidas por la propia mirada de la teoría crítica. Con el sesgo de sus infidelidades, el color de sus mixturas, muchas de las cuales pueden por cierto sorprender.

Hay tres autores que juegan un papel explícito y fundamental. Mencionarlos muestra las dificultades de la conexión: Althusser, Foucault y Legendre. Índice

notable de la fuerza segregadora de las lenguas nacionales, pasamos del inglés al francés. De *law* a *droit*.

Más allá de la ironía cosmopolita, el punto dramático de la conexión es su posición con respecto a los clásicos: Marx, Nietzsche y Freud. Grupo confuso, para algunos trillado, para otros indispensable. Este punto dramático no es ajeno a la teoría crítica del derecho. Por ende, él no estará ausente en esta variación en segundo o tercer grado (de *droit* a *Recht*).

Como cláusula mínima de lectura, una sencilla precaución: no ceder ante la evidencia del nombre. Éste no es una especie de marca registrada, avatar congénito de la propiedad intelectual, cuya sola mención sería suficiente para indicar un concepto. Como si la inserción oportuna de un *nombre* fuese un desencadenante automático de una *idea* unívoca.

Mencionar expresiones como "microfísica" o "carácter relacional del poder", no significa nada en sí mismo. Se trata de abreviaturas de muchas cosas diferentes, el signo simple de un haz denso. Son la cereza que decora un pastel, no el pastel. Por prudencia, es mejor no comer tales decorados; y los pasteles, salvo protagonizar un *gag*, circunstancia para nada inverosímil ni desagradable, antes de comerlos hay que cortarlos.

Por cierto, cada palabra encierra un mundo inagotable, ante el cual el tiempo de una vida no alcanzaría para exhibirlo. Un mundo lleva a otro. *Uqbar* a *Tlön*. Y así sucesivamente. Para volver a una escena grata: un limón puede detenernos, si ella nos fuese concedida, por toda una eternidad. Paradoja común que, de tomarse en su literalidad, tornaría imposible el hecho mismo de escribir. El hecho no obstante sucede. Por eso siempre hay puntos que se dejan librados a la evidencia. El saber y el no saber están poderosamente entretejidos, fundidos en una madeja resistente e inagotable.

Se vive bajo la luz turbia, bajo la noche clara. Son ellas las que permiten escribir. Ahí están, como testimonio, los turbios énfasis de los escritores claros. También las diáfanas frases de los escritores oscuros:

> "Pero me vuelvo hacia el valle, a la sacra, indecible, misteriosa Noche."[9]

Tres. Entender a la tarea crítica como la puesta de manifiesto de los límites ajenos es una tarea riesgosa. Por muchos motivos, dos bastante obvios. Hay un riesgo en cuanto al temperamento inducido. Obsesionarse en la búsqueda de los fallos del otro está sólo a un paso de generar una actitud mezquina. El ojo se afila, hasta tal punto, que sólo se place en mostrar lo que el otro debió haber hecho, pero no hizo. La crítica pierde ligereza. Nos asemejamos demasiado a un juez, que distribuye premios y castigos. Pero como no hay ninguna autoridad última que zanje la cuestión, la escritura se hunde en la cadena sucesiva de las venganzas.

9. Ver: Novalis, *Himnos a la noche*, Barcelona, RBA, 1994.

El otro riesgo es de doble faz. Mostrar lo que no se hizo, aunque debió hacérselo, da lugar a la réplica: por supuesto que se consideró la cuestión, pero usted no fue lo suficientemente sutil como para notarlo. El dardo mezquino recibe una respuesta irónica. Sin entrar en estos diálogos mordaces: lo que se pretende novedoso o, si se quiere, la introducción de un vocabulario diferente, no puede ser más que una variación matizada de lo ya dicho. Cambiar un léxico no asegura nada en cuanto a la innovación anhelada. De ahí las rupturas que pueden verificarse en lugares donde sólo parece continuarse una tradición, que conserva las palabras, el tono y los conceptos. Por otro lado, no hay ningún antídoto para neutralizar la imposibilidad de decirlo todo. En tal caso, el texto crítico reproduce en sí mismo aquello que le reprocha al otro: no decir lo fundamental.

Capítulo 27
El elástico

"Algunas palabras luchan entre ellas como enemigos.
Otras palabras dan lugar a un equívoco: la
apuesta por una batalla decisiva pero indecisa."

El discurso es para la teoría crítica un término nuclear. No está sólo usado, como en el caso de Alchourrón y Bulygin. Tampoco está reducido a un lugar inocente, en medio de la cooperación universal, como en Nino. Es un concepto explícito, medular:

> "El derecho es concebido en la teoría crítica como una práctica específica, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. Esta tensión se manifiesta en los modos de producción, circulación y consumo del *discurso jurídico*, y será localizada tanto al nivel de la producción jurídica llevada a cabo por los distintos tipos y niveles de órganos designados por la institución social, como también en el nivel de la producción teórica." (*DJ*, 12)

La teoría crítica se desarrolla, en parte, como la sinuosa exploración de este párrafo. En ese camino la seguiremos. Esto nos llevará a percibir diversas modulaciones del discurso, no siempre coincidentes.

El discurso jurídico está presentado en un marco que lo sobrepasa. Él está indicado por dos términos fundamentales, de alcances ambiciosos: práctica y formación social.

Ante palabras tan grandes, la escritura siempre se queda corta, desencajada Es así que los primeros pasos estarán acotados al propio discurso jurídico. Pero se deja señalada la duda, pues tal vez no haya forma de aprehender al discurso sin referirse al marco en el que se inserta.

Una *primera* aproximación:

> "El *discurso*, concebido como un *lenguaje en acción*, permite pensar al derecho, y a las teorías producidas acerca de él, como un *lenguaje en operación* dentro de una formación social." (*DJ*, 15)

El discurso es un lenguaje en acción o en operación. Y tal acción se enmarca en una formación social.

¿Qué puede significar el actuar u operar del lenguaje? Una primer lectura reside en acercar estas determinaciones a la concepción propuesta por Laclau.[10] El discurso se compone de elementos lingüísticos *más* los efectos por ellos generados. Totalidad significativa compuesta de acciones, ya sea lingüísticas ("dame el ladrillo") o fácticas ("el pasaje del ladrillo de una mano a la otra"): el lenguaje *más* las acciones con las que él está *entretejido*.

Tal especificación del discurso es más abarcativa que la versión tarskiana de un encadenamiento de lenguajes y metalenguajes. Esto no significa que en ella los efectos sean irrelevantes. Por cierto que no. Pero son extrínsecos al discurso, dando la impresión de que pueden relegarse o, más cautamente, ser tratados en un segundo momento de la investigación. Es así que los efectos de la cadena discursiva fueron obviados. No del todo, pues las alusiones a funciones y fines del derecho conduce a tratarlos. Por ejemplo la función de motivar conductas, en el caso de las normas, implica de suyo desentrañar el modo y mecanismo mediante el cual se enlazan el elemento normativo y el conductual. Pero en aquella ocasión, dichas funciones fueron justamente aludidas y de ninguna manera enfocadas como tales.

Una diferencia de peso está en dos maneras de enfocar la cuestión, tal como se desprende de los términos en juego. No es lo mismo considerar los *efectos externos* del discurso que partir de un *entretejido* discursivo, hecho que dificulta el uso de la distinción entre un exterior y un interior.

En esa dirección se destaca que el nervio de una visión del discurso como totalidad significativa está en la erradicación de cualquier intento de idealizar al lenguaje. Quiero decir: de colocar al lenguaje en el sitio de la Idea, suma realidad de lo que es. Antídoto contra el idealismo lingüístico. Como si *todo* fuera asunto de palabras. Aun si los cuerpos sólo son significativos gracias a la palabra, no hay palabra que no sea producida por un cuerpo y que no tenga efectos en ellos. Cada cuerpo ya está en un ambiente lingüístico, pero éste es resultado de las acciones realizadas por otros cuerpos que también estaban, por decir así, ya ambientados. Esta noción de discurso se aparta de los dilemas del tipo el huevo y la gallina, reconduciendo la cuestión a una totalidad significativa y de doble composición. Trayendo a colación una frase muy comentada (y enjuiciada): son los hombres los que hacen la historia, pero en condiciones ya dadas. Lo cual no supone ningún sujeto transhistórico como protagonista oculto o escondido. Según otro lema, se trata de averiguar qué hacemos con aquello que han hecho de nosotros.

En un mismo giro, la idea de totalidad significativa complejiza la noción de discurso, expurga cualquier rastro de idealismo lingüístico e introduce como problemática jurídica a la cuestión corporal.

10. "Lenguaje en acción" es la manera mediante la cual Benveniste define al discurso. Dejo marcada esta filiación, cuya huella reaparecerá más adelante, ver: Benveniste, E., "De la subjetividad en el lenguaje" en *Problemas de lingüística general I,* México, Siglo XXI , 1991, pp. 179-187.

Esto no significa desechar la cadena discursiva. Más bien se la convierte en un momento de un operación más amplia. Prueba de ello es la repetida referencia, en el primer párrafo citado, a la idea de niveles: el de lo producido por diferentes órganos y el de lo generado en términos teóricos.

Pero este acercamiento puede ser apresurado. En tal sentido, cabe tomar nota de una *segunda* propuesta:

> "Un 'dibujo' de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre *un nivel* en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, y *otro nivel*, de prácticas teóricas y profesionales ... Un *tercer nivel*, es el que aloja aquella porción del discurso jurídico más negada, más oculta y cuya significación se revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, los mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social, sin el cual el discurso del orden se torna inoperante y las prácticas ritualizadas polisignificantes." (*M*, 179)

A primera vista, el discurso está compuesto por niveles que agrupan dos de ellos prácticas (que producen normas y enunciados teórico-profesionales) y el tercero un enjambre heterogéneo: efectos de las anteriores prácticas (intercambios, articulaciones e intervenciones), creencias y, en fin, ficciones en acción.

En otros momentos estos tres niveles son individualizados con más detalle, pero de manera diferente. Dado las diversas modulaciones que presenta esta propuesta, no será ocioso demorarse en tal invidualización, para retornar, luego, a los enfoques anteriores.

Cabe observar cada uno de los niveles, tal como los detalla Entelman:

El primer nivel:

> "...sobre el que pivotean los dos restantes, está constituido por *el discurso producido* por los órganos sociales, por los representantes de las instituciones, es decir, por aquellos a los que el mismo discurso autoriza a decir cosas bajo la apelación de ciertas reglas precisas y específicas de formación del discurso. Normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos; toda suerte de disposiciones que reglamentan las relaciones de individuos devenidos sujetos del derecho, que consagran las ficciones, que solemnizan los mitos, que producen los desvíos de sentido para generar las referencias de los implícito y los desplazamientos." (*M*, 307)

El segundo nivel:

> "... del discurso estará integrado por las teorías, doctrinas, discusiones, en definitiva por *el producto de la práctica teórica* de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por *el producto de la práctica* profesional de los abogados, escribanos, tenedores de libros, asistentes sociales, liquidadores de impuestos y de seguros, y toda la amplia ristra de los instrumentadores del primer nivel del discurso, a que ya hemos aludido." (*M*, 308)

El tercer nivel:

> "... del discurso jurídico, será de *efecto prácticamente especular* respecto de los anteriores. El lugar del discurso jurídico donde se *almacenarán* las creencias producidas por las ficciones, las imaginerías de seguridad, construidas por los mitos; donde tendrán su enclave las apelaciones míticas, los conjuros rituales que prometerán la paz y ahuyentarán la violencia. Donde se producirá el tránsito discursivo del individuo al sujeto de derecho. Este es el nivel del discurso jurídico donde se juega el imaginario de una formación social. Es *el discurso que producen* los usuarios, los súbditos, los destinatarios, los desconocedores absolutos, presumidos de conocer puntualmente el contenido de los otros dos niveles." (*M*, 309)

La pregunta es concisa: de qué manera se entienden el discurso y sus niveles en esta *tercera* presentación.

Cada nivel agrupa un conjunto de *productos*. De ser así, *el* discurso jurídico sería el nombre otorgado al conjunto de un conjunto de productos lingüísticos. A su vez, cada producto está generado por un grupo emisor que, en apariencia, es exterior al discurso. Pues a éstos se los señala como los productores *del* discurso. El caso atípico sería el del tercer nivel, donde en vez de haber productos genuinamente producidos, las mismos son en cambio almacenados. En rigor, a la vez que están producidos, ellos no son más que la duplicación especular de los restantes. Depósito y espejo.

Dos puntualizaciones. El discurso es el producto de una práctica, no una o varias prácticas. Y él se distingue en niveles de acuerdo al tipo de producto lingüístico de que se trate. Pero éstos son muy heterogéneos, incluso en cada uno de los niveles.

En el primer nivel se detallan los siguientes: normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos. Esta enumeración causa una extraña sensación. En especial por la inserción de las normas. Diferente sería si se hubiese dicho *leyes*, término que notoriamente está ausente, pero que no hay duda que cae dentro de este género.

La extrañeza radica en que las normas no son generadas por un *órgano* en la misma medida que una ley o un reglamento. Es a partir de una ley o un reglamento que cabe reconstruir algunos de sus tramos como una norma o, incluso, fragmento de norma.

En ese mismo párrafo se encuentra otra serie de términos: ficciones, mitos, desvíos de sentido. Estos elementos son consagrados o solemnizados por las disposiciones anteriores (decretos, leyes, etcétera).

Si contrastamos estas enumeraciones con la distinción tarskiana de niveles encadenados, se percibe que aquí están fundidos dos niveles: el de los textos y el del derecho-objeto. Los reglamentos, decretos, etcétera, son textos producidos por ciertas personas en ciertas circunstancias. Las normas, las ficciones o los mitos son los componentes considerados estrictamente como jurídicos y que surgen de una reconstrucción. Qué es normativo y qué ficcional en un texto no es algo evidente de suyo. Requiere, valga reiterarlo, de una interpretación. No se ve, en este aspecto, qué beneficio aparejaría unificar dos planos que parece mejor mantener separados.

En esta versión del discurso, el segundo nivel está compuesto por dos tipos de productos. Por un lado, los teóricos, generados por los juristas, es decir: la producción dogmática. Aquí se ubica la ciencia jurídica. Sobre ésta cabe tomar nota del siguiente comentario:

> "la ciencia jurídica aparece así como una lectura del discurso jurídico." (*DJ*, 94)

Y, por otro, los que Alchourrón y Bulygin llamaban dichos prácticos, producto de la práctica profesional de los abogados.

El tercer nivel está compuesto por los discursos que producen los usuarios, súbditos o destinatarios de los otros discursos. Tales productos tienen una relación especular con los anteriores, al presentarse como un almacén:

> "En este nivel del discurso se localiza lo que dicen y lo que creen los personajes de carne y hueso de cada ficción." (*M*, 309)

Las precedentes versiones muestran la ubicuidad de la noción de discurso. Está apuntada una totalidad de algún tipo designada como *el* discurso jurídico. Dicha totalidad es la que se distingue en diferentes niveles y hace coherente la expresión "niveles *del* discurso jurídico." (*M*, 306).

A su vez, cada uno de los proferimientos que componen esos niveles se entiende como *un* discurso. Es decir: como el discurso producido *por* tal o cual.

También hay que destacar que en algunos momentos se identifica al discurso jurídico sólo con el llamado primer nivel, siendo el segundo una *lectura* del discurso y el tercero una acumulación de *efectos* tanto del discurso como de su lectura.

Y hay ocasiones en que el discurso incluye dentro de sí ya no un conjunto de productos, sino el proceso mismo de producirlos. Por ejemplo, en las referencias a niveles compuestos no de productos sino de "operaciones discursivas" o de "prácticas que producen normas" (M, 179). O al decirse que:

> "A los fines de este trabajo, la expresión 'discurso jurídico' involucra tanto el proceso discursivo de la ciencia jurídica, *es decir*, el discurso producido por los juristas, cuanto el proceso discursivo de las normas, *es decir*, el discurso producido por las autoridades sociales u órganos jurídicos." (*DJ*, 94)

Si subrayé la cláusula *es decir*, es porque los términos enlazados por ella no son homogéneos. No es lo mismo referirse al "proceso discursivo" que al "discurso producido".

El discurso es tanto el nombre que se le otorga a un grupo de enunciados particulares, como la designación de una totalidad organizada y distinguible en niveles. También un término compuesto que incluye tanto enunciados como el proceso de producirlos.

En cuanto a los efectos, ellos están incluidos solamente en términos lingüísticos, al entendérselos como el discurso producido por los destinatarios y no, por ejemplo, en términos de las conductas por éstos desplegadas.

Discurso deviene una palabra-goma, un elástico conceptual que se extiende o comprime de acuerdo a la ocasión o la circunstancia.

Sin embargo, la situación no es tan dramática como parece. Hay cuatro polos conceptuales que son suficientemente claros, distinguidos por la mayor o menor amplitud de la estipulación que se asuma.

El primero polo conceptual es afín a la visión de Laclau. El discurso como totalidad significativa que comprende tres elementos. Un conjunto de cosas dichas. Los actos que las generan. Y los efectos que producen. Se trata de una totalidad dinámica, es decir: de un proceso. En esta versión resulta coherente referirse al discurso jurídico, en singular.

El segundo significado es cercano al encadenamiento tarskiano de lenguajes y metalenguajes. El discurso como conjunto de cosas dichas. En este caso, hay actos generadores de un discurso que, a su vez, tiene sus efectos. También aquí está concernida una totalidad pero sólo de tipo lingüística. Y al tratarse el discurso de *un* conjunto resulta pertinente el uso singular.

La tercera estipulación identifica al discurso con los textos jurídicos reales y virtuales. El discurso designa la referencia de las teorías jurídicas. Es en este sentido que deviene coherente decir que la ciencia jurídica es una lectura del discurso jurídico.

El cuarto significado del discurso es el más acotado, al designar cada una de las cosas dichas. Esta es la versión que permite un empleo plural de la expresión. Las cosas dichas son múltiples y agrupables en conjuntos de mayor envergadura.

Estas estipulaciones permiten enfocar dos ejes conceptuales.

Uno se sostiene en la distinción entre procesos y productos. La misma guarda cierta semejanza con la separación kelseniana entre los momentos estático y dinámico de una teoría del orden normativo. Mientras que la estática se ocupa de la estructura de las normas, entendidas como *sentidos* de cierto tipo, la dinámica pone de relieve el *proceso* de producirlos.

Pero la semejanza es parcial, pues los efectos de las normas no son para Kelsen un aspecto cuya dilucidación sea propia de las teorías jurídicas. La eficacia, término que designa los efectos conductuales de las normas, se entiende como condición de validez, sin que quepa interrogarse algo más sobre sus caracteres. Pero hay otro punto litigioso: la mayor riqueza que la teoría crítica le otorga a los sentidos jurídicos, ya que las normas no agotan el espectro de los componentes jurídicos genuinos.

Este eje impone decidirse por una de estas alternativas, lógicamente disyuntas: considerar al discurso como un proceso (primera versión) o como un producto (alguna de las restantes).

El segundo eje es de menor relevancia, pues no impone decisiones excluyentes. Si se acepta la visión tarskiana del discurso (segunda versión) no causan mayores dificultades algunas oscilaciones en el uso del término discurso. De acuerdo a la ocasión puede empleárselo para designar un recorte de ciertos niveles (tercera versión) o cada uno de los dichos que lo compone al conjunto (cuarta versión).

Tomada en sí misma, la precedente esquematización resulta clarificadora. Sin embargo, cabe dudar sobre su pertinencia respecto a la teoría crítica del derecho, al replicarse que ella no requiere de análisis alguno. En tal caso, los dilemas indicados no serían propios de la posición enfocada, sino inherentes al errado enfoque ensayado. En particular, por el carácter parcial o reductivo de sus referencias. Sólo se consideraron unos pocos párrafos; el énfasis estuvo en ciertos aspectos en desmedro de otros. Se trata de una discriminación inevitable, pero a evaluarse al momento de hacer un juicio sobre la consistencia o vaguedad de una estipulación.

Considerando la réplica, cabe tener en cuenta un elemento que es central para la teoría crítica y que fue dejado en penumbras: la especificación del derecho como discurso del poder.

Capítulo 28
La frontera

"Si una filosofía quiere ocupar las posiciones del adversario, es preciso que gane, para su causa, parte de las 'tropas' adversas; es decir: sus argumentos filosóficos."

Si bien en algunas ocasiones el discurso jurídico reduce su alcance para designar a los textos (reales y virtuales), una de las ideas básicas de la teoría crítica es la de considerar como una totalidad tanto a lo producido por las autoridades u órganos como a la dogmática jurídica. Uno de los argumentos esgrimidos es el carácter indiscernible de las funciones de motivación y de descripción. Esto es así porque ambas se conjugan en una sola función:

> "El discurso de la ciencia jurídica debe viabilizar y garantizar el proceso discursivo como proceso de ejercicio del poder y, en tal sentido, ambos discursos configuran uno solo, con independencia de la distinción entre proposiciones normativas y proposiciones descriptivas, o las diferencias entre los sujetos productores del discurso que son llamados o tolerados en el uso de uno u otro de ambos discursos." (*DJ*, 94)

Dejemos de lado la ya señalada ubicuidad del discurso, que en este párrafo se muestra con nitidez, para remarcar la identidad que aporta el término *poder*. Hay sólo *un* proceso vectorizado por el ejercicio del poder. La dogmática jurídica no es externa sino un momento de tal ejercicio.

Pero en vez de seguirse una dilucidación de la tarea de descripción, lo que lleva a resaltar el ineludible momento decisorio y polémico de la dogmática, la argumentación pasa por advertir el carácter fronterizo que tienen la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart. *Fronterizo* al permitir resolver tanto el problema de la pertenencia de un componente a un sistema (*v. g.* de las normas a un sistema normativo) como, simultáneamente, demarcar el ámbito de la dogmática (*v. g*. las normas a considerar por ella como objeto).

La presencia de una frontera común sería un indicio, más que de la anhelada distinción tajante entre las normas y sus reconstrucciones, de una totalidad que comprende a ambas dimensiones.

Estas cláusulas fronterizas

> "... pueden ser pensadas como dos *reglas de formación del discurso jurídico*, que establecen los requisitos que se tendrán en cuenta para decidir si una proposición determinada integra o no el conjunto de proposiciones válidas de un determinado discurso jurídico. Pero, *al mismo tiempo*, se constituyen en criterios de demarcación para las proposiciones que integran el discurso de la ciencia jurídica, en la medida en que ésta podrá hacer afirmaciones verdaderas o falsas sobre las normas que integran un orden jurídico determinado, siempre y cuando se refieran a normas que efectivamente integran ese orden, es decir, que son reconocidas o reputadas de tal orden, en función de las reglas de formación a las que aludimos." (*DJ*, 94)

Una primera interpretación plausible puede ser la siguiente. Estas cláusulas (regla de reconocimiento y norma fundamental) no son más que el resultado de decisiones tomadas al nivel de la teoría básica del derecho. Tales decisiones fijan los componentes del derecho-objeto. Demarcan el ámbito de lo genuinamente jurídico. Los límites del texto jurídico virtual. Y, de manera simultánea, fijan las tareas de la dogmática, ya que la demarcación funciona como una instrucción para reconstruir de manera adecuada a los textos jurídicos dados. De ser así, no se agrega nada a la versión tarskiana del discurso entendida en su forma extendida. En todo caso se dice menos.

Ante este parco resultado cabe efectuar algunos interrogantes: ¿cuál es el rasgo distintivo de estas cláusulas?, ¿qué es lo que ellas estipulan?

Señala Entelman, representante de la teoría crítica al que ahora seguimos en detalle:

> "...estas reglas sobre la formación del lenguaje jurídico tienden no a establecer las condiciones gramaticales, semánticas o lógicas que una determinada expresión debe satisfacer para integrar un sistema aplicable de normas jurídicas válidas, sino que se limitan a aludir a quién, en qué condiciones de procedimiento (condiciones éstas de gran latitud), está autorizado y/o capacitado y/o en situación tal como para producir expresiones válidas del sistema, que a su vez designarán nuevos individuos capaces de hacer otro tanto, *estableciendo un orden* de relación jerárquica entre los sujetos de producción del discurso y entre las expresiones de ese discurso." (*DJ*, 95)

Estas cláusulas *establecen* las condiciones de producción del primer nivel del discurso jurídico. Tales condiciones especifican quiénes son los sujetos productores

y cuál es su jerarquía. De esta manera es secundario todo otro requisito relativo a lo producido en cuanto tal. No son reglas para determinar un sentido, sino para designar a quienes los producirán.

El *quién* tiene preeminencia sobre el *qué*:

> "Hay una cuestión básica que caracteriza al discurso jurídico como *discurso del poder* y es *el proceso de distribución de la palabra*. Esto significa que a diferencia de otros discursos, las reglas fundamentales de producción del discurso jurídico no contienen las pautas gramaticales, ni las reglas semánticas para la adjudicación de las significaciones. Las reglas de formación del discurso jurídico no establecen las formas de las expresiones que pueden considerarse integrantes válidamente de ese discurso ... Las reglas de producción del discurso jurídico son *reglas de designación*. Estas *individualizan* a aquellos a quienes están en condiciones de 'decir' el discurso jurídico." (*M*, 300)

En rigor, reaparece ahora, de manera imprevista, la cuestión de las "normas" de competencia. Alchourrón y Bulygin argumentan contra su asimilación a normas de conducta. En reemplazo y a través de una relectura de Hart, proponen tratarlas como definiciones. Aquí, también en principio en la línea de Hart, se las llama reglas. Al insertar las citas anteriores nos referimos cautamente a *cláusulas*, término anodino que nada dice sobre qué se está hablando.

Por cierto, hay que distinguir entre, por ejemplo, el plano constitucional de organización del poder y el de la regla de reconocimiento de Hart, que vendría a resolver lo que su autor denomina el problema de la falta de certeza, esto es: cómo superar las dudas en cuanto a saber cuándo una regla es o no jurídica (o cuándo una regla pertenece o no a un sistema jurídico). Se trata de una regla para la "identificación incontrovertible" de las normas de conductas o, en su vocabulario, de las reglas primarias de obligación.

La "regla" de reconocimiento no es de orden constitucional, sino aquella que permite decir que *este* orden constitucional forma parte de un derecho positivo en particular. Dicha regla de reconocimiento diría, por ejemplo, que forman parte de un derecho positivo todas las reglas producidas por *tal* Asamblea Constituyente (*v. g.* la Constitución) más todas las que fueran generadas de acuerdo a aquellas (*v. g.* las reglas infra-constitucionales).

¿A qué apuntan las reglas de designación de los sujetos que están en condiciones de decir el discurso jurídico (locución que ahora tiende a acotarse, para designar sólo al primer nivel del esquema precedente)? Si se las identifica con la regla reconocimiento, ellas individualizan a la Asamblea Constituyente. Si se las identifica con el orden constitucional, establecen los poderes organizados, ámbito que la dogmática jurídica nacional denomina habitualmente: *derecho constitucional del poder*.

Sin embargo, parece hacerse referencia de manera indistinta a las dos situaciones. Por un lado, la regla de reconocimiento es explícitamente citada como ejemplo de regla de formación del discurso jurídico, entendiéndola como regla de distribución de la palabra y el poder.

Por otro lado, y entendida de la misma manera, se hace también referencia explícita a la organización constitucional del poder:

> "Cuando decimos que el discurso jurídico es un discurso del poder estamos, por el momento, hablando del poder en sentido institucional, del juego de poder desde las instituciones hacia los individuos integrantes del conjunto social, y desde las cúspides de esas instituciones hacia su interior. Se trata, pues, de las organizaciones del poder en el Estado, y en las instituciones centrales que traducen ese poder del Estado hacia sus destinatarios finales." (*DJ*, 102)

Hay una misma expresión (reglas de formación del discurso jurídico) que abarca tanto a la regla de reconocimiento de Hart como a las habitualmente llamadas normas de competencia. A la vez, no hay ninguna especificación sobre qué entender por tales reglas, si normas, si definiciones, o si algún otro tipo de cláusula.

La cuestión es que de esta argumentación pende el hilo que sostiene la calificación del derecho como discurso del poder, punto que en principio permitiría despejar el dilemático territorio del discurso en cuanto tal.

Dado que la sobreabundancia en el uso del vocabulario de las reglas puede razonablemente leerse como una incidencia, tanto desmedida como inesperada, de la *analytical jurisprudence* de Hart, tal vez resulte útil hacer una breve incursión por su territorio. La esperanza radica en que mediante dicho rodeo especifiquemos qué entender por regla, para luego desentrañar la mentada regla de formación del discurso jurídico.

Se haría visible, entonces, en qué sentido entender al discurso del poder para intentar, en fin, un retorno al punto inicial: el carácter discursivo del derecho.

Capítulo 29
La reina y las patologías (H. L. A. Hart)

"En esta situación en la cual operan fuerzas y opciones sociales que no es posible estimar con certeza, no existe ninguna instancia capaz de dirimir la cuestión."

La investigación de Hart se desarrolla como una tarea crítica. Ella parte de un modelo básico del derecho al que considera muy difundido pero a la vez reductivo. Dicho modelo básico lo presenta como una reconstrucción mejorada del enfoque de Austin. Tal mejoramiento sigue, en particular, una serie de ideas que, según el autor, provienen de Kelsen.[11]

Este modelo entiende al derecho como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por un soberano (o por sus subordinados) y que son generalmente obedecidas. Luego de presentar este modelo, Hart se dedicará a mostrar sus insuficiencias y, luego, a reformularlo.

Tales críticas se dirigen a los tres elementos nucleares del esquema: soberano, órdenes respaldadas por amenazas y hábito de obediencia. Dado que las objeciones de Hart a cada elemento no son independientes entre sí, tampoco lo serán las soluciones aportadas.

La primer indicación de Hart apunta a poner de manifiesto la diversidad de las normas jurídicas. Es aquí donde juega el deseo de uniformidad, que arrastra a los juristas a reducir aquella diversidad a algún molde único. En el caso: órdenes o mandatos coercitivos.

La solución de Hart está en considerar al derecho como una *fusión* de distintos tipos de reglas. En otros términos, en afirmar el carácter complejo del derecho.

Esta idea de complejidad puede desarrollarse, al menos, en dos direcciones. Una consistente en afirmar que el derecho está compuesto por diversos tipos de normas.

11. Ver: Hart, H., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977 (a citar como *CD*, seguido de número de página).

Esto conduce a ensanchar el ámbito de las normas, más allá de su forma paradigmática del mandato u orden. Otra vía, en cambio, conduce a distinguir distintos componentes jurídicos, uno de los cuales serán las normas.

Estas dos vías no son fáciles de separar en la obra de Hart, ante todo por el empleo generalizado de la noción de regla (*rule*), que puede entenderse tanto como norma o como un concepto más amplio que comprendería, entre otro tipo de reglas, a las normas. Sea como fuere, Hart propone entender al derecho como unión de dos tipos de reglas: primarias y secundarias.

Las reglas primarias o básicas prescriben coercitivamente la acción u omisión de ciertas acciones. Las secundarias dependen de las anteriores y es por eso que así se las denomina:

> "Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su situación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas." (*CD*, 101)

Hart apela para referirse a las reglas secundarias, al igual que todas las posiciones ya vistas, a la distinción de niveles:

> "Se puede decir que ellas se encuentran en un *nivel distinto* que las reglas primarias porque son acerca de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican las maneras en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible." (*CD*, 117)

Las reglas secundarias, si bien ya están presentes desde el inicio de la argumentación, son introducidas de manera sistemática al señalarse un conjunto de problemas que presenta un hipotético derecho sólo compuesto por reglas primarias.

En primer lugar se presenta el problema de identificar con exactitud a las reglas primarias. Estas dudas identificatorias dan lugar a la falta de certeza sobre qué es o no derecho. En segundo término está el problema del carácter estático de las reglas. Y, por último, el de la ineficiencia, en cuanto siempre habrá discusiones sobre cuándo se violó o no una regla. Será la introducción de las reglas secundarias la que solucionará estos tres inconvenientes:

> "La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico;

> pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan al derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que indiscutiblemente es un sistema jurídico." (*CD*, 117)

El remedio para superar la falta de certeza es la introducción de la ya mencionada regla de reconocimiento (*rule of recognition*):

> "Ésta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce ... Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad ... En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las regla exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por *referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias*. Ésta puede ser *el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico*, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales." (*CD*, 118)

Esta regla aporta dos elementos importantes: permite identificar al derecho y, a la vez, introduce una principio de unificación u orden:

> "Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas." (*CD*, 118)

El remedio para superar la cualidad estática de las reglas primarias está en la introducción de reglas de cambio:

> "La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto reglas anteriores." (*CD*, 119)

Se trata, por ejemplo, de especificar las personas que han de legislar y el procedimiento para ello. Según Hart tales reglas confieren facultades.

El remedio para solucionar los debates en torno a las reglas primarias es introducir reglas que faculten a determinar, de manera definitiva y última, si en una ocasión

particular se transgredió una regla primaria. Éstas son designadas reglas de adjudicación. Identifican los individuos que pueden juzgar y los procedimientos a seguir.

Un resumen del propio Hart:

> "Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política." (*CD*, 121)

Detengámonos en la regla de reconocimiento. Ella, en primer lugar, funciona de manera implícita, infiriéndosela de las regularidades de conducta observadas:

> "En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por lo tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros." (*CD*, 127)

En segundo lugar, la regla de reconocimiento puede enfocarse desde dos puntos de vista, que Hart denomina externo e interno:

> "... la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho." (*CD*, 139)

Hart pretende distinguir la actitud de aquellos que viven bajo un orden jurídico de aquellos que lo observan desde fuera. Los primeros tienen una actitud de aceptación compartida de las reglas, expresada en expresiones del tipo "el derecho dispone que ...". Sería desde el punto de vista interno que se afirma que una regla es válida. Los segundos, en cambio, sin aceptar la regla de reconocimiento enuncian el hecho de que otros la aceptan. Esto puede expresarse, de acuerdo al ejemplo de Hart como "En Inglaterra reconocen como derecho ... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento."

Paso seguido, Hart apunta que la formulación de un enunciado interno referido a la validez de una regla presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, es decir: que sus órdenes son habitualmente obedecidas:

> "... el uso normal de enunciados internos tiene lugar en un contexto de eficacia general." (*CD*, 130)

Hay así, una *conexión contextual* entre el enunciado interno de que una regla es válida y el enunciado externo de que el sistema es generalmente eficaz. En otras ocasiones Hart se refiere, de manera similar, a un "contexto o trasfondo normal." (*CD*, 129).

Estas indicaciones conducen a la cuestión de la obediencia. En el modelo simple austiniano que Hart critica, hay un soberano que manda y un grupo humano que obedece. Es la amenaza de un daño la que produce comportamientos adecuados a los mandatos impartidos. La creencia generalizada de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza induce un hábito de cumplimiento o de obediencia.

Este hábito se sostiene en el temor a ser dañado. En el miedo a ser castigado en caso de desobedecer (*CD*, 30). Por cierto: como señala Hart, lejos de ser espontáneo, el arraigo de un hábito de obediencia requiere de un esfuerzo considerable (*CD*, 65).

Hart considera este esquema insuficiente en muchos aspectos, diferentes e interconectados. En primer lugar, sostiene que las órdenes respaldas por amenazas sólo pueden existir de hecho

> "si se sabe que un número considerable de habitantes están dispuestos a *obedecer voluntariamente*, es decir con independencia del temor a las amenazas, y a cooperar en la ejecución de éstas contra quienes desobedezcan." (*CD*, 30)

Esto parece significar que la obediencia no surgida por el temor, se sostiene en la voluntad. Tal obediencia no por temor es lo que Hart denomina aceptación de las reglas y su especificidad se revela al contrastarla con la mera convergencia de conductas. En este último caso, basta una generalidad de conductas observables, no requiriéndose que sus protagonistas "piensen" en dicha conducta convergente. A su vez, las desviaciones no son objeto de crítica. Por el contrario, decir que una regla es aceptada impone exigencias más severas: las desviaciones son consideradas como faltas susceptibles de crítica y dichas críticas son consideradas legítimas:

> "Lo que es necesario es que haya una *actitud crítica reflexiva* frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas." (*CD*, 72)

Por un lado hay reglas respaldadas por amenazas y obediencia por temor. Por otro, hay una obediencia que se basa en la aceptación, en el convencimiento de que es correcto obedecer. El soberano ya no sólo posee la fuerza para amenazar sino la autoridad para ser respetado.

En el ámbito del *no temor* se superponen dos determinaciones que no son idénticas. Hacer referencia a la aceptación por reflexión crítica o basada en juicios sobre la corrección de la regla, no es lo mismo que remitirse a una aceptación de reglas por el hecho de ser legítimas.

Visualizar a un soberano como legítimo significa identificarse con lo que se presenta como fundamento de su poder, no requiriendo en principio ningún tipo de reflexión crítica o de juicios. En un caso el que ordena es temido y en el otro es amado. El resultado es el mismo: la obediencia.

Hart apunta a un fenómeno de importancia: el temor no es suficiente para obtener obediencia. Pero el *plus* que se requiere no remite a una misteriosa interioridad reflexiva. Al menos no remite a un interior excedentario respecto al que implica el temor.

Estas indicaciones no pasan desapercibidas al propio Hart, quien advierte sobre el abuso del lenguaje de la comprensión y la conciencia:

> "Al referirnos a nuestra sociedad simple nos expresamos como si la mayoría de la gente común no sólo obedeciera el derecho, sino también comprendiera y aceptara la regla ... pero en un estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara de las reglas ... [esto] implicaría atribuir a los ciudadanos ordinarios una comprensión ... que ellos no podrían tener." (*CD*, 75)

Hart se ve llevado a distinguir la actitud de aceptación reflexiva de las reglas fundamentales, que sería propia de legisladores, jueces y expertos, de la actitud de la población en general, que manifiesta su aceptación mediante la aquiescencia, que acata de forma "relativamente pasiva", sin comprender y sin "saber" (*CD*, 76).

Esta distinción, que implica reconocer *tres* puntos de vista, es sólo mencionada, prevaleciendo un énfasis en el llamado aspecto interno y, por ende, en el doble juego de la obediencia por temor y la aceptación por reflexión crítica o de manera "voluntaria". En resumen: todo el no temor resulta subsumible bajo estas categorías de reflexión o voluntad.

La complementación del modelo basado en el temor y la obediencia, pasa básicamente por llamar la atención sobre la actitud de los jueces:

> "Pero precisamente aquí la noción simple de obediencia general, que era adecuada para caracterizar el mínimum indispensable en el caso de los ciudadanos ordinarios, resulta inadecuada. No se trata simplemente de la cuestión 'lingüística' de que 'obediencia' no se usa en forma natural para aludir a la manera en que estas reglas secundarias son respetadas como reglas por jueces y por otros funcionarios. Podríamos hallar, si fuese necesario, alguna expresión más amplia como 'seguir', 'cumplir' o 'ajustarse a', que caracterizaría tanto lo que hacen los ciudadanos comunes en relación al derecho cuando se presentan al servicio militar, como lo que hacen los jueces en el tribunal cuando identi-

> fican una ley particular como derecho, *en base al fundamento* de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho." (*CD*, 143)

Un sistema jurídico es entonces *complejo* por requerir dos condiciones necesarias y suficientes mínimas (*CD*, 145). Reglas primarias generalmente obedecidas. Y reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación efectiva y voluntariamente aceptadas por jueces y funcionarios. De estas reglas secundarias resulta claro que el eje de la aceptación pasa por la regla de reconocimiento, que especifica e identifica al derecho en cuanto tal.

El tercer elemento que enjuicia Hart: el soberano. En la presentación anterior, un soberano real es una figura innecesaria. Es más, aquello que es soberano –supremo– y último, no es un grupo concreto de cuerpos físicos, sino una regla (*CD*, 132).

Los jueces aceptan una regla que dice "todo lo que dice la Reina es derecho" y no a la Reina misma. En otro léxico: no se reconoce el poder de la Reina como legítimo en virtud de alguna construcción narrativa, sino que se acepta una regla que permite, a su vez, reconocer el derecho del país.

El lenguaje de las reglas viene a elidir el hecho sencillo del poder, en el sentido de una capacidad última de decisión que reclama obediencia. Y en un punto, Hart señala un aspecto central pero no siempre resaltado: esta capacidad de decisión no se basa en la fuerza desnuda, sino que se reviste del ornamento adecuado que torna a esa fuerza en poder legítimo. No sólo se moviliza el temor, sino la identificación, el amor o la fascinación de aquellos de quienes se pretende obediencia.

Por supuesto, no hay una relación directa e inmediata entre quien decide y obedece, pues quien ejerce el poder no lo hace, digamos así, por sí mismo. Se reviste del ornamento de la legitimidad. El poder se ejerce *en nombre de* otra instancia (Dios o el Pueblo). Sólo apelando a dichas construcciones ficcionales es que él se torna transmisible.

No obstante, este momento queda marginado al ponerse el foco en el juego complementario del aspecto interno (reflexivo, crítico, voluntario) y de la regla reconocimiento.

Las dificultades que acarrea este movimiento de elisión y sustitución son enormes, alcanzando una notable intensidad cuando Hart trata lo que designa como las *patologías* de un sistema jurídico. Las patologías son casos de ruptura o fisura entre los dos niveles de reglas y, a su vez, entre las dos actitudes correlativas: la obediencia por temor y la aceptación voluntaria. Esto le permite a Hart distinguir entre el caso normal y el caso problemático.[12] En el primero hay una congruencia entre ambos aspectos, en el segundo una ruptura.

La situación normal es la generalmente presupuesta en los análisis y es allí donde las cosas funcionan. El caso problemático, en cambio, destruye la confianza que se deposita y ya no se sabe a ciencia cierta si un sistema jurídico "existe":

12. La distinción entre caso normal y excepcional (o problemático o extremo) es uno de los hilos conductores de los textos de Schmitt. Por cierto: Hart ni los menciona. Se abre aquí el campo propicio para cruzar perspectivas, lanzar puentes y descifrar tanto homologías como divergencias.

> "La prueba de existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse, por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social. El caso normal, no problemático, en que podemos decir con confianza que existe un sistema jurídico, es precisamente aquel en que resulta claro que los dos sectores son congruentes en sus respectivos intereses típicos frente al derecho. Dicho toscamente, ocurre aquí que las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas. A veces, sin embargo, puede haber un divorcio entre el sector oficial y el sector privado, en el sentido de que ya no hay una obediencia general a las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los tribunales. La variedad de maneras en que esto puede ocurrir pertenece a *la patología* de los sistemas jurídicos; porque ellas representan *una ruptura* en la compleja práctica congruente a que nos referimos cuando formulamos el enunciado externo de hecho de un sistema jurídico existe." (*CD*, 146)

Sigamos por un momento esta abrupta inserción de la antinomia, por lo demás clásica y ramificada en resonancias, entre lo normal y lo patológico.[13]

Las rupturas son el producto de perturbaciones. Hart enumera estas patologías: la *revolución* (cuando en el interior del grupo se expresan pretensiones antagónicas de gobernar), la *ocupación enemiga* (aquella pretensión se expresa desde afuera), la *anarquía o el bandolerismo* (simple quiebra del control jurídico ordenado). Hay también situaciones indecisas: la probabilidad de la *restauración* o la *guerra general* en curso. E, incluso, patologías inversas como la *secesión* u "operación cesárea" (cuando se expresan pretensiones de independencia) o *quiebras parciales* al interior del mundo "oficial" en tanto oscilaciones entre dos centros de poder.

Estas situaciones no llevan a Hart a una indagación sobre la política o el poder, sino a un refinamiento de la regla de reconocimiento. Lo que tales casos muestran no es un conflicto de poder, sino una falta de certeza en cuanto a cuál es la regla de reconocimiento. Y esto conduce a Hart a aplicar la distinción entre casos claros y de penumbra a la propia regla de reconocimiento. Ésta, como toda regla, es en muchos casos equívoca; problema que a este nivel es grave, pues dicha regla es la que tiene que identificar al derecho de manera inequívoca.

Es así, señala Hart, que en las situaciones patológicas no están dadas las condiciones bajo las cuales es posible identificar la regla de reconocimiento oficial (*CD*, 152).

Curioso enfoque, que en vez de simplemente constatar un conflicto de poder, efectúa una remisión al halo de vaguedad o textura abierta del lenguaje en el que se enuncia la regla de reconocimiento y a un conflicto sobre su identificación. Singular avatar del idealismo lingüístico –¿o manifestación del decoro de un circunspecto ciudadano británico?–.

13. Ver: Canguilhem, G., *Lo normal y lo patológico*, México, Siglo XXI, 1971, en particular "Nuevas reflexiones relativas a lo normal y lo patológico (1963-1966)", pp. 181 y ss.

En el razonamiento de Hart hay dos indicaciones que rompen la claustrofobia a la que conduce su camino principal.

Uno. Las rupturas tienen un indisoluble lazo con la violencia:

> "La ruptura puede, por otra parte, ser lograda únicamente mediante la violencia." (*CD*, 150).

Dos. El estudio de las patologías deviene, de manera simultánea, un estudio de la embriología de los sistemas jurídicos.

Estas dos indicaciones no son desdeñables, pues ponen un una misma fila el caso patológico, la situación anormal, la ruptura, la violencia y el origen de un sistema jurídico. Y es que las estratagemas para elidir al poder no pueden ser completas. Lo desplazado retorna para dejar, aunque sea en un comentario marginal, su huella inevitable.

Es como si, por un momento, el texto de Hart se hubiera relajado para dejar constancia del carácter fundador de la violencia. Para decir, valga la crudeza, las cosas por su nombre. Por un instante, la lengua inglesa dejó un pequeño sitio para las palabras que Benjamin escribiera cuarenta años antes:

> "La función de la violencia en el proceso de fundación de derecho es doble. Por una parte, la fundación del derecho tiene como fin ese derecho que, con la violencia como medio, aspira a implantar. No obstante, el derecho, una vez establecido no renuncia a la violencia. Lejos de ello, sólo entonces se convierte verdaderamente en fundadora de derecho en el sentido más estricto y directo, porque este derecho no será independiente y libre de toda violencia, sino que será, en nombre del poder, un fin íntima y necesariamente ligado a ella. Fundación del derecho equivale a fundación del poder, y es, por ende, un acto de manifestación inmediata de la violencia."

Pero Benjamin también señala lo siguiente:

> "Toda institución de derecho se corrompe si desaparece de su conciencia la presencia latente de la violencia."[14]

Sólo un momento. Una chispa, en medio de una capa lisa y homogénea de ocultamiento. De corrupción, como dice Benjamin con notoria mordacidad. En ese sentido, la consecuencia más desconcertante de dicha elisión está en la asignación a las reglas y al propio sistema jurídico de un carácter antropomórfico. Extraña ficcionalización de las reglas, ya que se las trata como si fuesen cuerpos físicos.

14. Ver: Benjamin, W., "Para una crítica de la violencia" (1921), en *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Madrid, Taurus, 1991, pp. 23, así como el comentario de Grüner, E., *Las formas de la espada*, Bs. As., Colihue, 1997.

Es así que Hart puede formular frases como éstas:

> "La mayor parte de *los sistemas*, después de un tiempo, *han advertido* las ventajas de una centralización adicional de la presión social; y *han prohibido* parcialmente el uso de castigos físicos o de autoayuda violenta por los particulares. En lugar de ello, *han complementado* las reglas primarias de obligación mediante reglas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la transgresión de aquéllas, y *han conferido* a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios." (*CD*, 121)

El sistema es un *agente* que en un momento *advierte* algo y que luego actúa en consecuencia. Es más, tal advertencia hace que el sistema confiera un poder.

Ahora bien, en vez de convertir al sistema jurídico en un extraño sujeto, ¿no resulta más razonable indagar las precisas maneras históricas mediante las cuales se fueron expropiando las armas, momento éste de importancia en el proceso de concentración de los poderes que subyacen a la formación de los Estados nacionales modernos? ¿No es ésta una visión más sencilla y austera?

Es decir: no hay un sujeto-sistema que advierte, sino luchas concretas, expropiaciones y resistencias.[15]

Pero Hart es aun más directo en esta subjetivación que, además, se pretende clarificadora:

> "... cuando nos quitamos las anteojeras ... y observamos los hechos, se ve claro que un sistema jurídico, *como un ser humano*, puede en cierta etapa no haber nacido aún; en una segunda etapa, no ser todavía totalmente independiente de su madres; después gozar de una saludable existencia autónoma; luego decaer y por último morir." (*CD*, 139)

O al referirse al conflicto entre el imperio inglés y sus colonias rebeldes:

> "Como cuestión de hecho habrá dos sistemas jurídicos, mientras que el derecho inglés insistirá en que sólo hay uno." (*CD*, 151)

Curioso fabuloso desplazamiento de sentido: no son un grupo particular de ingleses quienes ven amenazado su poder y los que insisten en *su* posición, sino ¡el derecho inglés! Ya se sabe, los ingleses, incluso el conjunto de los europeos, nunca han conquistado un territorio, sino que sencillamente dejaron que sus sistemas jurídicos se desplazasen por los mares.

No es cuestión de retornar *in totum* al modelo austiniano del Soberano, sino de mostrar las graves consecuencias que conlleva el uso indiscriminado del lenguaje de las reglas. No es tan fácil deshacerse de la disputada noción de soberanía, en tanto

15. Ver: Tilly, Ch., *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*, Buenos Aires, Alianza, 1993.

cualidad de un grupo humano con capacidad última de decisión y que pretende ser obedecido. Es decir: con un poder que se revela en su ejercicio. No se trata, sin duda, de ninguna cualidad misteriosa, sino del ejercicio concreto del poder: decisiones tomadas y obediencia confirmada o desmentida.

La distinción entre situación normal y patológica no remite a una duda sobre una supuesta regla de reconocimiento, sino a un conflicto de poder, a una puesta en duda del poder establecido. En el caso normal, no hay dudas en cuanto a quién está en condiciones de decidir de manera última. El caso anormal, en cambio, es de alguna manera una prueba de esa capacidad, que tendrá que ser superada para que ella quede por así decir ratificada.

Es instructivo prestar atención al título del capítulo en que se tratan los casos patológicos: "Los fundamentos de un sistema jurídico". Es decir: la regla de reconocimiento. Sin embargo, no es ni esta regla, ni el aspecto interno correlativo, las que están en dicho lugar. Las reglas remiten a un conflicto primigenio y violento. El famosa ascenso desde las reglas inferiores hacia las superiores conduce a una regla positiva última. Más allá no hay ningún tipo de regla, sino un conflicto resuelto en favor de una de las partes, que tendrá capacidad de decidir y que recibirá, o mejor dicho: que recibió, obediencia.

En los propios términos de Hart, el embrión de lo normal está en la patología y él es una ruptura, una fisura. No un elemento simple, sino un antagonismo (¿pero por qué el antagonismo sería patológico?). Por otra parte, la resolución del conflicto no se vincula a una aceptación basada en juicios reflexivos, sino a la ornamentación del poder conquistado con una construcción legitimante, que hará confluir el temor con el amor, el miedo al castigo con la identificación, la cautela frente a las amenazas con la fascinación suscitada por las imágenes.

Es por ello que puede mantenerse la idea de Hart de un doble nivel. Pero no entre una regla de reconocimiento y un conjunto de reglas primarias. Sino entre una construcción legitimante de base y el conjunto de las reglas. Tal construcción puede hacerse de muchas maneras, que variarán, entre otros factores, de acuerdo en nombre de quién se ejerza el poder: Dios, el pueblo, la raza, los individuos, etcétera.

Por supuesto, el poder conquistado requiere organizarse. Hay que decidir quién y cómo va a decidir. Puede suceder que el vencedor de la batalla (o el usurpador o el conquistador o el invasor o el sublevado triunfante) pretenda decidir él mismo y de la forma que se le ocurra. Pretensión que será verificada al intentarse y al recibir, o no, la obediencia generalizada. O puede convocar una Asamblea que decidirá, a su vez, quién y cómo se decidirá. Digamos, situación similar al proceso que se generó luego de la batalla de Caseros y que tuvo como frágil resultado (debido al frágil poder subyacente) el dictado de la Constitución de 1853.

Cabe retornar al dilema de las normas de competencia. ¿Qué hizo tal Asamblea? ¿Definió acaso el significado de un conjunto de órganos? En tal caso habría dicho, por ejemplo: "poder legislativo" significa "...". Esto no parece plausible. ¿Formuló enunciados reconstruibles como permisiones o mandatos? En tal caso ¿a quién se dirigen esas permisiones y mandatos? Decir que formuló reglas no parece una salida razonable, en tanto con dicho término se quiere aludir ya sea a definiciones o a normas, que son justamente los dos supuestos precedentes.

Quizás, aunque a esta altura parezca un hecho demasiado pedestre, haya que *leer* el texto generado, es decir: el texto constitucional. En su inicio, la Asamblea, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, se considera a sí misma como la representación del pueblo. En tal carácter dice hacer tres cosas: ordenar, decretar y establecer. Este último término sí parece útil. La Asamblea establece las autoridades de la Nación. Establece los poderes. Es decir: establece los poderes a los cuales, luego, se les dará órdenes (ya sean obligaciones, prohibiciones o permisiones), instrumentando los mecanismos mediante los cuales alguno de esos poderes decidirá en última instancia si esas órdenes han sido cumplidas o transgredidas.

Sin duda, el mero hecho de establecer no garantiza la obediencia. Habrá, tal como hubo, rebeldes que desobedezcan. En tal caso no hay una confusión en cuanto a la regla de reconocimiento, sino un conflicto de poder que, de acuerdo a su intensidad, será resuelto de una u otra forma. En nuestro ejemplo: mediante la imposición por parte de los rebeldes de una reforma constitucional. De ahí la curiosa denominación "cronológica" de nuestra Constitución histórica como la de 1853/60.

Si se quiere mantener la distinción del derecho en niveles propuesta por Hart es posible presentar un esquema tripartito, sin exigir que todos estén compuestos de reglas.

Primer nivel: la construcción legitimante. En el ejemplo, se trata de una densa trama narrativa que incluye nociones como representación, pueblo, justicia, razón, Dios. Es el paño púrpura que transmuta el filo de la espada, ya no sólo signo de la violencia, sino símbolo de poder.

Segundo nivel: establecimiento de los poderes decisorios. Esto es: establecimiento de las autoridades de la Nación, las que no pre-existen como tales al propio acto de instaurarlas. Cabe designar a estos componentes cláusulas instauradoras.

Tercer nivel, las reglas, digamos: normas y definiciones. Es aquí de donde surgen los procedimientos para elegir a aquellas autoridades, cuáles son sus obligaciones y facultades, cómo se deben producir las sucesiones en los cargos.

Estos niveles se requieren mutuamente. Entre una construcción legitimante en términos de una derivación directa del poder desde la divinidad, el establecimiento de una monarquía absoluta que gobierna *legibus solutus* y un mecanismo de sucesión hereditaria hay una continuidad que resulta difícil de obviar. Este monarca será obedecido no sólo por temor, sino porque él es un elegido por la divinidad, es su representante en la tierra y por ello merece gobernar.

Frente a la forma extendida del discurso jurídico, estos niveles no coinciden con los suyos. Y es que apuntan a otro problema. Es más, a un problema interno de aquella presentación. Lo que aquí se esboza es una estratificación del derecho. Y por éste cabe entender al *derecho*, derecho-objeto o derecho estricto.

Lo que se propone es una organización interna de los componentes considerados como genuinamente jurídicos. Se reconocen tanto a las normas y definiciones (aquí tercer nivel) como a los ideologemas (aquí primer nivel). Pero hay un agregado: el establecimiento de poderes (segundo nivel), componente que viene a resolver el recurrente problema de las "normas" de competencia. Es decir: las cláusulas instauradoras.

Cuando la teoría crítica especifica al discurso jurídico como discurso del poder y, más precisamente, entiende al poder como distribución de la palabra mediante una regla de designación de sujetos, está tratando de poner el foco en el segundo nivel de este esquema. Designar sujetos no es más que establecer autoridades o poderes por aquél que *ya* tiene capacidad de imposición. Por cierto, esa capacidad tendrá que ser ratificada con la posterior obediencia, siendo ésta el único criterio que permite distinguir un establecimiento de autoridades real de una mera enunciación imaginaria o anhelada o, digamos así, teórica.

Tampoco hay aquí formulación alguna de requisitos lógicos, semánticos o gramaticales. Dichas cláusulas instauradoras simplemente establecen las autoridades a las que, luego, se les atribuirá permisos, prohibiciones y obligaciones.

Todo el embrollo radica en la inserción, dentro de los argumentos de la teoría crítica del derecho, de la regla de reconocimiento de Hart. Ella no sólo es superflua, sino que elide la cuestión del poder que justamente se pretende resaltar. Todo el problema de la pertenencia es ajeno a esta supuesta regla. Si nos limitamos a las normas y de acuerdo a los usuales criterios genéticos de validez, ellas se encadenan vía sucesión de órganos hasta llegar a un último punto: un poder que generó un texto. Y este texto no es más que la cristalización en una seca grafía de la sangre y el furor de una contienda.

No tiene sentido preguntarse por qué las normas reconstruidas a partir de ese texto (*v. g.* Constitución) pertenecen al sistema, pues el sistema se genera a partir de ellas. Y él remite a un grupo de cuerpos físicos que lograron subordinar a otros.

Por supuesto, hoy en día enfocamos esta batalla victoriosa como un momento fundacional de un Estado impersonal y no como el paso previo para adquirir el estado de gobernante. Esto no significa que se vuelva a introducir una regla, sino retrotraerse a un lento y sinuoso proceso histórico europeo.

En el caso, el pasaje de las referencias al *status principis* (el estado en que se encuentra un gobernante) o *status regni* (la condición general del reino) a las muy distintas relativas a la idea abstracta de Estado, *l'Etat*, aparato político impersonal, o sea: independiente del cuerpo físico que gobierna. Transición de significados que, como es habitual indicarlo, tiene un lugar privilegiado de manifestación en *El Príncipe* de Maquiavelo.[16] Esto no implica que los que gobiernen sean las reglas, como lo sugiere la equívoca máxima liberal del "gobierno de las leyes". Serán siempre cuerpos físicos concretos en situaciones concretas quienes ejercerán el poder y quienes serán obedecidos.

Por cierto, la referencia a la impersonalidad del Estado no es desdeñable. Pero ella nos conduce a cuestiones muy precisas. Se encuentra concernida la vía regia, y de cuño moderno, relativa a la construcción del nivel legitimante del derecho. También la materialidad del Estado, en cuanto conjunto de aparatos que subyacen al discurso jurídico.

En el léxico de la teoría pura: sustancialización del Estado como una Persona mitológica por un lado; división del trabajo mediante la atribución, a diferentes individuos, de diversas funciones orgánicas, por otro.

16. Ver: Skinner, Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, México, FCE, 1996.

En cuanto a una implícita regla de reconocimiento actuante a través de las decisiones de jueces y funcionarios, ella también es superflua. Hay aceptación del poder, identificación con la construcción legitimante. ¿Y cómo no haberla si tales jueces y funcionarios son los que ejercer el poder? En el caso que no acepten el poder establecido, no se trata de confusión alguna en cuanto a la regla que identifica al derecho, sino una parcial o tajante, neta o ambigua, velada o explícita rebelión: ya sea que haya menguado el temor, ya sea que se haya disuelto la identificación con la construcción que desde la base legitima al conjunto. Por cierto, también juega en este caso específico la adhesión a una posición crítica hacia el poder establecido.

En cuanto al problema de la falta de certeza, él tampoco se soluciona mediante la regla de reconocimiento. Si los que están sujetos a un derecho tienen dudas sobre a qué están sometidos, la respuesta última a este interrogante no se la da el presunto conocimiento de una regla, sino la propia autoridad. Para ello tendrán que actuar, no habiendo ninguna certeza de antemano sobre cómo se calificarán sus conductas. Pueden hacer especulaciones, sin duda, o consultar expertos que les darán las suyas. Pero nada más. Incluso en los derechos modernos ni podrán alegar su ignorancia o error. Se presume, ficcionalmente, que sabe qué o cuál es el derecho. Y esto es una ficción en tanto que, justamente, no se puede saber con certeza qué o cuál o cómo *es* el derecho.

Dicha certeza tampoco la consiguen los juristas dogmáticos. Estos efectúan reconstrucciones polémicas sobre lo que *ellos* consideran es el derecho positivo. De ahí a afirmar que esas reconstrucciones tienen la cualidad de la certeza, hay una distancia considerable.

En cuanto al problema de la ineficiencia (cómo se zanjan las disputas), él ya en la propia argumentación de Hart no es solucionado por la regla de reconocimiento, sino por la de adjudicación. Al momento de decidir quién y cómo va a decidir, se tiene que especificar quién interpretará en última instancia al derecho. Tal como señala Schmitt:

> "¿Se trata del inevitable *Quis interpretabitur*? ¿Del insuprimible *Quis judicabat*? ¿Quién acuña la verdad en monedas poseedoras de valor legal? A este problema se responde con la máxima: *Auctoritas, non veritas, facit legem.*"[17]

En los ejemplos dados, puede ser el propio Monarca o subordinados a éste o, en su caso, un órgano constitucional especializado. Y él interpreta, esto es: decide en última instancia. O sea: ejerce el poder. Lo que no se aprecia con nitidez es para qué aumentar el número de elementos y proponer un nuevo tipo de regla. Pues al establecerse las autoridades ya se fija quién decidirá sobre la interpretación.

La certeza cognitiva no es un actual problema técnico-jurídico, sino de Hart. Quiero decir: de los teólogos del derecho que anhelan un objeto claro y limpio del que ocuparse.

17. Ver: Schmitt, C., *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985, p. 62 en nota.

Capítulo 30
El sónico
(M. Foucault I)

"Hay que pensar en los extremos, es decir en una posición donde se enuncien tesis-límites, donde para que el pensamiento sea posible ha de ocuparse el puesto de lo imposible."

Que la regla de reconocimiento sea superflua y que, a la vez, sea una manera, instruida y virtuosa, de elidir al poder, no significa que carezca de significación. Todo lo contrario. Pero esta significación no coincide con la que ella pretende para sí; o mejor dicho: con la pretensión de quienes la formulan.

La regla reconocimiento es una construcción particular, llevada a cabo por algunos teóricos generales del derecho. Es un momento de una historia en particular, no una hipotética regla que regularía, por así decir, al conjunto del discurso jurídico.

Estas asociaciones nos reconducen a la teoría crítica. Ésta presenta, como uno de sus ejes articuladores,

> "la construcción de una teoría suficientemente explicativa sobre los fenómenos del poder." (*M*, 296)

Como propedéutica a dicha explicación, la teoría crítica constata que los enfoques jurídicos tratan al poder de dos maneras curiosas. Por un lado, se considera que el poder es un problema fáctico, propio de otras ciencias sociales. De ahí los numerosos estudios jurídicos que pueden ignorar la cuestión del poder, por considerársela ajena a su recortado ámbito de objetividad.

Se trataría, aquí, de un mecanismo teórico de *negación*.

Por otro lado, la mera lectura de la dogmática constitucional muestra que el poder está en su centro, en cuanto el derecho se hace cargo de la organización estatal del poder.

Se trataría, ahora, de un mecanismo de *ostentación*.

En los propios términos de la teoría crítica:

> "Una doble postura de formas antagónicas. *No se reconoce* al poder en las prácticas sociales que lo implican y constituyen, no se reconoce al poder

> en los procesos sociales que lo originan y lo distribuyen, no se reconoce al poder en la finalidad de las manipulaciones jurídicas. Pero *se ostenta* lo institucional del poder como el centro de la regulación jurídica." (*M*, 298)

El poder a la vez se muestra y se oculta, se exhibe y se esconde. Hay un juego entre el decir y el no decir, lo dicho y lo no dicho. Expresado de una manera un poco más fácil de asir: los juristas trabajan tanto con el secreto como con la exhibición. Son escondedores y desenfadados.

La argumentación de Hart, ahora, no se ve como un error o una confusión conceptual. Un extravío, que nos llevaría a mostrar sus equivocaciones. Pues no se trata de error, ignorancia o confusión. Vicios de la voluntad, para emplear la jerga civilista. Hart no se equivoca, sino que juega su papel en tanto ejecutor de un mecanismo particular: la elisión del poder.

Ejercer el poder es un cometido común, que incluye en su ámbito a la propia dogmática. La argumentación de Hart, así como sus sucesivas y diversas reactivaciones, son estrategias que ocupan su lugar en las variables coyunturas de ejercicio del poder. Claro está, no se reconocen a sí mismas como estrategias (coyunturales e históricas), sino como una clarificación.

En esta circunstancia se especifica una de los fundamentales significados del carácter crítico de la teoría:

> "... no pretendemos usar la epistemología para formular reglas de *un presunto discurso verdadero* sobre el derecho, sino ... obtener las herramientas críticas necesarias que permitan una lectura descríptica de un discurso jurídico que desconoce la constitución histórica de su propio objeto." (*DJ*, 92)

Y es que además de este juego de negación y ostentación, el poder también está presente en la propia dogmática:

> "... deberían analizarse también las relaciones de poder internas al discurso jurídico, es decir, no ya el juego de ese discurso en relación al poder instituido ... donde ya no juega la institución sino las relaciones entre poder y conocimiento ... resulta evidente el alto rédito que podría obtener la teoría jurídica al desentrañar los mecanismos de poder encastrados en el proceso de generación del discurso jurídico." (*DJ*, 102)

Hay aquí dos líneas de investigación en principio diferentes, ambas referidas a la generación de las teorías jurídicas (dogmáticas y básicas). Pues cabe notar que "discurso jurídico", en la cita precedente, se refiere a éstas y no al conjunto discursivo en cuanto tal. Por un lado, el despliegue del carácter polémico de la dogmática. Profundización en el estudio de la identidad entre argumento y estrategia. Por otro, la puesta de manifiesto de los mecanismos mediante los cuales las teorías establecidas ponen en juego formas de elisión, exclusión o censura de los momentos político e histórico del discurso jurídico.

La primer vía fue la esbozada a partir de las indicaciones de Alchourrón y Bulygin. La segunda es la ensayada con más énfasis por la teoría crítica del derecho.

Tal vez una arriesgada traducción de esta última vía sea la siguiente: indagar de qué manera la afirmación de la forma básica juega como un mecanismo de censura respecto a la forma extendida del discurso jurídico. En este caso, la forma básica sería algo más que un punto de partida metódico. Sería más bien una historia actuante jugando un papel muy preciso de censura: ocultar la proliferación, la polémica, la indecidibilidad, el poder.

La médula de este juego de censura y ocultamiento es señalada por la teoría crítica mediante una fórmula concisa:

> "El discurso sobre las instituciones sociales *no puede llevar a cualquier parte*." (*DJ*, 88)

Para impedir esta fuga, esta movilidad de la palabra hacia zonas peligrosas, las teorías jurídicas establecidas ponen en juego una serie de mecanismos. Se tratará entonces de poner de manifiesto un conjunto

> "de técnicas por medio de las cuales los discursos de las ciencias sociales procuran mantener no dicho lo que no se debe o no puede decirse." (*DJ*, 87)

¿Cómo encuadrar la proliferación? ¿Cómo reducir la indecidibilidad? ¿Cómo no llegar a cualquier parte? ¿Cómo ocultar el carácter estratégico y polémico? Tales son las preguntas decisivas a las que se responde mediante una serie de técnicas para poner al discurso *en orden*.

Al señalar un conjunto de procedimientos de exclusión, la teoría crítica apela de manera explícita a un sintético texto de Foucault.[18] Dado que la remisión es fuerte, cabe detenerse brevemente en un fragmento de él, ya que servirá como guía no sólo para destacar aquellas técnicas, sino como fuente de elementos relevantes para especificar, al fin, la visión del discurso jurídico aportada por la teoría crítica. En la medida en que ésta hace un uso casi directo de lo dicho por Foucault, también se transmiten sus dudas y vacilaciones.

Una indicación contextual. De dicho texto, el propio Foucault señaló lo siguiente:

> "Creo que en *El orden del discurso* había mezclado dos concepciones o, más bien, ante una cuestión que creía legítima (la articulación de los hechos de discurso sobre los mecanismos de poder), propuse una respuesta inadecuada. Es un texto que escribí en un momento de transición. Hasta ese momento me parece que yo aceptaba la concepción tradicional, el poder como mecanismo esencialmente jurídico, el que

18. Ver: Foucault, M., *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1983 (a citar como *OD*). Se trata de la Lección Inaugural impartida en 1970 en el College de France.

> dice la ley, el que prohibe, el que dice no, con toda una sarta de efectos negativos: exclusión, rechazo, contención, denegaciones, ocultamientos ... Ahora bien, creo que esta concepción es inadecuada."[19]

Tal transición se inicia con *Arqueología del saber* (1969) para concluir en *Vigilar y castigar* (1975). Más allá de la biografía intelectual concernida, el texto que traduce la teoría crítica deja traslucir sus oscilaciones, que inciden en la especificación misma del discurso. Traición por traición, esta lectura caminará por un paradigmático camino de sirga. Lo decisivo es el *uso* de lo propuesto, no las pretendidas exactitudes hermenéuticas.

Ya el inicio del texto es sugestivo, al resaltar la inquietud que provoca

> "... el discurso en su realidad material de *cosa pronunciada* o escrita."

Señala Foucault los interrogantes:

> "Pero ¿qué hay de *peligroso* en el hecho de que las gentes hablen y de que sus discursos *proliferen* indefinidamente? ¿En dónde por tanto está el peligro?" (*OD*, 11)

La tesis que se propone para responder a estas preguntas está conectada a las anteriores consideraciones:

> "... yo supongo que en toda sociedad la *producción del discurso* está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad." (*OD*, 11)

Dichos procedimientos tienen a dominar o controlar la proliferación de la palabra en tres aspectos: su poder, el azar de su aparición y los riesgos de su circulación. Tal control o dominación no es abstracto, sino una actividad llevada a cabo de manera concreta por cuerpos físicos concretos.

Foucault detalla, al inicio de su texto, un conjunto de procedimientos de exclusión. Ellos son contingentes, históricos, están en perpetuo desplazamiento, sostenidos por instituciones y acompañadas por la coacción y la violencia. Si hay algo excluido es por haber un movimiento efectivo de exclusión. El estado de exclusión es subsidiario del acto de excluir. Las sustantivaciones (lo excluido) son derivadas de los verbos (el excluir).

19. Ver: Foucault, M., "Les rapports de pouvoir passent a l'interieur des corps" en *Dits et écrits III 1976-1979*, París, Gallimard, 1994, texto N° 197. De aquí en más serán citados como *De*, seguidos del número de texto.

Se destacan, ante todo, una serie abigarrada de constricciones:

> "Se sabe que no se tiene el derecho a decirlo todo, que no se puede hablar de todo en cualquier circunstancia, que cualquiera, en fin, no puede hablar de cualquier cosa. Tabú del objeto, ritual de la circunstancia, derecho exclusivo o privilegiado del sujeto: he ahí el juego de tres prohibiciones que se cruzan, se refuerzan o se compensan, formando una compleja malla que no cesa de modificarse." (*OD*, 12)

Hay dos zonas en la que aquella malla estaría más apretada, donde el tabú es drástico: las relativas al poder y al deseo.

Hart cometió el desliz de reconocer el deseo de los juristas: la uniformidad. Pero si se sigue la letra de su texto, ese deseo rápidamente se califica de confusión y se disuelve en cuanto tal. Los juristas no desean, a veces se confunden.

También constatamos el carácter estratégico de toda teorización jurídica. Sin embargo, esas estrategias no se presentan como tales, sino como clarificaciones o descripciones neutras. Los juristas no ejercen el poder, son inocentes.

Esa falta de inocencia no se muestra. Es más, es el objeto mismo de un procedimiento de exclusión, de rechazo, de omisión. Los juristas se califican a sí mismos de puros. De científicos o, tal vez, de metodólogos.

Señala Entelman, quien sigue representando a la teoría crítica del derecho:

> "El deseo y el poder aparecen como dos momentos claves de la interdicción impuesta al discurso, interdicción de profundas consecuencias en la representación que el discurso puede producir en la institución social." (*DJ*, 89)

De inmediato, Foucault aporta una indicación que encierra la clave de su itinerario:

> "... el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse." (*OD*, 12)

Dos indicaciones.

Uno: el discurso no es un espejo, ya sea fiel, ya sea engañoso. ¿Qué significa, entonces, el no decir, el ocultar? La teoría crítica parece centrarse en detectar elisiones y omisiones, pero ¿cómo éstas pueden ser posibles sin suponer algún tipo de adecuación?

La imagen intuitiva es la siguiente. Hay allí una pera. Uno de sus costados está podrido. Ahora le contamos a alguien el estado de la pera. Y le decimos: esta pera está en su punto justo. El no decir aparece como un engaño. Una estafa.

En estos términos, el enfoque sugerido parece trivial. Como no debiera serlo, cabe proponer otra lectura. Por lo demás, esta vía conduce a proponer un código

penal de la escritura: no mienta, no engañe, no oculte, no estafe. ¿Cuáles serían las sanciones? ¿Quién la autoridad de aplicación? De no haber sanciones organizadas, dicho código, de acuerdo a las canónicas distinciones kelsenianas, sería de índole moral. En fin: ¿se pretende *moralizar* la enunciación de las palabras?

Otra imagen. Hay allí una pera. Se ve, desde cierto ángulo, reluciente. Ahora le contamos a alguien el estado de la pera. Y le decimos: esta pera se ve reluciente. El no decir, ahora, aparece como una contracción, al elidirse toda mención en cuanto al ángulo de la visión.

Es de suponer que esa frase se transmite de boca en boca. Pequeñas mutaciones acaecen: la pera es reluciente, las peras son relucientes, todas las peras son relucientes, la esencia de la fruta es el relucir.

Como siempre hay un desconfiado, habrá alguien que vaya y observe la pera desde otro ángulo. Y dirá: la pera no se ve reluciente, sino opaca.

El no decir es relativo. En dos sentidos entrelazados. Un caso es la omisión del carácter angular del propio decir. Mediante otra imagen: se borra la distancia que media entre el decir algo y el lugar desde el cual se lo dice. Otro caso es la omisión de las restantes perspectivas. Se borra la distancia entre un decir y otro.

Ambas elisiones dan lugar a críticas diferentes. La primera es juzgable por esencialista o neutralizante. La segunda, por escamotear aquello que muestra otra, o más comúnmente, nuestra perspectiva.

Las teorías jurídicas ocultarían en dos sentidos diferentes. Al presentarse como neutras y puramente descriptivas, por un lado. Al no hacer siquiera mención de aquello que, desde otra perspectiva, se considera como el rasgo más relevante, por otro.

Estos son dos sentidos diferentes señalados por la frase: omisión del poder. Primera omisión: se elide el propio carácter estratégico de lo que se dice. Segunda omisión: se elide el poder en aquello que se estudia: el derecho. Pero esta segunda elisión deviene visible si *ya*, de manera previa, hemos decidido que el poder, en algún sentido del término, es un rasgo relevante del derecho.

¿En qué sentido estos actos de omisión implican un excluir? ¿Acaso *pecar* por omisión es idéntico a *prohibir* el hecho de hablar?

Alguien habla sobre la pera. Elide el carácter angular de su decir. Ignora las restantes perspectivas. ¿En qué medida prohibe algo?

Una respuesta puede ser la siguiente. Su decir se transmite y da lugar a un conjunto de cosas dichas: se forma un lenguaje articulado. Por ejemplo: el lenguaje *sónico*. El *sónico* adquiere tal arraigo que se convierte en un conjunto de evidencias. Digamos, a la manera de Hart, el arraigo genera un hábito.

Cualquier otra palabra que sea dicha sobre la pera, no formulada en lenguaje *sónico*, será calificada de extravagante o absurda. Lo que se dice deviene una verdad. Estando a la mano la conocida metáfora del camino infinito, dicha verdad será reconocida como imperfecta. Pero el error sólo es posible al interior del *sónico*. No a partir de algún término o léxico extranjero. La verdad y la falsedad son interiores al *sónico*. En su exterior habita la extravagancia, la confusión, la perfidia o la simple ignorancia, no la falsedad.

Salvo que subjetivemos a las cosas pronunciadas, no es el *sónico* el que juzga. Sino aquellos que lo usan. No es la evidencia la que, de alguna manera misteriosa, habla. Sino aquellos que están en la evidencia del *sónico*.

Los lenguajes se transmiten porque hay cuerpos físicos que los hacen circular. Y éstos pueden organizarse. Por ejemplo, para formar la comunidad científica sobre las peras. Que habla, suponemos con perspicacia, en *sónico*. Llamemos a esta comunidad los *supersónicos*.

Se percibe la introducción de un término litigioso: verdad. Él no fue especificado de cualquier manera. Por verdad se entendió, muy laxamente, el carácter correcto de una palabra: concordancia de un juicio con su objeto o, también, concordancia de un juicio con otro. La verdad está en *aquello* que se dice.

Y aquí Foucault aporta un comentario histórico. No siempre la verdad fue considerada de esa manera. Hay una historia de la verdad. Como momento simbólico de ruptura, siguiendo en esto conocidas investigaciones helenísticas, Foucault señala el intervalo que separa a Hesíodo de Platón. En dicho intervalo se produjo un pasaje, una mutación:

> "Separación históricamente constituida, sin duda alguna. Pues, todavía, en los poetas griegos del siglo VI ... el discurso verdadero por el cual se tenía respeto y terror, aquel al que era necesario someterse porque reinaba, era el discurso pronunciado por quién tenía el derecho y según el ritual requerido; era el discurso que decidía la justicia y atribuía a cada uno su parte; era el discurso que, profetizando el porvenir, no sólo anunciaba lo que iba a pasar, sino que contribuía a su realización, arrastraba consigo la adhesión de los hombres y se engarzaba a su destino. Ahora bien, he aquí que un siglo mas tarde la verdad superior no residía ya más en lo que era el discurso o en lo que hacía, sino que residía en lo que decía: llegó un día en que la verdad se desplazó del acto ritualizado, eficaz y justo, de enunciación, hacia el enunciado mismo: hacia su sentido, su forma, su objeto, su relación con su referencia." (*OD*, 16)

Pasaje de la palabra ritual, donde la verdad estaba en el acto pautado de la enunciación por ciertas autoridades o personajes (adivino, poeta, rey), a la palabra cuya verdad estará en aquello mismo que se enuncia. Pasaje de una visión realizativa o ritual de la verdad, a otra constatativa.

En el derecho medieval, por ejemplo, este cambio de valor de palabra se aprecia con la lenta mutación del papel de los juramentos. El procedimiento germánico estuvo dominado durante un extenso período por la tríada del juramento, la ordalía y el desafío. Mientras que estos dos últimos, a lo largo de los siglos XV y XVI, fueron perdiendo peso, el juramento y la correlativa institución de los conjuradores adquirieron una nueva fisonomía. Lento tránsito del *conjurador*, en tanto persona que confirma con su juramento la afirmación de derecho que hace la parte admitida a jurar, al *testigo*, en el sentido moderno del término,

persona que con o sin juramento aporta a la causa una información que es independiente de las palabras de su parte. El juramento, de medio para dar fe del honor de alguien, pasa a ser la garantía de que se manifiesta aquello que se percibió o vio: nacimiento del testigo que testimonia y no que da fe. Movimiento paralelo a la importancia creciente que adquieren los documentos escritos, tales como las inscripciones registrales, en tanto medios aptos para probar el derecho de dominio sobre una cosa.[20]

Con esta distinción histórica Foucault pretende sugerir lo siguiente. Cuando la verdad se identifica con ciertos actos, queda expuesto a cielo abierto quién es el habilitado a realizarlo y quién es el que está excluido. Dicho acto no es ni imparcial ni neutro. No sucede lo mismo cuando la verdad está en lo que se dice. Parece que cualquiera puede decirla. En cualquier momento. Y sin que esté involucrado en ese decir ningún interés o parcialidad de su parte.

Nos diría Foucault: es el mismo hablar en términos de verdad y falsedad el que ocluye el carácter angular del decir. La emisión de una palabra imparcial, su solidificación, su conversión en evidencia, su autocalificación como palabra que dice la verdad, todo este movimiento implica un excluir. Como si los cultores del *sónico* murmuraran por lo bajo: usted puede hablar cuanto quiera, pero si desea hablar con sentido, si quiere expresar la verdad imparcial de las cosas, debe hacerlo en *sónico*.

A ese murmullo, siguiendo una expresión de raigambre nietzscheana, Foucault lo califica de voluntad de verdad:

> "Ciertamente, si uno se sitúa al nivel de una proposición, en el interior de un discurso, la separación entre lo verdadero y lo falso no es arbitraria, ni modificable, ni institucional ni violenta. Pero si uno se sitúa a otra escala, si se plantea la cuestión de saber cuál ha sido y cuál es constantemente, a través de nuestros discursos, esa voluntad de verdad que ha atravesado tantos siglos de nuestra historia, o cuál es en su forma general el tipo de separación que rige nuestra voluntad de saber, es entonces, quizás, cuando se ve dibujarse algo así como un sistema de exclusión (sistema histórico, modificable, institucionalmente coactivo)." (*OD*, 16)

Y los cultores del sónico están organizados:

> "Pues esta voluntad de verdad, como los otros sistemas de exclusión, se apoya en un soporte institucional: está a la vez reforzada y acompañada por una densa serie de prácticas como la pedagogía, como el sistema de libros, la edición, las bibliotecas, como las sociedades de sabios de antaño, los laboratorios actuales. Pero es acompañada también, más profundamente sin duda, por la forma que

20. Ver: Hedemann, J., *Las presunciones en el derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931.

> tiene el saber de ponerse en práctica en una sociedad, en la que es valorizado, distribuido, repartido y en cierta forma atribuido." (*OD*, 18)

Claro está, ese murmullo es fruto de la imaginación. Foucault nos sugiere que él está silenciado, omitido:

> "El discurso verdadero, que la necesidad de su forma exime del deseo y libera del poder, *no puede reconocer* la voluntad de verdad que lo atraviesa; y la voluntad de verdad, ésa que se nos ha impuesto desde hace mucho tiempo, es de tal manera que la verdad que quiere no puede no enmascararla. Así no aparece ante nuestros ojos más que una verdad que sería riqueza, fecundidad, fuerza suave e insidiosamente universal. E ignoramos por el contrario la voluntad de verdad, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir." (*OD*, 20)

Al lenguaje articulado, el *sónico*, Foucault lo califica de disciplina. Una perspectiva solidificada, hegemónica.

En esta senda, Foucault da un paso más. Entramos al lenguaje *sónico*. Al introducirnos en él, ya se adquiere, por el sólo hecho de haber entrado, una actitud en cuanto sujetos cognoscentes, una serie de metáforas e imágenes, un conjunto de técnicas, una objetividad a la cual referirse. Cuando alguien hace dogmática jurídica entrando por la puerta del lenguaje kelseniano se referirá a normas, se tomará a sí mismo como un sujeto puro, llevará a cabo descripciones, usará imágenes como la cadena o la dinámica.

Todos estos elementos, dirá Foucault, son interiores a la disciplina. No hay sujetos, objetos, técnicas e imágenes que precedan o que fueran exteriores a una perspectiva determinada. Tomar a *eso* como una pera y decir esto o aquello ya implica estar en algún lugar. Por ejemplo: en el *sónico*.

La historia de la verdad se escande de doble manera. Por un lado, la discontinuidad entre la verdad ritual de los Maestros y la verdad autocalificada de racional. Por otro: las discontinuidades entre las disciplinas, que se leen como cambios en las posiciones subjetivas, las objetividades posibles, las técnicas disponibles, las imágenes y metáforas a la mano. Se trata de las mutaciones al interior del terreno autocalificado de racional.

Sin embargo, Foucault introduce al pasar otra escansión. No sólo al pasar, sino sobreimpuesta, imperceptiblemente sobreimpuesta cabría decir, al corte que separa a la palabra del Maestro y la palabra racional:

> "Entre Hesíodo y Platón se establece una cierta separación, disociando el discurso verdadero y el discurso falso; separación nueva, ya que en lo sucesivo el discurso verdadero no será más el discurso precioso y deseable, ya que no será más el discurso ligado al ejercicio del poder. El sofista ha sido expulsado." (*OD*, 16)

El foco está en la última frase: *la expulsión del sofista*. Tal como señala Marcel Detienne, implícita referencia de este texto, tanto el sofista como el filósofo son los dos personajes que cobran auge ante el declive de la verdad ritual. Detienne resume el pasaje mediante otra inflexión: de la palabra mítica a la palabra-diálogo.

Será esta palabra-diálogo aquella que, a su vez, se bifurque en dos vertientes de disímil talante. Por un lado la vía filosófica. Por otro, la vía retórica de los sofistas. Señala Detienne:

> "Una reflexión sobre el lenguaje puede elaborarse tomando dos grandes direcciones: por una parte, sobre el *logos*, como instrumento de las relaciones sociales; por otra sobre el *logos* tomado como medio de conocimiento de lo real. La retórica y la sofística exploran la primera vía forjando técnicas de persuasión, desarrollando el análisis gramatical y estilístico del nuevo instrumento. La otra vía es el objeto de una parte de la reflexión filosófica: ¿es la palabra lo real?, ¿todo lo real?"[21]

El sofista toma a las palabras como cosas persuasivas, encadenadas para forma una *doxa*: contingente, inestable, móvil. Hablar, en cada caso, es tomar partido de acuerdo a una situación. Cada afirmación es una decisión política. Los sofistas son los consejeros del protagonista de la vida pública. Anuncian al asesor romano y contemporáneo, al abogado. Las palabras se usan, astutamente, no ligadas a la búsqueda de una hipotética coherencia, sino al carácter inestable, esquivo y ambiguo de cada situación. El sofista es prudente, pero por oportunista.

De acuerdo a la fresca pintura que hace Detienne:

> "Para el sofista el campo de la palabra está delimitado por la tensión de dos discursos sobre cada cosa, por la contradicción de dos tesis sobre cada tema. En este plano de pensamiento, regido por el 'principio de contradicción', el sofista aparece como el teórico que hace lógico lo ambiguo y que de esa lógica hace el instrumento propio para fascinar al adversario, capaz de hacer triunfar al más pequeño frente al más grande. El fin de la sofística, como el de la retórica, es la persuasión (*peitho*), el engaño (*apatê*). En el corazón de un mundo fundamentalmente ambiguo, son las técnicas mentales las que permiten amaestrar a los hombres mediante la potencia de lo ambiguo. Sofistas y retóricos son plenamente los hombres de la *doxa.*"

21. Ver: Detienne, M., *Los maestros de la verdad en la Grecia arcaica*, Madrid, Taurus, 1983. Sobre las mutaciones histórico-políticas subyacentes, ver: Vernant, J., *Los orígenes del pensamiento griego*, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

La palabra no devela ni revela. Persuade, convence, fascina: actúa. Para retomar la divisa de la teoría crítica del derecho, ahora enfocada desde otro sitio, el discurso es un *lenguaje en acción*. El discurso es la palabra tomada en las manos del sofista.

El filósofo, en cambio, hace del diálogo un camino para develar la verdad. Es así que el sofista será acusado como maestro de la ilusión, como enemigo de la verdad. Mientras que los sofistas multiplican las perspectivas según el caso, los filósofos dividen los senderos de manera tajante: el camino de la verdad (la luz), el camino del error (la oscuridad). Es preciso escapar de la *doxa* para llegar a las tierras estables del saber, del conocimiento, de la palabra verdadera. Aquella que, se dirá hoy, o es coherente o es adecuada a los hechos: la verdad genuinamente racional.

Aquí es preciso insertar otra consideración histórica. El sofista es un animal de ciudad, apasionado por la vida política; el filósofo, en cambio, está en estrecha filiación con las sectas religiosas, aquellas que proponían a sus miembros un camino para acceder a la verdad. El primero es en todas sus partes secular. El segundo, en cambio, es la visión secularizada de un impulso religioso.

Para el sofista, las palabras se encadenan para formar *doxas*. Y el supuesto saber que reclama para sí el filósofo no es más que una *doxa* consolidada, fijada. Es decir: ella no es más que una *ortodoxia*.

Foucault no pretende rehabilitar al maestro de la verdad, sino al sofista. La historia de la verdad, las sucesivas mutaciones de las disciplinas, serían escansiones al interior de la tradición filosófica.

El discurso, desde esta óptica, resignifica su carácter en cuanto realidad de cosa pronunciada o escrita. El discurso es la palabra aprehendida bajo la lente del sofista. ¿Qué quiere decir esta fórmula? ¿Hacia dónde conduce? ¿Hacia dónde se ve llevada, al poner en el centro de los debates la consideración del derecho como discurso, la teoría crítica del derecho? Pues cabe no olvidarlo: si llegamos hasta aquí fue gracias a las remisiones expresas efectuadas por dicha indagación crítica. ¿Ésta, entonces, no sería una crítica filosófica de la filosofía del derecho (o también: una crítica científica de la ciencia del derecho), sino una rehabilitación de la sofística, un contraataque acometido por los excluidos de la fortaleza construida por los ortodoxos?

Dos años después de pronunciar el *Orden del discurso*, Foucault retoma una vez más su dilucidación del discurso:

> "Ha llegado el momento de considerar a los hechos de discurso no simplemente bajo su aspecto lingüístico, sino, de una cierta manera –y aquí me inspiro en las investigaciones realizadas por los Anglo-Americanos–, como juegos, *games*, juegos estratégicos de acción y de reacción, de pregunta y de respuesta, de dominación y de esquive, así como de lucha. El discurso es ese conjunto regular de hechos lingüísticos a un cierto nivel y de hechos polémicos y estratégicos a otro nivel." (*De*, 139)

El discurso: conjunto de hechos polémicos y estratégicos. Que incluye, sin duda, a ese conjunto de hechos que se agrupan bajo el nombre de teoría o saber:

> "Es decir que el conocimiento es siempre una relación estratégica en la cual el hombre se encuentra ubicado. Esta relación estratégica es la que va a definir el efecto de conocimiento, resultando totalmente contradictorio imaginar un conocimiento que no fuese por su naturaleza forzosamente parcial, oblicuo, perspectivo. El carácter perspectivo del conocimiento no deriva de la naturaleza humana, sino siempre del carácter polémico y estratégico del conocimiento. Se puede hablar del carácter perspectivo del conocimiento porque hay batalla y porque el conocimiento es el efecto de esta batalla." (*De*, 139)

A través de un giro paradójico retornamos a las posiciones que fueran sugeridas por la lectura de los textos de Alchourrón y Bulygin. Por el camino lateral de la *crítica* se vuelve al sendero principal del *análisis*. El propio Foucault pone de relieve sus fuentes analíticas, de expresa raigambre anglosajona:

> "Se trata, por un lado, de una suerte de *análisis* del discurso como estrategia, un poco a la manera de lo que hacen los Anglo-Sajones, en particular Wittgenstein, Austin, Strawson, Searle. Lo que me parece un poco limitado en el análisis de Searle, de Strawson, etcétera, es que los *análisis de la estrategia de un discurso* que se hacen alrededor de una tasa de té, en un salón de Oxford, toman en consideración juegos interesantes, pero que me parecen profundamente limitados. El problema sería saber si no podríamos estudiar la estrategia del discurso en un contexto histórico más real, o al interior de prácticas que son de una especie diferente que el de las conversaciones de salón." (*De*, 139)

Foucault nos invita a conjugar el análisis con la sofística. Sin embargo, podría alegarse que la precedente lectura le da excesiva importancia a una breve frase, al fin de cuentas marginal en el texto que toma como referencia la teoría crítica del derecho: *el sofista ha sido expulsado*. No será ésta, interroga el impugnador, una interpretación abusiva, un juego construido a partir de una indicación sólo incidental.

La respuesta es doble. Uno: aceptando el reproche, él es inocuo. No se trata de exhibir lo realmente por dicho por Foucault. La teoría crítica *usa* un texto, no lo comenta hermenéuticamente. Dos: el reproche yerra en el blanco. Foucault rehabilita expresamente a los sofistas. Aún más, es desde tal acto que presenta al discurso.

En una respuesta a un inquisidor brasileño, Foucault desgrana su posición. Varias son las indicaciones.

Uno. El discurso en cuanto encadenamiento polémico de estrategias:

> "Ah, sobre el asunto, *yo estoy radicalmente del lado de los sofistas* ... Pienso que los sofistas son muy importantes. Pues tenemos ahí una práctica y una teoría del discurso que son esencialmente estratégicas: construimos

> discursos y discutimos no para llegar a la verdad, sino para vencer. Es un juego: ¿quién perderá, quién vencerá? Es por eso que la lucha entre Sócrates y los sofistas me parece tan importante. Para Sócrates, sólo vale la pena hablar si se quiere la verdad." (*De*,139)

Dos. El discurso en cuanto ejercicio del poder:

> "Si para los sofistas, hablar, discutir, es buscar la obtención de la victoria a cualquier precio, incluso al precio de las astucias más groseras, es que para ellos la práctica del discurso no es disociable del ejercicio del poder. Hablar es ejercer el poder, hablar es arriesgar el poder, hablar es arriesgarse a ganar o perder todo. Hay aquí todavía algo más interesante, que el socratismo y el platonismo han separado por completo: hablar, en fin: el *logos* a partir de Sócrates, ya no es más el ejercicio de un poder; es un *logos* que no es mas que el ejercicio de una memoria. Este pasaje del poder a la memoria es algo muy importante."

Tres. El discurso en cuanto conjunto de cosas efectiva o materialmente dichas, palpables, pero también comprometedoras:

> "Me parece que es igualmente importante, en los sofistas, esta idea que el *logos*, en fin, el discurso, es algo que tiene existencia material. Esto quiere decir que, en los juegos sofísticos, una vez que una cosa es dicha, ella ha sido dicha. En los juegos entre los sofistas, se discute: usted dijo tal cosa; usted lo dijo y usted queda ligado a ella por el hecho de haberla dicho. Usted no puede liberarse de ella. Esto ocurre no en función del principio de contradicción, del cual los sofistas se cuidan muy poco sino, de cierta manera, porque ahora eso que se dijo está ahí, materialmente. Está materialmente ahí y usted ya no puede hacer nada."

Ahora deviene posible resignificar las omisiones. Se señalaron dos vías tentativas de indagación. Una implicaba ahondar en el carácter polémico del discurso. Otra, la seguida por la teoría crítica, consistía en poner de manifiesto elisiones y ocultamientos. Desde la actual situación, ambas vías no son más que dos aspectos de una misma indagación.

Las teorías jurídicas (ya sean dogmáticas o generales) son *doxas* solidificadas. Foucault las llama disciplinas. Aquí se las bautizó de ortodoxias. Ellas son, sencillamente, perspectivas que no se muestran como tales. Y que, en dicho sentido, ocultan su posicionamiento angular. Obra de sofistas presentada bajo el ropaje austero de la pureza o la neutralidad. Es también mediante ese mismo gesto que eliden su compromiso con el ejercicio del poder.

Tal solidificación puede enfocarse como la puesta en juego de un orden. Esto es: de un orden del discurso. ¿Qué se logra con ello? Volvamos al comienzo. Dice la teoría crítica del derecho: los discursos no pueden llevar a cualquier parte. No es conveniente que

proliferen. ¿Por qué? Contesta Foucault: porque son peligrosos. En consecuencia, hay que enmarcar su generación. También su circulación. En fin, la manera de receptarlos.

Hay que evitar que se *haga* cualquier cosa, que eso que se hizo no se *difunda* de cualquier manera y que eso hecho y difundido no sea *receptado* de cualquier forma. La primera tarea: expulsar al sofista.

Una serie de discursos sometidos a este control, encapsulada su tendencia a proliferar, conjurada la emergencia de una novedad imprevista, organizado el ritual de su circulación, da lugar a un orden del discurso. A una disciplina de las palabras.

Disciplinas u ortodoxias: son las historias establecidas, consolidadas, sedimentadas, hegemónicas. En los frontispicios de sus Academias se podría leer la máxima: entre cuando quiera y podrá hablar caudalosamente, pero no dirá ni leerá cualquier cosa ni de cualquier manera.

En vez de dicha máxima, se encuentra un lema seco e impersonal: aquí se busca la verdad. Por cierto: si usted se queda afuera, sólo podrá decir cosas extravagantes. No va a decir cosas erróneas, pues sólo el que está en la verdad es capaz de cometer un error, sino absurdas, fantasiosas, carentes de rigor, oscuras, incomprensibles, ilegibles, en fin, sinsentidos (*nonsense*).

La cuestión es qué actitud tomar ante este orden de la producción, difusión y recepción de las cosas dichas. Allí es donde cumple su papel la *crítica*. Ésta, por cierto, no da lugar a una nueva disciplina. Tampoco es un esfuerzo para revelar, al fin, esa verdad del derecho que estaría encubierta por una frondosa hojarasca.

Señala Foucault:

> "Lo que yo trato de hacer es ... una especie de actividad, pero no una disciplina. Una actividad esencialmente histórica-política ... que no se funda sobre relaciones de semejanza entre el pasado y el presente, sino más bien sobre relaciones de continuidad y sobre la posibilidad de definir actualmente objetivos tácticos de estrategia de lucha, precisamente en función de ésta ... Una *máquina crítica*, una máquina que pone en cuestión ciertas relaciones de poder, una máquina que tiene, o que al menos debería tener, una *función liberadora.*" (*De*, 139)

Se trata de *otra* manera de referirse al derecho. Lo cual no implica, como podría suponerse, abandonar la palabra racional. En este aspecto, también nos es útil la reconstrucción histórica de Detienne, ya que Sócrates y Gorgias, sofistas y filósofos, son ambos racionales. Justamente, el declive de la palabra ritual o mítica da lugar a dos vertientes racionales: la palabra persuasiva y la palabra constatativa. Cuando se acusa al sofista de irracional, no hay allí más que un argumento astuto, la propia confutación de la ausencia de astucia que reclama para sí el discurso verdadero.

Ante tal situación, la teoría crítica del derecho propone un lema: llevar a cabo una lectura *des-crítpica* del discurso jurídico.

Capítulo 31
La sangre, el cemento y la colina

"Estos textos son intervenciones declaradas en una coyuntura dada."

Al decir que el discurso jurídico es el discurso del poder, la teoría crítica dice al menos dos cosas diferentes.

Uno. El derecho establece y organiza las autoridades que ejercen el poder, aquellas que decidirán y que pretenderán, sea por temor o por amor, obediencia. Esta es una tesis sobre la función del derecho y, luego, sobre sus componentes o ingredientes genuinos. Conduce, mediante la singularización de las cláusulas instauradoras, a una complejización del derecho-objeto o derecho estricto.

Dos. Toda palabra jurídica tiene un carácter polémico y estratégico. De tal forma, tanto las palabras de las dogmáticas como las de las teorías básicas tienen dicho carácter. Cada decir implica un acto de poder, ya sea para reforzarlo o socavarlo. Tanto *la* dogmática como *la* teoría general establecidas, funcionan como sistemas de control, para mantener en raya a la peligrosa proliferación de los discursos. Peligrosa sin duda, porque pone en juego, justamente, el poder. O mejor dicho: una amenaza al poder establecido. En el campo abigarrado de *las doxas*, ciertos dichos intentan convertirse en *una ortodoxia*.

Esta doble vía, implicada en la expresión *discurso del poder,* también lleva a bifurcar su lectura descríptica. Esta se desarrollará en dos direcciones, donde cada una tendrá rasgos peculiares.

El derecho distribuye capacidades de decisión. Establece los poderes que generarán las palabras jurídicas. Esto es lo que se dice cuando se señala que el derecho distribuye el poder mediante la distribución de la palabra. Ello se realiza mediante un doble movimiento de ostentación y negación. Se muestra la organización estatal del poder, pero se ignoran (es decir: omiten, niegan) las prácticas concretas, los conflictos y las dominaciones que son la vida cotidiana de su ejercicio:

> "El derecho llama poderes (Judicial, Ejecutivo, Legislativo) a las instancias institucionales en las que se resuelven las relaciones jurídicas,

> pero sin alusión alguna a lo que está en juego en las prácticas sociales que de esa forma se organizan. Fuera de esta lectura del poder para el derecho quedan *ocultas*, tras la edificación de las formas de la institución, las prácticas sociales concretas a través de las cuales se producen y reproducen las condiciones de vida de los miembros de una sociedad y las pujas, conflictos y tensiones que la forma de producción de esas prácticas ponen en movimiento." (*M*, 299)

Realizar una lectura descríptica implica engarzar el aspecto institucional o constitucional del poder, con el conjunto de prácticas de su ejercicio. En los propios términos de la teoría crítica:

> "Los orígenes del poder en la sociedad, los lugares donde los conflictos se generan, las formas en que se establecen las sumisiones, permanecen ocultas. Por eso la teoría crítica del derecho propone una lectura des-críptica del discurso jurídico, lo cual, a este respecto, significa *la búsqueda de la genealogía del poder* resultante de las prácticas sociales en una sociedad determinada. Y genealogía en el sentido nietzscheano del término." (*M*, 304)

Una lectura *des-críptica* del derecho se realiza como genealogía del poder. De nuevo es explícita la referencia a Foucault y a su interpretación de la genealogía en tanto método de indagación histórica opuesta a cualquier búsqueda de los orígenes, ya sean ideales o "metafísicos".[22] En el origen de las cosas, de los conceptos, no hay ninguna esencia, sino un antagonismo, un conflicto, una lucha.

En vez de un origen único, lo que hay son miles de sucesos dispersos, hechos minúsculos, atravesados por el azar y la violencia. Es en este sentido que la genealogía no encuentra orígenes sino procedencias:

> "La búsqueda de la procedencia *no funda*, al contrario: *remueve* aquello que se percibía inmóvil, fragmenta lo que se pensaba unido; muestra la heterogeneidad de aquello que se imaginaba conforme a sí mismo."

La genealogía muestra al poder bajo el triple ángulo del antagonismo, la violencia y la corporalidad. Elementos que se oponen punto por punto a los que son destacados, en diferentes momentos, por las dogmáticas y teorías básicas establecidas: la cooperación, la regla y la conducta.

22. Ver: Foucault, M., "Nietzsche, la genealogía, la historia", incluido en la selección de Terán, O., *El discurso del poder*, México, Folios, 1984, pp. 134-157. Actualmente texto número 84 del segundo tomo (1970/1975) de Foucault, M., *Dits et écrits*, *op. cit.*, p. 136.

Varios trastocamientos se ponen en juego, que muestran su peso al ser contrastados con las perspectivas ortodoxas.

En primer término, se descoloca el lugar, significado y valor de las reglas o, más precisamente, de las normas, poniéndose de manifiesto esa violencia que Hart dejó emerger en un casi imperceptible margen de su texto:

> "La humanidad no progresa lentamente, de combate en combate, hasta un reciprocidad universal en la que las reglas sustituirían para siempre a la guerra; instala cada una de estas violencias en un sistema de reglas y va así de dominación en dominación. Y es justamente la regla la que permite que se haga violencia a la violencia, y que otra dominación pueda plegarse a aquellos mismos que dominan. En sí mismas las reglas están vacías, violentas, no finalizadas; están hechas para servir a esto o aquello; pueden ser empleadas a voluntad de éste o de aquél."

En segundo lugar, queda desmontada la fábula cooperativa de Nino y los intentos esencialistas de atribuir algún tipo de racionalidad moral a la Catedral jurídica. Por el contrario, nos reencontramos con la lógica de la conquista que fuera expresamente sugerida por Alchourrón y Bulygin:

> "El gran juego de la historia es quien se amparará en las reglas, quién ocupará la plaza de aquellos que las utilizan, quién se disfrazará para pervertirlas, utilizarlas a contrapelo, y utilizarlas contra aquellos que las habían impuesto; quién, introduciéndose en el complejo aparato, lo hará funcionar de tal modo que los dominadores se encontrarán dominados por sus propias reglas. Las diferentes emergencias que pueden percibirse no son las figuras sucesivas de una misma significación; son más bien efectos de sustituciones, emplazamientos y desplazamientos, conquistas disfrazadas, desvíos sistemáticos."

En tercer lugar: descolocación escéptica de la idea de interpretación, ratificándose el carácter espurio, o sustancialista, de la distinción entre descubrimiento y adjudicación de un significado:

> "Si interpretar fuese aclarar lentamente una significación oculta en el origen, sólo la metafísica podría interpretar el devenir de la humanidad. Pero si interpretar es ampararse, por violencia o subrepticiamente, de un sistema de reglas que *no tiene en sí mismo significación esencial*, e imponerle otra dirección, plegarlo a una nueva voluntad, hacerlo entrar en otro juego, y someterlo a reglas segundas, entonces el devenir de la humanidad es una serie de interpretaciones. Y la genealogía debe ser su historia: historia de las morales, de los ideales, de los conceptos

> metafísicos, historia del concepto de libertad o de la vida ascética como emergencia de diferentes interpretaciones. Se trata de hacerlos aparecer como sucesos en el teatro de los procedimientos."

Al igual que el análisis, la genealogía descree de cualquier misterio esencial, pero en vez de avanzar hacia una tarea de clarificación conceptual, se propone resaltar las luchas, los combates y las violencias que le dan vida a los conceptos.

Al igual que el antiesencialismo propuesto y a la vez cancelado por Nino, la genealogía no trata de descubrir cooperaciones o suponer convenciones, sino de rastrear las innumerables disputas, los sucesivas violencias que han dado nacimiento a las formas estables y regulares.

Hay un directa filiación de la genealogía con las indicaciones de Hart que desmienten el conjunto de su investigación: no hay ruptura sin violencia; el caso normal se genera a partir del anormal, es decir, de la ruptura violenta. Lo que ya no resulta razonable es el uso del término *patológico* para indicar estas circunstancias. Se trata de lo ordinario, de lo común. Tampoco recubrir la violencia fundadora por un relato sobre reglas fundadoras y razones reflexivas.

El léxico de la patología es el único que puede acoger a la violencia en una argumentación que se sostiene, justamente, en su ocultamiento u omisión.

Tal es el impulso que mueve a la teoría crítica del derecho:

> "Tras estas formas discursivas se despliega *el ejercicio concreto de la violencia*. Donde l*os aspectos multiformes* de las relaciones concretas de poder deberían aparecer tras la opacidad del discurso, sólo se descubre, si éste es penetrado, una forma única y permanente de mostración exclusiva de la consecuencia del poder: la violencia. La violencia es, en el derecho, la forma material correspondiente a las formas simbólicas del discurso ... la filosofía del derecho nunca ha sido pensada, en realidad, como una filosofía de la violencia." (*M*, 304)

Esto con respecto a la violencia y al antagonismo. El tercer ángulo es el de los cuerpos. En términos de Foucault:

> "El cuerpo: superficie de inscripciones de los sucesos (mientras que el lenguaje los marca y las ideas los disuelven), lugar de disociación del yo (al cual intenta prestar la quimera de una unidad sustancial), volumen en perpetuo derrumbamiento. La genealogía, como el análisis de la procedencia, se encuentra por tanto en la articulación del cuerpo y de la historia. Debe mostrar al cuerpo impregnado de historia y a la historia como destructora del cuerpo."

Amplio campo de investigación es el que aquí se abre. Es más, quizás sea la inserción de la corporalidad, en tanto eje para descifrar los efectos del derecho, la

que produzca los mayores trastocamientos de las visiones jurídicas establecidas. Si hay un rasgo constante y común a la casi totalidad de las teorías generales del derecho es el de enfocar los efectos del derecho en términos conductuales. Como si las conductas (o los comportamientos o las acciones) pudieran ser desgajadas de los cuerpos que las realizan; lo mismo cabe decir de la visión habitual que los juristas –dogmáticos o epistemólogos– tienen de sí: no es su cuerpo quien habla sino alguna subjetividad purificada.

La teoría crítica asume sin vacilar este aspecto de la indagación genealógica:

> "En el discurso, donde la ley expresa la violencia, se marca que existe el poder y *se marca sobre los cuerpos*, pero se mantiene en el silencio ya iniciado en las formas discursivas la genealogía y conformación de ese poder." (*M*, 305)

Estas consideraciones sobre la genealogía explicitan qué significa hacer una *lectura descríptica* del derecho como discurso del poder en el primer sentido antes indicado: establecimiento de los poderes organizados. Se trata, para retomar la fórmula de la teoría crítica, de entender a la filosofía del derecho como una filosofía de la violencia. O, en los términos de Kelsen, como una filosofía de la fuerza.

En su segundo aspecto, la lectura descríptica intenta poner de manifiesto el carácter estratégico y reconstructivo de la dogmática y teoría general. Señalar las evidencias, omisiones, desplazamientos de sentido, censuras y astucias que están allí en operación. Así como antes se requería una genealogía, aquí se apela a una *epistemología*. Ésta no se entiende como acervo de reglas para construir, al fin, el discurso verdadero, sino para descifrar el conjunto de mecanismos puestos en juego por los enfoques establecidos.

Aquí cobra todo su valor una indicación de la teoría crítica del derecho que corresponde reiterar:

> "*... no pretendemos usar la epistemología para formular reglas de un presunto discurso verdadero sobre el derecho*, sino para obtener las herramientas críticas necesarias que permitan una lectura des-críptica de un discurso que desconoce la constitución histórica de su propio objeto." (*DJ*, 92)

Cabe agregar: de un discurso que no muestra su propia posición histórico-política. Que no muestra su carácter oblicuo o angular, presentándose como indagación que busca la verdad del derecho. La teoría crítica afirma: nadie deja de actuar como un sofista, aun aquel que se presenta a sí mismo como una especie de *medium* transparente y que pretende transmitir algún supuesto saber desinteresado sobre las cosas. No hay manera más astuta de ejercer el poder que decir, al ejercerlo, que nada se tiene que ver con él. El sofista más perspicaz es el filósofo.

Si hacer *genealogía* implica retrotraerse a los conflictos, a las luchas, a la materialidad de los cuerpos y las violencias que ellos se infligen, hacer *epistemología* implica poner

en jaque a las historias convertidas en ortodoxia, que niegan su carácter estratégico y que, en cambio, pretenden describir en nombre de la verdad.

Hacer una lectura epistemológica implica recorrer los mil y un astutos caminos del discurso ortodoxo, mostrando aquí las omisiones y allá los desplazamientos, relevando las exclusiones y descifrando los ocultamientos. También, y fundamentalmente, demorarse en las efectivas maneras de hacer, en aquello que se dice, en el conjunto de posibilidades que se desprenden de la *doxa* establecida. En fin, tomar nota de los síntomas, captar aquellas huellas que se dejan y que delatan a los textos.

Auscultar lo no dicho, descifrar lo efectivamente pronunciado, detectar los síntomas que atestiguan el no decir en el efectivo decir.

En un lema, que retoma la noción de historia felizmente sugerida por Alchourrón y Bulygin: la teoría crítica, y su lectura des-críptica, se sitúan estratégicamente en medio de un combate entre historias, no buscan develar la verdad esencial de la historia.

La genealogía excava, la epistemología desarticula. Pero ni una ni otra implican una denuncia. Pues ésta se hace en nombre de algún ideal que, en el bajo terreno de los hechos, adquiere una presencia menguada o pervertida. La crítica no se hace en nombre de nada, menos aún a partir de algún misterioso ideal. Lo cual no implica inhibirse de juzgar al derecho a partir de sus propias pretensiones políticas, sino rehuir a la seducción de comparar lo empírico con alguna sistemática trascendente o con una moral crítica.

No hay mayor actitud a-crítica que la de atribuir todas las faltas al *otro*, para presentarse a sí como denunciante inmaculado. Como si pudiera ensayarse una denuncia del ejercicio del poder que fuese ajena al poder, es decir: pura. La casa más pulcra tiene un altillo, o un sótano, donde se acumulan los desperdicios (la teoría crítica no es el penúltimo refugio de la buena conciencia).

La genealogía excava: intenta mostrar que toda regla no es más que una violencia coagulada, que toda letra negra encierra el rojo de la sangre, y que basta con raspar un poco la tinta del texto para encontrar la masacre allí cristalizada.

La epistemología desarticula: intenta demorarse en las cosas dichas, para indicar su carácter estratégico, polémico, sofístico, para mostrar cuál es el blanco que se trata de demoler mediante la inocente excusa de la búsqueda de la verdad.

Aunque también intenta mantener alerta a la escritura, para que no devenga en ortodoxia, en disciplina, en gesto estereotipado, en repetición anodina. Defensa epistemológica que quizás sea en definitiva vana, pero a la que no cabe renunciar por ser *en última instancia* fallida.

En fin, la lectura des-críptica corre un riesgo ante el cual ni la genealogía ni la epistemología son de utilidad. Más aún, ambas tienen un aspecto negativo, lo cual a esta altura puede llegar a parecer desorientador.

Dos últimas indicaciones.

Uno. Mostrar el carácter polémico es un momento de una estrategia. Ésta va más allá de ese mostrar. Implica también una afirmación, una posición a defender,

un bastión a derribar, pero desde *un* lugar. La teoría crítica es crítica pero también teoría. Quizás de otro tipo, aún no vislumbrada, instruida por la presencia del sofista, pero teoría al fin.

La continuación de sugerencias, el atisbo de un puñado de caminos a través de las rendijas de textos en apariencia acríticos, pudo haber sido una manera de hacer crítica, aun cuando no lo haya pretendido. Surge la siguiente conjetura: deviene crucial el desembarazarse de la imagen que le transfiere a los textos la *solidez* del cemento.

Hay que acudir a otra analogía. Tal vez, por qué no, el reduccionismo fisicalista nos sea útil. Es sabido que, para éste, fascinado con las consecuencias de la matematización galileana, la solidez no es más que una apariencia. A cualquier bloque de cemento cabe aprehenderlo, en su composición física, más como un espacio vacío que lleno. Esto se debe, aparentemente, a que las distancias que hay entre las partículas, y entre éstas y el núcleo de electrones, es mucho mayor que el conjunto de las partículas.

Sea como fuese, la analogía parece fecunda. La solidez de un texto es su apariencia. Basta demorarse en él, desde cierta perspectiva y con cierto ánimo receptivo, para que aparezcan indicios, huellas, signos, alusiones, ecos, murmullos y reverberancias de diversa índole y color. La solidez está en la lectura, no en el texto. Se trata de un estado fisiológico del lector y no de las cosas escritas que tiene entre sus manos. Es más, quizás dicha solidez esté tan presente en la escritura como en la lectura, tanto en quien escribe como en quien lee.

El punto reside en la atención, en el modo de percibir, en la actitud del ojo que lee. El cemento es una malformación ocular, no una indigencia de las palabras. Como si el texto, forme o no parte de alguna supuesta ortodoxia monolítica, se burlara de quien lo escribe y de quien lo lee, dotado de una capacidad *desencadenante* que está fuera de control.

Un sólo texto es de por sí un mundo inagotable. Hasta el más ínfimo, pequeño en su textura de letra impresa o dibujada.

Un ejemplo musical. No sinfónico-orquestal, sino limitado a un sólo instrumento. No extenso, sino parco y austero.

Me imagino las *Variationen für Klavier* (Opus 27) de Webern. En las ejecuciones habituales estas tres variaciones para piano duran, aproximadamente, sólo seis minutos, incluso algunos segundos menos. Son tan concentradas, y en esa poquedad sonora es tanto lo que incluyen, sugieren y muestran, que en muchos conciertos se ejecutan más de una vez. Al finalizar la serie, ella comienza de nuevo. Y en rigor, podría comenzar una y otra vez. Nunca nos cansaríamos.

En seis minutos se desenvuelve un material inagotable. Basta dejar flotar el oído, dejarlo llevar. Y dejarlo llevar una y otra vez. No es necesario escuchar otra cosa para introducirse al mundo musical. Estos minutos, que surgen al golpear unas pocas teclas blancas y negras, son suficientes.

Es conocido el juicio de Schönberg sobre el pensamiento contenido en las obras de Webern: ellas expresan una felicidad mediante una sola respiración. También el

de Adorno: ellas investigan los problemas de toda la música pasada con un rigor inexorable.

Se dirá que este ejemplo es engañoso. Lo es, sin duda. Pero él tiende a señalar que basta un punto para generar una geometría. O mejor dicho, que con elementos austeros, con una casi nada infinitesimal, es posible recrear un mundo. Y para indicar que la vía crítica no está en reprochar, de manera letánica, lo poco que se dice, sino en escuchar lo mucho que se sugiere en esa misma pobreza literaria a la que se ataca.

Dos. La *crítica* está forzada a receptar la ligereza del *análisis*. Su carácter aéreo, despreocupado, móvil. Por tal motivo el texto crítico de Entelman al que seguimos está precedido por el siguiente epígrafe de Carrol, toda una *definición* de la "epistemología jurídica en base a algunos *análisis* del funcionamiento del discurso jurídico" que allí se propone:

> "— Cuando dices 'colina' –interrumpió la Reina, yo podría mostrarte colinas en comparación con las cuales llamarías a ésta un valle. — No, no lo haría –dijo Alicia, sorprendida al encontrarse contradiciéndola por fin–. Una colina no puede ser un valle. Eso sería un sinsentido (*nonsense*)... La Reina Roja sacudió la cabeza. — Puedes llamarlo sinsentido, si quieres –dijo– ¡Pero yo he oído sinsentidos, a cuyo lado éste sería tan sensato como un diccionario!" (*DJ*, 85)[23]

Una genealogía de la violencia. Eso por un lado. Ahora: una epistemología del *nonsense*. Si la teoría crítica del derecho se asume como deudora de las indagaciones de Foucault, no cabe duda que le hubiera agradado este rótulo de claro estilo anglosajón. No casualmente, tal vez, una visión semejante del análisis la haya dejado traslucir, al menos entre líneas, en el prefacio que escribiera a la traducción inglesa de un texto de Deleuze y Guattari. En su final cabe detectar el mismo impulso que lleva a la teoría crítica del derecho a presentar su peculiar epistemología bajo la rúbrica inaugural de Lewis Carroll:

> "A menudo, este libro da a pensar que sólo el humor y el juego son el lugar por donde pasa algo esencial, algo que es de la más grande seriedad: el acoso de todas las formas de fascismo, desde aquellas, colosales, que nos rodean y nos aplastan, hasta aquellas formas menudas que hacen a la amarga tiranía de nuestras vidas cotidianas." (*De*, 189)

23. En el texto de Entelman se cita el original en inglés. Sigo la traducción castellana de Stilman, ver: Carroll, L., *Aventuras de Alicia en el País de las Maravillas y A través del Espejo y lo que Alicia encontró allí*, Buenos Aires, Corregidor, 1973.

Capítulo 32
Escenografías

"No se trata de observar la sociedad que produce, ni la sociedad que organiza, sino la sociedad que se representa a sí misma y a su mundo, real o imaginario."

La teoría crítica del derecho ensaya otra vía para acceder al discurso y que, al igual que la precedente, también pone su énfasis en la cuestión del poder. Pero en esta ocasión ya no se trata del *orden del discurso*, de la historia ortodoxa o hegemónica, sino, valga la paradoja, del *discurso del orden*.

El marco del ensayo crítico, realizado en este caso por Marí, es el siguiente:

> "La historia del reparto del poder y su correlación en lo social con jerarquías desiguales ha sido secularmente acompañada por un dispositivo de legitimación y sostén no exento de complejidad y de doble vertiente." (*Pfa*, 219)

Tal es el eje: la historia del reparto desigual del poder y su cristalización en diversos dispositivos de poder. El término *dispositivo* alude a un compuesto, a un complejo. Dicho mediante una interesada metáfora: alude a una máquina con piezas heterogéneas, cada una de las cuales cumple, según mecanismos en cada caso peculiares, diferentes papeles, fines o funciones.

Para la teoría crítica, tales piezas son el discurso del orden y el imaginario social, los que concurren y convergen para formar el dispositivo del poder. Más precisamente: para transformar la fuerza (o la violencia) en poder y, luego, para mantener y conservar cierto estado de las relaciones de poder:

> "La fuerza es un elemento constitutivo del poder, el que lo produce, pero la fuerza o la violencia se frustraría de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido con base en la fuerza. En el interior del dispositivo del poder,

> el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la fuerza y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible. Este cambio no es de grado sino de cualificación, con él el poder se hace operativo para la cohesión del grupo o sociedad. Transformada la fuerza en poder, el discurso del orden y el imaginario social aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza aún estando él ausente." (*Pfa*, 224)

La fuerza desnuda, la espada que brilla en el combate, la violencia que somete y se impone, tienen que transformarse si pretenden perpetuarse o lograr continuidad. Si pretenden re-producirse, como dice Marí.

El discurso del orden está vectorizado por lo siguiente:

> "... asigna al *resultado y producto* social en una *dada* relación de fuerzas una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario 'para el provecho del mundo', aunque se trate, en verdad, de un cierto orden, o sea, orden impuesto 'para el propio' provecho del clan, la tribu o el pueblo vencedor, determinada comunidad o la clase privilegiada." (*Pfa*, 219)

En este párrafo se encuentran sintetizadas cinco operaciones de transformación, en el sentido de *hacer pasar una cosa por otra*. Lo humano se muestra como divino, lo contingente como necesario, lo artificial como natural, lo particular como universal, lo impuesto como consensuado. Y podemos agregar: lo histórico como general. Estas seis transformaciones tienen como objeto a tratar el resultado de una relación de fuerzas, esto es: el resultado de un antagonismo concreto.

Estas indicaciones, sin embargo, no nos instruyen sobre la composición interna del discurso del orden, sino sobre alguno de sus mecanismos específicos: las ficciones. Tal como lo entiende Marí, el discurso del orden se compone de dos conjuntos de elementos que resulta posible distinguir: el lugar de la razón y el lugar de la ley. ¿A qué se apunta mediante estas metáforas espaciales?

Con *lugar de la razón* se hace referencia a las narraciones legitimantes de la fuerza:

> "El discurso del orden es el lugar de la razón. Pertenece al ámbito cognoscitivo, al de la teoría y las representaciones racionales. En este lugar, doctores del derecho, prudentes, juristas (esos profesores de racionalidad), intérpretes y glosadores hacen su obra. Buena parte de este dominio lo satisfacen también la moral, la filosofía política y la religión, aisladamente o en conjunción con el segmento político del discurso del orden al que suministran los últimos fundamentos, los referentes trascendentes divinos o seculares, y las ficciones del reino vaihingeriano del 'como si'. Es éste el topos de legitimación en el dispositivo del poder, el de los juegos enunciativos y las reglas de justificación." (*Pfa*, 225)

Tenemos una *función*: legitimar y justificar la fuerza. La puesta en juego de un *mecanismo*, complementario de las transformaciones ficcionales señaladas: la fundamentación última, la construcción de un referente último, ya sea secular o divino. También una *modalidad* para realizar esa función: la enunciación racional llevado a cabo, principal pero no aisladamente, por los juristas. En fin, un *material textual* relevante: las teorías jurídicas.

El punto culminante de la justificación está en la elaboración del referente último o ficción fundadora. Plano que será siempre trascendente, más allá de su presentación laica o expresamente religiosa. Se trata de las

> "... ficciones fundadoras y originarias ... ficción matriz de todo el sistema político y jurídico. Ficción superior y privilegiada a la que se remiten tanto las ficciones prácticas ... como las pertenecientes al discurso del orden. Un *a priori* indispensable para la legitimación. Su lenguaje se exhibe, en rigor, como un *metalenguaje* ficcional respecto del *lenguaje-objeto* que transporta las ficciones de rango inferior." (*Pfb*, 298)

Las narraciones legitimantes se despliegan, para continuar con la metáfora de la extensión, en dos planos. El del conjunto de las ficciones y justificaciones entretejidas con las normas y definiciones. Y la puesta en juego de un axioma fundador, espacio último al que remiten todos los otros componentes. Duplicidad de planos que se deja presentar mediante la inflexión tarskiana: el lenguaje-objeto de las ficciones *latu sensu* u ordinarias y el meta-lenguaje de la ficción matriz.

En cuanto a las teorías jurídicas, el énfasis no recae en su carácter polémico-reconstructivo. Aquí se destaca otro aspecto, la de ser suministradoras de una narración legitimante. Esto significa que la legitimación no sólo se entiende como un componente del derecho estricto o derecho-objeto, a ser puesto de manifiesto, en términos de enunciados legitimantes y a la par que las normas y demás módulos genuinamente jurídicos, por la dogmática. Son la propia dogmática, y la teoría general que le subyace, las que aportan las justificaciones.

Por cierto, podemos suponer que no todas las estrategias dogmáticas y teórico-básicas llevan a cabo esa tarea. Pero sí las calificadas de establecidas o dominantes, las que forman la ortodoxia u orden discursivo hegemónico. Justamente, todas aquellas que se lavan las manos de su papel:

> "Cuando asume normalmente la forma de ciencia del derecho predominan el análisis de los conceptos, los criterios descriptivos y clasificatorios de las conductas que las normas prohiben o autorizan, la lógica de los directivos y la gramática de los operadores deónticos, es decir, el conjunto de los procedimientos lógico-metodológicos cuya reconstrucción se asigna a la historia interna de la ciencia. En este contexto de racionalidad, la demanda de la ciencia jurídica a la filosofía en procura de sus fundamentos (que

> es por definición una demanda ideológica) ha sido un movimiento de báscula entre la noción de Verdad-garante a la más flexible de *rational acceptability*, luego de la deconstrucción de aquella noción en nuestros tiempos por la filosofía." (*Pfa*, 226)

Si retornamos a la idea de historia como nudo: cada argumento es a la vez una estrategia y una narración. La estrategia destaca el aspecto polémico, el signo del poder. La narración, ahora, se vislumbra como el aspecto legitimante, el signo de la ideología.

Además del lugar de la razón, el discurso del orden incluye *el espacio de la ley*. Señala Marí:

> "En este espacio la fuerza encuentra dentro del dispositivo del poder su modo más racional de comunicación social al apropiarse de las técnicas con que las normas jurídicas la transmiten y transportan con el nombre de coerción, coacción y sanción, es decir, con los mecanismos de obediencia y control social del derecho." (*Pfa*, 226)

El espacio de la ley se refiere a los componentes normativos del derecho en sentido estricto o derecho-objeto. O, si seguimos la distinción de niveles propuesta a partir de Hart, al tercer nivel compuesto de diferentes tipos de normas. En fin, en el vocabulario de la teoría pura, se trata del derecho *tout court*.

Ya sea mediante los mecanismos normativos o legitimantes, la fuerza o la violencia desnudas se convierten en poder racionalizado:

> "La ley es fuerza razón en un doble sentido: razón en cuanto al tipo formal de las *estructuras lógicas* que comunican la fuerza, y razón en cuanto en ella y a través de ella se producen las *operaciones ideológicas* de justificación del poder." (*Pfa*, 226)

Las normas formalizan la fuerza, la hacen comunicable. Los enunciados legitimantes la justifican y la fundamentan. Doble funcionalidad del derecho, interpretable como serie de estructuras lógicas y de operaciones ideológicas.

El discurso del orden comprende, de manera resumida, un conjunto de *transformaciones*, que hacen pasar lo contingente, artificial, humano, particular, impuesto e histórico como necesario, natural, divino, universal, consensuado y general; un *mecanismo*: la construcción de un referente último; una *función*: legitimar o justificar la fuerza.

Esta es una vía bastante acotada para referirse a la ideología, término demasiado vapuleado y excusa para acometer, digamos con prudencia, diversas extravagancias. Circunstancias que han incitado el abandono o la renuncia. La teoría crítica circunscribe un ámbito mínimo, y por eso reformulable mediante extensiones sucesivas, para hacerlo jugar con fecundidad. Hay una función ideológica básica: justificar, legitimar, fundamentar. Y dos series de mecanismos ideológicos, también básicos: un conjunto de transformaciones y la construcción de una referencia última.

Esta función, al igual que el ejercicio del poder, es común a todos los niveles del discurso jurídico. De tal forma, no se trata sólo de detectar un componente del derecho estricto (ideologemas) a jugar al lado de las normas y las definiciones. Sino también de resaltar una tarea también llevada a cabo por los juristas llamados teóricos, sean dogmáticos o generales. Todos están comprometidos con el poder y la ideología, con la transmisión y justificación de la fuerza. Los juristas, aun cuando pretendan describir o analizar, o justamente cuando hacen descripciones y análisis, ejercen el poder y lo justifican. Aunque no lo digan, o de nuevo: el hecho de no decirlo los delata.

Ahora se tornan legibles, por ejemplo, los ensayos de Nino y su fascinación por la cooperación universal. Ya que se trata de construir una fundamentación acorde a los tiempos modernos, disueltos los mecanismos legitimantes característicos del orden medieval. Dicho en una fórmula abrupta: disuelta la fundamentación descendente del poder en beneficio de una justificación ascendente, individualista, contractual y autopostulada como racional y ya no religiosa:[24]

> "A diferencia de las teorías consensuales contemporáneas que *intentan fundar* (con escaso éxito) la legitimación del poder en diálogos comunicativos, en acuerdos apoyados en razones y argumentos –especialmente prácticos o morales– que postulan, a través de la transparencia del interés común, una compensación imparcial de los intereses particulares y conflictivos, el paradigma cristológico deposita todo su énfasis en la promoción de emociones afectivas que facilitan la reproducción de la estructura disolviendo las contradicciones al hacer pensable el poder en tráfico exclusivo de lo absoluto." (*Pfb*, 298)

Y cabe reiterar. Al igual que lo dicho sobre la exposición de Hart, no cabe acusar a Nino por haber cometido un error o haberse equivocado. De ninguna manera. Él juega su papel como transmisor de una ficción: el derecho como juego cooperativo. Más aún, como reactualizador de la forma genuinamente moderna de presentar el referente fundador del derecho: el convenio, el acuerdo, el contrato originario. Oclusión del antagonismo real mediante la invención de un acuerdo imaginario. El jurista no se limita a reconstruir los componentes legitimantes del derecho-objeto, sino que es uno de sus artífices.

El jurista no sólo es un polemista, también es un sacerdote. Constructor de una estrategia de poder y de una narración legitimante. Sin embargo, no se reconoce como tal. El jurista crítico, en cambio, asume el carácter polémico de su palabra pero intenta, quizás vanamente, no convertirse en un sacerdote.

Estas indicaciones especifican una de las vertientes del dispositivo del poder: el discurso del orden. Pero éste se encuentra acoplado o encastrado con otra pieza de reproducción del poder: el imaginario social. Él es introducido mediante la siguiente especificación enumerativa:

24. Ver: Ullman, W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1992.

> "... montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, cánticos e himnos, distribución de espacios, rangos y prestigios, etiquetas, y otras de no menos variado tipo como heráldicas, diplomas, tatuajes, marcas, apelación a los ancestros, tumbas, símbolos funerarios, manejos de ruidos y silencios, escenas que ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra. Todas estas prácticas de solicitación y manipulación del psiquismo humano pueden identificarse bajo el rótulo de imaginario social, en el que se hacen materialmente posibles las condiciones de reproducción del discurso del orden." (*Pfa*, 219)

¿Qué se indica mediante la expresión *imaginario social*?

En primer lugar, un conjunto de prácticas discursivas y extradiscursivas (término a entender, aquí, como semejante a no lingüístico o no textual). Dicho conjunto se unifica bajo la forma del montaje, es decir: piezas de diferente índole que se enlazan para formar una organización de mayor alcance.

En su perfil cinematográfico, el montaje es una típica operación de cortar y pegar, para obtener una cinta que generará un continuo en movimiento. Se ve, así, que entre montaje y dispositivo hay un aire de familia, en tanto ambos apuntan en la misma dirección: conjunción de elementos heterogéneos. En el imaginario social se funden escenas, arquitecturas, símbolos, cánticos, vestimentas. Se lleva a cabo un manejo peculiar del tiempo, del espacio, del sonido y de la luz.

A la enumeración de Marí, erudita en su mención de artefactos inmemoriales, cabe continuarla con una serie de elementos que conforman ese montaje blando, banal y hasta chapucero que acompaña al actual ejercicio del poder. Su sola mención suscita la mofa y la irreverencia: el espectáculo político, el entorno comunicacional, el show publicitario, los productos del *marketing* y del *packaging*. Digamos, para mantener la seca distancia requerida en el caso, que se trata de un montaje de legitimación que ni siquiera será objeto del recuerdo histórico. Sus piezas mediáticas se mantendrán, quizás, como objetos de culto.

En segundo término, este montaje tiene como primera función transformar la palabra ordinaria en palabra solemne, la escritura cotidiana en escritura sacra, la voz común en voz ritual. Especie de recorte o separación de las cosas dichas, mediante el trazado de una línea que distinga de manera visible (sensible, emotiva) lo sagrado y lo profano.

De manera oblicua, Hart alude a este recorte cuando ofrece casos de su regla de reconocimiento y da los ejemplos de un texto o monumento sagrado. Texto o monumento peculiares que singularizan y a la vez cristalizan de forma ostensible el derecho de un pueblo. Por cierto, Hart no va más allá del ejemplo, dejando en suspenso su desciframiento y sin atinar a calificar de sagradas las para él *actuales* reglas de reconocimiento.

En tercer término, hay otro objetivo indicado como global: solicitar y manipular el psiquismo. Varias determinaciones están aquí coaguladas. Ante todo, un elemento

sí analizado por Hart: la creencia, subyacente al hábito de obediencia que es característico del modelo simple de ordenes respaldas por amenazas. Señala Marí:

> "... el dispositivo del poder exige como condición de funcionamiento y reproducción que la fuerza y el discurso del orden legitimante estén insertos en una estructura de movilización de creencias discursivas extraordinarias. Es el lugar del imaginario social, la tierra natural de las ideologías teóricas y prácticas." (*Pfa*, 227)

Se trata de movilizar las creencias para asegurar la obediencia. Hacer funcionar la fuerza implica, de suyo, reproducir la continuidad de la obediencia. Y, como apuntaba Hart, la obediencia no es espontánea, sino que requiere ser arraigada.

Sin embargo, es de notar que la creencia no es captable en cuanto tal. Ella es un término intermedio, subsumible en los dos extremos de un circuito. Una punta está ocupada por el montaje de prácticas designadas como imaginario social. ¿Cuál es el otro extremo del circuito? Tal extremo agrupa los efectos de ese montaje, que se manifiestan en las conductas y en los cuerpos que las realizan.

Conductas:

> "Son rituales ligados a estimular y promover *comportamientos* de agresión y seducción, las dos formas en que el deseo se anuda con el poder. Tienen una función claramente dogmática en el mismo sentido del *ars juris*, de la dogmática jurídica y de las antiguas escuelas medicinales que están en su base: suministrar esquemas de comportamientos rígidos y repetitivos, crear marcos de *praeceptio* (*praeceptum*) en lugar de *perceptio* (*perceptum*) para poner en conexión regularidades de conductas con los fines o meta del arte del poder." (*Pfa*, 228)

Cuerpos:

> "En este dispositivo ideológico la función del imaginario es, en realidad, fundir y cincelar la llave de *los cuerpos* para el acceso de la ley." (*Pfa*, 231)

Movilizar las creencias significa movilizar los comportamientos y los cuerpos mediante la puesta en juego de un montaje. Punto de partida para refinar la noción de obediencia, ya que ésta se modula mediante la apelación a la seducción y a la agresión. Para obtener la inclinación de los cuerpos resulta insuficiente el sólo recurso a mandatos sostenidos en el temor:

> "Para Bentham, jefe de fila del imperativismo jurídico, *no basta* con las normas entendidas como mandatos, pues múltiples son las técnicas que

> convierten al imaginario en el más eficiente resorte de la obediencia, el control y el poder." (*Pfa*, 228)

Ir más allá del modelo simple que identifica al derecho con una suma de mandatos no lleva a especular sobre la reflexión o aspecto interno de las reglas, sino a poner de relieve otros mecanismos para obtener la obediencia.

El derecho, para conservarse y expandirse, hace un uso multilateral de las pasiones humanas. Además del temor a la sanción (en definitiva: del miedo a sufrir violencia en el cuerpo) se trata, mediante la creación de un espacio encantado, de fascinar, de obtener una identificación y, en fin, de atrapar el amor:

> "La función del imaginario social es operar en el fondo común y universal de los símbolos, seleccionando los más eficaces y apropiados a las circunstancias de cada sociedad para hacer marchar el poder. Para que las instituciones del poder, el orden jurídico, la moral, las costumbres, la religión, se inscriban en la subjetividad de los hombres, para hacer que los conscientes y los inconscientes de los hombres se pongan en fila. Más que a la razón, el imaginario social interpela a las emociones, la voluntad, los deseos." (*Pfa*, 227)

Toda la plasticidad de los hombres está aquí concernida: la riqueza de sus pasiones, la variedad de sus emociones, la pluralidad de sus sentidos. Y tal manojo de sentimientos requiere de la puesta en juego de algo mucho más dúctil que la simple orden sostenida en la espada. De ahí el armado de un montaje de piezas múltiples.

Por supuesto, la espada está allí, brillante y siempre dispuesta a cortar lo que haya que cortar. *Ultima ratio regni*. Pero el ejercicio del poder dosifica su uso, para perpetuarse por medios más sutiles e igual de eficaces. A tal punto imperceptibles que muchos juristas se empeñan en obviarlos. Aunque esa elisión, lejos de ser inocente, está cargada de sentido, insertándose como una omisión en una calculada serie de silencios:

> "Como en las novelas de Tolstói, para llegar a ser *comme il faut*, los caballeros estaban condicionados a *ocultar* las molestias que ocasionaba el conseguirlo, también el imaginario crea un régimen de buenas maneras y educación que permite al poder *ocultar las molestias (las violencias)* ocasionadas por conseguirlo." (*Pfa*, 236)

Aquí también los juristas son protagonistas activos. Ellos son, para usar otro léxico, correa de transmisión del imaginario social. No sólo estrategas, también sacerdotes. Creadores de ficciones, obreros en la construcción de la fundamentación última del orden. Creadores y obreros que omiten hacer mención de aquello que hacen, que

no pierden tiempo haciendo alharaca de sus importantes tareas gubernamentales, disimulándose bajo las máscaras de la descripción neutral.

Será en contraposición a estas figuras que se irá delineando el rostro del jurista crítico:

> "Sabemos ahora que este campo es el del imaginario social. Se trata de un campo generalmente descuidado por la teoría política y jurídica, de tendencia tanto iusnaturalista como positivista, más preocupadas por construir los montajes referenciales en sus respectivas regiones de lo divino y lo natural o de la justificación racional, que en *desmontarlos* o producir una reflexión crítica sobre sus modos de funcionar." (*Pfa*, 235)

La crítica se realiza como *desmontaje*, término que coagula las dos dimensiones sintetizadas en el lema de una lectura des-críptica del derecho: una genealogía del poder (rastreo de las violencias y de los antagonismos) y una epistemología de las teorías de los juristas (desciframiento de sus astucias y desplazamientos de sentido). Se aprecia el peligro que en cada caso se presenta. Dicho de manera sintética: convertirse en transmisor del poder establecido al que se combate, mediante la puesta en juego de imperceptibles astucias y desplazamientos de sentido

Ahora es posible juntar los hilos que componen el dispositivo del poder. El vector global es la conversión de la fuerza en poder. El discurso del orden se bifurca en dos capas. Una es normativa, racionalización de la fuerza bajo estructuras que la insertan como coerción y sanción. Otra es legitimante, justificación del orden.

Para llevar a cabo tal justificación se articulan al menos dos operaciones. Por un lado un conjunto de transformaciones, que presentan al orden como natural, necesario, universal, etc. Por otro, la construcción de un referente último, ficción fundadora o matriz.

Luego, tal discurso del orden está encastrado en un montaje de prácticas que son tanto discursivas como extradiscursivas. Se trata de la puesta en escena de las ficciones fundadoras. Levantar un decorado, desplegar una ristra de íconos, armar la escenografía y coreografía del discurso legitimante o fundador. También: recurso a la pluralidad de las artes tridimensionales, que trabajan la profundidad de un campo y que permiten el movimiento o la quietud de los cuerpos: la danza, la arquitectura, el teatro.

Los cultores del derecho, cualquiera sea el nivel en el que habiten, además de estrategas y sacerdotes, tienen también su vocación de artistas. Maestros, en fin, del espacio y el ambiente, del movimiento y el vestuario, de las luces y las sombras, del tiempo y de la imagen.

Claro que esta indicación no debiera llevarnos a reducir la totalidad del arte a esta función legitimadora del poder. El arte es también *otra cosa*: una promesa, una invención que escapa a cualquier ortodoxia. También, o por lo mismo, un ámbito de resistencia al poder.

El arte, el que apostamos a calificar como *genuino*, se fuga del poder, lo pone en entredicho. Se ríe y se burla. Se reduce hasta casi el silencio, como en Beckett, o se

extenúa en la longitud inagotable, como en Proust. Para decirlo en una frase cargada de consecuencias: testimonio de la injusticia y anticipación de la justicia. O en las sugestivas palabras de Adorno:

> "Al ser el arte la anticipación de una sociedad y una sujeto todavía inexistentes, y por ello no mera ideología, sufre también la mancha de esta no existencia. Pero los antagonismos de la sociedad real se conservan intactos en ella. Es verdadero el arte que, tanto en sí mismo como en quien se expresa, se encuentra escindido y no reconciliado, pero esta verdad le cae en suerte cuando hace la síntesis de lo escindido y le da contorno en su misma irreconciabilidad."[25]

Si me demoré unas líneas en esta cuestión, es para distinguir, para no dejar que las palabras caigan como un bloque homogéneo e indistinto. Y porque, en fin, a la teoría crítica del derecho no le es indiferente la aventura en la que el arte se compromete. Ambos se mueven en un mismo terreno. Pero éste no es simétrico al envolvimiento estético del derecho. Pues aquí, el jurista de la ortodoxia es una artista a sueldo, un decorador por encargo. ¿Un mercader, un mercenario incluso? Lo que no le impide manejar con pericia las técnicas sutiles de las construcciones narrativas, escenográficas o icónicas.

Ahora bien, en el dispositivo del poder el discurso del orden está encastrado en ese montaje que es el imaginario social. Dicho encastramiento está sujeto a variaciones, a modulaciones históricas:

> "Fuerza, discurso del orden e imaginario social varían en sus modos de articularse, intersectarse y agruparse dentro del dispositivo del poder, según cambios históricos en que se suceden diversas coyunturas económicas, políticas e ideológicas o mutaciones estructurales revolucionarias en los sistemas de producción." (*Pfa*, 224)

Articulación, intersección y agrupación: tres modos de encastramiento, sujetos a variaciones históricas. Y aquí Marí inserta una distinción entre lo exterior y lo interior. Dentro del dispositivo de poder, se suceden diversas combinaciones de los elementos heterogéneos en juego. Es dicha heterogeneidad la que induce, de manera endógena, diferentes organizaciones. Pero el dispositivo sufre cambios por razones exógenas. Sobre todo, por mutaciones en la formas materiales de producir. De inmediato se hace una aclaración:

> "Aquí endógeno y exógeno no apuntan a dos regiones independientes de la sociedad que haya luego que acoplar. Aluden, más bien, a distintos *niveles de análisis.*" (*Pfa*, 238)

25. Ver: Adorno, T., *Teoría estética*, Barcelona, Orbis, 1983, p. 222.

Al señalarse que se trata de niveles del *análisis*, asumimos, por el momento, que se intentan distinguir diferentes tipos de problemas referidos al dispositivo y, a la vez, oponer algunas defensas frente aquello que podría paralizar la actitud crítica.

Los problemas endógenos:

> "El endógeno se mueve en el plano de las diferencias de funciones de los elementos del dispositivo del poder, de su heterogeneidad, de su distinta tópica, para ver, por ejemplo, *lo imposible de considerar* al derecho como pura fuerza o pura ideología, haciendo de él la gran noche en que todos los gatos son pardos ... O, por el contrario, atrincherarlo en su historia interna, vaciarlo de su contenido de discurso del orden, evacuar sus modos de alinearse con los otros tipos de discurso y el régimen imaginario de su activación." (*Pfa*, 238)

El análisis tiene que estar predispuesto a acoger el matiz, resistiendo la provocadora seducción de las visiones unidimensionales que atrincheran, evacuan o vacían. Por ejemplo: el monismo normativista. O, paralelamente, los intentos reduccionistas de identificar por completo al derecho con la ideología. En ambos casos se cae en la pura noche. O, por lo ya dicho, en el puro día.

Los problemas exógenos, por su parte, apuntan al:

> "... nivel de análisis de la relación del dispositivo del poder con la estructura económica. En este nivel, el dispositivo del poder y cada una de sus instancias no son independientes *del modo en que una sociedad produce sus formas de vida.*" (*Pfa*, 239)

A lo largo de las páginas que se suceden, el marco en el que se inserta el discurso jurídico se hace más palpable: formación social. Será preciso dirigirse a esta excesiva noción. El propio Marí nos da de manera explícita las referencias de la teoría crítica:

> "Aunque dada la irreductibilidad del dispositivo y su autonomía relativa –coordenadas de sistematización del arsenal teórico de Althusser y Poulantzas– se hace significativa una de las propiedades del dispositivo en relación con una base que *no* se autoestructura: fijar las condiciones de realimentación y reproducción de las formas económicas de vida productivas. Así como el imaginario social es condición de reproducción del discurso del orden en el dispositivo del poder, *el dispositivo del poder, enfocado en su modelo político-jurídico, es condición de reproducción de las formas de producción.*" (*Pfa*, 239)

Dos movimientos. Circuito circular de condiciones, por un lado. La indicación del par producción/re-producción, por otro.

Capítulo 33
Abismos y cementerios

"Los antagonismos son inevitables.
Si hay filosofías que se contradicen,
es porque existen prácticas que se
contradicen ... afortunadamente."

Frase tras frase, el discurso jurídico se convirtió en una especie de animal monstruoso e inasible. Un poco tal vez por paranoia, otro tanto por el simple hecho de seguir el curso de los textos, se fueron encontrando o distinguiendo niveles por todas partes. Nada dejó de ser un *signo* del discurso y sus niveles. Como ocurre en estos casos, circunstancias semejantes reciben diferentes designaciones y, a la inversa, situaciones disímiles se presentan bajo el mismo nombre. Experiencia traumática para los agentes policiales o del registro civil. En estas páginas, la gravedad es de menor importancia.

Pero los monstruos, al menos según alguno de sus ecos latinos, *muestran*. Y en este desdibujamiento de una noción precisa y manejable (el encadenamiento tarskiano de sucesivos lenguajes) han surgido nuevos personajes y variadas escenas. Por cierto, la falta de claridad no es excusa para detenerse, sin más, en la sospechosa profundidad de lo confuso. La cuestión, como siempre, es por dónde se traza la línea.

¿Cuestión de análisis? No tanto. Ya no se trata de distinguir o de clarificar. Sino de inscribir un trazo. Es decir: afirmar. O en términos clásicos, sostener una tesis. Asentarse en una posición.

No obstante, no avanzaré nada inédito. Todo lo contrario. Pues sostendré la pertinencia del acotado alcance de la noción de discurso jurídico enhebrada a partir de las sugerencias de Alchourrón y Bulygin. La pertinencia de la versión tarskiana del discurso.

Me refiero a la forma extendida del discurso jurídico: ramificado en cuanto tal, complejo en lo referido a los componentes del derecho estricto y plural en cuanto a los niveles (dogmáticas, teorías básicas, derechos reconstruidos). La polémica como tonalidad global, la indecidibilidad de los textos y el carácter difuso de los límites. En fin, la destacada importancia de las historias entendidas como nudos argumentativos, estratégicos y narrativos. Es desde esta perspectiva que el orden del discurso se entiende como una historia devenida hegemónica.

Esto implica que otros rasgos puestos de manifiesto serán tomados como vías de acceso a otros ámbitos y *no* al discurso. El objetivo: no convertir al discurso jurídico en un polo magnético, que atraiga sobre sí toda determinación o cualquier tipo de rasgo. De lo contrario, el resultado al que se llega es incómodo: una bola de nieve difícil de detener.

Se entiende al discurso como un ramificado y enredado encadenamiento lingüístico, cuyos niveles están ahora comparativamente enriquecidos. Siendo así, no se presenta inconveniente alguno en decir *el* discurso jurídico. Pues tal encadenamiento, aun cuando sea difuso en sus límites o cuando no sea un todo acabado, conforma una totalidad lingüística designable de por sí.

Pero las anteriores indagaciones nos instruyeron sobre cierta terquedad del discurso, proclive a mutar. Tendencia que, bajo un excesivo ánimo terapéutico, no cabe desechar sin más. En particular cuando con *discurso* se hace mención a los enunciados particulares que se consideran. A cada uno de los hechos lingüístico-estratégicos que son proferidos.

No parece grave mantener este uso. *El* discurso, así, será una colección de *los* discursos particulares ordenados o totalizados de una cierta manera, es decir: el encadenamiento ramificado. En rigor, cabría hablar de proferimientos discursivos. O, en su caso, de textos. O sencillamente de cosas dichas.

Mantengo la oscilación, pues ambos usos destacan aspectos diferentes. El uso en singular permite enfocar una totalidad, un conjunto de elementos de diferente índole y carácter. El uso en plural, por su parte, nos recuerda que lo efectivamente dicho son enunciados particulares, locales. Digamos que su empleo mantiene presente el estratégico nominalismo que cabe asumir, en cada caso, para no dejarse llevar por palabras excesivamente desencarnadas.

En cuanto a los niveles discursivos, ellos quedan especificados de la siguiente manera.

En primer lugar, mantener distinguido el nivel textual parece razonable. Sobre el punto, las indagaciones críticas no modifican la situación; al menos, por supuesto, en las parciales remisiones aquí efectuadas.

En segundo lugar, la teoría crítica permite darle una mayor precisión al derecho-objeto (o de conformidad a las variadas designaciones usadas: derecho en sentido estricto o *derecho*). En él se reconocen al menos cinco componentes o, si se quiere, niveles.

Imaginemos al discurso jurídico como un rectángulo dibujado en el espacio plano de la hoja, con niveles (L_0, L_1 ... L_n) apilados hacia arriba o hacia abajo. Los niveles o componentes del derecho-objeto hay que visualizarlos también apilados, pero hacia adentro o hacia afuera; digamos: en profundidad, perpendiculares al plano de la hoja, hundiéndose en el plano o acercándose al punto de referencia de nuestros ojos.

Los cinco niveles son los siguientes:

N_1: Ficción fundadora o matriz;
N_2: Enunciados legitimantes o ideológicos o ficcionales;
N_3: Cláusulas instauradoras de poderes;
N_4: Definiciones y clasificaciones (esquemas conceptuales), y
N_5: Normas (prohibiciones, permisiones y obligaciones).

Tales componentes son en cada caso reconstruidos a partir de los textos, donde son posibles variadas maneras de interpretarlos, de hacerlos converger o, por el contrario, de divergir. Tampoco hay que obviar las historias que consideran como derecho a otros componentes o a un número menor que los mencionados o, incluso, una mayor cantidad de ellos. Todo esto, a su vez, teñido de tensión, de antagonismo, de ese gramo de maldad que supura cada letra que se inscribe como jurídica. El color sofístico que irradia la juridicidad.

En tercer lugar, el nivel de las dogmáticas jurídicas. Aquí se requieren varias precisiones. En particular, sobre la relación a especificar con el nivel precedente. En nuestro esquema el énfasis recayó sobre la serie: reconstrucción, polémica, interpretación. La teoría crítica sugiere dos matizaciones de importancia.

Uno. Hay ciertas versiones dogmáticas que tienen un notable peso relativo. Son las versiones establecidas, dominantes. O, de acuerdo a una expresión usada, ellas conforman la *ortodoxia*. Si se quiere abundar en las filiaciones de la palabra: son la *doxa* ordenada. La *doxa* hegemónica.

Esta *doxa* vehiculiza astucias y exclusiones. Efectúa omisiones y desplazamientos. Oculta y restringe. Conjura los dichos aleatorios y las peligrosas novedades. Transmite divisiones y separaciones. Intenta aprisionar la proliferación, ínsita en el discurso, de los enunciados, actuando así de una manera policial: previene y anticipa. Pero también incita a hablar de cierta manera. Es productiva, controladamente productiva. Induce reiteraciones y comentarios. Se desparrama para dar forma a un orden. Pero no a un orden del discurso en cuanto tal, sino del nivel discursivo del caso. Apelando a la ya indicada oscilación: para dar forma al orden de los discursos dogmáticos.

Esta ultra-ordenación trae consecuencias que se lanzan en todas las direcciones. Por ejemplo: reduciendo la pluralidad de niveles del derecho-objeto a su mínima expresión posible. Pues, en definitiva, es cuando reconstruye la ocasión en la cual la dogmática jurídica omite, desplaza u oculta.

Es al interpretar y decidir cuando se hacen operativas las distinciones y separaciones que la singularizan. Además, ¿cómo se podría *indicar* al derecho-objeto, de una manera más rigurosa que intuitiva (pues en este último caso nos encontramos reconducidos a los textos jurídicos) si no es mediante un rodeo por los dichos efectivos de la dogmática?

Dos. La dogmática juega un papel ineludible a la hora de construir la ficción fundadora y las narraciones legitimantes. Es cierto, su aspecto decisorio juega en todos los planos reconstructivos. Eso es justamente lo que intentó mostrar la precedente interrogación retórica. Pero aquí es donde brilla con mayor intensidad. No hay en esto tanto un suplemento conceptual, como un cambio de énfasis, una mayor dedicación puntual.

En cuarto lugar: el nivel de las teorías básicas. Momento al que le son aplicables todas las anteriores consideraciones relativas a la dogmática. Nos enfrentamos, en cada caso, con una teoría dominante, establecida, ortodoxa. Y, de seguro, ella tendrá un aire de familia con la ortodoxia dogmática.

Sin embargo, también son notorios los desfasajes, las diferencias. Los juicios que califican a la dogmática como subdesarrollada, o en retardo con respecto a ciertas indagaciones o ignorante de las renovaciones relevantes, son testimonio de ese desequilibrio. No es cuestión de juzgar a su vez dichos juicios, de destacar su gesto irrespetuoso o hasta irreverente. Sino de armarse de la suficiente cautela como para no convertir a la ortodoxia en una muralla monolítica, compacta, hecha de una sola pieza.

El orden no rechaza la pluralidad *per se*. Por el contrario, él da lugar a una pluralidad controlada, a una movilidad de posiciones encuadrada dentro de ciertos límites, que a su vez no son ni constantes ni eternos.

La teoría crítica, en fin, destaca cómo ciertos caracteres migran de un nivel a otro. Las ficciones, por ejemplo, son componentes del derecho-objeto. Pero también son desplegadas por las ortodoxias: dogmática y teoría básica. Ya la propia autodenominación de las teorías básicas como *generales* implica la puesta en marcha de una transformación calificable de ideológica. O también: la elisión de la violencia al apelar a las refinadas construcciones de la regla de reconocimiento y de la norma fundamental. O la transformación de lo contingente en necesario. Paradigmático es el caso de los textos de Nino.

En esta escueta presentación de posiciones se encuentran concentrados los elementos aportados por la teoría crítica del derecho: el discurso del poder como distribuidor de la palabra, el orden del discurso, el discurso del orden (con sus dos ámbitos: espacio de la razón y de la ley).

Sin duda, parece mucho más lo que *resta* que lo incluido. Y es que ese resto nos abre un fecundo campo en el cual se inserta el discurso jurídico. Es más, dicho campo es el que le da vida y sin el cual, por ende, no es más que una parodia de esquema, símbolo de muerte conceptual. La apertura de tal campo conduce a proseguir el itinerario en dos direcciones diferentes y complementarias.

Por un lado, a considerar los procesos de generación del discurso. Éste es producido por cuerpos particulares en ocasiones también particulares. Son tales cuerpos los que mantienen relaciones antagónicas y, en su caso, violentas. No los textos ni los proferimientos discursivos. O si éstos son calificados como polémicos, ello se hace, por decirlo así, de manera figurada.

De igual manera: no son los textos los que hacen cosas. Es el intérprete el que actúa. Si bien, sin duda, dicha interpretación no es otra cosa que el texto dogmático generado y, a su vez, el cuerpo físico emisor deviene intérprete al actuar de la manera en que lo hace y en virtud de las condiciones en las que se encuentra emplazado.

Los textos no surgen de la nada, de un no lugar, expresión que más bien designa, metafóricamente, a la locura. Por cierto, que el caso clínico considerado por Freud para descifrar a la psicosis haya sido un texto y que él haya sido escrito por un *jurista*, me refiero a Paul Schreber, "doctor en Derecho y magistrado de los Tribunales de Sajonia", quien afirmaba hablar directamente con Dios y que, como recuerda su prestigioso intérprete en las *Observaciones* que le dedicara, creía "vivir en

otro mundo", es un hecho que merecería ser considerado. Largamente considerado.[26] Pero no es ésta la cuestión ahora en juego.

Tampoco los textos jurídicos se generan desde un caos pre-discursivo o, visión simétrica, desde un cosmos de jerarquías sustanciales. Los textos no remiten ni al abismo sin fondo de la locura ni a la completa quietud de los cementerios. ¿Hacia dónde nos conducen?

Su campo de generación es el de las organizaciones e instituciones. Es por este sesgo que los textos jurídicos remiten a su lugar de emisión. Actualmente: a los aparatos estatales. La cuestión radica en poner de manifiesto el entramado, digamos por ahora con laxitud: institucional, que subyace al discurso. Si parte de los textos se reconstruyen como normas coactivas, nos vemos remitidos, *de inmediato*, a la fuerza, al uso de la fuerza y a los aparatos estatales que hacen ejercicio de ella. Referirse a normas coactivas sin mencionar el aparato represivo que ejerce la coacción, es decir la fuerza, resulta por lo menos inverosímil.

De manera sintética: el primer campo abierto, por el pasaje del discurso al proceso de su generación, está coagulado en la cuestión del aparato estatal. O si, en beneficio de las continuidades, se hacen jugar las analogías con la teoría pura, se trata del pasaje del momento estático del derecho a su momento dinámico.

Por otro lado, se trata de considerar los *efectos* del proceso discursivo precedente. Aprehender los efectos supone, ya, haber ensamblado el discurso con los aparatos subyacentes que le son conexos. Si un tipo fundamental de normas son los mandatos sostenidos en amenazas para obtener obediencia, es notorio que dicho mecanismo es puesto en juego no por sí mismo (ni las normas ni los textos, salvo para el antropomorfismo imaginado por Hart, buscan nada) sino por un aparato estatal particular. En los términos de Kelsen: por ciertos cuerpos físicos que cumplen funciones orgánicas establecidas. El ámbito de los efectos es aquél donde se registra o verifica dicha obediencia. Se trata del territorio de los *referentes* del proceso discursivo: conductas, cuerpos y, si se quiere ampliar con generosidad la lista, creencias.

Admitiendo, en favor de la simplicidad, el monismo normativista: el discurso jurídico, en cuyo nivel correspondiente al derecho estricto sólo se encuentran sentidos normativos, no puede entenderse si no se lo engarza con el aparato estatal que ejerce la violencia y sin la obediencia que le es correlativa. Obediencia que se verifica en diversos estados corporales, en regularidades de comportamiento, en movimientos físicos.

Es al intersectarse estos elementos que deviene visible el problema relativo a las funciones y los fines del derecho. Las normas tienen unas funciones que sólo se verifican en sus efectos, la obediencia, y que es lograda por el accionar de un intrincado aparato estatal.

26. Ver: Schreber, P., *Memorias de un enfermo neurópata*, Buenos Aires, Lohlé, 1979 y Freud, S., "Observaciones psicoanalíticas sobre un caso de paranoia (*dementia paranoides*) autobiográficamente descripto", en *Obras Completas*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1988, t. 7, p. 1487.

Esto nos lleva a otra cuestión: hay una materialidad discursiva, en la solidez de los textos o en el soplo de la voz, pero también una materialidad de la violencia. Ya sea la de los cuerpos que la realizan, la de los instrumentos con la que se ejerce (cárceles o armas), o la de los cuerpos en la que opera. Pero la violencia no es una entidad, en el sentido en que lo son los cuerpos, las armas o las cárceles. Ni una cualidad de cada una de tales entidades tomadas de manera aislada. Sino el nombre de un conjunto de relaciones que enlazan a los cuerpos que actúan, a ciertos instrumentos que se usan y a ciertas modificaciones que se verifican en los cuerpos.

Sin duda, no hay cuerpo sin una vestimenta que simbolice, ni espada que no esté cubierta con un paño, ni un cuerpo mudo y desnudo ante la fuerza que lo constriñe. Aunque éste último sí puede haberlo, en circunstancias terroríficas que no han sido ajenas a nuestra historia. Pero esta desnudez tampoco es muda, supuesta ajenidad absoluta, más allá de todo límite.

Es aquí donde se inserta, asimismo, ese montaje que es el imaginario social. Pero no tanto como un nivel o una instancia. Sino como un halo indiscernible de los aparatos estatales, el discurso jurídico y los efectos verificados.

En resumen, el discurso jurídico remite a dos materialidades ineludibles: los aparatos estatales que lo producen y los referentes en los que se encarnan sus efectos. La teoría crítica del derecho conduce a considerar tres cuestiones o problemáticas básicas: la del Estado, la del discurso, la de los referentes. En términos kelsenianos, se trata de las funciones orgánicas, del sentido y de la eficacia.

A la convergencia del discurso, el proceso de generación y sus efectos la teoría crítica la designa como práctica jurídica. Ella incluye momentos heterogéneos, tanto discursivos como extradiscursivos. De ahí que montaje o dispositivo o incluso *collage*, sean términos también disponibles o adecuados.

Dado que el término dispositivo suscita una visión más estática que el de práctica, resulta adecuado limitarlo para designar la imagen congelada de una práctica en un momento en particular. Una práctica, en este sentido, será un dispositivo en movimiento.

Montaje, por su parte, alude a una manera específica de hacer algo, la de empalmar elementos heterogéneos. El resultado del montaje da lugar a lo que ahora cabe designar como un *collage*. Estos términos sí son más adecuados para aprehender al derecho en sentido estricto que el omnipresente e inmanejable de nivel.

El derecho estricto o derecho-objeto puede verse no tanto como una cadena de niveles en profundidad, sino como un *collage* de componentes. Y, *montaje*, como un nombre sintético de las tareas realizadas por la dogmática jurídica.

Aquí se abre un insospechado territorio de homologías, afinidades, semejanzas y convergencias entre el discurso jurídico y los caminos del arte.

Unas breves indicaciones. Tomemos un libro al azar: *Rayuela*, de Julio Cortázar. Es suficiente abrirlo, recorrerlo con ligereza. Él se muestra, en algunos de sus tramos, como un fabuloso *collage*. Podemos encontrar desde citas de otros textos (*Tristes trópicos*, capítulo 59), recortes periodísticos (*The Sunday Times*, en el 150) hasta inserción de poemas (*Mis*

pasos en esta calle ... de Octavio Paz, en el 149). Incluso puede hallarse la reproducción de un fragmento de un texto latino, habitualmente citado por los juristas (por no decir siempre que pueden): el relato etimológico de la palabra *persona* efectuado por Aulio Gelio en sus *Noches Áticas*. Desde tal óptica, *Rayuela* es el resultado de un montaje de fragmentos, de materiales diversos, tanto en su procedencia como en su factura.

También hay que tomar nota del "tablero de dirección" con el que se inicia libro y que indica cómo recorrer los *dos* libros que componen al libro. Dos maneras sugeridas, pues no son las únicas. Astucia narrativa para huir de la dirección única.

Cortázar invita al lector a que arme su propia novela siguiendo el recorrido que más le plazca. Artificio compositivo semejante al ensayado en numerosas artes. En la música, para dar otra indicación, por Pierre Boulez, quien presenta muchas de sus partituras, su sonata para piano *Que me veux-tu* es una notable obra en este sentido, seccionadas en trozos (*formantes*), a ser combinados por el intérprete al momento de la ejecución de la obra.

Esta obra de Boulez presenta varias posibilidades de organización. Su tercer formante (*Constelación*) es reversible al estar escrita de ambos lados de la hoja, siendo una la sucesión retrógrada de la otra. Por cierto, el intérprete ejecutará sólo una de las dos transcripciones. Refiriéndose a esta partitura, su autor la compara con el plano de una ciudad desconocida y donde:

> "El itinerario queda librado a la iniciativa del intérprete, debe dirigirse a través de una estrecha red de recorridos. Esta forma a la vez fija y móvil se ubica así en el centro de la obra a la que sirve de eje, de centro de gravedad."[27]

Analista minucioso de sus propias partituras, Boulez señala, dos años antes de la publicación de *Rayuela* y al comentar sus *Improvisations sur Mallarmé* (para voz y nueve instrumentistas) la situación de la composición musical:

> "Hasta una época reciente, la forma estaba definida de manera precisa en todos sus detalles. Había un lenguaje musical establecido a partir de las jerarquías aceptadas, del cual dependían las figuras y los ordenamientos. Hoy el lenguaje se construye esencialmente sobre fenómenos relativos, y por ello la forma debe ser también relativa. Dicho de otra manera: hay que introducir en ella elementos que la modifican de una ejecución a otra e impiden que una obra se ejecute dos veces exactamente de la misma manera."

Por cierto, aun cuando formen parte del mismo ámbito de indagación estética, la improvisación no coincide punto por punto ni con el montaje ni con el *collage*. Señal que indica la existencia de una pluralidad de formas que al jurista no le sería ocioso tener en cuenta.

27. Ver: Boulez, P., *Puntos de referencia*, Barcelona, Gedisa, 1984, pp. 104 y ss.

Pienso en este momento, para dar una última referencia, en el arte del *puzzle*. Perec, quizás en esto inigualable, escribió un Preámbulo, pero no a una imaginaria Constitución francesa, sino a su texto *La vida instrucciones de uso*. Allí afirma que:

> "... considerada aisladamente, una pieza de puzzle no quiere decir nada; es tan sólo pregunta imposible, reto opaco; pero no bien logramos, tras varios minutos de pruebas y errores, o en medio segundo prodigiosamente inspirado, conectarla con una de sus vecinas, desaparece, deja de existir como pieza: la intensa dificultad que precedió aquel acercamiento, y que la palabra *puzzle* –enigma– expresa tan bien en inglés, no sólo no tiene razón de ser, sino que parece no haberla tenido nunca, hasta tal punto se ha hecho evidencia: las dos piezas milagrosamente reunidas ya sólo son una, a su vez fuente de error, de duda, de desazón, de espera."[28]

Aire de familia entre el *collage* y el *puzzle*. Pero también enemistad radical. Véase, si no, la lapidaria conclusión de Perec:

> "De todo ello se deduce lo que, sin duda, constituye la verdad última del *puzzle*: a pesar de las apariencias, no se trata de un juego solitario: cada gesto que hace el jugador de puzzle ha sido hecho antes por el creador del mismo; cada pieza que coge y vuelve a coger, que examina, que acaricia, cada combinación que prueba y vuelve a probar de nuevo, cada tanteo, cada intuición, cada esperanza, cada desilusión han sido decididos, calculados, estudiados por el otro."

De la capacidad radical de decisión a su también radical apariencia. Dramática oscilación entre la libertad de tomar la palabra y la esclavitud de estar diciendo lo ya calculado y estudiado por otro.

Vuelvo un momento a *Rayuela*. Mediante este texto, Cortázar se embarca en una aventura experimental que afecta al lenguaje y a las formas de narrar. Trata de boicotear la novela y, con ese indisimulable orgullo que mueve al escritor, el conjunto total de la literatura. De ahí los calificativos que recibe el texto: *anti-novela* y *anti-literatura*. Pero tal boicot se hace por medio de la novela y la literatura. Situación que la crítica literaria señaló, y Cortázar no lo niega, como paradójica.[29] Por lo demás, esta anti-novela no sólo es una novela, sino que se convirtió, ya no tan paradójicamente, en su *otro*, en una novela tradicional, típica de este siglo, enlazable a una multitud de

28. Ver: Perec, G., *La vida instrucciones de uso*, Barcelona, Anagrama, 1992, pp. 13 y ss.
29. Ver: Barrenechea, A., "La estructura de Rayuela de Julio Cortázar" en Lafforgue, J. (comp.), *Nueva novela latinoamericana 2*, Buenos Aires, Paidós, 1974, pp. 222 y ss.

textos que han puesto en juego procedimientos de escritura similares. Es así como hoy se la puede considerar. Un clásico. Incluso, por sus efectos inmediatos, ya lo era al momento de editarse (1963).

Sin embargo, *Rayuela* también sigue siendo singular, objeto de odios y de amores singulares. O como dijo un filósofo respecto de sí: dinamita.

Ahora bien, en esta anti-novela se ponen de manifiesto tanto el carácter montado del derecho en sentido estricto o derecho-objeto, su organización de *collage*, como las plurales maneras posibles de efectuar su reconstrucción. El lector, es decir: el intérprete, no es ajeno al texto que lee y al que, por tanto, reconstruye. Lejos de la pasividad, él está implicado: decide. Quizás sea este componente azaroso, concernido en la apertura de una infinitud de variaciones, el que incite con fuerza a redoblar los esfuerzos de control discursivo por parte de las doxas establecidas (dogmática y teoría general). Control sostenido en el pánico que causa el juego aleatorio que está implícito en el discurso jurídico. Y sin embargo, no olvidemos la incidencia del puzzle, su apariencia de decisión, su peculiar manera de manejar la esperanza y la ilusión.

Este juego de posibles remisiones formales, que podrían recorrer el camino inverso (enfocar a los procedimientos del arte desde el discurso del derecho), no implica fundir en una las distintas dimensiones. Multiplicar las lecturas de los textos literarios o las ejecuciones de una partitura, no es lo mismo (en sus alcances, en sus efectos, en sus consecuencias) que hacer lo suyo respecto de los textos jurídicos. Hay aquí una implicación directa del poder, de su ejercicio y del sentido de ese ejercicio. Y, de manera correlativa, una implicación directa de los derechos calificados de fundamentales. Aquellos derechos que, en el léxico de Alchourrón y Bulygin, fueron conquistados y que, por ello o tal como se lo experimenta cada día, son frágiles y precarios en su efectividad.

Tampoco es lo mismo trastocar los cánones de la novelística que perturbar la *doxa* ordenada del discurso jurídico. La expresión *llegar a cualquier parte* tiene connotaciones diferentes en un caso que en el otro. Si son críticos, las afinidades entre el jurista y el novelista son notorias, pero también las distancias. Puede ser afín la materia de sus sueños, pero se enfrentan a diferentes grados de rudeza, a diferentes posiciones de la fuerza, a diferentes riesgos y amenazas.

Para seguir con la imagen nietzscheana: la dinamita literaria es de otro metal que la jurídica. También las esquirlas, las heridas y los platos rotos.

Capítulo 34
El vapor
(L. Althusser I)

"El filósofo materialista es un hombre
que toma siempre el tren en marcha;
puede tomarlo o esperar el siguiente
y no ocurre nada. No conoce ni origen
ni primeros principios ni destino alguno."

El discurso jurídico es un ramificada y enmarañada cadena lingüística. El nivel del texto virtual se presenta como un *collage*. El discurso, en conjunción con los aparatos que lo producen y con los efectos en los que se verifica, conforma una práctica. La práctica, congelada en un momento de su proceso, se presenta como dispositivo.

Los aparatos estatales son los que generan el discurso. Subyacente a la complejidad del discurso (plurales niveles, carácter ramificado, *collage* al nivel del derecho estricto) hay una complejidad de aparatos. Las distinciones en el elemento discursivo son un indicio de posibles distinciones en el ámbito estatal. Esta circunstancia pone distancia con respecto a cualquier enfoque del Estado que lo trate de manera unidimensional. El rechazo de la uniformidad jurídica está en correlación con el rechazo de la unidimensionalidad estatal.

La teoría crítica del derecho no se aproxima a los aparatos estatales desde cualquier lugar, sino a partir de una perspectiva muy precisa y acotada: la visión althusseriana del Estado. En ella cabe detenerse, en alguno de sus vericuetos y meandros.[30]

Ya en el modo de introducir al aparato estatal mediante el reductivo ejemplo normativista estuvo presente el nombre de Althusser:

30. Ver: Althusser, L., *Sur la reproduction*, París, PUF, 1995, (manuscrito del año 1969 y del cual Althusser extrajo las notas de investigación que publicó con el título de "Ideología y aparatos ideológicos del Estado"), (a citar como *SR*); *Écrits philosophiques et politiques Tome I*, París, Stock/Imec, 1994 (a citar como *E1*), en particular las referencias son a "Marx dans ses limites" (1978), pp. 357-525 y a "Le courant souterrain du matérialisme de la rencontre" (1982), pp. 539-581.

> "Quien dice coacción dice sanción; quien dice sanción dice represión, luego necesariamente *aparato de represión*. Este aparato existe en el *aparato represivo del Estado* en el sentido estrecho del término. El se denomina: cuerpo de policía, tribunales, multas y prisiones. Es por esto que el derecho *hace cuerpo con el Estado.*" (*SR*, 96)

El Estado está enfocado como un conjunto de aparatos: una máquina. La limitación al aspecto coercitivo o normativo nos limita al aparato represivo. Se trata de una reducción a complejizar, es cierto, pero que requiere una dilucidación previa: la no evidencia de las metáforas de la máquina y el aparato.

Ante todo imponen distancia con respecto a otros términos habituales: institución u organismo. Esta distinción terminológica no es insignificativa. Todo lo contrario. Pero quedan ensombrecidas las razones.

Althusser se retrotrae a las maneras particulares de entender una máquina en el curso de la primera revolución industrial: sistema de cuerpos o piezas que transforman un trabajo en otro. Luego remite a una sencilla especificación de diccionario, adecuado a este uso del término:

> "Máquina: objeto fabricado, generalmente complejo, destinado a transformar la energía y a utilizar esta transformación." (*E1*, 441)

En una máquina se realiza una transformación, ya que se inserta un tipo de energía para así obtener otra de diferente índole. Continuando esta breve imagen, Althusser propone dos hipótesis sobre la máquina estatal, vinculadas a la siguiente enunciación genérica:

> "... el Estado es una máquina en el sentido fuerte y preciso del término tal como se impuso en el siglo XIX a partir del descubrimiento de la máquina a vapor, de la máquina electromagnética, etc., es decir en el sentido de un dispositivo artificial, que comporta un motor munido de una energía I y un sistema de transmisión, destinado a transformar una energía definida (A) en otra energía definida (B)." (*E1*, 463)

Las hipótesis se distinguen a partir del elemento particular sobre el que reposan o pongan énfasis, ya sea la energía obtenida, ya sea la energía a transformar.

La primera hipótesis:

> "Uno puede decir, en primer lugar, que el Estado es una *máquina a [de] poder*, como cuando se habla de una *máquina a [de] percusión, a [de] impresión*, etc. En estos casos, en efecto, se define la máquina en cuestión por el tipo o la forma de energía (B) que ella produce como resultado de la transformación de la energía previa (A)." (*E1*, 465)

El énfasis recae sobre aquello que se produce: poder:

> "El Estado, bajo este ángulo, es una máquina para producir *poder legal* ... la mayor parte del tiempo de su actividad consiste en producir poder legal, es decir leyes, decretos y sentencias: la otra parte de su actividad consiste en controlar su aplicación..." (*E1*, 465)

La segunda hipótesis pasa por destacar la energía que la máquina estatal transformará, mediante el accionar de sus piezas, en poder legal:

> "¿Cuál es la energía A que se transforma en poder (legal) por la máquina del Estado? Ella es difícil de nombrar, pues aquí las cosas son muy complejas ... diré que el Estado es, desde este segundo ángulo de la energía que él transforma, aquella que funciona en su motor y la hace marchar para asegurar su transformación en energía B, una *máquina a fuerza* o una *máquina a violencia*, de la misma manera que se habla de la máquina a vapor." (*E1*, 466)

Engarzando ambos aspectos, el Estado es entendido como una máquina que transforma la fuerza o violencia en poder. La violencia es el vapor que hace funcionar al Estado.

Pero, de inmediato, Althusser adjunta un matiz. Pues la violencia que es transformada no es ni una entidad ni una esencia. La máquina estatal remite a una diferencia conflictual. Y aquello que transforma es la fuerza *más* fuerte de ese conflicto, la violencia *más* violenta. *La* fuerza o *la* violencia son maneras sustantivadas de indicar el momento triunfante de una relación conflictual o antagónica (*E1*, 467).

Señala Althusser: la máquina estatal transforma en derechos, leyes y normas el *exceso dinámico* del conflicto o antagonismo de fuerzas. Es la fuerza dominante la que se convierte en poder legal.

Pero a la vez que realiza esa transformación, la máquina estatal se presenta como negación del conflicto, *como si* ella no fuese un mecanismo para asegurar y garantizar ese fuerza dominante a la que transforma en poder:

> "Hay aquí una prodigiosa operación de anulación, de amnesia y de rechazo (*refoulement*) político." (*E1*, 469)

Presentación que bajo la cláusula ficcional del *como si* nos remite a la cuestión de los componentes ideológicos del derecho y, de inmediato, a los aparatos ideológicos del Estado. Aparatos, ahora, es una designación metafórica de los componentes de la máquina estatal. Hay una remisión inmediata del *collage* del nivel derecho-objeto del discurso jurídico a la *máquina* estatal. Y, a la vez, los plurales *componentes* de ese collage inducen a diferenciar *aparatos* en dicha máquina estatal.

Ahora se torna más nítido el carácter represivo del aparato:

> "Represivo hay que tomarlo en su límite (pues existen formas numerosas y variadas, es decir disimuladas de represión no física) en el sentido preciso y fuerte de ejercicio de la *violencia física* (directa o indirecta, legal o 'ilegal')." (*SR*, 107)

Dos indicaciones. La violencia es física por vehiculizarse en instrumentos físicos (armas, cárceles) y por verificarse en una materia física (cuerpos). No por ser ella misma *algo* físico. Luego: esa violencia no se ejerce desnuda, sino que está transformada en poder. Como señala la indagación crítica: se hace transmisible, para lograr perduración y constancia.

Pero Althusser añade ahora otro elemento: ese poder resultante puede ser tanto legal como ilegal. En un léxico más preciso: dicho poder se ejerce, por un lado, como sanción o como prevención, ambas jurídicamente habilitadas (ejercicio de una facultad normativa). O, por el contrario, se ejerce de manera no habilitada. En términos de Kelsen, tal ejercicio implica la realización de un acto antijurídico estatal.

Esta retraducción al vocabulario normativo, aun cuando pertinente, deja en la sombra la imbricación efectiva que se presenta entre ambas violencias. El aparato represivo ejerce el poder, y éste puede ser tanto legal como ilegal. El peso relativo de estos componentes no es una cuestión normativa, sino que está en correlación con los conflictos o antagonismos que aportan ese *plus* de violencia que será transformado por la máquina estatal.

Lo que se pone de manifiesto es que el aparato estatal no tiene su eje de inteligibilidad *sólo* en la garantización del derecho, disuadiendo mediante amenazas punitivas la comisión de ciertas conductas tipificadas como delitos. Sino en la estabilización y garantización de un determinado estado de los antagonismos. Para ello trabaja tanto con poder legal como ilegal, o si se quiere: tanto habilitado como delictual.

Kelsen diría que se trata de una cuestión fáctica, causal, ajena a una teoría que destaca el aspecto normativo de los fenómenos. Pero lo que aquí se sostiene es lo siguiente: sin considerar estas cuestiones no es posible aprehender adecuadamente ni la estructura ni el funcionamiento de las normas. El derecho no sólo motiva la realización de conductas debidas, disuadiendo la realización de las calificadas como indebidas. Dicha afirmación merece complejizarse para captar las imbricaciones que se presentan entre legalidad e ilegalidad, conductas debidas y prohibidas.

Este enfoque permite aprehender circunstancias como la que ciertas tendencias criminológicas denominan, con cierta laxitud, pena de muerte extrajudicial. En las diferentes reconstrucciones de nuestro derecho positivo, la pena de muerte no es una sanción que se enlace a algún tipo de acto antijurídico. Es más, se encuentra prohibido instrumentar una sanción semejante. Sin embargo, el cotidiano accionar policial produce incontables muertes. Actúa cotidianamente de manera ilegal.

La indicación de Althusser permite encuadrar estos fenómenos de realización habitual no como irregularidades o como delitos aislados, sino como materialización por parte del aparato represivo de un poder ilegal. Poder que parece más cercano que el de tipo legal a la violencia o fuerza que captura el aparato represivo del Estado.

Aquí se tornan pertinentes las distinciones que hace Benjamin al señalar tres tipos de violencia. Una *fundadora*, ya mencionada, es decir: aquella que es capaz de dar

nacimiento a un derecho. También modificarlo. Es la violencia escamoteada por la regla de reconocimiento. La segunda es la violencia calificada de *conservadora*. Es la vehiculizada mediante el aspecto coercitivo de las normas. Es la violencia que respalda las prohibiciones y las obligaciones. La que se moviliza ante la comisión de actos antijurídicos. Es la fuerza transmitida por las sanciones coactivas.

En fin, Benjamin reconoce un tercer tipo de violencia, ni fundadora ni conservadora. Es la violencia *policial*. La que Althusser señala como el poder ilegal ejercido por los aparatos estatales. Lejos de tratarse de un dato aislado, Benjamin acota:

> "Las policías son, consideradas aisladamente, todas similares. Sin embargo, no puede dejar de observarse que su espíritu es menos espeluznante cuando representa en la monarquía absoluta la violencia del mandatario en el que se conjugan la totalidad del poder legislativo y ejecutivo. Pero en la democracia, su existencia no goza de esa relación privilegiada, e ilustra, por tanto, la máxima degeneración de la violencia."

Benjamin conecta ese poder ilegal o policial no con un exceso de poder sino con su *impotencia*, con la ineficacia de la coacción habilitada:

> "El 'derecho' de la policía indica sobre todo el punto en que el Estado, por impotencia o por los contextos inmanentes de cada orden legal, se siente incapaz de garantizar por medio de ese orden, los propios fines empíricos que persigue a todo precio."

La reducción de esta imbricación de violencias, todas implicadas en los aparatos estatales productores del discurso del derecho, no es respetada por la reducción, digamos por ahora, de raigambre kelseniana, que las comprime al momento aplicativo de las sanciones.

Ahora bien. De una manera por cierto abrupta, Althusser sintetiza la noción de aparato represivo señalándolo como un grupo de hombres armados. Precisemos: como el grupo de hombres *mejor* armados en un territorio determinado. Aunque además de estar armados producen. ¿Qué producen? Discurso jurídico.

Esta síntesis desmetaforiza las argumentaciones. Máquina o aparatos no son más que maneras de decir. No apuntan a algún tipo de entidad perceptible. Se trata de una forma nominal para designar a un grupo de cuerpos físicos que hacen ciertas cosas en determinadas circunstancias.

Este enfoque de los aparatos estatales es el que permite ubicar como ideológicos o legitimantes (y por tanto interiores a la ortodoxia del discurso jurídico), una serie de elaboraciones dogmáticas respecto al Estado. Pero ideológicas no el sentido de que serían *falsas* o *erróneas*. Sino en el acotado sentido que le otorga la indagación crítica: mecanismos de transformación que hacen pasar una cosa por otra (lo contingente en necesario o lo particular en general) y de construcción de una referencia última. Por tanto, no se las enjuicia de manera teórica, tampoco se las califica de equivocaciones, sino que se las inserta en el campo jurídico-estratégico en el que juegan.

Ante todo, la entificación del Estado, su presentación como algo que se encontraría por detrás del derecho, es de alguna manera el paradigma de la labor ideológica.

Pero también: la exhibición de los aparatos estatales como un conjunto de órganos representativos. Narración que hace del Estado la expresión o la representación de una esencia: la del Pueblo, la Nación o la Raza. Los aparatos estatales no representan una esencia (o un interés o cualquier elemento calificado de esencial) sino que, mediante la transformación de la violencia en poder, estabilizan un conflicto y garantizan cierto estado de cosas.

Por decir así, antes del Estado no hay una unidad de cualquier tipo, sino una división. Pero no cualquier división, ni una división pura (un hipotético caos) sino una *división determinada*. Históricamente determinada.

Otro ejemplo: la presentación del Estado como el resultado de un contrato entre individuos. En este caso es inevitable indicar en la propia presentación de la narrativa contractual que se trata de una ficción, de un *como si*. El Estado no surge de ningún tipo de contrato entre individuos. Pero esta hipótesis parece eximir a sus autores, más preocupados en legitimar que en explicar, de la tarea de descifrar el funcionamiento efectivo de los aparatos estatales.

En esa misma línea, también queda reubicada la fábula cooperativa de Nino, que hace de los aparatos estatales un mecanismo para resolver fallas de coordinación o, para resolver imparcialmente los conflictos. Los aparatos estatales no son la encarnación de una Idea, sino los generadores de una Idea que los justifica. Y si requieren una justificación, una narrativa que se entreteja con su normativa, es porque la fuerza no es suficiente.

El derecho no se sostiene sólo con el filo cortante de la espada, sino también con su brillo, con las perlas que adornan su empuñadura, con el paño púrpura y a la vez translúcido que la recubre, con las historias y hazañas que se encuentran inscriptas en su hoja pulida y hasta enceguecedora.

Los aparatos represivos, si bien son el aspecto duro de la máquina estatal, no la agotan, al desplegarse de maneras más complejas y refinadas. Más viscosas, para emplear un adjetivo gramsciano. En el vocabulario de Althusser, ese otro aspecto de la máquina estatal se tematiza en términos de aparatos ideológicos:

> ¿Qué son entonces los Aparatos ideológicos del Estado (AIE)? Para dar una primera idea, he aquí una enumeración provisoria: 1) aparato escolar; 2) aparato familiar; 3) aparato religioso; 4) aparato político; 5) aparato sindical, 6) aparato de la información; 7) aparato de la edición-difusión; 8) aparato cultural." (*SR*, 107)

Algunas precisiones liminares. Uno: es en cada uno de estos aparatos que se insertan, ahora sí, instituciones y organizaciones. En el caso: partidos políticos, grupos periodísticos, asociaciones, iglesias, entidades de la industria cultural, escuelas.

Dos: estas instituciones, si bien plurales, forman un sistema que da lugar, en cada caso, al correspondiente aparato ideológico. Su pluralidad y su distinción no conduce a una dispersión por completo caótica.

Tres: según Althusser, cada aparato no es sólo ideológico. Es cierto, la ideología tiene un anclaje en estos aparatos, pero ellos desbordan por así decir su función de soportes. Es así que la familia es también una específica unidad de consumo y, a la vez, está (o al menos lo estuvo durante un extenso período) estrechamente ligada al aseguramiento de la reproducción biológica.

Cuatro: los aparatos ideológicos no dejan a la vez de ser represivos, ya que vehiculizan un grado variable de fuerza o violencia. Correlativamente, los aparatos represivos no dejan de ser ideológicos. Lo que cualifica a cada aparato es el medio predominante.

Estas indicaciones las resume Althusser en la siguiente especificación provisoria:

> "Un aparato ideológico del Estado es un sistema de instituciones, de organizaciones y de prácticas correspondientes, definidas. En las instituciones, organizaciones y prácticas de ese sistema *se realiza* todo o parte (en general una combinación típica de ciertos elementos) de *la ideología del Estado*. La ideología realizada en un AIE asegura su unidad de sistema sobre la base de un 'anclaje' en las funciones materiales, propias a cada AIE, que no son reducibles a esa ideología, pero que le sirven de soporte." (*SR*, 109)

Ahora bien, Althusser no deja de notar la extrañeza que puede causar la inserción como aparato estatal de instituciones que, desde el punto de vista jurídico, son de índole privada. Pero se aprecia, de inmediato, que al considerar los aparatos estatales se trata de ubicar el momento de *generación* del derecho. El cual, luego, tratará cada institución a su manera, sin que ello afecte a los aparatos, aunque sí a su modo jurídico de presentación.

La distinción entre derecho público y privado es interior a ciertos tramos del discurso jurídico, en tanto los aparatos estatales, al ser los que generan ese discurso, están, como señala el propio Althusser mediante una expresión problemática "más allá del Derecho", no siendo, en rigor, ni públicos ni privados. Kelsen, por lo demás, nos aporta numerosas indicaciones relativas al carácter ideológico o mítico de esta distinción.

No hay que perder de vista el punto en cual el conjunto de los aparatos estatales, ideológicos y represivos, convergen: asegurar y estabilizar una específica relación de fuerza. Tal estabilización se hará transformando ese *plus* de fuerza victoriosa en poder represivo o, simultáneamente, haciéndolo respetable a través de los mecanismos ideológicos. Y éstos, de acuerdo a otra concisa fórmula de Althusser, *hacen marchar* a los cuerpos sin necesidad de la recurrir a la presencia constante de las armas, es decir, de la represión. Las distinciones jurídicas, donde la de público y privado es paradigmática, son interiores a esta complejidad y no, por lo tanto, un exterior abstracto que le fuera aplicable.

Deviene nítido el lugar desde el cual se generan la ortodoxias discursivas de los niveles teóricos, dogmática y teoría general. Ellas son generadas por aparatos ideológicos estatales, coadyuvando al mismo cometido que los aparatos represivos: estabilizar y garantizar un determinada relación de fuerzas.

Los aparatos estatales no sólo ejercen la fuerza, no sólo producen los textos jurídicos que luego serán reconstruidos de manera estricta, sino también los textos mediante los cuales la doxa dogmática efectúa aquella reconstrucción y, a la vez, ordena (o ultra-ordena) al propio discurso. Las teorías establecidas no sólo forman parte del discurso jurídico sino que están conectados de manera directa al aparato estatal. Las mueve el mismo cometido que el derecho estricto: el ejercicio y la vehiculización del poder establecido.

Las ortodoxias son producidas por un aparato ideológico compuesto por instituciones educativas, investigativas y de difusión. Instituciones que, al margen de su carácter jurídico privado, son tan estatales como la policía, la gendarmería o la institución penitenciaria. Todas estas designaciones, además, son maneras figuradas de referirse a conjuntos de cuerpos físicos que hacen ciertas cosas en determinadas circunstancias.

En reiteradas ocasiones se destacó la polémica y ramificación del discurso jurídico. Esta polémica ahora se bifurca. Pues, por un lado, se encuentran las polémicas internas a la ortodoxia, al orden del discurso teórico. Campo de oposiciones controladas, divergencias *dentro* de los límites. Y, por otro, las polémicas que se dirigen contra ese orden en cuanto tal. Ellas continúan, al interior del aparato ideológico y cristalizándose en textos interiores al discurso jurídico, el antagonismo que subyace al aparato estatal.

Continuación que no es directa ni claramente distinguible. Pero tal desfasaje no tiene que obviar su lazo o conexión, pues porque hay una fuerza que es más fuerte (o una violencia que es más violenta) es que hay una *doxa* discursiva dominante. De lo contrario, esta *doxa* dominante giraría en el vacío o, peor aún, sería remitible a la necedad subjetiva de sus autores, a su egoísmo o su simple estrechez de miras, erradicable mediante una adecuada clarificación.

Por cierto, hasta aquí no se ha mostrado cómo actúa la propia ideología. Señala Althusser:

> "No hemos mostrado por medio de qué mecanismo general la ideología 'hace actuar solos' a los individuos concretos en la división técnico-social del trabajo, es decir en los diferentes puestos de los agentes de la producción, de la explotación, de la represión y de la ideologización (y también de la práctica científica). En resumen, no hemos mostrado por medio de qué mecanismo la ideología 'hace actuar solos' a los individuos sin que sea necesario ponerle a cada uno *un gendarme individuel au cul*." (*SR*, 212)

Sin embargo, ya mediante las indicaciones de Marí relativas a una serie de mecanismos (transformaciones y construcción de una referencia fundadora) y de una función (justificar, legitimar) se han dado varios pasos en esa dirección. Lo que sí se advierte es que este doble aspecto de los aparatos estatales no agota la complejidad de componentes que es propia del nivel discursivo relativo al derecho estricto. En particular, al no receptar un aspecto jurídico básico: el mundo jurídico, en tanto mecanismo puesto en juego para imaginar la realidad.

Capítulo 35
El círculo y la encrucijada

"Una tendencia no posee la forma o figura de una ley lineal sino que puede bifurcarse bajo el efecto de un encuentro con otra tendencia y así hasta el infinito. En cada cruce de caminos, la tendencia puede tomar una vía imprevisible, por aleatoria."

Para la teoría crítica, el discurso jurídico se inserta en un *marco* de mayor envergadura:

> "Pero no se puede, en última instancia, controlar y dirigir el discurso jurídico desde el discurso jurídico, sino desde las estructuras fundantes de la formación social de que se trate, que exceden en mucho al discurso jurídico y cuyas articulaciones con éste son múltiples." (*DJ*, 101)

De acuerdo a la especificación germinal del derecho: *práctica* social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una *formación social* determinada (*DJ*, 12). Indicación que adquiere relieve al ser complementada con la fórmula de Marí: el dispositivo del poder actúa como condición de reproducción de las formas de producción (*Pfa*, 239).

Su conjunción permite un primer acercamiento a la palabra clave que enmarca al discurso jurídico: formación social. Ésta es entendida como la imbricación de una específica forma de producir *y* de reproducir esa forma.

¿Qué se producen? Bienes: objetos físicos. ¿Qué se reproduce? Una determinada forma de producir esos bienes. En virtud del reemplazo terminológico de *dispositivo del poder* por *práctica jurídica*, la fórmula precedente se enuncia: imbricación de una específica forma de producir *y* de reproducir esa forma mediante la práctica jurídica.

La teoría crítica del derecho afirma: la práctica jurídica es la condición de reproducción de la forma de producción.

Son claros los sucesivos marcos en juego: del discurso jurídico a la práctica jurídica y de la práctica jurídica a la formación social. Todos los términos afectados por la particularización histórica: formación social, práctica y discurso jurídico determinados. No se está ante ningún tipo de entidad en sí, en su esencia o en su supuesta generalidad abstracta.

Si se desea denominar *práctica económica* a la forma de producir bienes, no hay inconveniente alguno. Un formación social, entonces, es la imbricación de las prácticas jurídica *y* económica. Pero son precisas numerosas advertencias, algunas ineludibles.

En primer lugar la imbricación. La *y* en cada frase subrayada. Imbricación significa: imposibilidad de aislar o autonomizar la producción de su reproducción. Cualquier intento de esa índole lleva a introducir la cláusula del *como sí*, es decir: la ficción. No hay una, cualquiera de ambas, sin la otra. No hay, para emplear un metafórico léxico usual, esferas independientes. No hay objetividades aislables. Tal como señala Marí: la práctica económica no se autoestructura.

Sin producción no hay nada para reproducir; pero sin reproducción la producción es irrealizable en cuanto tal. De ahí el carácter circular de las condiciones: la práctica jurídica es condición de la económica y ésta condición de la jurídica. De ahí también que Althusser llegue a decir que los aparatos estatales más que condición de re-producción, son una condición de la producción en cuanto tal.

La reproducción no es más que el carácter continuado de la producción. No un agregado. Por ello la *y* antes usada parece enflaquecerse hasta casi desaparecer.

Es en este sentido que devienen problemáticas tanto una teoría *pura* del derecho como una teoría *pura* de la economía, Kelsen y Walras. Si se extiende la idea de lógica para entenderla, un poco abstrusamente, como una especie de racionalidad de las prácticas, cabe decir que no hay ningún tipo de lógica económica; o, similarmente, ningún tipo de lógica jurídica. Lógicas ante las cuales habría que inclinarse. O que habría que aceptar o admitir como dadas e inflexibles. Es decir, que pudieran ser conocidas o ignoradas, pero sin poder escapar nunca de ellas. Por cierto que *lógica* no significa aquí el carácter adecuado de un razonamiento deductivo, sino la atribución a los hechos de algún tipo de conexión necesaria.

Ahora bien, la producción es un lugar atravesado por antagonismos. Esto significa: la *máquina* productiva de bienes, aquella cuyo aparato central es la fábrica, está atravesada de antagonismos. El resultado de tales conflictos de fuerzas es estabilizado y garantizado por el aparato estatal. Éste asegura no sólo la producción de bienes en cuanto tal, sino el estado de la relación de fuerzas que se desarrolla en torno a esa producción.

Este es uno de los puntos que permite mensurar el mayor o menor peso que se le otorgue a la conjunción de las prácticas económica y jurídica. Punto concreto, al referirse a los aparatos en juego y no a instancias u esferas independientes. Quiero decir: el peso de la conjunción está en la decisión de considerar o no a las unidades productivas (en una forma sintética y abusiva: las fábricas) como aparatos estatales.

Si un conjunto de instituciones, calificadas jurídicamente de privadas, como las escuelas, iglesias o la industria cultural, son unificables en términos de aparatos ideológicos del Estado, ¿por qué no hacer *lo mismo* con los aparatos productivos? Pregunta banal, pero no siempre formulada de manera tan directa.

De ser así, todas las controversias que se despliegan en términos por lo demás abstractos, se reconducen, de manera más sencilla, a la evaluación relativa de los

conflictos que se suscitan en los diferentes aparatos estatales: represivos, ideológicos y productivos. Donde, además, sería aplicable la indicación sobre su mixtura. Es decir, cada aparato sería predominantemente ideológico, represivo y productivo. O también, cada uno tendría el cuasi-monopolio ya sea de la represión, de la ideología o de la producción. Claro que esta decisión no pretende asir la esencia última del Estado o de la Economía. Simplemente intenta captar la situación moderna, actual, efectiva.

Y aquí, de acuerdo a remisiones sucesivas, la teoría crítica del derecho sigue a Althusser y éste sigue a Marx. La forma de producción concernida se denomina capitalismo y los antagonismos de la producción giran en torno a la explotación. La larga serie enunciada por la teoría crítica del derecho, "formación social históricamente determinada", significa: capitalismo.

Ahora bien, éste no es un resultado necesario y fatal de una supuesta esencia de la historia humana que estaría sujeta a leyes deterministas. Conocida tentación: la historia entendida como sucesión reglada de formas o modos de producción, eslabonados *lógicamente* entre sí por períodos de transición. Conversión, por ejemplo de la tecnología, en una especie de subjetividad oculta, con una tendencia o legalidad irrefrenable a desarrollarse de manera perpetua y ante la cual toda cáscara (todo lo que no es enfocado como tecnológico) se pudre para luego caer en el basurero de la historia. Automatismo inevitable: terreno fértil de las teorías del derrumbe (*Zusammenbruchstheorie*) o del progreso evolutivo.

Molesto por tales fugas hacia las generalidades esenciales, Althusser se acota a *teorías finitas*, restringidas a coordenadas históricas precisas.[31] Es de tal modo que se presenta el modo de producción capitalista. Nada lo predestinaba a nacer y nada ya fijado le susurra su destino. Su porvenir es aleatorio. También lo fueron los encuentros y antagonismos que lo hicieron surgir: desarrollo técnico, cambios demográficos, concentraciones urbanas, disolución de vínculos personales, erosión de los credos religiosos, rupturas científicas. Una *lluvia* de procesos que, en circunstancias muy precisas, se engarzaron o cuajaron. Lo cual no implica negar regularidades o tendencias causales. Pero ellas hacen al devenir de lo que se forma. Más precisamente: serán los resultados de numerosos conflictos, luchas y antagonismos muy concretos los que hilados podrán designarse como tendencias o regularidades, siempre ligados a contra-tendencias y contra-regularidades de mayor o menor peso relativo.

Qué se toma como característico de *este* modo de producir. Althusser es neto: la relación asimétrica que se genera entre quienes de hecho producen y aquellos otros que organizan y dirigen el proceso de trabajo y que, a la vez, se apropian del producto con el objetivo de obtener beneficios. Trabajadores desposeídos de instrumentos para producir y no trabajadores que organizan los procesos y se apropian de los productos. Por cierto, muchos sucesos se produjeron para dar como aleatorio resultado una población relativamente numerosa, desgajada de cualquier tipo de instrumento

31. Ver: Althusser, L., "El marxismo como teoría finita" en *Discutir el Estado. Posiciones frente a una tesis de L. Althusser*, Buenos Aires, Folios , 1983, pp. 11-21.

productivo (tierra o herramientas) y convertible en mano de obra asalariada. También para que sea posible producir bienes de esta manera: acumulación de riqueza, mercantilización de las relaciones sociales, disolución de ámbitos sacros.

Relación asimétrica y desigual. Y cuando sus términos se pongan en discusión se convertirá en conflictiva y antagónica. La asimetría no es idéntica al conflicto. Sólo cuando es puesta en cuestión surge el conflicto. Sí en cambio, tal relación es *ab initio* represiva. No hay asimetría sin represión al interior del aparato productivo: la fábrica. La relación productiva es, de por sí, una relación de mando y obediencia. Una relación de poder. Aunque si se postula que cada relación de poder conlleva de suyo algún tipo de resistencia, aunque sea casi imperceptible, ya de entrada esa relación se vislumbra como antagónica. Usando de manera analógica los términos de la teoría pura: la eficacia no es completa, ella está tejida de manera indisoluble con una contra-eficacia.

Al respecto, no hay texto más demostrativo que los capítulos del libro primero de *El Capital* que se interrogan sobre la duración de la jornada de trabajo. No hay una duración esencial: ¿dos, diez, quince, veinte horas? Hay límites físicos para cada trabajador tomado aisladamente, pero no límites esenciales para el conjunto. Cuerpo que muere, cuerpo reemplazable por otro. Reemplazo que dependerá, al nivel físico, de la cantidad de cuerpos disponibles y, en la situación histórica del caso, de la capacidad que se tenga para incorporarlos *como* trabajadores. Fuera de tales límites físicos, no hay nada ni nadie que fije de una vez y para siempre esa jornada. No hay una ley económica que establezca la duración *racional* de la jornada de trabajo. ¿Y de qué, entonces, dependerá esa duración? Del estado contingente de la relación de fuerzas. Y éste no se verifica en abstracto, sino al ejercerse la fuerza. Es allí cuando se comprueba *hasta dónde* puede o no extenderse la jornada: diez horas para los adultos, doce para las mujeres, quince para los niños, o la que fuese. Estudiar la duración de la jornada de trabajo no es tarea propia de una supuesta ciencia económica pura, sino que significa, de manera más humilde, indagar los conflictos históricos precisos, concretos y puntuales que han tenido como objeto de disputa a esa duración.

Iguales consideraciones merece el conjunto de elementos del proceso productivo, cuya enunciación es imposible sin apelar al léxico jurídico moderno: la remuneración, las condiciones de trabajo, las posibilidades del despido, el trabajo infantil, los tiempos y movilidad interna de trabajo.

Dos rasgos, pues, ineludibles. Uno. Omnipresencia del antagonismo. Dos. Imposibilidad de decir el mínimo enunciado respecto al capitalismo sin apelar al discurso jurídico. El darle un mayor contenido a la más que pobre estipulación precedente del capitalismo conduce a usar un abigarrado conjunto de categorías jurídicas. Las de persona, contrato y propiedad son las más notorias.

Por supuesto, esta forma de producir no es eterna. Nada lo es. Pero tampoco hay una legalidad inmanente o esencial que prefigure la forma de su disolución. Aunque cabe notar que hoy en día vivimos un momento de expansión, quizás hasta de

universalización. Circunstancia extraña, pues cuando nada parece ajeno al capitalismo, nadie se refiere a él. Palabra tabú, sin duda.

Estas consideraciones no tienen que remitirnos, de vuelta, a la generalidad. Podría suponerse que los hombres sólo producen para conservar, mantener y perpetuarse físicamente. Sin alimento, sin protección frente a las contingencias naturales, los cuerpos físicos perecen. Es decir: sin obtención de medios de subsistencia física no hay subsistencia física. Pero este juicio, formulable sobre una hipotética producción *en general*, es vacuo. Su vaciedad lo muestra la distancia que media entre la capacidad de producir, suficiente para asegurar la subsistencia física del conjunto de los cuerpos físicos humanos, y la situación de indigencia en que se encuentra su mayoría. Distancia que no es remitible a complejas, incluso abstrusas, cuestiones técnicas, morales, cognitivas o informativas, sino, sencillamente, a un estado dado de relaciones de fuerza.

En términos de Althusser:

> "... el capitalismo es un modo de producción que tiene por objetivo número uno no la producción de objetos de utilidad social, sino la producción de plus-valor y la producción del capital mismo. Eso es lo que expresa la expresión corriente: el motor del régimen capitalista es la búsqueda del beneficio. Hay que decirlo más rigurosamente: el motor del capitalismo es la producción de plusvalor por medio de la producción de objetos de utilidad social, es decir el acrecentamiento ininterrumpido, luego ampliado, de la explotación por medio de la producción." (*SR*, 57)

El itinerario efectuado por la teoría crítica del derecho sigue el rumbo de dos series. Por un lado:

discurso jurídico → aparatos estatales → forma de producción.

Por otro:

discurso → práctica → formación social.

Itinerario que partiendo del discurso jurídico retrocede a su ámbito de generación. En el otro extremo quedó desplazado el ámbito de los efectos. Sobre él, por el momento, unos pocos comentarios para matizar cosas ya dichas.

Los efectos jurídicos se verifican en estados corporales: comportamientos. Y, en particular, ya se señaló su modalidad central, en términos de Hart: el hábito de obediencia, movilizado ya sea por el temor (el miedo al ejercicio de la fuerza) o por el amor (la fascinación ideológica). Obediencia que se encuentra atravesada por antagonismos y enfrentamientos.

El derecho induce un orden de los cuerpos y de los comportamientos, pero no *cualquier* orden. Si bien el problema del orden está en el centro de la práctica jurídica, él no

está concernido en tanto mero orden, a la clásica manera hobbesiana, sino en cuanto un orden determinado. Tal como indica Marí: siempre se trata de *un cierto* orden. El ámbito de los efectos es *el mismo* que el que genera el diferencial de fuerza que ingresa a la máquina estatal. Al comienzo y al final del circuito estatal-jurídico hay relaciones antagónicas entre cuerpos físicos y éstas son *las mismas*. Círculo de la formación social y al que ya se aludiera al destacar el carácter circular de las condiciones. El doble juego de la producción y la explotación se desarrolla sólo si los cuerpos y comportamientos ya están estatalizados y juridizados. Pero esta estatalización y juridización sólo se realiza a partir del desarrollo de aquel doble juego de la producción y la explotación.

Cualquier intento *teórico* de romper el círculo lleva a un reduccionismo o a una teoría independiente que se las tendrá que arreglar con objetividades en situación de exterioridad: *la* economía, *el* derecho, *el* estado o cualquier otra.

Estas consideraciones permiten reformular la presentación del Estado en el sentido metafórico de una máquina. Y, en particular, refinar la idea también metafórica de energía puesta en juego. Althusser se refiere a la violencia; Marí, en la misma vertiente, a la fuerza, en tanto insumo del dispositivo del poder (*Pfa*, 224). Violencia y fuerza que, gracias al aparato estatal, se convierten en poder transmisible.

En dichas exposiciones se crea la apariencia de una violencia originaria y, por ende, pura. Esto es: no cualificada. Desnuda. Pero si nada puro hay en el mundo, ¿qué extraña singularidad tendría la violencia para recibir tal carácter?

Sostener el carácter puro u originario de la violencia está a un paso de atribuirle un cariz demiúrgico. En tal caso, se estaría sustituyendo una teoría *pura* de las normas por una teoría *pura* de la violencia. Ante tal situación corresponde sostener la coherencia, reafirmando la impureza de cualquier presentación. Nunca encontraremos la espada por completo desnuda.

Ahora bien, es el propio Althusser quien argumenta críticamente respecto a esta cuestión, reajustando así su anterior enfoque metafórico sobre la máquina estatal. Su argumentación consta de varios pasos.

En primer lugar, presenta el esquema a criticar:

> "Si la máquina sirve para transformar una Fuerza o Violencia de clase en Poder, y este Poder en derecho, leyes y normas, se deja entender que hay un *antes* y una *después*, en el orden siguiente: *antes*, hay una Fuerza que es exceso de Fuerza de una clase dominante sobre las clases dominadas; esta Fuerza pasa, no como exceso de fuerza, sino como Fuerza *tout court* en la máquina del Estado o máquina a poder, y *después*, en la otra punta de la máquina (como del otro lado de la máquina de picar, el cerdo sale hecho pasta de salchicha), esta Fuerza sale bajo la forma de Poder y de sus formas jurídicas, legales y normativas." (*E1*, 484)

En segundo lugar, la formulación del problema:

> "Ahora bien, no es exactamente así como pasan las cosas, a menos de remontarnos a un origen difícilmente asignable del Estado ... Nosotros, no sólo no estamos en condiciones de razonar sobre el origen, pues aunque este origen fuese asignable, él no nos serviría estrictamente para nada. Pues lo que hoy funciona en el Estado no tiene nada que ver con el origen, sino con las formas de reproducción tanto de la sociedad de clases como de la máquina del Estado en cuanto tal."

La respuesta dada por Althusser está en recusar la idea de una fuerza o violencia puras, dejando de lado, a su vez, cualquier consideración respecto a los orígenes:

> "La fuerza que entra en los mecanismos de la máquina del Estado, para salir como Poder (derecho, leyes, política, normas ideológicas), esta Fuerza no entra ahí como Fuerza pura. Por una buena razón: el mundo del cual ella proviene ya está en sí mismo sometido al poder del Estado, esto es, al poder del derecho, de las leyes y de las normas."

Nunca se está en presencia del punto originario. Simplemente, porque no lo hay. Si se quiere una proposición concentrada: antes y después de un hecho histórico sólo hay otro hecho histórico. Pero cada hecho, lejos de ser simple, es en cuanto tal una encrucijada, un sitio complejo de antagonismos y confrontaciones cuyo desenlace es aleatorio. Es decir: no determinado.

Althusser propone desembarazarse de la imagen abstracta que nos sugiere un proceso como éste: primero, una violencia pura, exceso de fuerza originado en un antagonismo primordial; luego, la transformación estatal de esa violencia en discurso jurídico; en fin: la verificación de los efectos de esa transformación en un orden de los cuerpos y de las conductas.

Siempre se está, *ab initio*, situado en un orden de los cuerpos, los comportamientos y los bienes. Pero él no es completo, ya que de lo contrario se habría eliminado por completo cualquier tipo de enfrentamiento, oposición, antagonismo o resistencia. Eficacia y contra-eficacia. Ese orden se despliega en el tiempo. Esto quiere decir: se reproduce en cuanto tal. Pero no según algún tipo de racionalidad o lógica esencial, sino de acuerdo al desenvolvimiento de los conflictos que se sucedan.

Dicho orden es el que se produce y reproduce en términos económicos, estatales y jurídicos. Lo estatal alude a grupos de cuerpos organizados de una determinada manera: aparatos. Lo jurídico al discurso generado por tales cuerpos físicos. Lo económico a los específicos aparatos estatales de producción de bienes. La complejidad tanto del discurso como de los aparatos se trasluce como complejidad del propio orden en juego.

En la entrada y la salida de los aparatos estatales se encuentra lo mismo: situaciones físicas antagónicas. Lo cual no significa que sean idénticas, bajo el supuesto implícito de una inmutabilidad de las situaciones. Por cierto que no. Pero son modificaciones que recaen sobre la misma referencialidad: cuerpos y comportamientos. El discurso jurídico, los aparatos estatales y el orden de los efectos forman una red compacta: la formación social.

Claro que nada impide realizar enfoques parcializados, sucesivos. Nuestra capacidad para captar y a su vez exhibir la simultaneidad es limitada. En un texto, las páginas se suceden unas a otras. De ahí la necesidad de avanzar paso a paso. Enfocar el discurso jurídico sin referencia al aparato estatal que lo genera es una tarea realizable. Pero hasta cierto punto. Luego, se requiere la inserción de otros aspectos. El no hacer de manera expresa esta inserción no significa que no se lo haga de hecho. Pues ya de manera implícita el más ínfimo análisis del discurso jurídico está presuponiendo una cierta manera de aprehender al Estado.

La diferencias no pasan por la parcialidad del enfoque, sino por el grado de excavación que se lleve a cabo en cuanto a los implícitos movilizados. Por supuesto, a medida que se intenta incluir una mayor cantidad de elementos de diferente índole, los mismos se tornan más difíciles de presentar y de manejar. De ahí el *temor* que infunde semejante tarea de inclusión: temor a errar, a proferir cosas sin sentido. Dicha fobia es inferible con sólo considerar muchas de las perspectivas habituales de tratar al derecho, deliberadamente acotadas a lo manejable con relativa certeza.

Esta indicación también nos aporta el golpe de gracia de cualquier enfoque genérico, abstracto o puro, capaz de enfocar una supuesta objetividad autónoma. Pues aun cuando se pretende captar dicha objetividad incontaminada, ya se está haciendo un uso implícito de perspectivas que recaen sobre aquello que se desecha. Para dar sólo un ejemplo: ¿cuántas perspectivas implícitas (sobre el derecho, la política, lo estatal) vehiculiza el más despojado teorema que enuncia la teoría económica neoclásica? O respecto a la teoría pura y en sus propios términos: ¿cuántas presuposiciones causales presupone el análisis imputativo o normativo?

Nunca la sucesión reemplaza a la simultaneidad. Ésta es afortunadamente inalcanzable. Pero reconocer el carácter inacabado de cualquier decir y de cualquier hacer no coincide con la pretensión de aislar un ámbito y sostener su pureza o, en otro léxico, su autonomía. Son dos actitudes muy diferentes, dos perspectivas. De manera correlativa, tampoco hay identidad entre acotar un ámbito por supuestas argumentaciones aislacionistas, que hacer eso mismo por el temor a errar sin sentido. Aunque, por razones humanas, demasiado humanas, ¿quién reconocería un recorte epistemológico, una delimitación de la objetividad que estudia, un rechazo temático, por el miedo a perder el imaginado control al que sujeta su decir?

Ahora bien: la asunción como marco, por parte de la teoría crítica, de la formación social entendida en *este* sentido, no deja de ser una decisión litigiosa. Pues se está tomando a los antagonismos que se despliegan en torno a los aparatos de producción como el principal. Sería absurdo negar la pluralidad conflictual. Ella es

omnipresente. Cada institución que compone un aparato ideológico está atravesada por antagonismos. En cada aparato represivo está el bacilo del enfrentamiento. En cada punto del discurso jurídico se cruzan polémicas y estrategias.

Simplemente se decide tomar un antagonismo como el principal: aquel que se vislumbra como el de mayor intensidad estratégica y, a la vez, de mayor fecundidad teórica. Pero no asienta dicha decisión en un juicio esencial o por ser la que representa o expresa adecuadamente una supuesta legalidad histórica.

Es justamente el tomar como principal al antagonismo que gira en torno al aparato productivo y a la explotación, lo que permite que la teoría crítica designe a la formación social moderna como *capitalista*. Por ende, dicho adjetivo, cuyos numerosos contenidos sólo se indicaron mediante un abrupto par de frases, está en condiciones de migrar a cada aspecto de dicha formación: los aparatos estatales, el discurso jurídico, el orden físico de los efectos.

La teoría crítica es una crítica del capitalismo. Y sólo puede realizar esta tarea si se sostiene, lo diga o no, en la promesa de una emancipación, sea ésta posible o imposible.

Cuarta Parte

El imperio del sentido: sobre Hans Kelsen

o de cómo volver siempre sobre lo mismo

Capítulo 36
El cenáculo

"Todos parecían vivir en mundos paralelos, sin conexión."[1]

La teoría crítica del derecho conduce a tratar tres cuestiones conexas: la de los aparatos estatales, la del discurso jurídico, la de los efectos físicos. A su convergencia se la designa como práctica jurídica. Pero considerar varias cuestiones de manera diferenciada no implica repartir ámbitos independientes. Como si distinguir palabras fuese idéntico a discriminar cosas. Las generalidades se reconducen a lo siguiente: cuerpos físicos en determinadas circunstancias (aparatos) que hacen ciertas cosas (discurso) y que generan algunas modificaciones físicas (efectos). Esta roca dura es una de las claves de la predicada continuidad entre el análisis y la crítica. La indagación analítica, al asumirse como formalista y escéptica, destierra cualquier intento de entificar los significados. Por su parte, la teoría crítica enfatiza un complementario nominalismo, al destacar los aspectos físicos o corporales. En ambos casos es notoria la huella kelseniana, en tanto la teoría pura se presenta como un programa para demoler las numerosas fortalezas sustanciales que afectan a la juridicidad.

Por cierto, tematizar la corporalidad no es una tarea sencilla. Tampoco evidente o clara o, incluso, sensata. En el caso de la indagación analítica está presente el consenso en cuanto a la primacía de la conducta. En el de la teoría crítica, al menos una de las dificultades radica en la diversidad de fuentes a las que se apela. Los nombres de Legendre y Foucault son aquí paradigmáticos. En ambos casos la corporalidad está en el centro de la escena, pero las tramas que se protagonizan son por completo diversas. Su contrapuesta actitud frente al psicoanálisis es notoria y ejemplar. Esta situación no se resuelve mediante una mezcla ecléctica. Tampoco apelando a un vago estudio interdisciplinario. Por el contrario, el uso distante y la lectura atenta son vías más razonables para generar un itinerario enfocable por sí mismo, más allá de las disputas que aquejan a las fuentes en las que se inspira.

1. Los epígrafes de esta sección pertenecen todos a Piglia, R., *La ciudad ausente*, Buenos Aires, Sudamericana, 1992.

En tal sentido, deviene estratégico resaltar algunos aspectos de la perspectiva pura desarrollada por Kelsen.[2] Hay muchas razones para ello. Ante todo, por su importancia en sí misma. Luego, por su difusión y pregnancia. Este punto no deja de traslucir cierto aire paradójico. Las investigaciones de Kelsen, cuyo transcurso ocupa la casi totalidad de este siglo, tocan todos los aspectos relevantes no sólo en lo relativo al derecho, sino también al estado, la sociedad, la religión. Tal toque kelseniano no es milagroso, pero sí original, singular en muchos de sus aspectos. Sin embargo, su incidencia está acotada al ambiente de los juristas. Fuera de estos reducidos límites, no es que sea ignorado, pero sí se lo relega a un lugar menor u ocasional. El alto interés manifestado por Freud, correspondido de igual manera por Kelsen, tiene un valor ejemplar por su excepción a la regla.

Pero en esta mezquina recepción, más que incidir alguna cualidad inherente a la teoría pura, se muestran las peculiares formas mediante las cuales los textos jurídicos se transmiten y difunden. Más aún, lo que está en juego es la propia forma organizativa de las instituciones jurídicas: cenáculo, secta, pequeña sociedad hermética, poco permeable a lo extranjero, quien es tratado más como un virus disolvente que como una sugerencia continuable. El extranjero es impasible, ajeno a las compulsiones legales y sus rituales concomitantes. También es el símbolo del enemigo. Aquel que viene de lugares remotos, cubierto de olores diferentes, acostumbrado a otros alimentos y bañado en otra lengua (o sea: un sucio). Todo lo dicho sobre la ortodoxia, los rasgos constrictivos de la dogmática y la teoría general muestra aquí su importancia. Tal como apuntan Alchourrón y Bulygin: la mente jurídica es impermeable, reacia a las renovaciones, conservadora por definición.

Semejante hermetismo no sólo dificulta con sus muros invisibles las entradas peligrosas, también trastorna la lectura externa de sus textos. Los dichos de los juristas suscitan desconfianza, como si fuesen un legado inmemorial y no, por decir así, una palabra seria. Aquel invisible muro funciona como una máquina de traducir, que opaca los textos resultantes hasta convertirlos en jeroglíficos indescifrables. A lo sumo, sus textos se asumen como documentos: variaciones de las memorias de Schreber, no por azar traducidas al castellano por un eminente latinista.

De tal forma, tampoco es casual que el jurista, siempre solicitado para saber qué hacer ante los conflictos que trastocan el flujo cotidiano de la vida o frente al sinuoso ejercicio del poder, sea obviado a la hora de su referencia conceptual. Como si él pudiese actuar, pero no entender. Se lo acusa, de manera sorda pero constante, de incapacidad

2. Seguiré, básicamente: Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, Unam, 1979 (traducción de *Reine Rechtslehre, zweite, vollständig neu bearbeitete un erweiterte Auflage* de 1960) (a citar como *TP*). De manera complementaria: *Teoría general del derecho y del estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949 (a citar como *TG*). Asimismo, ver: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, FCE, 1986 (a citar como *Dp*); "Causalidad e imputación" (a citar como *CI*) y "Causalidad y retribución" (*Cr*) en *¿Qué es la Justicia?*, *op. cit.*, pp. 221-253; "El concepto de Estado y la psicología social. Con especial referencia a la teoría de las masas de Freud, en Revista Conjetural N° 13, Buenos Aires, agosto de 1987, pp. 71-104 (a citar como *Ep*).

mental. Pero no se trata de la inasible mente, sino de hechos más triviales. La cercanía del jurista al poder organizado no tiene punto de comparación con ningún otro, digamos laxamente, personaje de la cultura. Al poder no sólo se lo vive, sino que día a día se lo palpa, ejerce y maneja. Para un jurista, llegar a cualquier parte con sus palabras tiene una significación especial. Hay un peligro de otra magnitud, de otra talla; situación similar a su afinidad y contraste respecto a la indagación artística. De ahí que la comunidad de los juristas tenga ese aire de aislamiento y retiro, reacio a la contaminación.

Los paralelismos con las castas sacerdotales, tan usuales en la obra de Kelsen, tienen aquí suficiente material en el que abundar. Justamente: tal casta fue la que durante largos siglos tejió los hilos del poder temporal. En el jurista, como antes en el teólogo, no hay debilidad mental, sino un preciso posicionamiento, que desata envidias y distancias: una madeja complicada de rechazo, desconfianza, recelo, incomunicación y perfidia (de ahí las dificultades, incluso la imposibilidad, del jurista que anhele convertirse en filósofo y, aún más, en filósofo analítico).

Por supuesto, cuando excepcionalmente la palabra jurídica es retomada en otro ambiente, ella adquiere una dimensión renovada y atípica. La obra de Lacan, con sus abruptas, atrevidas y para el jurista insostenibles traducciones, muestra lo dicho. Tanto en la transcripción de su enseñanza oral como en sus escritos, hay una multitud inagotable de referencias jurídicas. Es absurdo tratarlas como extrínsecas a los propios conceptos forjados; por el contrario, son usadas y reconfiguradas. Para dar sencillos y manifiestos ejemplos: conceptos como Ley, orden simbólico, goce o preclusión no son siquiera inteligibles si se los desgaja de su proveniencia jurídica. Pero también Foucault capturó a su manera la palabra de los juristas y, en particular, la indagación kelseniana, frente a la cual se ubica como singular continuador.

Es esta extraña configuración la que subyace a la mezquina recepción de la teoría pura, no alguna misteriosa cualidad de sus textos. De ahí la relevancia de la teoría crítica, ya que además de ser receptiva a lo que sucede en otros parajes, no deja de prosperar bajo la espesa sombra de Kelsen. Actitud que comparte con la indagación analítica: aprovechar las innovaciones lógico-simbólicas implica reconsiderar la teoría pura, no cancelarla. El nominalismo de unos y el escepticismo de otros no los aleja del camino kelseniano. Más bien los lleva a él, a su obsesiva tarea de desmontar las sustancializaciones. Por tal motivo resulta estratégico indicar alguno de sus puntos neurálgicos. Exhibir, mediante breves pinceladas, alguna de sus cartas marcadas. Lo cual no implica ignorar los contrastes. Y el destacar la cuestión de la corporalidad tendrá en este contrapunto una *chance* para comenzar a perfilar sus contornos y vericuetos

Sí cambiará, de aquí en más, el hilo conductor. En vez del discurso jurídico, se tratará ahora del *sujeto de derecho*. Este cambio supone seguir una indicación muy precisa de la teoría crítica, ahora representada por Alicia Ruiz:

> "Poner en cuestión la noción de sujeto es mover una pieza que sostiene la estructura íntegra del sistema jurídico moderno. A partir de su desplazamiento,

> todas las demás categorías deben ser discutidas, reelaboradas, y con ella se conmueve la lógica interna del discurso jurídico y queda abierto a revisión." (*M*, 185) (también: *M*, 189)

Es a partir de una dilucidación del sujeto de derecho que se harán converger los elementos puestos en juego. Por supuesto: las líneas que convergen se ven bajo otra luz si muta el punto en el cual se encuentran.

Tal como es tratado por la teoría pura, el sujeto de derecho nos conduce de manera directa a poner de manifiesto la peculiar visión kelseniana de la ideología. Ella juega un lugar de privilegio, que se acentuará en la teoría crítica del derecho.

La ideología tiene en la teoría pura dos momentos de alta intensidad. Uno, el señalado tratamiento que se le dispensa al sujeto de derecho. Otro, el de la dilucidación del mito estatal. Que sea justamente al tratar estas dos cuestiones cuando emerjan en concreto los planteamientos más vivaces de Kelsen sobre la ideología, no es un hecho casual. Esta falta de casualidad puede verse como el síntoma de un problema común, de una misma dificultad: en ambos momentos está en juego la posibilidad misma del normativismo. Quiero decir: la posibilidad de reducir el conjunto de los componentes del derecho-objeto o derecho estricto a normas.

Aun cuando ambas cuestiones remitan de forma directa al debate sobre la ideología, sus resoluciones conducen a terrenos diferentes. El sujeto de derecho es una de las vías privilegiadas para adentrarse en la problemática de la corporalidad. También para recuperar las sugerencias de Alchourrón y Bulygin relativas al aparato conceptual, a la propuesta de una versión jurídica del mundo. La cuestión del Estado, en cambio, conduce a ahondar otra tesis de la teoría crítica: el derecho como discurso del poder.

Varios caminos a considerar. Por un lado, del sujeto de derecho al esquema conceptual. Por otro, la cuestión del Estado y el poder. En ambos casos se hacen presentes los debates sobre la ideología, el problema de la reducción normativista y la crítica al sustancialismo. Como telón de fondo toma relieve el aspecto físico y corporal de la juridicidad.

Capítulo 37
El "gángster"

"Una máquina no es;
una máquina funciona."

Uno de los intentos más constantes del extenso itinerario de Kelsen radica en delimitar, de la manera más precisa posible, el rasgo singularizante del derecho. Dicha tarea, aun cuando compleja, no deja de ser productiva. Al menos lo fue para Kelsen, ya que le permitió plantear un sinnúmero de cuestiones y, a la vez, desarrollar fecundos argumentos.

Una de las dificultades más elementales, la que llevó a calificar de abstrusa una empresa semejante, es lo inasible del derecho. Éste no se encuentra en el mismo plano de particularización que, por ejemplo, esta mesa y esta silla. Y ya con respecto a estos objetos, susceptibles de ser indicados por el más banal de los gestos indicativos, es bastante dificultoso mostrar qué singulariza una silla o qué la distingue de una mesa. Lo que no significa que los usos cotidianos sean dificultosos. Por el contrario, nos movemos con relativa tranquilidad entre mesas y sillas, las manejamos, las utilizamos, sin siquiera preguntarnos qué las diferencia.

El camino de Kelsen consiste en una serie sucesiva de pasos que van distinguiendo ámbitos. Mediante la comparación y el contraste se llegará a un elemento crucial y que permitirá, sin temor a errar, indicar *algo* como derecho.

Para la teoría pura, el derecho es entendido en su mayor abstracción como un tipo muy particular de sistema social. Éstos se caracterizan por su función: motivar conductas:

> "Considerada desde un punto de vista psicológico-sociológico, ésa es la *función* de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales –por cualquier razón– socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas socialmente útiles. Esta función de motivación la cumplen las representaciones de las normas que ordenan, o prohiben, determinadas conductas humanas." (*TP*, 38)

El rasgo definitorio de los sistemas sociales es la inclusión de una respuesta ante la realización del comportamiento al que se califica de ordenado o prohibido. Esta respuesta puede ser de dos tipos: la concesión de una ventaja (premio) o la producción de un daño (pena). Ambos casos son comprendidos por Kelsen bajo el concepto de sanción. Sin duda, la investigación de la teoría pura, tal como fue señalado insistentemente por Bobbio, pone el énfasis en los perjuicios, las privaciones o los daños. En las sanciones en cuanto penas, y no en cuanto ventajas.

Una conducta se considera exigida, y por tanto obligatoria, si el comportamiento opuesto, y por tan prohibido, se presenta como la condición de una sanción. Señala Kelsen que los sistemas sociales no se distinguen por la ausencia o presencia del elemento sancionatorio, sino por el tipo de daño que en cada caso está movilizado. Lo que distingue es el tipo de mecanismo punitivo puesto en juego.

Para realizar dicha tarea clasificatoria, fundamental para delimitar el ámbito genuinamente jurídico, Kelsen apela a dos ejes de coordenadas, definidos por dos oposiciones de diferente índole. Un eje se basa en oponer sanciones inmanentes y trascendentes. El otro, en oponer sanciones socialmente organizadas o difusas.

El primer eje permite distinguir a los sistemas sociales de tipo jurídico de los religiosos. Éstos movilizan sanciones trascendentes:

> "Son sanciones trascendentes aquellas que, según las creencias de los hombres sujetos a ese orden, provienen de una instancia sobrehumana." (*TP*, 42)

Estas sanciones, en religiones como la cristiana, tienen dos caracteres: provienen de una instancia sobrehumana (la divinidad) y se producen fuera de la sociedad, en un más allá del mundo físico: en una esfera trascendente. Tanto el juez que aplica la sanción como su ejecución transcurren en *otro* mundo. Se trata, digamos así, de sanciones meta-físicas.

Por contraposición, las sanciones inmanentes se producen, dice Kelsen, en la tierra y son ejecutadas por hombres. Su aplicación y ejecución es por completo inmanente.

El segundo eje permite efectuar una distinción al interior de los sistemas sociales con sanciones inmanentes, las que pueden consistir en una aprobación o desaprobación difusa. Se trata, para Kelsen, de los sistemas morales. Por el contrario, la producción de los daños puede estar socialmente organizada. En tal caso la sanción se entiende como un acto coactivo sujeto a algún tipo de organización.

Queda así deslindado el ámbito específico de los sistemas sociales de tipo jurídico: aquellos que motivan conductas mediante la movilización de sanciones inmanentes entendidas como actos coactivos socialmente organizados:

> "Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten

> en la mera aprobación y desaprobación, son sanciones socialmente organizadas." (*TP*, 47)

Y la coacción implica recurrir a la fuerza:

> "En cuanto el mal que funciona como sanción –la pena en el sentido más amplio de la palabra– deba infligirse contra la voluntad del así afectado, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física, tiene la sanción el carácter de un acto coactivo. El orden normativo que estatuye actos de coacción como sanción, es decir, como reacción contra determinada conducta humana, es un orden coactivo." (*TP*, 40)

El rasgo distintivo, a su manera *último*, que individualiza al derecho es su conexión directa con la fuerza. Kelsen se demora largamente en destacar la variabilidad de las conductas que en diferentes momentos históricos fueron consideradas o prohibidas u obligatorias. Además de ser variables, ellas no son divergentes con aquellas concernidas en los otros sistemas sociales: la religión y la moral. No es por esa vía que resultará posible encontrar el rasgo singularizante del derecho. Él está, por lo visto, en el tipo de sanción y, en particular, en su carácter coactivo. Identidad de contenido y variación en el mecanismo.

En resumen: Kelsen destaca la inerradicable centralidad jurídica de la fuerza. Ella individualiza al derecho como sistema social. Afirmar que se trata de un *sistema* significa, para Kelsen, tratar al derecho como un orden. Mientras que el adjetivo *social* señala que dicho sistema se refiere a la conducta humana. Estas dos especificaciones permiten enfocar al derecho como un ordenamiento de la conducta humana. Como un orden social.

La conducta es aquello que se ordena. Esto significa que las conductas a las que se refiere el derecho están discriminadas de cierta manera. Están, por decir así, clasificadas. Dicho aspecto lo indica la calificación del derecho como regulador de las conductas. Regular no significa sólo motivar, sino también clasificar: formar un cuadro con casilleros nítidos y claros.

Ahora bien, señala Kelsen que las conductas son hechos reales, esto es: sucesos sensiblemente perceptibles, fenómenos que ocurren en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, sus propiedades jurídicas no son de tipo natural, como la dureza o color de un objeto, para seguir aquí los ejemplos táctiles y visuales de la teoría pura. El carácter jurídico de la conducta no se constata mediante una indagación perceptiva. La juridicidad no se huele. Tampoco se ve o se palpa.

En contraposición a tales propiedades perceptivo-naturales, Kelsen emplea el término *sentido*. El derecho atribuye sentidos a los comportamientos fácticos. Dichos sentidos son fundamentalmente normativos, modalizan deónticamente a las conductas, las que se clasificarán como prohibidas, obligatorias o permitidas. Esto también lo expresa Kelsen diciendo que las normas funcionan como un esquema de explicitación conceptual. Las normas explicitan el sentido jurídico de los comportamientos:

> "El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural –es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza–, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta." (*TP*, 17)

¿Y cuál esa significación o sentido específicamente jurídico? Kelsen lo contesta de inmediato:

> "El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, *a través de una norma que se refiere a él* con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto pueda ser explicitado según esa norma. La norma funciona como esquema de explicitación."

Captar el sentido jurídico de un suceso es exhibir su carácter normativo. Y este carácter no se limita a que él sea debido en tanto ordenado, pues Kelsen extiende el significado de deber:

> "En el término 'deber' está comprendido el estar permitido y el estar facultado." (*TP*, 19)

Con esta aclaración de ramificadas consecuencias, esta versión de la teoría pura está inmunizada ante objeciones como las efectuadas por Hart, ya que las normas no se identifican *in totum* con órdenes respaldas con amenazas, sino que modalizan deónticamente a las conductas: prohiben, obligan, facultan. Por cierto: los mandatos son centrales, pero no únicos.

Al poner el énfasis en el sentido, Kelsen efectúa dos distinciones a la vez. Por un lado, mantiene separadas la conducta debida, como sentido normativo, de la conducta real y perceptible. La primera hace al contenido de la norma. La segunda es un suceso fáctico preciso. Este suceso, al contrastarse con una norma, podrá exhibirse como una conducta ya sea conforme o contraria a derecho. Será a través de la realización de una encuesta empírica que se podrá determinar esa conformidad. Y, de darse, Kelsen dirá que dicha norma es eficaz. Resulta claro que tal indagación no va hacia las conductas

para encontrar alguna cualidad jurídica que les fuese ínsita. Es a partir de un sentido jurídico ya determinado que se indagan, luego, cómo son las conductas efectivas.

Por otro lado, mantiene separados los textos concretos producidos por un grupo de cuerpos físicos, por ejemplo un texto legislativo, de su significado normativo. De ahí el carácter metafórico de algunas expresiones habituales, tal el caso de las referencias a la promulgación o producción legislativa de *una norma*. Como señala Kelsen:

> "La ley como producto del proceso legislativo, como tal ley, es un documento que contiene palabras y frases; no es forzoso que lo que se exprese en ella sean normas." (*Dp*, 39)

La teoría pura dice lo siguiente: no se producen normas legislativas, sino un texto llamado ley, cuyo significado, luego, podrá (o no, según el caso) exhibirse como normativo. Esta exhibición no es más, en definitiva, que una interpretación o reconstrucción, circunstancia que nos remite al conjunto de las consideraciones precedentes sobre el carácter plural y polémico de la dogmática jurídica.

Luego de presentar a las normas como esquemas de explicitación, Kelsen distingue los sentidos en objetivos y subjetivos. La cuestión, ahora, radica en distinguir una orden genuinamente jurídica de una orden impartida por una banda de ladrones. Se trata de averiguar qué permite aseverar en un caso concreto la *seriedad* de un sentido normativo. Por ejemplo: ante dos textos o proferimientos lingüísticos concretos, ambos interpretables como normativos, ¿qué permite calificar a uno de ellos, a ambos o a ninguno de *seriamente* jurídico?

Dicha distinción no pasa por el tipo de comportamiento ordenado. Ni por un algún rasgo inherente al sentido mismo del acto: la orden implicada en el acto en tanto su significación. Que el proferimiento lingüístico exhibido como un deber se autocalifique como jurídico no conduce necesariamente a tratarlo como tal. Se requiere *algo más* que semejante autoatribución, aun cuando ella pueda llegar a ser efectivamente una anticipación de su posterior exhibición jurídico-normativa.

Será jurídica una orden sí y sólo sí, dirá Kelsen, el acto de dictarla ha sido *autorizado por otra norma* calificada de jurídica:

> "La orden de un *gángster*, de entregarle cierta suma de dinero, tiene el mismo sentido subjetivo que la orden de un funcionario del fisco; a saber: el sentido de que el individuo, al cual la orden se dirige, entregue una determinada cantidad de dinero. Pero sólo la orden del funcionario fiscal, y no la orden del *gángster*, tiene el sentido de ser una norma válida que obligue al receptor; sólo una, y no la otra, es un acto productor de una norma. Ello, en cuanto la acción del funcionario fiscal se encuentra autorizado por una ley impositiva, mientras que el acto del *gángster* no reposa en ninguna norma que lo faculte." (*TP*, 22)

Una primera consecuencia de este enfoque es que las normas jurídicas no se presentan de manera aislada o desarticulada. Ellas se remiten unas a otras. Forman cadenas de remisión, las que se enlazan mediante normas que otorgan facultades.

Aquí ya se tiene otro significado del término *orden*. El derecho no sólo ordena los comportamientos, en tanto los discrimina y clasifica deónticamente, sino que en sí mismo importa algún tipo de orden. Las normas jurídicas no pueden entenderse aisladamente, pues de lo contrario nunca se podría pasar de un sentido subjetivo a otro objetivo, es decir: seriamente jurídico. Así comienza Kelsen su versión inglesa de la *Teoría General* de 1944:

> "El derecho es un orden de la conducta humana. Un 'orden' es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las *relaciones existentes* entre las normas de un orden jurídico *son también esenciales* a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho." (*TG*, 3)

Las normas, entonces, forman parte de un sistema. Desde esta óptica, el derecho se entiende como un conjunto articulado de sentidos normativos, en tanto resultados de una interpretación.

El derecho, para Kelsen, es un orden en un doble sentido. Por un lado, él ordena los comportamientos, mediante su calificación deóntica. Por otro, él mismo se presenta como un orden. El primer orden se entiende como una discriminación o clasificación de las conductas, mientras que el segundo como una articulación, en tanto conjunto de relaciones de derivación.

Capítulo 38
La espada

"Entraba y salía de los relatos, se movía por la ciudad, buscaba orientarse en esa trama de esperas y postergaciones de la que ya nadie podía salir."

Que una norma pertenezca a un orden jurídico es designado por Kelsen como *validez*. Una norma es válida, al menos en este preciso significado de la validez, si pertenece a un orden jurídico. Predicar validez de una norma es idéntico a afirmar el carácter objetivo de ese sentido. Y esa norma será eficaz si se comprueba una relativa conformidad entre la conducta que ella declara debida y las conductas empíricas que acaecen en el mundo perceptivo. Mientras la validez se afirma o se niega de manera rotunda, la eficacia es cuestión de grado, empíricamente variable.

De manera coherente, Kelsen mantiene distinguidas la validez y la eficacia y, por ello, puede luego presentar diversas situaciones relacionales al menos abstractamente posibles: normas válidas e ineficaces, válidas y eficaces, inválidas e ineficaces y, en fin, inválidas y eficaces.

La eficacia puede predicarse sin problemas del conjunto de normas en cuanto tal. Un orden jurídico es eficaz si se comprueba, en líneas generales, que él es obedecido. Kelsen dirá que esta eficacia global es una condición para predicar validez de las normas. Lo cual es sin duda razonable, pues un conjunto de normas que carece de toda eficacia no pasa de ser un conjunto meramente imaginario o teórico. Una lengua muerta.

En cuanto a la validez, ella se predica de las normas tomadas una a una, ya que serán válidas las normas que pertenezcan a un conjunto en líneas generales obedecido, es decir: eficaz. Pertenencia no es más que otra manera de designar el carácter objetivo y no meramente subjetivo de un sentido normativo cualquiera.

Diferente es el problema de *individualizar* un orden jurídico en cuanto tal. Ya no se trata de averiguar su validez, pues son las normas particulares las que pertenecen a un conjunto y no el conjunto en cuanto tal a otro, digamos así: a un súper-conjunto de rango superior que lo incluya. La cuestión es cómo individualizar un conjunto de normas que *no* está incluido en ningún otro conjunto de rango mayor.

La manera habitual de presentar este problema es el de ir "escalando" los diversos pisos de normas articuladas. Las imágenes de la montaña, la pirámide o el árbol invertido son las usuales para graficar esta articulación. De acuerdo a uno de los ejemplos de Kelsen: una intimación fiscal es válida al estar habilitado su dictado por el sentido normativo de un texto legislativo. Es decir, que autoriza por ejemplo al organismo recaudador a realizar intimaciones a los contribuyentes. Las normas que otorgan tal facultad son a su vez válidas en tanto se comprueba que el Congreso está autorizado para legislar sobre dicha materia, de acuerdo a las normas que expresan el sentido jurídico del texto constitucional.

Tales normas constitucionales son las últimas del sistema y a ellas remite su conjunto. Pero este texto constitucional ha sido generado por una Asamblea que, en principio, no estaba jurídicamente determinada: ni habilitada ni no habilitada. Ella surgió de un acto de fuerza. Dicho resumidamente: los vencedores en un conflicto determinado se autoconvocaron de alguna manera. Sobre la base de la sangre decidieron aumentar la población mundana de palabras.

Gran parte de la cuestión se limita a saber si esa Asamblea fue o no obedecida. Si no lo fue, resulta improbable que se haya llegado justamente a *esa* Asamblea a través del escalamiento normativo. Para apelar brutalmente a nuestra historia: si se parte de una modesta intimación fiscal de la semana pasada se llegará, luego de innumerables escalones ascendentes, a la Constitución histórica dictada en 1853 y la Asamblea que la generó y no, por cierto a algunas de las tantas constituciones precedentes (1819, 1826) que por lo visto carecieron de un sustento de fuerza suficiente como para imponerse y, por ello, permitir una generación sucesiva y continuada de sentidos jurídicos. Siempre se llega a una espada; pero a cuál se llega depende de dónde se haya partido.

Individualizar un orden jurídico particular no es más que identificar al grupo físico que, con efectiva capacidad de decisión y en un momento y lugar concreto, dictó el texto o profirió las palabras a cuyo sentido normativo remiten todas las normas que se estén considerando. La pregunta individualizante nunca se hace en abstracto. No se interroga sentado en una nube. Las preguntas se dirigen siempre a *este* conjunto de normas que intuitivamente se considera independiente. De ahí que esté asegurado de antemano el llegar a *ese* grupo físico con poder efectivo. Y será *su* independencia, su capacidad última de decisión en un territorio y respecto a un grupo físico determinado, es decir *su* soberanía, la que permitirá calificar al orden jurídico en cuestión como independiente o, por metonimia, soberano.

Por supuesto, ese grupo físico que dictó la Constitución originaria no se presentará a sí mismo como simple poseedor de la fuerza. Elaborará una construcción, más o menos sofisticada, para justificarse. Se autocalificará de representante del pueblo, de Dios o de la tradición inmemorial. Kelsen señala estos últimos elementos, contenidos por ejemplo en los preámbulos pero, al no ser normativos, les resta importancia. Lo cual no quita que una y otra vez se demore en ellos para especificarlos y calificarlos en algún sentido:

> "Generalmente, el preámbulo no señala normas definidas en relación con la conducta humana y, por consiguiente, carece de un contenido jurídicamente importante. Tiene un carácter más bien *ideológico* que jurídico. Si el preámbulo fuera suprimido, la significación real de la Constitución ordinariamente no cambiaría en absoluto. El preámbulo sirve para dar a la Constitución una *mayor dignidad* y un grado más alto de *eficacia*. La invocación a Dios y las declaraciones de que la justicia, la libertad, la igualdad y el bien público deberán ser salvaguardados, son típicas del preámbulo. Según que la Constitución tenga un carácter más democrático o más autocrático, ésta *se presenta a sí misma* en el preámbulo ya como la voluntad del pueblo, ya como la de un gobernante instituido por la gracia de Dios." (*TG*, 274)

Todo texto que aporta los últimos sentidos normativos remite tanto a un concreto y determinable acto de fuerza como a una construcción legitimante, es decir: ideológica. Doble remisión que permite identificar una multiplicidad de formas, ya que no todos los actos de fuerza son iguales y, menos aún, no todas las construcciones legitimantes tienen la misma significación, alcance y consecuencias. No hay ni fuerza ni ideología sin una imaginación frondosa, mutable.

Una teoría de las normas jurídicas está indisolublemente ligada a tratar las cuestiones de la fuerza o poder o violencia que las origina y, a diferencia de la opinión de Kelsen, de las ideologías que las legitiman. A tales indagaciones conduce una noción tan básica como la de validez. Con lo cual, dicho sea de paso, no se hace mención alguna a una supuesta moralidad, tal como pretende Nino en su lectura de la teoría pura y que gira en torno a la cuestión de por qué hay que obedecer al derecho.

Esta presentación, por lo demás sobria, evita todo tipo de discusiones enredadas e interminables. No es que ellas sean fruto de la confusión, pues lo que en general está en juego en tales debates es la manera más eficaz para elidir al poder. O, en otras ocasiones, se trata de disputas en torno a cuál es la construcción legitimante más adecuada. Elisión y debates que no son jurídicamente irrelevantes, todo lo contrario. Es entonces cuando los juristas trabajan como orfebres de la ideología y como transmisores del poder.

Capítulo 39
La silla

"El ascensor era una jaula y el techo
estaba lleno de inscripciones y graffitis.
'El lenguaje mata', leyó Junior."

Las vinculaciones entre validez y eficacia son bastante más intrincadas que lo sugerido por la precedente esquematización. Uno de los puntos a destacar es cómo entender el *referirse* de las normas a las conductas.

La función del derecho en cuanto sistema social es la de motivar comportamientos. Hay aquí un circuito con los siguientes términos en cada uno de sus extremos: un texto y un comportamiento. En el medio, Kelsen ubica otros elementos más impalpables. Por un lado, el sentido jurídico-normativo del texto. Por otro, la antedicha relación de motivación.

Esta última relación está integrada, dice Kelsen, con dos elementos: una representación causada por el sentido y que, a su vez, es la que causa el comportamiento. Resulta entonces posible descomponer la motivación en dos relaciones causales, una que va del sentido hacia la representación y otra que va de ésta hacia la conducta.

Sentido normativo → representación → conducta

Hay que destacar, ante todo, el carácter *causal* de la motivación. La teoría pura es ajena a cualquier consideración relativa a razones que justifiquen o fundamenten un comportamiento. Lo enfocado no es por qué se debe obedecer, sino por qué se obedece y, también, cómo se logra la obediencia. Cuestión de funcionamientos efectivos, no de fundamentos morales o de otro tipo. Cuando Kelsen usa el término *motivos* no apunta a las razones que puedan alegarse para obedecer o no una orden, sino a las causas que producen esa obediencia:

> "Dado que la función indubitable de un orden semejante [normativo] es provocar que los hombres actúen conforme a la conducta que el orden prescribe; es posibilitar que las normas que ordenan determinada conducta

> puedan convertirse en *motivos determinantes* de que la voluntad humana lleve a cabo la conducta conforme a las normas; ello implica, sin embargo, que la representación de la norma que obliga a determinada conducta se convierta en *causa* de la conducta conforme a la norma. Sólo en cuanto el orden normativo se introduce en el orden causal, en *la corriente de causas y efectos*, cumple ese orden su función social." (*TP*, 108)

Los motivos se entienden como causas del comportamiento y no como razones para actuar. Lo que sí hay que aclarar es la neta distinción efectuada entre el aspecto imputativo y el causal. El primero es la manera jurídica de conectar condicionalmente el delito con la sanción. Ésta no es causada por el acto antijurídico sino que deviene debida por su realización:

> "Por tanto, podemos decir que la sanción viene imputada por el delito, no que tiene por causa el delito." (*CI*, 225)

Pero también, de acuerdo a lo dicho, la conexión normativa supone el lazo causal entre la amenaza de la sanción y los comportamientos acordes con lo declarado debido. Tal como señala Kelsen con nitidez:

> "... el principio de causalidad está presupuesto en la regulación que constituye la imputación..." (*CI*, 250)

El conjunto del itinerario kelseniano bascula entre destacar el movimiento que enlaza ambos nexos (imputativo y causal) y limitar el estudio jurídico al sólo aspecto imputativo. Como si el aspecto causal fuera imprescindible para demarcar pero superfluo para explicar.

Son numerosas las indicaciones de Kelsen sobre esta cuestión y que resulta instructivo seguir en detalle. El primer comentario es el siguiente:

> "En la medida en que el instituir sanciones tiene por finalidad impedir (prevenir) las conductas que son la condición de la sanción –la ejecución de delitos–, el caso ideal de validez de una norma jurídica se daría cuando la misma en ningún caso recibe aplicación, por cuanto la representación de la sanción por cumplirse en el caso de un delito se ha convertido en motivación, en los sujetos sometidos al orden jurídico, para abstenerse del delito. Entonces, la eficacia de la norma jurídica se limitaría a su acatamiento." (*TP*, 25)

Kelsen señala un rasgo a tener en cuenta, ya que es la representación del posible daño (la sanción) lo que causa el comportamiento. Dado que la sanción jurídica

vehiculiza la fuerza, resulta razonable sostener que lo que causa el comportamiento es el temor a sufrir un acto de fuerza.

Pero de inmediato, Kelsen efectúa una segunda indicación:

> "Pero puede que el acatamiento de la norma jurídica haya sido suscitado por *otros* motivos, de suerte que lo que tiene 'eficacia' no sea propiamente la representación de la norma jurídica, sino la representación de una norma religiosa o moral." (*TP*, 25)

Kelsen pretende resaltar dos de los términos del circuito jurídico: el sentido jurídico-normativo y la conducta. La representación, en cambio, se infiere a partir de la conducta realizada, siendo indeterminada (o al menos indeterminable) la causa de la representación: el temor a la sanción o creencias religiosas o morales:

> "Desde un punto de vista psicológico-sociológico, se dispone de premios o penas para hacer del deseo de gratificación y del miedo al castigo, el motivo de la conducta socialmente deseada. Pero esa conducta puede, en realidad, ser provocada por *otro motivo* distinto del deseo por el premio estatuido por el orden, o del *miedo* a la pena estatuida por el orden; conforme a su sentido inmanente, el orden puede estatuir sanciones sin tener en consideración los motivos que, fácticamente, en cada caso llevan a las conductas que condicionan." (*TP*, 40)

Verificar la eficacia del orden es algo que se obtiene mediante una indagación empírica relativa a los comportamientos efectivos, más allá de cuales hayan sido las causas que los produjeron. Puede haber sido el miedo y el temor, pero también puede darse el caso de que no haya sido así. Lo decisivo, para Kelsen, es mantener separado el juicio sobre la eficacia del orden y el juicio sobre las causas de esa eficacia. Es por ello que Kelsen habla de

> "... un orden eficaz cuando el comportamiento humano corresponde, a grandes trazos y en líneas generales, a ese orden, sin atender cuáles hayan sido los motivos que fueron su causa. El concepto de eficacia tiene aquí un significado normativo y no causal." (*TP*, 41)

El argumento global es aproximadamente el siguiente: el derecho es un sistema social. Éstos, por definición, tienen la función de motivar conductas movilizando daños de algún tipo (trascendentes o inmanentes, difusos u organizados). El rasgo singularizante de los sistemas sociales jurídicos es el tipo de sanción: inmanente y organizada. Si la motivación tiene éxito cabe decir que dicho sistema jurídico es eficaz. Esta predicación puede hacerse de dos maneras diferentes, de acuerdo a la

amplitud de la indagación realizada. Es decir: tomando o no en cuenta la causa presumible de aquel éxito. Pues dichas conductas conforme a derecho pueden haber sido genuinamente causadas por miedo a las sanciones jurídicas o, en cambio, por otros causas: creencias religiosas o morales.

Ahora bien, esta motivación que figura como ingrediente definitorio del sistema social dirá Kelsen que no es un rasgo necesario del derecho. El primer momento del razonamiento kelseniano, extenso e intrincado, es el siguiente:

> "Que el derecho sea un orden coactivo no significa –como a veces suele afirmarse– que pertenezca a la esencia del derecho 'constreñir' a la conducta obligatoria, a la conducta erigida por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado implantando el acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria. Justo para ese caso se ha estatuido el acto coactivo que funciona como sanción." (*TP*, 48)

La idea básica es la de negar que el constreñir sea un rasgo definitorio del derecho, al especificar a los sistemas sociales en general. De inmediato, Kelsen pasa al segundo momento del razonamiento:

> "Si con esa discutible afirmación se pretendiera decir que el derecho, estatuyendo sanciones, motiva a los hombres en el sentido de la conducta requerida, en cuanto al deseo de evitar la sanción, como motivo, produce esa conducta, habría que responder, que esa motivación es *sólo una función posible* del derecho, pero *no una función necesaria*, dado que la conducta conforme a derecho, la obligatoria, puede producirse por otros motivos, y muy frecuentemente, es producida por otros motivos, como representaciones religiosas y morales." (*TP*, 48)

El derecho tiene una función (motivar conductas) pero ella no es necesaria sino posible. ¿Qué significa, en este contexto, la distinción modal entre lo necesario y lo posible? Agrega Kelsen, en fin, en un tercer momento argumentativo:

> "La coacción que se da en la motivación, es una coacción psíquica; y la coacción, que tanto la representación del derecho como, especialmente, las sanciones que él estatuye, ejerce sobre los sujetos sometidos al derecho, convirtiéndose en motivo de la conducta obligatoria, conforme a derecho, no debe ser confundida con el estatuir el acto obligatorio. Todo sistema eficaz ejerce, hasta cierto grado, coacción psíquica, y algunos, como por ejemplo, el religioso, en medida aún mayor que el orden

> jurídico. Esta coacción psíquica *no constituye una nota que distinga* al derecho de otros sistemas sociales." (*TP*, 49)

Kelsen intenta aislar rasgos singularizantes. Esto significa, de manera complementaria, *no* ocuparse del conjunto de los rasgos que puedan poseer esos sentidos que se califican de jurídicos. Es claro que el derecho motiva, que sus sanciones infunden temor y que, en muchas ocasiones, es dicho temor a sufrir un daño el que causa efectivamente la conducta que permitirá calificar a ese derecho de eficaz. Pero dado que esos fenómenos no singularizan al derecho, ellos quedan al margen de un trayecto dedicado, ante todo, a detectar esas notas singulares.

Es notorio que el estudio de un derecho positivo en particular no tiene por qué autolimitarse a relevar sus datos singulares. Por el contrario, parece razonable entenderlo como dirigido al *conjunto* de los fenómenos jurídicos, sean o no singularizantes. Sea uno de los casos indicados por Alchourrón y Bulygin: las definiciones. Si se admite que el derecho incluye definiciones de algún tipo y que, además ellas cumplen alguna función relevante, el hecho de que no singularicen al derecho no significa que no formen parte de él y que, por ende, resulte prescindible considerarlas.

De igual manera, que la motivación no sea un rasgo singularizante no significa que, por ello, deje de ser relevante para el estudio del derecho. Es más, tal vez no sea posible siquiera entenderlo sin incluir tal dimensión en cualquier análisis. De hecho, es el propio Kelsen quien directamente inicia su teoría pura calificando al derecho como un sistema social. Es decir, como un sistema de motivación. Y presentarse como un tipo de sistema social no implica, sin caer en contradicción, dejar de ser un sistema social. Calificar al limón como un tipo peculiar de fruto no hace que él deje de ser, justamente, un fruto.

Deviene entonces decisiva la indicación de Kelsen: frecuentemente son las creencias religiosas y morales las que causan (por ser mayor su coacción psíquica) los comportamientos que permiten predicar eficacia de un orden jurídico. Esto permite leer el conjunto de distinciones de la teoría pura de dos maneras entre sí vinculadas. Por un lado, como una investigación dedicada a mostrar el rasgo que *singulariza* al derecho como sistema social. Por otro, como una investigación que sugiere prestar atención a los *entrelazamientos* que se dan entre los sistemas sociales tan cuidadosamente distinguidos. Desde esta óptica, una explicación del derecho que no resalte la imbricación que presentan las normas con los otros mecanismos sería *ab initio* reductivo o incompleto.

Y si, de acuerdo a consideraciones realizadas por el propio Kelsen, se traduce religión y moral por ideología, una explicación de un derecho positivo en particular tiene que tomar nota tanto de sus componentes normativos como ideológicos. Si se pretende averiguar cómo funciona *este* derecho positivo en particular, hay que tener a mano no sólo un instrumental que permita individualizarlo como derecho, sino también un conjunto de herramientas que permitan, en la medida de lo posible,

abarcarlo en su totalidad. Si se estipula que aquello que singulariza una silla es la presencia de un respaldo, estudiar *esta* silla no significa referirse solamente a su respaldo sino al conjunto de sus piezas, aun cuando no todas la singularicen en cuanto silla. En cambio, la consecuencia de aquel enfoque reductivo es la siguiente: suponiendo un conjunto de sillas que sólo coinciden en la forma de su respaldo, divergiendo entonces en todos sus otros aspectos, no hay manera alguna de distinguir una silla de otra. Ni siquiera se tiene información suficiente sobre una silla en particular, a no ser lo relativo a su respaldo. Es decir: se están estudiando respaldos y no, como se pretendía, sillas. Extraña consecuencia, pues una indagación obsesionada por las distinciones se bloquea a sí misma la posibilidad de efectuarlas. Aún más, reduce hasta tal punto su lente que produce una mutación (de las sillas a los respaldos) en aquello que pretende desentrañar.

En cuanto a ese rasgo peculiar, Kelsen es neto:

> "En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción –es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, debe llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física– es el criterio decisivo." (*TP*, 48)

Ésta es la clave. El criterio decisivo está en la conexión del sentido normativo con la fuerza. Ésta tiene tanto peso que en muchas ocasiones Kelsen especifica al derecho ya no como un ordenamiento de las conductas (ni como un orden articulado en sí mismo), sino como un ordenamiento *de la fuerza*:

> "El derecho y la fuerza no deben ser entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquél es la *organización* de ésta. Pues el primero señala ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres, autorizando el empleo de ésta únicamente por ciertos individuos y en determinadas circunstancias." (*TG*, 22)

El argumento global de Kelsen no deja de ser curioso, pues el derecho se caracteriza por ser un sistema social que moviliza sanciones inmanentes y organizadas, respaldadas por la fuerza. Las sanciones se ponen en juego como un mecanismo que se considera apto para causar comportamientos. Se instauran sanciones para evitar actos antijurídicos y promover los obligatorios. Pero, a la vez, Kelsen afirma que lo decisivo es la presencia de la sanción y no el por qué justamente se movilizan sanciones ni cómo esas sanciones funcionan. La coacción vehiculizada por la sanción se introduce por su capacidad para causar comportamientos (de lo contrario ¿cuál sería la pertinencia de las sanciones?), pero esa capacidad es luego erradicada de la teoría

al considerarse como relevante sólo a la sanción en cuanto tal. Como si Kelsen nos dijera que lo presupuesto por las normas fuese innecesario para estudiarlas.

Más allá de este curioso movimiento de introducción y erradicación, de inserción y expulsión, cabe insistir en lo siguiente: un rasgo *decisivo* no es, de por sí, el *único*. Podemos incluso dar un paso más y decir que entre el rasgo decisivo y los restantes, lejos de haber conexiones irrelevantes, hay un entretejido de tal magnitud que permite calificar a tales *relaciones* también como *decisivas* para entender a un derecho positivo (en igual sentido, tal vez, en que para Kelsen son tan relevantes las normas como las relaciones que las articulan).

El entretejido entre lo normativo y lo ideológico sería de tal magnitud que su relación deviene *decisiva* para entender al derecho. Esta indicación permite leer de otra manera el conjunto de disquisiciones que hace Kelsen sobre la ideología. Sigue siendo crucial la distinción entre ambas dimensiones y, en ese aspecto, los análisis particulares de Kelsen son invalorables. Pero adquiere otro peso la escoria ideológica que se sometió a crítica, pues ella no es ajena a las normas, sino un complemento decisivo para su propio funcionamiento. El derecho es una piedra mineral, y no sólo la veta de oro que ella encierra.

Capítulo 40
Los ángeles y el océano

"El Estado argentino es telépata,
sus servicios de inteligencia
captan las mentes ajenas."

El punto de partida de Kelsen es el sistema social. Su función es la de motivar conductas. Motivar, se dijo, entendido como causar representaciones que a su vez causan conductas. El derecho, por su parte, se presenta como un conjunto articulado de sentidos. Si se hacen converger estas especificaciones, el derecho se entiende como un conjunto articulado de *sentidos* que causan *representaciones* que a su vez causan *conductas*.

Esta especificación no deja de ser sumamente problemática. No sólo globalmente, sino respecto a cada uno de los términos que conforman este circuito y, en particular, a aquellos remarcados: sentidos, representaciones, conductas.

En primer lugar y enfocando el conjunto de la especificación, resulta notoria la ya destacada conexión que presentan los aspectos normativos y causales. Uno remite al otro. Vaivén y mutua implicación. Que el derecho sea un tipo peculiar de sistema social significa que él es, no exclusiva pero si básicamente, una manera peculiar de causar conductas. Pero esta causación no se aprehende jurídicamente si se la desgaja de las normas respecto a las cuales las conductas se leen como su efecto. Ya se señaló la basculación kelseniana al respecto.

En segundo lugar los *sentidos*. Estos se reconstruyen a partir de un texto. Es el texto el efectivamente generado, por ejemplo, por un grupo físico al que se entiende como Parlamento. Como señala Kelsen, aquello que se promulga no es una norma sino un texto legal. De ahí, también, que el acto realizado sea el de generar un texto y no el de producir una norma. Por supuesto, dado que se sabe de antemano que ese grupo humano se presenta como un órgano facultado para hacer ciertas cosas jurídicamente relevantes y se presume que sus textos son reconstruibles al menos en forma parcial como normativos, es habitual decir que el Parlamento creó una norma. Pero, resalta Kelsen, se trata de una expresión figurada.

Esta breve indicación tiene una consecuencia difícil de medir. Si el sentido es fruto de una interpretación, cabe preguntarse de qué manera se inserta el momento

interpretativo en la serie causal. El término *duro* o básico que está concernido es un texto jurídico, no un sentido.

En tercer lugar y en la otra punta del circuito: las *conductas*. Aun cuando éstas sean pasibles de variados enfoques, hay un aspecto que se presenta como irreductible: los movimientos corporales. Los comportamientos son movimientos físicos, cambios de estados corporales. O, de acuerdo a von Wright, cambios en la posición del cuerpo en dos momentos sucesivos. Las conductas se basan en cuerpos físicos encastrados en coordenadas espaciales y temporales.

Entre dos momentos temporales puede ser que un determinado cuerpo siga exactamente en el mismo estado (quietud) o que se haya producido algún desplazamiento (movimiento). De manera concomitante, tales desplazamientos pueden o no causar algún evento que se verifica en otro estado físico (herida, rotura, caída). Esta distinción es la que subyace a la división penal entre acciones de pura actividad y de resultado.

Aquello entonces que constituye, para hablar como Kelsen, un trozo de naturaleza, es el cuerpo físico en cuanto tal, sea que se mantenga quieto, sea que se encuentre en movimiento. Conducta es un término que indica diferentes estados físicos a lo largo del tiempo. Aun cuando una acción o conducta se considere algo más complejo que una simple sucesión de estados corporales, ningún enfoque puede obviar esta dimensión de carácter físico. De ahí que el término *duro* o básico concernido al final del circuito sea el cuerpo.

La presentación del derecho como sentidos que causan conductas induce dos desplazamientos simultáneos: elidir el texto en beneficio del sentido y reemplazar el cuerpo por la conducta. Ambas sustituciones han tenido consecuencias de envergadura, tanto al interior de la teoría pura como en sus continuadores.

La primera está en la base del oscurecimiento del carácter reconstructivo, polémico e interpretativo de las teorías dogmáticas. Esto permite esquivar la extraña relación que se presenta entre interpretación y causalidad. La segunda elisión conduce a escamotear la problemática de la corporalidad, al considerarse las conductas como si estuvieran desgajadas o, incluso, fueran desgajables, de los cuerpos físicos que las realizan. Como si los hombres fueran ángeles, puro soplo descarnado, y sus conductas, entonces, trozos de una aérea materia incorporal.

Queda en pie el tercer elemento, no menos problemático que los anteriores: las *representaciones*. La primera impresión suscitada es su carácter superfluo. En el esquema mismo planteado por Kelsen y a pesar de su uso reiterado, no parece haber necesidad alguna de recurrir a una supuesta representación.

El elemento jurídico que causa el comportamiento es la sanción. Ésta vehiculiza la fuerza física. Es la posibilidad del castigo la que causa la conducta. O más precisamente: es el miedo o el temor, de acuerdo a los dos términos usados por Kelsen, el que causa el comportamiento. El derecho se presenta en este aspecto como un típico mecanismo extorsivo. Pues decir que la realización de cierta conducta será tomada como la condición de una sanción cuya aplicación está respaldada por la fuerza no tiene ninguna diferencia con el extorsionar a aquél a quien se dirige la norma.

Ahora bien, el miedo y el temor más que representaciones parecen ser pasiones. Mientras que las representaciones suponen referirse a una conciencia, a una interioridad o, si se quiere, a una hipotética voluntad, las pasiones se refieren a la misma corporalidad. En cuanto a la conciencia, la postura de Kelsen es sugerente. Si bien acude a imágenes acuáticas, ellas no son cercanas al flujo propio de un río, sino al embravecido oleaje del mar. En sus duras críticas a cualquier postulación de un lazo psicológico en cuanto comunidad de voluntades, señala Kelsen lo siguiente:

> "En el océano de los acontecimientos psíquicos, tales comunidades muy bien pueden surgir como olas en el mar para, después de una vida efímera, naufragar de nuevo en una dimensión eternamente cambiante." (*Ep*, 79)

No es preciso ser consciente del miedo para estar atravesado físicamente por él. Para emplear el clásico ejemplo hobbesiano: los hombres pueden imaginar muchas cosas sobre sus comportamientos, pero cuando cierran sus puertas con varios candados manifiestan un miedo pánico ante los otros. Por cierto, dicho miedo no es un *plus* agregado al acto de cerrar la puerta, es ese mismo cerrar enfocado desde cierta perspectiva. Resulta sobreabundante suponer una representación o estado mental de algún tipo.

Se preguntará qué sucede cuando no es el temor el que causa el comportamiento debido. Como indica Kelsen: frecuentemente no es el temor la causa sino la religión y la moral: la ideología. Aunque la indagación crítica, en lugar de representación, emplea un término igual de inefable: creencia.

Es la propia teoría pura la que sugiere la respuesta:

> "Cierto es que también, como se suele decir, [los hombres] se encuentran espiritualmente ligados a un Estado, pudiendo amarlo, inclusive idolatrarlo y estar dispuesto a morir por él." (*TP*, 293)

Kelsen trae a colación un término al que ya se aludiera: el amor. De manera lateral, también nos referimos a la identificación o a la fascinación. Estas nociones sólo indican una campo de investigación, no una solución sino un problema. Pero sí cabe señalar que el amor es más cercano al ámbito de las pasiones que al de las representaciones. Pasiones de atracción, de fascinación. Y éstas parecen ser en exceso potentes, ya que mientras el temor es el que evita matar a otro, es el amor el que induce a masacrarlo o, también, a sacrificarse. *Pro patria mori*, morir por la patria, de acuerdo al lema tan conocido por los juristas.

De cualquier manera que se imagine sucedan las cosas, resulta secundario debatir sobre cuáles son los procesos psíquicos o psicofísicos que están en juego en cada pasión. Al respecto hay más que numerosas teorías, hipótesis, fábulas e historias: modelos fenomenológicos, conductistas, cognitivos, computacionales, neurológicos y anímicos; pero también basados en mecanismos inconscientes, ellos a su vez muy

diversos. Kelsen, en todo caso, parece inclinarse en favor de las hipótesis freudianas, a las cuales les prestó una singular atención. Al fin de cuentas, Viena no es sólo una ciudad:

> "El hecho de que sólo mediante cierta coerción puedan ser mantenidas las instituciones culturales es imputable a dos circunstancias ampliamente difundidas entre los hombres: la falta de amor al trabajo y la ineficacia de los argumentos contra las pasiones."[3]

Ahora bien, para el desencadenamiento de estas pasiones corporales resulta pobre recurrir a un conjunto de textos que aluden a la fuerza física. En un grupo humano de pequeñas dimensiones tal vez la sola presencia de la espada sea suficiente para infundir temor. Muy diferente es la situación cuando están en juego grandes aglomeraciones físicas o abultadas poblaciones. Las variaciones demográficas imponen saltos cualitativos. No sólo los cuerpos físicos, también su cantidad deviene jurídicamente relevante. Este aspecto lleva a la indagación crítica a enfatizar el imaginario social: los textos reconstruibles como jurídicos están insertos en una muy complicada red de símbolos, íconos, escenografías, imágenes y rituales; los aparatos represivos que ejercen la fuerza están insertos en una red también complicada de aparatos ideológicos.

Estas indicaciones permiten calibrar la idea kelseniana del derecho como un ordenamiento de las conductas. El derecho se refiere a los comportamientos. Pero ello también implica referirse a los cuerpos físicos que efectivamente realizan esos comportamientos. De ahí que resulte verosímil suponer que el orden del comportamientos sea, a la vez, un orden de los cuerpos físicos. Por supuesto: no hay allí dos órdenes diferentes, como si cuerpos y comportamientos fueran seccionables, sino otra manera de apreciar los *efectos* que se generan.

Sin embargo, el aspecto físico de las conductas no ha merecido mayor atención por parte de la teoría general del derecho en sus diferentes variantes. El eje de los referentes es, casi unánimemente, la conducta, el comportamiento o la acción, entendidas de manera puramente angelical. Unos pocos ejemplos, demostrativos de la situación en diversas tendencias iusfilosóficas.

El realismo jurídico de Ross:

> "Ahora bien ¿cuáles son esos hechos sociales que, en tanto fenómenos jurídicos, constituyen la contrapartida de las normas jurídicas? Ellos no pueden ser sino *las acciones humanas* reguladas por las normas jurídicas."

La teoría egológica desarrollada por Cossio:

3. Ver: Freud, S., *Obras completas Vol. 17*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1988, p. 2.963.

> "Para la teoría egológica, en cambio, la norma no es el objeto del derecho, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto al que ella corresponde es *la conducta humana* en su interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de la realidad, hay una intuición sensible que es, precisamente, el objeto, porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal."

En fin, Alchourrón y Bulygin también ponen el énfasis en la conducta:

> "... uno de los rasgos característicos de la filosofía de los últimos veinte años es el creciente interés hacia los problemas relacionados con *la acción humana*. Este interés se ha reflejado en la lógica bajo la forma de intensas investigaciones acerca de los diversos conceptos relacionados con la acción (conceptos normativos, valorativos, etc.) lo cual ha conducido, a su vez, a la elaboración de numerosos sistemas lógicos que en un sentido amplio pueden llamarse modales." (*Im*, 19)

Este consenso es abrumador. Él inhibe el recurso de apelar al error o la ignorancia. Se trata de la puesta en juego de una elisión y de un no mostrar. Aunque este silencio deja su huella, al dificultar los análisis, generando vacíos conceptuales, inconsistencias, fallos argumentativos.

Capítulo 41
Fusiles y cañones

"En este país los que no están presos
trabajan para la policía –dijo Renzi–.
Incluidos los ladrones".

Es mediante la eficacia de las normas que Kelsen incorpora a sus análisis el fenómeno del poder. La estrategia, de sumo interés, consiste en negarle al poder cualquier tipo de sustancialidad. El poder no es un ente ni *algo* que, por decir así, fuera posible de ser poseído. No se trata de algún tipo de fenómeno misterioso que estuviera por detrás de las normas, sino de otra manera de referirse a su eficacia. Señala Kelsen:

> "En cuanto tal poder existe, no es otra cosa que *el hecho de la eficacia del orden jurídico*, es decir, el hecho de que la representación de las normas jurídicas creadoras de sanciones determina la conducta de los individuos o ejerce sobre ellos una coacción psíquica." (*TG*, 201)

El poder se verifica en los comportamientos efectivos que son adecuados a los declarados debidos por un conjunto articulado de sentidos normativos. Por tanto, él no se identifica con objetos físicos:

> "Si se habla del poder del Estado, probablemente se piensa ante todo en las prisiones y en la silla eléctrica, en los fusiles y en los cañones, y quien sea partidario de la interpretación materialista de la historia, pensará en las cuentas corrientes de los patrones y en sus fábricas. Sin embargo, no se debe olvidar que todas esas cosas son cosas muertas y que para que sean instrumentos de poder deben ser empleados por los hombres, y los hombres emplean esos instrumentos con uno u otro propósito, tan sólo si son instigados a hacerlo por otros individuos, en virtud de mandatos, es decir, mediante normas. El fenómeno de poder aparece aquí en el hecho de que esos mandatos sean obedecidos y en el hecho de que las normas

> que regulan el uso de las prisiones y sillas eléctricas, fusiles y cañones, cuentas corrientes y fábricas, sean eficaces." (*Dp*, 94)

Hablar de poder implica detectar una relación, donde sus extremos son, en los canónicos términos weberianos, el mando y la obediencia. Para Kelsen no se trata tanto de un *tipo* de relación (como si hubiera relaciones de no poder), sino de un *aspecto* de cualquier relación que se tome en consideración. Toda relación, aun cuando no lo parezca o incluso si se presenta de otra manera, es de suyo una relación de poder:

> "Difícilmente podría existir una relación humana que no asumiese algunas veces y en cierta medida ese carácter. Incluso la relación que llamamos amor no está completamente libre de tal elemento, pues también en ella hay alguien que domina y alguien que es dominado." (*TG*, 197)

O tal como señala con más detalle en otro texto:

> "Dominación no es otra cosa, en términos psicológicos, que motivación ... toda relación entre hombres se revela bajo la forma de una relación de dominación, al menos también bajo esta forma. Incluso en el vínculo que parece excluir tal relación, a saber el amor y la amistad, un análisis más sutil distinguirá una igualdad parcial de dos elementos, y casi siempre un conductor y un conducido, uno más fuerte y uno más débil." (*Ep*, 79)

El grado de poder de esa relación depende del grado de eficacia que tenga el mando, es decir, de la obediencia que se obtenga. Es para asegurar esa obediencia que se apela al mecanismo sancionatorio: las relaciones de poder son relaciones extorsivas que se comprueban eficaces. Por cierto: ellas no serán siempre jurídico-normativas, en el estricto significado kelseniano. La distinción entre sentidos subjetivos y objetivos, entre extorsiones permitidas o no permitidas por otras normas, juega aquí su papel.

Como sostiene Kelsen en su habitual léxico redundante:

> "El poder no consiste en prisiones ni silla eléctricas, fusiles o cañones, cuentas corrientes ni fábricas; el poder no es una sustancia, no es algo distinto del orden social, que se halle escondido en algún sitio detrás de éste. El poder social consiste *tan sólo* en la eficiencia de un orden que regule la conducta mutua de los individuos. Cabe que este poder sea un orden jurídico, pero no es necesario que sea tal; puede ser de otro tipo. Si la relación de superioridad del Derecho es poder, entonces ese poder consiste *tan sólo* en la efectividad o eficacia de las normas que establecen medidas coactivas." (*Dp*, 95)

Hay poder si hay un orden efectivo de algún tipo. Estos órdenes, dentro del esquema de la teoría pura, son los diferentes sistemas sociales por ella indicados: jurídicos,

morales y religiosos. Y así como la coacción psíquica que provocan estos dos últimos es más fuerte que la movilizada por el derecho, ellos expresan un poder mayor:

> "No siempre es el poder más fuerte el que se mantiene detrás del orden jurídico, dicho sea de manera figurada. El poder que se halla detrás de un orden moral o religioso; es decir, los ordenamientos moral y religioso de la conducta humana son con frecuencia más eficaces que el orden jurídico." (*Dp*, 95)

Referirse al poder no es más que referirse a la eficacia de un orden, ya sea jurídico o no. Si la eficacia es condición de la validez de las normas, es claro que el poder también lo es. Un enunciado remite al otro, sencillamente porque dicen lo mismo.

Y aquí Kelsen argumenta de la misma manera que respecto al nexo causal presupuesto por el derecho. Lo relevante es la eficacia (el poder) en cuanto tal, no las causas en cada caso concretas que causan esa eficacia (o poder):

> "Cuál sea la base de la eficacia de un orden social, cuáles sean los motivos para la obediencia que obtiene, en suma, el secreto del poder, constituye sociológicamente un problema muy importante ... Pero esto problema queda extramuros de la cuestión sobre la naturaleza del derecho... El orden coercitivo llamado derecho debe poseer un mínimum de eficacia para que sus normas puedan ser consideradas como válidas; y la afirmación que detrás del orden jurídico hay un poder, sólo significa que el orden jurídico es eficaz en conjunto, es decir, que sus normas son cumplidas de hecho. Pero eso es asimismo verdad respecto de todo orden social. Detrás de todo orden social que consideramos válido hay poder." (Dp, 96)

Kelsen destaca el lazo indisoluble que presentan imputación y causalidad, validez y eficacia, derecho y poder, pero secciona ambos aspectos al momento de analizar al derecho. Sin tales presupuestos no hay forma de singularizar al derecho. Pero ya singularizado, pueden obviarse. Kelsen no recusa la posibilidad de analizarlos. Sí la relevancia de su dilucidación para exhibir al derecho en cuanto tal. Esto permite distinguir, de manera tajante, dos ámbitos teóricos. El de la teoría del derecho, que interpreta las relaciones en términos normativos (obligaciones, facultades, prohibiciones) por un lado, y el de la teoría sociológica por otro, que interpreta esas mismas relaciones

> "... como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente." (*TP*, 229)

La eficacia es condición de validez, sin embargo estudiar la eficacia (o sus correlatos: la ineficacia y la contra-eficacia) no es relevante para explicar al derecho. Pero lo crucial

es lo siguiente: es mediante un *mismo* gesto que se deslindan los dos ámbitos. Es bajo un entramado conceptual común que las dos teorías se distinguen. Por tal motivo, ambos trayectos están mucho más ligados de lo que Kelsen expresamente manifiesta, pues es la peculiar manera de marcar un territorio el que simultáneamente marca el otro. ¿No incidirán de manera directa las investigaciones sobre las condiciones y sus causas en los análisis de aquello que es condicionado? O también: ¿no se distorsiona el análisis de lo condicionado al obviar sus condiciones? En los términos de Kelsen: ¿no será el secreto del poder un factor relevante para entender o explicar al derecho?

La teoría pura divide dos campos: el de los nexos causales y el de los nexos imputativos. El del poder y el de las normas; el de la eficacia y el de la validez. En fin, el de la teoría del derecho y el de la sociología.

Estos dos ámbitos no se refieren a fenómenos diferentes. Por el contrario, en ellos es lo mismo aquello que está concernido: comportamientos. O mejor dicho: relaciones entre comportamientos. Mientras que un caso se los interpreta de manera normativa, en otro se lo hace en términos de dominación. En un caso las conductas se entienden como el contenido de un orden normativo; en otro como el conjunto de las conductas efectivas.

Es en esta dirección que Kelsen señala lo siguiente:

> "La sociedad, como objeto de una ciencia social normativa, es un orden normativo de la interacción entre los hombres. Éstos pertenecen a una sociedad en cuanto su comportamiento está regulado por ese orden; en cuanto ese orden prescribe, autoriza o permite positivamente sus comportamientos. Cuando se afirma que una determinada sociedad está constituida por un orden normativo regulador del comportamiento recíproco de una multitud de seres humanos, es necesario tener presente que ordenamiento y sociedad no son dos cosas distintas entre sí, sino una y la misma cosa; y que cuando se designa a la sociedad como una comunidad, lo común a esos hombres es esencialmente el orden regulador de la acción recíproca de los mismos." (*TP*, 101)

Para Kelsen, la sociedad no es más que el conjunto de los comportamientos que hacen al contenido de un orden normativo. Estudiar la sociedad y estudiar el orden normativo es una tarea idéntica. Aunque además de las conductas que hacen al contenido de las normas, están las que son efectivas y que resultan contrastables con las deónticamente modalizadas. En tal caso, su estudio es propio de una sociología que capte los nexos causales.

La sociedad resulta interpretable desde dos perspectivas diferentes, ya sea que las conductas se exhiban de manera normativa, ya sea que se muestren en su efectividad. Kelsen le asigna a la teoría sociológica estudiar todo lo relativo a los *efectos* del derecho. Por lo tanto, no se trata de *cualquier* sociología, sino de aquella previamente delimitada por la concepción del derecho propuesta por la teoría pura.

La teoría crítica, en cambio, sostiene que no se aprehende de manera adecuada al discurso jurídico sin tomar en cuenta sus efectos. Esto es lo que la conduce a introducir como central las nociones de práctica jurídica y formación social. Es decir: el discurso no puede separarse del *marco* que lo contiene. En el léxico kelseniano habría que decir: no hay posibilidad alguna de aprehender de manera adecuada los sentidos normativos sin tomar en cuenta su eficacia. No puede separarse la teoría jurídica de la sociología. Resulta inseparable el cómo funciona la estructura normativa de esa estructura misma. Todo lo cual implica poner en duda el doble movimiento de introducción y erradicación antes señalado.

Junto a estas consideraciones, cabe agregar un matiz a la identificación kelseniana entre poder y eficacia. La validez de una norma no sólo exige, como condición, la eficacia del orden al que pertenece. Kelsen también señala que se requiere del acto mediante el cual la norma se instaura. Este aspecto, medular en la teoría pura, es el implicado al afirmarse el carácter *positivo* de las normas. Indicación que, aunque lo parezca, no es trivial. Pues la eficacia del orden normativo capta la obediencia, pero no el aspecto de mando que le es correlativa. El poder no sólo se aprehende constatando la eficacia, sino también al enfocarse los actos que reclaman obediencia.

Las relaciones de poder incluyen dos términos: la obediencia, pero también el mando que la exige. Cada instauración normativa implica, de suyo, un acto de poder. Esto no significa que haya *algo*, llamado poder, por detrás del derecho, sino que el acto mismo se enfoca como acto de poder. Y él podrá o no ser obedecido. No obstante, al leerse los textos de Kelsen da la impresión que el poder, aun cuando se enfatice su carácter relacional, sólo parece verificarse del lado de la eficacia y no del de la producción normativa.

Las relaciones de poder son considerables desde ambos lados. Ya sea desde la obediencia, en términos de eficacia o ineficacia, de obediencia o desobediencia. Ya sea desde el mando, en términos de su distribución y organización.

Por cierto, si al enfocarse las relaciones de poder, el énfasis pasa por su carácter antagónico, la dilucidación tanto de los sentidos jurídicos como de sus efectos adquiere un nuevo cariz. Kelsen no niega el antagonismo, sin duda que no, pero no suscita su interés en cuanto jurista o sociólogo puro.

Destacar el antagonismo torna relevantes tanto las conductas eficaces como las ineficaces, tanto la obediencia como la delincuencia y la resistencia (en sus diferentes y variables formas: la oposición, la rebelión, la desobediencia, la revolución), así como sus diferentes imbricaciones. Ello en la medida que las conductas efectivas, contrastadas con los sentidos normativos, se vislumbran tanto eficaces como ineficaces (delincuencia) y contra-eficaces (resistencia), siendo su conjunto justamente aquellas conductas efectivas o *reales*.

Semejante énfasis introduce un problema de peso. Cuando Kelsen expone el punto de vista sociológico utiliza dos vocabularios diferentes: el de causalidad y el del poder. La eficacia está usada en ambos casos: ella es el resumen del efecto causal de ciertos actos y, a la vez, el hecho empírico que permite hablar sensatamente del poder.

Ahora bien: ¿son homogéneos ambos vocabularios? ¿Se trata de un *mismo* esquema interpretativo o de explicitación conceptual?

Estas preguntas adquieren dramatismo en cuanto las relaciones causales implican la atribución a los fenómenos de un nexo necesario, mientras que el conjunto de consideraciones relativas a las relaciones de poder, siempre las efectuamos bajo el supuesto del carácter contingente de los nexos. Las regularidades, tal como lo sugirió un epígrafe de Althusser, están subordinadas al encuentro aleatorio de los fenómenos.

Por cierto, Kelsen fue muy atento a las diferentes maneras de entender a la causalidad:

> "Si estamos dispuestos a aceptar los resultados de la Física moderna y el significado que los representantes más eximios de la más exacta de las Ciencias naturales les atribuyen, tendremos que transformar de modo sustancioso nuestra concepción del universo. Se ha desmoronado la noción según la cual la ley de causalidad *determina de modo absoluto todos los acontecimientos*, y, si bien esta ley no ha quedado completamente eliminada del pensamiento científico, cuando menos debe modificarse sustancialmente su interpretación." (*Cr*, 194)

Y, lejos de adherir al enfoque kantiano de las categorías, Kelsen le dedicó numerosos estudios históricos a rastrear su formación, tal el caso de la causalidad:

> "A lo largo de esta controversia se plantea cuál es el origen de la *creencia* según la cual todos los acontecimientos están determinados por una ley absoluta, es decir, se plantea cuál es el origen del presupuesto, que damos por sentado, de que cualquier acontecimiento debe ser *efecto necesario de una causa* según una ley inviolable. Debemos mostrar cómo ha surgido la *creencia* en la causalidad en la evolución del pensamiento humano." (*Cr*, 194)

También son suficientemente conocidos los rasgos, diferentes y entrelazados, que Kelsen le otorga a la causalidad: imperfección, infinitud e impredicibilidad.

Imperfección:

> "A la mente humana ... le es imposible, por estar siempre extremadamente alejada de la inteligencia infinita de Laplace, conocer todas las fuerzas que confluyen en un momento dado." (*Cr*, 217)

Infinitud:

> "... la cadena de causas y efectos es, por definición, infinita. Es más, cada acontecimiento concreto es la intersección de un número infinito de líneas de causalidad." (*CI*, 231)

Impredecibilidad:

> "Sólo puede conocerse el futuro a partir del presente, basándose en que el pasado, que sirve para explicar el presente, se repite en el futuro. En último término, lo que captamos del futuro a través de nuestro conocimiento es simplemente el pasado." (*Cr*, 218)

Kelsen señala que la causalidad, en tanto categoría interpretativa no es ni verdadera ni falsa. Lo que hay que plantear es una interrogación pragmática, esto es: si ella resulta *útil*. Y, al respecto, Kelsen considera que la noción de causalidad, dentro de ciertos límites cognitivos, funciona relativamente bien.

De igual manera, cabe ahora preguntarse si tal esquema también resulta útil para interpretar las relaciones de poder. Las dificultades del determinismo causal, que durante décadas fue sostenido y a la vez controvertido por los diferentes seguidores de Marx, hacen dudar de semejante utilidad. De ahí, por ejemplo, el énfasis althusseriano en destacar un esquema interpretativo basado en la idea de contingencia. O, también, el recurso de Foucault, al adoptar un léxico bélico: tácticas, estrategias, ataques, defensas, conquistas y resistencias.

Otra vía, que en algún momento es sugerida por Kelsen pero sin dedicarle mayores comentarios, es la de usar un léxico probabilístico, similar quizás al empleado por Weber al especificar el poder como la probabilidad de imponerse a otro, aun cuando haya resistencia y más allá de la justificación legitimante en juego:

> "Si un orden normativo, sobre todo un orden legal, es efectivo, podemos afirmar que, si se lleva a término la condición establecida en la norma social, es *probable* que se dé la consecuencia prevista por la norma social ... Pero es dudoso que una afirmación de este tipo revista el carácter de una verdadera ley de la naturaleza como la que describe el efecto del calor sobre los cuerpos metálicos." (*CI*, 231)

Sin embargo, cabe prestarle atención a la manera mediante la cual la teoría pura engarza imputación y causalidad. Kelsen sostiene, por lo general, que el orden normativo que regula las conductas presupone que su curso es causalmente *determinable* (*TP*, 107); en otras ocasiones, en cambio, sostiene que los comportamientos se encuentran causalmente *determinados* (*TP*, 108). Esta oscilación entre lo determinable y lo ya determinado abre una veta interpretativa, al ser posible sustituir la expresión *causalmente determinable* por *adiestrable*. Es decir: los cuerpos físicos son adiestrables y, por ello, capaces de realizar conductas regulares.

Adiestrar, adiestramiento (*Abrichten*), son términos que fue introduciendo Wittgenstein en sus investigaciones lógicas.[4] Para referirse al aprendizaje o a la comprensión (saber hacer algo es estar adiestrado para ello), pero también para señalar qué significa seguir una regla:

4. Ver: Martyniuk, C., *Wittgensteinianas*, Buenos Aires, Biblos, 1997.

> "Permítaseme preguntar esto: ¿Qué tiene que ver la expresión de la regla –el indicador de caminos, por ejemplo– con mis acciones? ¿Qué clase de *conexión* existe ahí? —Bueno, quizás ésta: he sido adiestrado (*Abrichten*) para una determinada reacción a ese signo y ahora reacciono así."

Foucault, por su parte, también hace uso del verbo *dresser* y del término *dressement*. Esto es: adiestrar y adiestramiento. Es así que las relaciones de poder *dressent* los cuerpos o, también, que ciertas técnicas de ejercicio del mando se califiquen como un arte del buen *dressement*.

Parece razonable afirmar que las normas presuponen, no una causación, sino que los cuerpos físicos sean adiestrables para que reaccionen de cierta manera ante determinados signos. Y un adiestramiento, un amaestramiento, implica el uso de la fuerza. Ya se haga de manera directa (golpeando o hiriendo al cuerpo), ya sea de manera indirecta, por medio de una amenaza (extorsionándolo con un golpe en caso de que no reaccione como se le exige). Pero el uso de símbolos y de imágenes, de íconos y de figuras, de colores y de escenas, también se revela adecuado. Asimismo, resulta razonable admitir que es el propio desenvolvimiento de un derecho el que va adiestrando a los cuerpos físicos a los que se les exige comportarse de cierta manera.

Un esquema semejante es el que induce el término de hábito empleado por Hart. Los hábitos de obediencia requieren *arraigarse*. Y adiestrar a un cuerpo parece una manera bastante plausible de designar a los actos de arraigar un hábito, es decir: obtener un comportamiento regular y uniforme.

Estas sumarias consideraciones permiten decir que, en cuestión de comportamientos humanos, la reiteración *no* está asegurada. Siempre puede advenir un acontecimiento imprevisible o inderivable de las condiciones dadas. El arraigo del hábito no implica de suyo el carácter automático de la reacción. Por el contrario, que se requiera un adiestramiento implica que las reacciones no son de suyo automáticas o calculables. Lo cuál es similar a decir que las relaciones no son necesarias.

Justamente, el carácter calculable del comportamiento es un resultado de largos y duros adiestramientos. Tal es la tesis sostenida por Nietzsche:

> "Aquella tarea de *criar un animal* al que le sea lícito hacer promesas incluye en sí como condición y preparación ... la tarea más concreta de hacer antes al hombre, hasta cierto grado, necesario, uniforme, igual entre iguales, *ajustado a la regla* y, en consecuencia, calculable."[5]

Wittgenstein pregunta: ¿qué significa que un niño sepa sumar? Su respuesta es: fue adiestrado para hacer esto y aquello, en tales y cuales circunstancias. Nietzsche plantea la pregunta de una manera a la vez semejante y diferente:

5. Ver: Nietzsche, F., *La genealogía de la moral*, Madrid, Alianza, 1972.

> "¿Cómo hacerle una memoria al animal-hombre? ¿Cómo imprimir algo en este entendimiento del instante, entendimiento en parte obtuso, en parte aturdido, en esta viviente capacidad de olvido, de tal manera que permanezca presente? ... Puede imaginarse que este antiquísimo problema no fue resuelto precisamente con respuestas y medios delicados; tal vez no haya, en la prehistoria del hombre, nada más terrible y siniestro que su mnemotécnica. 'Para que algo permanezca en la memoria se lo graba a fuego; sólo lo que no cesa de doler permanece en la memoria' –éste es un axioma de la psicología más antigua (*por desgracia*, también la más prolongada) que ha existido sobre la tierra."

El punto que tienen en común estas perspectivas es el siguiente: la reacción adecuada a una regla (o a una norma) requiere de un adiestramiento. El hábito requiere ser arraigado. Y si la causalidad está concernida, es más bien como un ideal a alcanzar. Que la reacción se produzca *como si* hubiera un nexo necesario entre el estímulo jurídico y la respuesta obediente, no deja de ser algo así como la utopía del derecho. El hecho de percibir cuerpos adiestrados induce la ilusión de obtener conductas causalmente determinadas. Se trata del sueño de la eficacia absoluta de ciertas normas: que las conductas sean tan regulares que parezcan causalmente determinadas. Dado el alto arraigo de ciertos hábitos, dicho sueño da la impresión de estar efectivamente realizado, lo que torna verosímiles los enfoques basados en la causalidad. Por cierto, sólo captan la sombra de la utopía, lo cual no es poca cosa.

Estas indicaciones permiten afirmar la *utilidad* de adoptar un esquema basado en contingencias y tendencias, antagonismos y enfrentamientos, dejando de lado el propuesto por Kelsen en términos causales. La regularidad, la reiteración, la previsibilidad, el carácter calculable de la conducta, son un resultado y no el dato primario del enfoque. Esto deja abierta la puerta para el advenimiento de los elementos inesperados e impredecibles. De los fenómenos incalculables. O, en otro léxico, del surgimiento de una novedad, o de un comportamiento singular. Pero dicha imprevisibilidad ahora no se deberá, como sugiere Kelsen, a una limitación cognitiva propia de la naturaleza humana, a la insalvable brecha que se produce entre causalidades infinitas y una mente con capacidades finitas, sino a un rasgo positivo propio del esquema conceptual utilizado. La precariedad de la predicción es congénita al esquema interpretativo basado en la serie antagonismo / adiestramiento / contingencia y no a supuestas limitaciones cognitivas.

Toda relación de poder resulta interpretable como indeterminada en sus resultados, devenir y resolución. Este es, en definitiva, uno de los aspectos que se desea remarcar al enfatizarse el carácter histórico de los fenómenos. Si hay historia es, justamente, porque no se adopta un esquema totalmente causal. Que los fenómenos sean históricos es una manera de decir que ellos se captan como contingentes, es decir: indeterminados. Lo cual no implica, por supuesto, que la causalidad no siga siendo, por su utilidad, apta para ser usada en las indagaciones científico-naturales.

De aceptarse estas breves observaciones, hay un aspecto del enfoque de la teoría pura que merece modificarse. La sociología jurídica, en tanto estudio de la eficacia, es decir: de las relaciones antagónicas de poder, ya no se deja presentar como un saber causal, semejante a los saberes físico-químicos. Es otro esquema interpretativo el puesto en juego pero que, para retomar el vocabulario neokantiano de la teoría pura, es tan propio de las ciencias de la cultura como el normativo propuesto por Kelsen. El esquema de explicitación normativo supone otro esquema interpretativo, pero ya no causal, sino basado en la serie antagonismo / adiestramiento / contingencia/ impredecibilidad. Tal es el marco interpretativo para presentar la eficacia, la ineficacia y la contra-eficacia de las normas, es decir: las relaciones antagónicas de poder.

Esta proliferación de interpretaciones no debiera provocar ni asombro ni perplejidad. Tal como señala Kelsen:

> "No hay nada que impida que la mente humana someta a la conducta humana a dos esquemas de interpretación distintos." (*CI*, 249)

Sin embargo, cabe conjeturar que el esquema interpretativo basado en la serie que forman el antagonismo, la contingencia, el adiestramiento y la incalculabilidad, fuese el único relevante, satisfaciendo así las exigencias de economía explicativa.

En este aspecto, cabe retomar una indicación de Laclau: la distinción, de raigambre husserliana pero en principio marginal en la doctrina fenomenológica, entre sedimentación y reactivación, formas sociales y procesos políticos.

Una forma social es una perspectiva ya establecida, consolidada, rutinizada. Esto es: hegemónica. Dicha consolidación tiende a borrar la contingencia, ya sea la referida a sus inicios, ya sea la vinculada a su propia perduración. Se trata, recuperando ahora una expresión de Hart, de un orden *normalizado*. Y, como tal, genera el sueño de la concatenación causal de los fenómenos. Incluso el delito, en cuanto resumen de la ineficacia, puede ser integrado como un momento de dicha normalización.

Un proceso político, en cambio, pone en cuestionamiento la normalización. Saca a la luz la contingencia que laboriosamente se consolidó en una forma social. Es decir, pone de manifiesto la diferencia entre la normalidad y la normalización, al mostrar que esta última es un resultado y no un dato en cuanto tal.

Por cierto: semejante mostrar sólo se hace efectivo si el proceso político se engancha a una circunstancia incalculable desde el punto de vista de la forma social. Sólo lo impredecible es una prueba del carácter derivado de la normalización, de su radical contingencia. Siguiendo con la recuperación del léxico de Hart: los procesos políticos se manifiestan como rupturas. De tal forma, parece razonable sostener que *desde* el ángulo de la normalización, una ruptura será leída como un caso patológico.

Es desde esta óptica que cobra relevancia separar con cuidado la ineficacia (ámbito del delito), de la contra-eficacia (ámbito de la ruptura). Separación en *cierto* sentido abstracta, pues al darse un proceso político, no hay modo alguno para decidir si se

trata de un caso u otro. O mejor dicho, desde la forma social siempre se trata de ineficacia, pues es su propia perduración la que está en juego. Y, desde el proceso político, se trata de contra-eficacia, ya que sería absurdo que él se presentara como delictual. Será el resultado de la reactivación lo que permita aprehender *a posteriori* de qué se trató. Esto significa que, en sus inicios, un proceso político es indecidible, siendo imposible responder si se trata o no de una innovación o de un espejismo renovador.

Asumir esta conjetural distinción implica resignificar el conjunto del trayecto precedente. Sólo indico tres posibilidades, algunas consecuencias y la filiación de esta óptica.

Uno. Kelsen pretende disolver todos los dualismos a los que califica de míticos o ideológicos. Propone, en cambio, mantener con coherencia una sola distinción: validez y eficacia. La conjetura precedente lleva a reemplazar ese único y problemático dualismo por otro: forma social y proceso político. Validez y eficacia serán dos rasgos de la forma social. La diferencia fuerte, ahora, pasa entre la normalización y la reactivación. En términos de Hart: entre lo normal y la ruptura. Entre la perduración (o en el léxico de la teoría crítica: la re-producción) y la perturbación. Entre lo calculable y lo incalculable, lo predecible y lo impredecible. O, por último, en los términos usados por Alchourrón y Bulygin: entre la renovación y la conservación.

Dos. Deviene plausible distinguir dos significados del término antagonismo. Distinguir, para usar un típico modismo analítico, un sentido fuerte y otro débil.

Un antagonismo en sentido *fuerte* es aquél que relaciona una situación normalizada y un proceso de ruptura. Si las rutinas son efectivas, si la contingencia está debilitada, no se presenta la ocasión para referirse a un antagonismo en este sentido. En otros términos: el antagonismo en sentido fuerte no es un dato, sino una eventualidad que puede o no verificarse en cada caso. Sólo si se afirma y verifica una ruptura se presenta aquella ocasión.

Antagonismo en sentido *débil*, en cambio, es todo aquél que hace al transcurrir mismo de la forma social. Se trata del conjunto de polémicas y enfrentamientos que hasta aquí se destacaran. Es justamente su debilidad, su baja intensidad, su irrelevancia *política*, la que permite que habitualmente se las omita. Para usar una metáfora cotidiana: se trata del juego de la oposición.

En un ya aludido relato de Borges se narran dos enfrentamientos de diferente índole. Uno, entre la ortodoxia y las herejías, entre la autoridad papal y las corrientes que controvierten la médula misma de esa autoridad. Otra, entre los propios teólogos pontificiales, Juan y Aureliano. Ésta es una sugerente imagen de los dos sentidos del antagonismo. El primer enfrentamiento ilumina el sentido fuerte; el segundo, el débil, la mera oposición. Aunque no hay que perder de vista que, en ambos casos, el perdedor termina en la hoguera.

Tres. También deviene posible darle una vuelta de tuerca a la visión sofística del discurso y, en particular, a su disolución de la idea de verdad. Vimos, en su momento, cómo la verdad se redujo, al fin de cuentas, a un apéndice redundante. Entre afirmar el enunciado *p* y añadirle el predicado verdadero, es decir: afirmar "*p* es verdadero", sólo había una diferencia de énfasis, meramente persuasiva. Un truco para obtener

el con-vencimiento del otro. Conciliación casi imperceptible entre la redundancia y el pragmatismo.

El desafío sofista es de peso. Inhibe cualquier presentación en términos de esencia o naturaleza, ya sea de las cosas, de la verdad o de lo que fuese. Pero no prohibe estipular alguna visión de la verdad que intente no ceder ante tales circunstancias. Por cierto, dado que nuestras intuiciones cotidianas oscilan entre el pragmatismo y, para emplear la imagen de Putnam, la objetividad de la mirada de Dios, tal estipulación tendrá, al menos parcialmente, un marcado tono contra-intuitivo.

El nervio de la cuestión, brutalmente enunciada, es la siguiente: identificar la verdad con la innovación. Esto significa, ante todo, que verdad es el nombre de un proceso. De una línea, no de un punto. En el lenguaje de Laclau: del proceso político. Al nivel epistemológico, se trata del proceso de renovación o *revisación* elogiado por Alchourrón y Bulygin y que kuhnianamente se designa con la sugestiva rúbrica de ciencia revolucionaria (en contraposición a la ciencia llamada, también de manera elocuente, normal).

De acuerdo a lo conjeturado, los procesos políticos ponen de manifiesto la contingencia inherente a cualquier forma sedimentada. Justamente: poner de manifiesto, sacar a la luz, hacer visible o patente, desocultar, clarificar incluso, son diversos modos canónicos de destacar la verdad.

Un enfoque semejante sigue la ruta del ánimo sofístico, pues la innovación presupone la ruptura, esto es, el antagonismo. Pero se niega a igualar todas las polémicas, distinguiendo dos sentidos del antagonismo. O, si se quiere enfatizar la distinción, diferencia entre la oposición y el antagonismo en cuanto tal.

Cabe extender tal dualismo para distinguir entre el saber y la verdad. El saber será el conjunto discontinuo y abigarrado de las cosas dichas, de formas cognitivas rutinizadas o hegemónicas. La verdad, en cambio, es la ruptura del saber. Por tanto, la que lleva a modificarlo. Distinción sin dudas clásica, al permitir decir que la verdad está en el inicio del saber. Pero no, sin duda, en su posterior consolidación. La verdad, como habitualmente se dice, importa ir hacia el fondo de las cosas. Pero en éstas no hay una esencia, sino una radical contingencia. Y ésta es, justamente, la que es indicada por la innovación.

Ahora bien, así como nada impide semejante estipulación, nada obliga a asumirla. Estamos, en definitiva, ante una decisión. Siempre es posible inclinarse por la visión conservadora ilustrada por Brodski. Y afirmar, así, que toda novedad no es al fin de cuentas más que orina vieja y corriente. Alchourrón y Bulygin dirían que se trata de las mentes impermeables a cualquier renovación. Pero también es posible asumirse como un perpetuo abogado: defensor de cualquier causa, hacedor de argumentos, artesano del convencimiento. Ambos, sin embargo, pueden afirmar el adagio ya recordado: *nihil novi sub sole*. Unos lo tomarán como una máxima conservadora; los segundos, en cambio, como una divisa democrática. La conjetura aquí esbozada también se sostiene en una decisión: la de no renunciar al término verdad, pero sin revocar el conjunto de los aspectos puestos en juego: antagonismo, contingencia, no sustancialismo o no esencialismo.

En este breve recorrido conjetural, nos deslizamos fluidamente desde la teoría *pura* hacia una de las referencias básicas de la teoría *crítica* del derecho: la visión althusseriana de la política. En particular, la presentada a la luz de su ya clásica lectura de Maquiavelo. Quiero decir: la precedente conjetura tiene sus filiaciones, sus desarrollos, sus fervientes defensores. Uno de ellos es el propio Althusser.[6]

Me limito a señalar los trazos gruesos de esta crucial remisión. En parte para esclarecer lo expuesto, en parte para mostrar la procedencia de los dichos. Voy a recurrir a un conjunto de indicaciones, sin mayores comentarios.

Señala Althusser:

> "Al fin de su vida, el mismo Croce declaraba que la atormentadora 'cuestión' de Maquiavelo 'jamás tendría respuesta'. ¿A qué atribuir ese sobrecogimiento? En muchos sitios del *Príncipe* y los *Discursos* escribe que aquello que por excelencia sorprende a los hombres es la *novedad: lo jamás visto*. Vayamos más allá de esta explicación que se podría calificar de psicológica y que, aparentemente, no hace sino reconducirnos a las anotaciones de la filosofía clásica sobre el asombro. Y es que Maquiavelo es el teórico de la novedad en tanto es ... el teórico de los *comienzos*, del comienzo." (*E2*, 45)

Y la novedad del inicio, del nacimiento o del re-nacimiento, está ligada a la ruptura:

> "La novedad del comienzo doblemente sorprende a los hombres: por el contraste entre el antes y el después, entre lo nuevo y lo antiguo; por su oposición cortante, por su ruptura." (*E2*, 46)

La lectura althusseriana hace de Maquiavelo un teórico de la lucha política. Pero ésta no tiene como objetivo la conquista de una forma ya existente, sino la creación de una forma inédita, aún no dada. Teórico singular, pues sus escritos son *manifiestos*, textos que toman partido por aquella novedad que anuncian:

> "Para anunciar un nuevo Príncipe en su escrito, él escribe de una manera propia a la novedad que anuncia, de una nueva manera. Su escritura es una novedad, es un acto político." (*E2*, 66)

6. Ver: Althusser, L., "Machiavel et nous" (1972-1986), en *Écrits philsophiques et politiques, Tome II*, París, Stock/Imec, 1995, pp. 39-168 (a citar *E2*, seguido de número de página) y *L'avenir dure longtemps*, Le livre de poche, 1994, p. 488. Esta visión de la política ha sido ahondada de diversas maneras por algunos de los colaboradores de Althusser, entre otros, Jacques Rancière, Etienne Balibar y, fundamentalmente, Alain Badiou. Ver: Rancière, J., *La Mésentente*, Galilée, 1995; Balibar, E., *La crainte des masses*, Galilée, 1997; Badiou, A., *Abrégé de métapolitique*, Seuil, 1998. Sobre la lectura althusseriana de Maquiavelo, ver: Terray, E., "Une rencontre: Althusser et Machiavel", en Lazarus, S., *Politique et Philosophie dans l'oeuvre de Louis Althusser*, PUF, 1993 y Negri, A., "Machiavel selon Althusser", en *Lire Althusser aujourd'hui*, Futur antérieur, L'Harmattan, 1997.

La política será una aventura (término afín a la imagen del viaje y los caminos no trillados), que puede empezar en cualquier sitio y ser realizada por cualquiera. Es decir, ella nombra lo imprevisible mismo de una forma social:

> "... la gran aventura comienza fuera de todo lo que existe, en un lugar desconocido y por un hombre desconocido." (*E2*, 133)

¿Qué es lo que puede haber en el origen de cualquier orden establecido? Maquiavelo diría

> "... que en el origen de todos los gobiernos (y antes de ellos de toda sociedad) uno encuentra el azar, al que de aquí en adelante hay que poner en relación con la Fortuna. Decir que el azar está en el origen de las sociedades y gobiernos y decir al mismo tiempo que los hombres estaban en el origen dispersados (la dispersión es congénita al azar ...) evidentemente significa rechazar toda ontología antropológica de la sociedad y de la política. Rechazar, en particular, la teoría de Aristóteles (ese gran ausente del pensamiento de Maquiavelo) del animal político 'por naturaleza'. Pero también ... rechazar toda teoría contractual del origen ... Maquiavelo es uno de los teóricos que se pasan del contrato social." (*E2*, 81)

La política se despliega como aventura inédita, pero también saca a relucir el azar que dio nacimiento a las formas consolidadas. Un movimiento es la contracara del otro. Y esto para Althusser significa, retomando el clásico lema maquiavélico, ir hacia la *verita effettuale della cosa*. Ella no es la naturaleza esencial de las cosas, sino su radical indeterminación (*E2*, 57).

La lectura althusseriana es mucho más extensa que estas dos o tres indicaciones. Pero se percibe, en su filigrana, la importancia de los *Cuadernos* de Gramsci, donde se destaca el mismo aspecto: la política como creación *ex novo*, distinguida de la diplomacia, entendida como el arte conservador de los equilibrios existentes. Y es ésta, en definitiva, la clave de la distinción que hace Laclau entre sedimentación y reactivación aquí retomada. Es decir, un proceso político está caracterizado como algo más que el ejercicio del poder; también como algo diferente a la gestión de lo dado. Es el nombre de una aventura singular, donde se conjugan el azar, la novedad y la ruptura.

Si ahora retornamos a los párrafos precedentes, cabe invertir el orden de lo expuesto. Es el admitir que *hubo* procesos políticos lo que justifica rechazar el esquema causal de interpretación. Es el admitir que sí *hubo* recorridos innovadores, lo que justifica distinguir entre normalidad y normalización. En clave epistemológica esto significa que hay saber porque *hubo* verdad.

Se dirá que todo esto se sostiene en una decisión. Sin duda. Pero cualquier otra respuesta o no respuesta se encuentra en la misma situación. La cuestión, entonces, pasa por su fecundidad y, si se quiere, por su simplicidad. La fecundidad sólo se muestra si se sacan las consecuencias del caso. Para ello se requiere caminar. Por de pronto, cabe efectuar en esta clave una posible relectura de la propia teoría pura. La simplicidad sí parece una cualidad verificable. Mediante un mismo movimiento se simplifica el esquema interpretativo kelseniano, al proponerse un único dualismo muy elemental: formas sociales (término muy cercano a la expresión, ya vista, de formación social) y procesos políticos. También se inserta un criterio no relativista al interior de la visión sofística. Se encadenan, asimismo, una serie de términos que jugaban dispersos: verdad, novedad, contingencia, polémica y antagonismo, eficacia y contra-eficacia, ruptura, normalidad y normalización, adiestramiento, incluso la seminal visión de la metodología como viaje. En fin, también se disipan los arduos problemas de la causación.

Se dirá, luego, que se generan nuevos problemas. Por cierto que sí. Pero de acuerdo a la indicación de Popper: cualquier solución que se proponga genera más y no menos problemas que los existentes. De ahí, justamente, su fecundidad.

Pero más allá de estas cualidades, cuya relevancia cabe retener pero sin exagerar, la inclinación de la balanza pasa por un interés, un vector, un ánimo, una postura todavía más básica: tomar la mutación como raíz. Y no la conservación. Esto significa: sólo en la mutación se da la chance de la emancipación.

Cerremos este ya dilatado, conjetural y quizás vano rodeo. Las anteriores indicaciones nos muestran la enorme complejidad que presentan las relaciones que paulatinamente se generan entre las teorías pura y crítica del derecho, mucho más enmarañadas que lo sugerido por el par *a partir de* y *en contra de*.

Hay incorporaciones, desplazamientos, ajustes, remisiones, eliminaciones. Cambios de énfasis, pero también continuaciones. Coincidencia en tramos significativos de los razonamientos, pero distancia en ciertos pasos o en las conclusiones derivadas. Todo lo cual, a su vez, puede hacerse de diversas maneras. Pero este conjunto de vinculaciones no se dejan apresar de manera genérica, sino que se muestran en cada caso, ya sea siguiendo de manera minuciosa los diversos caminos laterales que despliega la teoría crítica, ya sea reactivando una y otra vez la lectura de las diferentes versiones de la teoría pura del derecho. Decir que se pueden hacer muchas cosas es irrisorio si no se hace algo.

En fin, este conjetura sugiere otra manera de entender la crítica. Si ésta pretende asumirse como comprometida, esto es, ligada a un movimiento de transformación, cabe suponer que su médula pasa por los procesos políticos. O mejor dicho: hacer una lectura crítica significa enfocar al derecho (al discurso y práctica jurídicas y a su marco: la formación social) desde el punto de vista de una política posible. Desde este ángulo, el carácter crítico no reside en mostrar lo que se oculta, sino en asentarse en aquello que todavía no sólo es pero que, *a posteriori*, se revelará como proceso innovador. ¿Es aquí donde podría comenzar una teoría –es decir: una política– de la Justicia?

Capítulo 42
El árbol y las hojas

"Todos fingen y son otros. Los espías
están adiestrados para negar su identidad
y usar una memoria ajena."

Ya se señaló el consenso en cuanto al énfasis puesto en el aspecto conductual de los efectos. Él fue evaluado no como un error, sino como la puesta en juego de una elisión: el no mostrar las implicaciones corporales de esos efectos. También se sugirió que tal elisión deja sus huellas, dificultando análisis particulares, los que se ven críticamente afectados por los mismos argumentos que se esgrimen. En este sentido resulta paradigmático el tratamiento que la teoría pura le dispensa a la categoría de sujeto de derecho.

Kelsen afirma dos cosas sobre el sujeto de derecho. Uno: que se trata de una categoría superflua. Un estudio riguroso de un orden normativo está en condiciones de prescindir de ella. Dos: que se trata de una categoría mística o religiosa. Esto quiere decir que cumple una función ideológica. Y ambas afirmaciones son complementarias, ya que por ser ideológica, el sujeto de derecho puede eliminarse en cuanto categoría jurídica.

Sin embargo, es posible no hacer complementarias las afirmaciones. Bien puede suceder que, tal como la denomina Kelsen, la noción *tradicional* de sujeto de derecho, sea efectivamente ideológica. Incluso por las mismas razones esgrimidas por la teoría pura. Pero, a la vez, podría ocurrir que el orden normativo requiera de la categoría de sujeto de derecho entendida de *otra* manera. Esto significa que no sería entendible un orden normativo sin recurrir a esa categoría resignificada. Incluso tal resignificación puede estar sugerida tanto por la propia teoría pura como por la dogmática jurídica tradicional.

Veamos el primer punto: el carácter superfluo del sujeto de derecho. Ante todo un matiz. Kelsen afirma, por un lado, que se trata de una noción innecesaria. Pero, a la vez, señala que luego de una tarea de clarificación ella puede ser usada si se tiene conciencia de sus límites:

> "Los conceptos personalizados de sujeto de derecho y órgano de derecho *no son conceptos necesarios* para la descripción del derecho. Se trata,

> a la postre, de *conceptos auxiliares* que, como el concepto de derecho reflejo, facilitan la exposición. Su utilización es admisible sólo si se tiene conciencia de sus características. Poner claridad al respecto es la tarea emprendida por la teoría pura del derecho." (*TP*, 179)

Ya hay aquí un primer punto a destacar, un desplazamiento sutil. El sujeto de derecho no se considera como un ingrediente de algún tipo del derecho-objeto, sino como un concepto propio de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. Sin embargo, cabe reconocer que al menos en los textos jurídicos modernos sí es hallable la locución sujeto de derecho o, expresión afín, la de persona. Ellas pueden ser reconstruidas o, en cambio, ser rechazables como residuos por la dogmática al aprehender el texto de acuerdo a ciertos criterios, pero no es razonable ignorarlas, como si no existiesen bajo la suposición apriorística de que sólo son conceptos propios de una teoría.

¿Qué es lo que aquí está en juego? Señala Kelsen lo siguiente, resumiendo de manera sintética su argumentación

> "¿En qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, la calidad de persona? En no otra cosa sino en que el orden jurídico impone obligaciones y derechos a los hombres. 'Ser persona' o 'tener personalidad jurídica' es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos. La persona, como 'portador' de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones jurídicas y derechos, como cuyo portador es representado. Así como el árbol, del cual en un lenguaje sustantivista, que es expresión de un pensamiento sustancialista, se dice que tiene tronco, ramas, hojas y flores, no constituye una sustancia diferente de ese tronco, ramas, hojas y flores, sino que es su concepto comprehensivo, la unidad de esos elementos. La persona física o jurídica que 'tiene', como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad." (*TP*, 183)

El sujeto de derecho no es más que un conjunto de normas. En este contexto, Kelsen se refiere, de manera semejante, a un conjunto de obligaciones y de derechos subjetivos. La tesis sostenida se resume de la siguiente manera: basta referirse a una *unidad* de obligaciones y derechos. Sólo hay derechos y obligaciones que convergen en un punto. Dicha unidad puede, de manera metafórica (y es esta *metáfora* la que juega como *concepto* auxiliar), designarse como sujeto. Pero ello no implica agregar nada que ya no estuviera dicho. Tal como sucede con el ejemplo nominalista del árbol:

éste no es más que el conjunto que forman el tronco, las ramas, las hojas y las flores. La palabra *árbol* no agrega nada, sólo permite señalar la unidad de esos elementos y, así, expresarse de una manera más sencilla. De lo contrario, el árbol se convierte en una sustancia que estaría más allá de cada elemento. De manera análoga: imaginar que el sujeto sea un agregado al conjunto unificado de obligaciones y derechos, no es más que suponer algún tipo de sustancia que estaría más allá de aquel conjunto.

En este sentido no hay diferencia alguna entre personas físicas y jurídicas. En ambos casos se trata de un conjunto normativo metafóricamente considerado:

> "Esta unidad recibe expresión también en el concepto de sujeto de derecho que la teoría tradicional identifica con la persona jurídica. Que el hombre sea sujeto de derecho, es decir, que sea sujeto de derechos y obligaciones, significa, como en lo que antecede se ha subrayado con énfasis, que la conducta humana es contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos; es decir, que significa lo mismo decir que un hombre es persona o que tiene personalidad jurídica." (*TP*, 183)

La idea central afirmada por Kelsen es que resulta suficiente indicar la unidad de un conjunto de normas. Agregar otras nociones o es superfluo (entonces son vacuas) o importan una sustancialización (y corresponde eliminarlas) o una metáfora (mero concepto auxiliar). Pero esta presentación cierra una cuestión para abrir otra. Correcto: eliminemos toda sustancia, todo soporte, incluso toda metáfora. El problema, ahora, es el de determinar cómo se efectúa la mentada unidad normativa. En los términos del propio Kelsen:

> "Persona jurídica es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas –o más correctamente: puesto que esas obligaciones y derechos son normas jurídicas–, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. La cuestión consiste en establecer cuál sea, en uno y otro caso, el factor que *establece la unidad.*" (*TP*, 184)

El problema está planteado con claridad meridiana: cuál es el *factor* que *establece* la unidad de un conjunto de normas que, metafóricamente, son designadas bajo el vocablo sujeto de derecho. De nuevo, hay aquí un problema de distinción, pues se trata de averiguar cómo diferenciar *un* conjunto de normas de *otro*.

De manera apretada Kelsen afirma lo siguiente:

> "...la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre." (*TP*, 183).

El argumento parece ser éste: no hay sustancia que esté más allá del conjunto normativo. Pero ese conjunto tiene una unidad. Dicha unidad se la otorga aquello que unifica los comportamientos que, a su vez, hacen al contenido de esas normas. Y lo que unifica los comportamientos es que todos ellos están referidos a *un* hombre. Tal "un hombre" no es una sustancia, sino *un* cuerpo físico. La cuestión se desplaza nuevamente, pues qué es lo que permite decir que *ese* cuerpo físico es en todo caso el mismo hombre. O mejor dicho, de qué manera se distingue *un* cuerpo físico de *otro*.

El siguiente es un párrafo donde Kelsen se explaya con más libertad:

> "La unidad de las obligaciones y derechos subjetivos, es decir, la unidad de las normas jurídicas que aquí interesan, que constituye una persona física, está dada en cuanto al contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta *de uno y el mismo hombre*; es la conducta *de uno y el mismo hombre* la determinada por las normas jurídicas. La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a *uno y el mismo hombre*. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica." (*TP*, 184)

Dado un conjunto de normas. ¿Qué las unifica? Que las conductas que hacen a su contenido son las realizadas por uno y el mismo hombre. Pero, ¿quién es este uno y el mismo hombre?

Una respuesta está en decir: una realidad natural. Esto puede significar: uno y el mismo cuerpo físico. Pero se puede argüir que la expresión sujeto de derecho (o aquí: persona física) pretende indicar, justamente, esa unidad y mismidad de los cuerpos físicos. Pera esta lectura no cuaja con el argumento de Kelsen, pues el texto precedente diría, de manera contradictoria, que "la persona física no es un hombre sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a una persona física".

¿A qué se refiere, entonces, la expresión uno y el mismo hombre? No a algo normativo, pues se trata de determinar qué unifica a un conjunto de normas. Salvo que éstas de alguna manera se autounifiquen, lo cual carece de sentido, tiene que tratarse de algo (de un proceso, de un mecanismo, quizás de un estado) no normativo. Por cierto, a tal auto-unificación puede hacérsela significativa, pero habría que considerar que las normas actúan como una conciencia unificante o sintética. Y esto carece de todo sentido al interior de la teoría pura e, incluso, al interior de la teoría crítica del derecho.

Tampoco se trata de una metáfora. Ellas han sido eliminadas. Por lo demás, se trata de buscar una unidad efectiva y no metafórica. Es por haber rechazado el carácter sustancial de la persona que la unidad normativa es remitida al mentado uno y el

mismo hombre. Y a su vez es tal rechazo el que permite usar de manera metafórica o meramente auxiliar al término sujeto de derecho.

Nos queda, de nuevo, la expresión "realidad natural". Es claro que Kelsen niega que el sujeto de derecho sea una realidad natural, pero *no* que el uno y mismo hombre lo sea. Lo cual nos retrotrae a la vinculación inescindible que se da entre la conducta y el cuerpo físico que la realiza.

Señala Kelsen en su *Teoría general...*:

> "Hombre es un concepto de la biología y la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales. Persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas." (*TG*, 97)

La cuestión entonces es de qué manera se individualiza a los cuerpos físicos. Es decir, cómo distinguimos un cuerpo físico de otro. ¿Son acaso la biología o la fisiología las que nos instruyen sobre cómo efectuar esa distinción? Además: ¿hay una única manera incontrovertible o 'natural' de distinguir a los cuerpos físicos? O de acuerdo a otra forma de plantear los interrogantes: ¿de qué manera efectuamos de hecho esa distinción hoy en día?

En general distinguimos un cuerpo de otro apelando a un sistema de nombres. La manera de distinguirlos y, luego, de referirnos unos a otros es mediante una designación. Decimos, y sin prestar demasiada atención a todo lo que está en juego en tan inocentes frases, *él* es José o *ella* es Luisa. Conjunción de dos elementos: un gesto ostensivo que indica un cuerpo (él o ella) y una designación nominal (José o Luisa). Por cierto, el nombre permite hablar de alguien aun cuando no se esté en presencia del cuerpo físico del caso. Se hace referencia a José o Luisa aun cuando ellos no estén presentes y, por lo tanto, carezcamos de la posibilidad de realizar el gesto ostensivo.

¿Resulta posible afirmar que dichas designaciones expresan alguna propiedad biológica o fisiológica de los cuerpos? No lo parece. Es más, una muy sumaria indagación histórica mostraría que diferentes culturas usan muy diferentes sistemas de designación. Aun cuando haya una misma función (individualizar designando), ella se realiza de diversas maneras (de acuerdo al tipo de sistema que se use).

También es notorio que los sistemas de designación son bastante más complejos. No sólo se usan nombres, sino que ellos forman algún tipo de sistema. Es así, por ejemplo, que se dice que José es *hijo de* tal y cual, *hermano de* fulano o *primo de* mengano. Y los sistemas genealógicos de parentesco, objetos privilegiados de los estudios antropológicos, son también históricamente variables. No vienen impuestos de manera fisiológica o biológica, de igual manera en que sí lo están la estructura cerebral, el sistema muscular u óseo de cada especie animal. Entre las nociones de *padre* y de *macho procreador* no hay ni una necesaria identidad ni una continuidad esencial.

La unidad de un conjunto de normas no se resuelve por la mera remisión al hombre en su carácter biológico, fisiológico o genético. La remisión, más bien, es

a *un* cuerpo físico enfocado a partir de un sistema de designación específico. Y esto lo sugiere el propio Kelsen en los ejemplos que aporta para ilustrar sus argumentos:

> "La persona 'A' es el conjunto de todas las normas jurídicas que califican los actos de A como deberes o derechos. Podemos hablar de la personalidad de A cuando concebimos esas normas como una sola unidad y la personificamos." (*TG*, 97)

Eliminar la persona "A" en beneficio de un conjunto de normas, implica suponer al cuerpo físico ya designado A (la letra no entrecomillada de la cita) como aquél que realiza los comportamientos que serán declarados como debidos. Kelsen apela, en este ejemplo, al sistema alfabético de designación: el cuerpo A distinguido de los cuerpos B, C ... o Z. La letra A es insignificante extraída de ese sistema, pues en tal caso no permitiría distinguir literalmente nada. Claro que los sistemas actuales de designación no recurren tanto al sistema alfabético, sino a un sistema más potente de combinación de letras: los nombres (a su vez combinados de diferente manera). Y, a la vez, a redes genealógicas de parentesco que relacionan de una determinada manera esos nombres.

Pero Kelsen se refiere a este problema en varias circunstancias, en las que introduce diversos elementos de relevancia. Por ejemplo, al considerar los dominios de validez de las normas:

> "Junto al dominio de validez espacial y temporal, cabe también distinguir un dominio personal y uno objetivo (o material). Puesto que la conducta que es regulada mediante las normas es un comportamiento humano, conducta de hombres, tenemos que toda conducta determinada por una norma *debe ser escindida* en un elemento personal y uno material: el hombre que debe actuar de determinada manera y la forma o manera como debe hacerlo. Ambos elementos se encuentran *inescindiblemente entrelazados.*" (*TP*, 27)

Por un lado, el carácter distinguible de *cada uno* de los hombres se presenta como una evidencia que va de suyo. Por otro, a pesar del insistente rechazo de la noción de persona el ámbito de validez se califica de *personal* y no, por ejemplo, de humano o corporal. En fin, la conducta y el hombre son inescindibles (aun cuando deban ser enigmáticamente escindidos). Pero agrega Kelsen:

> "Pero ha de advertirse que no es el hombre en cuanto tal, abarcado por una norma, quien se encuentra sujeto a la norma, sino siempre sólo una conducta determinada de ese hombre."

El ámbito material de validez se refiere a los comportamientos que son declarados como debidos. Dichos comportamientos se encuentran sujetos a la norma. Y Kelsen aclara: no son los hombres quienes están sujetos sino sus comportamientos. Cabe preguntarse entonces a qué se refiere el ámbito personal de validez. ¿A los hombres? De ser el caso y para mantener el vocabulario habría que decir que, desde ese punto de vista, los hombres también están *sujetos* a la norma, lo cual se ha negado. Dice Kelsen:

> "Se dice que el orden jurídico estatal sólo rige el comportamiento de los hombres determinados de esa manera; sólo esos *hombres están sometidos al orden* jurídico estatal, vale decir: el dominio personal de validez que da limitado a esos *hombres.*" (*TP*, 28)

Parece querer decirse: los hombres en cuanto tal no están sujetos a las normas, están sometidos. Pero, ¿cuál es la diferencia entre el estar sujeto de las conductas y el estar sometido de los hombres? No parece haber ninguna. El ámbito material se refiere a las conductas declaradas debidas y, el ámbito personal, a los cuerpos que deben realizar esas conductas. Como las conductas no son escindibles de los cuerpos que la realizan, ambos ámbitos coinciden. De vuelta, sin embargo, se presenta el problema de cómo distinguir a un cuerpo de otro.

Asimismo, los sistemas de parentesco son destacados al pasar cuando la teoría pura clarifica la noción de responsabilidad por la conducta ajena. Señala Kelsen que, normalmente, la sanción se dirige contra aquel que mediante *su propia* conducta ha efectuado el delito. Pero la sanción puede estar dirigida contra *otros* hombres diferentes del delincuente:

> "Tenemos, entonces, el caso de responsabilidad por conducta ajena. Entonces tiene el orden jurídico que *determinar la relación* en que el delincuente se encuentra con el hombre, u hombres, responsable de su delito. El orden jurídico puede responsabilizar al padre, al cónyuge del delincuente, o a otro miembro de la familia, o grupo más amplio al que el delincuente *pertenezca*. Si para simplificar el lenguaje se designa con el términos 'allegados' (allegados familiares, de grupo racial, de comunidad estatal)..." (*TP*, 129)

La responsabilidad requiere de varias distinciones previas. Primero deslindar la conducta propia de la ajena. Luego, determinar un sistema de relaciones que permita hablar de allegados y, a la vez, de pertenencia.

Y aquí Kelsen usa un término clave: determinar. El orden jurídico determina una conjunto de relaciones. Dicha determinación no es normativa, sino que es el presupuesto para que funcionen las normas. Kelsen dice con claridad que el delincuente *pertenece* a una sistema de parentesco y no que *debe pertenecer* a él. Y ese sistema no es sólo de orden biológico, sino que es *determinado* por el propio

derecho. Como si el orden dijera: *estos* tales y cuales, que así se determinan, son los allegados de fulano y, por ende, alguno de ellos es el responsable del acto antijurídico cometido por fulano.

Por su parte, al referirse a la noción de obligación, Kelsen emplea otro término diferente que el de hombre:

> "La conducta que el sistema social requiere de *un individuo* es aquella a la cual *ese individuo* está obligado." (*TP*, 129)

El nuevo término es el de individuo. Aquí el momento fisiológico o biológico parece encontrarse aun más desplazado, ya que *individuo* es un término cargado de numerosas connotaciones doctrinarias. Se trata, sin duda, de un término que forma parte del arsenal léxico de la teoría política liberal y de la cual Kelsen no deja de resaltar su eminente carácter ideológico. Las típicas distinciones liberales (individuo y sociedad, sociedad y Estado, derecho y Estado) son sistemáticamente rechazadas por la teoría pura como mistificaciones o duplicaciones religiosas, animistas.

Que el uso del término *individuo* no es casual, lo muestra un sucinto recorrido por los textos de Kelsen. Así:

> "Como todas las formaciones sociales, el estado –la más significativa de ellas–, es la unidad específica de una multiplicidad de individuos o de actos individuales." (*Ep*, 71)

Otro ejemplo, está vez extraído de la *Teoría pura*..., directamente ligado al problema en consideración:

> "En la teoría tradicional, junto al concepto de obligación jurídica, se recurre al concepto de sujeto de la obligación, como su 'portador', así como junto al concepto de derecho subjetivo se echa mano de un sujeto de derecho como su portador. Ambos son reunidos en el concepto de derecho como portador de las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico. Como sujeto, o portador de la obligación, normalmente se designa al individuo cuya conducta constituye el contenido de la obligación. Pero ese individuo no es una cosa que 'porte' la obligación, como objeto diferente en sí. En general no es el individuo, en cuanto tal, el que es tomado en consideración en la situación exponente de una obligación jurídica, sino sólo *una determinada conducta de un individuo*; solo el elemento personal de esa conducta, el cual, *inseparablemente unido al elemento material*, configura el contenido de la obligación jurídica." (*TP*, 131)

Varias indicaciones. Ante todo, el reemplazo del hombre por el individuo. Reemplazo que se pretende inocuo, pues ambos términos juegan el mismo rol en unas

y otras frases. Esto significa que, en principio, podrían reemplazarse sin afectar al sentido de lo que se dice. Digamos, ahora, para neutralizar las connotaciones ideológicas de cuño liberal: ejemplar de la especie zoológica humana. El tema, recurrente, es: ¿cómo distinguir un ejemplar de otro?

En segundo lugar, aquí se presenta de nuevo la ambigüedad relativa a qué toma en consideración una norma. Kelsen se empeña en afirmar que no el individuo sino la conducta. Sin embargo, ésta es inseparable de aquél. Y si dos elementos son inseparables, el tomar en consideración alguno de ellos implica de suyo el tomar el otro. Por ello hay, justamente, dos ámbitos de validez: el personal (que toma en consideración el individuo) y el material (que toma su conducta). Negarse a tomar en consideración al individuo tal cual, importaría hacer ininteligible el ámbito personal de validez. O al menos se lo hace superfluo. Y, sin duda, bajo la pregnancia del principio de economía, la teoría pura detesta lo superfluo. En ese sentido habría que desentrañar el significado y alcance de la partícula *o* en la anteúltima cita, donde se hace mención de una multiplicidad de individuos *o* de actos individuales.

En fin, todo el argumento de Kelsen exhala un aire extraño. Pues qué diferencia el decir que un individuo es el portador de un conjunto de normas (expresión que Kelsen rechaza), a decir que ese conjunto de normas se refieren a las conductas de un individuo (expresión que Kelsen defiende). ¿No son idénticas ambas formulaciones?

Las normas se unifican por remisión a aquello que a su vez unifica las conductas que son su ámbito material de validez. Y tal factor es justamente un individuo ya determinado. Por tanto no se ve cuál es el inconveniente en afirmar que *ese* individuo, que unifica las normas, es su portador.

Sostener, entonces, que las normas requieren de algún sistema (designativo o de parentesco) que convierta a una multitud de cuerpos físicos en un conjunto ordenado de individuos, no remite a ninguna metafísica, ni a ninguna duplicación religiosa o sustancialista. En cambio, lo que sí parece trasuntar un resabio de sustancialismo es el afirmar como evidente que los cuerpos físicos *son*, de suyo, individuos. ¿Y qué, si no es tal evidencia, lo que dicen estos extraños textos que reseñamos?

Kelsen efectúa dos movimientos en direcciones opuestas. Por un lado, recusa toda sustancialización. Por ello, de manera coherente, sostiene que los cuerpos físicos no son de por sí sujetos de derecho. Por otro lado, expulsa dicha construcción del sujeto de derecho al territorio de la dogmática jurídica y la califica de ideológica. Pero lo ideológico, decimos ahora, no es el sujeto de derecho como tal, sino el *suponer* que los cuerpos físicos son en sí mismos sujetos de derecho. Es así que tratar al sujeto de derecho como una construcción jurídica requerida para unificar conjuntos de normas, lejos de implicar una refutación del argumento kelseniano, es su razonable aunque no explicitada consecuencia. De lo contrario es el propio Kelsen quien sustancializa, al identificar al cuerpo físico (el hombre) con el individuo (construcción de algún tipo).

Sostener este razonamiento implica considerar el segundo aspecto de la investigación de Kelsen: el carácter ideológico de la noción tradicional.

Capítulo 43
Los primitivos

"Ella cree en el Ingeniero, pero
se trata de una ilusión. El Ingeniero
murió hace años, ella es incapaz
de aceptar la realidad. Está
psicótica –dijo el comisario."

Para Kelsen, el carácter ideológico del sujeto de derecho tiene una relación directa con la ficción que declara la existencia de derechos subjetivos independientes o anteriores a la instauración de un orden normativo. Dicha ficción es característica de los diversos iusnaturalismos, que suponen abusivamente el carácter innato de los derechos:

> "La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Ésta supone que existen derecho naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de la propiedad privada." (*TP*, 142)

Es sabido que para Kelsen la distinción entre *ius in rem* y *ius in personam* no resiste al menor análisis, ya que todo derecho lo es con respecto a personas. La relación con la cosa es calificada por la teoría pura como secundaria, al servir solamente para mejor determinar la relación primaria entre diversas personas. Ésta relación no es otra, en el caso de los derechos reales, que la obligación que se atribuye a un conjunto de personas de no impedir que una en particular disponga de una cosa determinada.

Dicha distinción tiene para Kelsen una función puramente ideológica:

> "El derecho real por excelencia, para el cual se ha efectuado toda la distinción, es la propiedad. Es definido por la ciencia jurídica tradicional como el dominio excluyente de una persona sobre una cosa, definición mediante la cual es distinguido de los derechos a exigir algo, fundantes solamente de las relaciones jurídicas personales. Esta distinción, importante para la sistemática del derecho burgués, tiene un notorio carácter ideológico." (*TP*, 143)

¿En qué sentido la distinción entre derechos reales y personales es calificada como ideológica? Al responder esta pregunta, Kelsen aporta una primera aproximación a los mecanismos ideológicos, tal como ellos juegan en la teoría pura:

> "Si pese a ello, se insiste tercamente en la definición tradicional de la propiedad, como dominio excluyente de una persona sobre una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, ello sucede claramente porque la definición de la propiedad como una relación entre persona y cosa *sirve para ocultar* su decisiva función socioeconómica, una *función* que, tratándose de la propiedad de los medios de producción, es caracterizada por la teoría socialista, sin resolver aquí si con razón o sin razón, como una explotación." (*TP*, 144)

La función de las construcciones ideológicas es la de ocultar. Esconder, escamotear. Al presentar al hombre como *esencialmente* propietario, se oculta el carácter por completo construido del derecho de propiedad. Tal suposición de una esencia conduce a sostener que el derecho *reconoce* un dato y no, como lo muestra Kelsen, que él es jurídicamente fabricado. Es así que un rasgo esencial a ser reconocido impone restricciones a los órdenes jurídicos posibles, al tener que limitarse a aceptar una especie de orden inmutable que los precede.

Toda esta fábula ideológica, por lo demás compleja, es a la que remite la noción de sujeto de derecho:

> "El concepto de sujeto de derecho se encuentra notoriamente en estrechísima relación, en la teoría tradicional, con su concepto de derecho subjetivo como facultamiento. El concepto de sujeto de derecho como portador de un derecho subjetivo (en el sentido de facultad) es aquí, en el fondo, no más que una modificación de ese concepto de derecho subjetivo que, en lo esencial, ha sido recortado siguiendo el patrón del derecho de propiedad. Como en el concepto de derecho subjetivo, también en el sujeto de derecho es determinante la representación de una *entidad jurídica independiente* del orden jurídico, de una *subjetividad jurídica* que el derecho, por decir así, *encuentra ya en el individuo*, o en ciertos grupos, subjetividad a la que tiene sólo que reconocer, o necesariamente debe reconocer, si no quiere perder su carácter de derecho." (*TP*, 180)

Lo que rechaza Kelsen es la identificación entre cuerpos físicos y subjetividad jurídica. Es decir: el suponer que los cuerpos son esencialmente entes jurídicos de algún tipo. Por ejemplo, Kelsen cita a Puchta para quien el hombre *es* sujeto de derecho por tener una voluntad, esto es, por *ser* libre. En tal caso, el orden normativo para ser calificado de derecho debe reconocer esa libertad, debe reconocer a los cuerpos físicos como sujetos de

derecho. Los cuerpos *son* sujetos de derecho, *son* libres y propietarios. Es esta ficción la que es tomada por la teoría pura como blanco de ataque. Ficción eminentemente ideológica:

> "Es fácil ver la *función ideológica* de toda esta definición conceptual, *plena de contradicciones*, del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo. Se trata de mantener la idea de que la existencia del sujeto de derecho, como portador del derecho subjetivo –es decir, como titular de propiedad privada– es una *categoría trascendente* frente al derecho objetivo, al derecho positivo creado y modificable por los hombres; la idea de una institución que pondría a la configuración del contenido del orden jurídico un límite insuperable." (*TP*, 181)

Ahora se ve con mayor nitidez el rechazo del término *portador*. Éste no es un término de carácter formal, sino que alude a una esencia, a un rasgo necesario de los cuerpos físicos: ser sujetos de derecho. Es por tal motivo que aquí está en juego una sustancialización. Los cuerpos físicos son sustanciales en cuanto son libres y propietarios. Y estos dos rasgos esenciales, Kelsen los considera vinculados:

> "No es difícil entender por qué *la ideología de la subjetividad jurídica* se liga al valor ético de la libertad individual, al valor ético de la personalidad autónoma, cuando en esa libertad se incluye siempre la propiedad. El orden que no reconoce al hombre como personalidad libre en este sentido, es decir, el orden que no garantiza el derecho subjetivo de propiedad, sería un orden que en ningún caso debería ser considerado como orden jurídico." (*TP*, 182)

Lo ideológico es convertir a los cuerpos físicos en subjetividades libres, luego propietarias. Luego: en sujetos de derecho.

Este sujeto es el fruto de la imaginación:

> "El concepto de persona jurídica –definida ésta como sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos– responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes." (*TG*, 95)

Y dicho proceso imaginativo se concretiza como una sustancialización:

> "El pensamiento jurídico no se satisface con saber que cierta acción o cierta omisión humanas constituyen el contenido de un deber o de un derecho. Alguien ha de existir que 'tenga' el deber o el derecho. En esta idea manifiéstase una tendencia general del pensamiento humano. Cualidades empíricamente observables son también interpretadas como

> atributos de un objeto o de una sustancia, y gramaticalmente preséntase como predicados de un sujeto. Esta sustancia no es una entidad adicional. El *sujeto gramatical* que la denota es únicamente un símbolo para expresar el hecho de las cualidades forman una unidad." (*TG*, 95)

En fin, esta conversión de un símbolo gramatical en una sustancia no es más que una duplicación mitológica. Se trata de un resabio de primitivismo:

> "Esta duplicación del objeto de conocimiento es característica del pensamiento *mitológico* primitivo, llamado animismo. De acuerdo con la interpretación animista de la naturaleza, cada objeto del mundo sensible es considerado como la morada de un espíritu invisible, amo del objeto, y que 'tiene' a éste en la forma en la substancia tiene sus cualidades, y el sujeto gramatical sus predicados. Así pues, la persona jurídica, tal como generalmente se la entiende, 'tiene' asimismo sus deberes jurídicos y sus derechos subjetivos. Es *la substancia jurídica*, a la que pertenecen, como cualidades, sus deberes y los derechos. La idea de que la persona 'tiene' deberes y derechos implica la relación entre substancia y cualidad." (*TG*, 96)

Kelsen rechaza cada uno de estos elementos: las ficciones, los productos imaginativos, las sustancializaciones, las duplicaciones mitológicas. En resumen: la ideología. Rechazo de lo primitivo. Todo lo cual lo conduce a erradicar por completo la noción de sujeto de derecho:

> "Sin embargo, la persona jurídica no es realmente una entidad separada de 'sus' deberes y derechos, sino sólo su unidad personificada o –puesto que los deberes y derechos son normas jurídicas– la unidad personificada de un conjunto de tales normas." (*TG*, 96)

Ahora bien, toda esta coherente operación de rechazo no conduce de manera automática a la conclusión que saca Kelsen. Hay, indudablemente, una construcción ideológica del sujeto: ente sustancial y con rasgos jurídicos innatos (derechos subjetivos); subjetividad libre y anterior al orden normativo; ser por esencia jurídico y que debe ser reconocido como tal por las normas para poder ser calificadas como jurídicas. Tal construcción es ideológica por ser ficticia (se trata de un *como si*), mitológica (implica una duplicación sustancial) y por ocultar el carácter contingente e histórico de las normas. Ella oculta de la siguiente manera: haciendo pasar lo contingente e histórico por necesario y natural. O, de acuerdo a lo dicho por Kelsen, por innato.

Frente a toda esta narración es que Kelsen enfatiza el carácter fisiológico y biológico del hombre. Esta indicación es más importante por lo que rechaza que por lo que afirma. Y rechaza la ideología de la subjetividad jurídica anterior al derecho positivo.

Pero lo que queda en pie es el problema de la unificación de las normas. La explícita salida kelseniana no deja de sembrar dudas. Por cierto, cualquier solución que se le dé a este problema tiene un límite que ya le viene trazado. Quiero decir: no tendría sentido retornar a la fábula sustancialista y mitológica de la subjetividad jurídica. Y aquí está el punto neurálgico de la solución kelseniana, pues ella cae bajo la acusación de sustancialismo. Identificar al hombre biológico con el individuo o, de igual manera, reducir los contingentes sistemas de designación a la evidencia del uno y el mismo hombre, no es más que una transposición ideológica, pasible de las críticas ensayadas por la propia teoría pura.

La cuestión, entonces, radica en indagar los caracteres de semejantes sistemas de designación y de parentesco, que permiten distinguir *un* cuerpo físico de *otro*. Y aquí se abren dos vías cuya forma de resolución es tanto conceptual como histórica, pues: o se sostiene que tales sistemas son culturales pero no jurídicos, o se sostiene que son jurídicos, aun cuando no se los califique de normativos.

Pero también se vislumbra otra interrogación, pues cabe intuir que el derecho moderno incluye ingredientes animistas, primitivos, sustancialistas. Esto implica afirmar que la duplicación mitológica es un mecanismo genuinamente jurídico.

Capítulo 44
La diosa lunar

"Macedonio captó con claridad el sentido de la nueva situación. Si los políticos les creen a los científicos y los científicos les creen a los novelistas, la conclusión era sencilla."

La estrategia argumentativa de Kelsen respecto al Estado es en muchos aspectos similar a la ensayada respecto al sujeto de derecho. Esta distinción también es ideológica e implica, por consiguiente, introducir otro dualismo mitológico y sustancialista:

> "Así como la teoría del derecho privado originariamente partía de la personalidad jurídica del individuo, afirmando que lógica y temporalmente antecedía al derecho objetivo, es decir, al orden jurídico, de igual modo la teoría del estado de derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad y de acción, aparece independiente e inclusive como existente antes del derecho." (*TP*, 290)

El Estado es entendido como una sustancia prejurídica, a la cual en un segundo momento el derecho podría (y debería) someter. El Estado se presenta como una súper-persona con una voluntad e interés propios (el interés general, común o universal):

> "Pero el Estado cumpliría su misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. De esta suerte el Estado, como ente metajurídico, como una especie de *macroantropos todopoderoso*, o como un organismo social, sería un presupuesto del derecho, y simultáneamente, un sujeto de derecho que presupone la existencia del derecho, en cuanto a él sometido y a él obligado." (*TP*, 290)

Kelsen es tajante: se trata de un dualismo con una función ideológica de extraordinario significado, que cobra auge no en cualquier momento histórico, sino al

disolverse el orden medieval perdiendo entonces eficacia la legitimación religiosa y metafísica del Estado. Construcción cuya finalidad es la justificación, el aportar un elemento más para reforzar la eficacia jurídica:

> "Que esta 'teoría' haga del Estado, al afirmarlo como una persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, de la teoría jurídica del Estado, y que, por el otro lado, recalque con el mayor vigor que el Estado, en cuanto poder esencialmente diferente del derecho, no puede ser concebido jurídicamente, es una contradicción que no le hace mella. Puesto que las contradicciones no significan para las teorías ideológicas, donde necesariamente prosperan, ningún inconveniente serio. Dado que las ideologías no aspiran propiamente a una profundización del conocimiento, sino a una determinación de la voluntad. No se trata, pues, tanto de captar conceptualmente la esencia del Estado, sino más bien *de reforzar su autoridad*." (*TP*, 291)

Hay aquí nuevos matices para delinear los mecanismos ideológicos: ellos son ajenos a la contradicción. Una construcción ideológica no requiere ser consistente y, menos aún, ser coherente con otras construcciones de igual índole. En segundo lugar, la ideología tiene por función reforzar la autoridad mediante una justificación mística. Y ¿para qué se refuerza la autoridad? Para intensificar la eficacia de las normas.

Es respecto a esta sustancialización llamada Estado que Kelsen pone de manifiesto un conjunto de paralelismos con los mecanismos religiosos. El dualismo entre derecho y Estado es paralelo o análogo al que la religión plantea entre Dios y el mundo:

> "Así como la teología afirma el poder y la voluntad como la esencia de Dios, también la doctrina del Estado y del derecho considera que el poder y la voluntad constituyen la esencia del Estado. Así como la teología afirma la trascendencia de Dios con respecto del mundo, y simultáneamente su inmanencia al mundo, la doctrina dualista del Estado y el derecho afirma la trascendencia del Estado frente al derecho, su existencia metajurídica y simultáneamente su inmanencia en el derecho. Así como el Dios creador del mundo, en el mito de su conversión en hombre, tiene que venir al mundo, someterse a las leyes del mundo –es decir, al orden natural–, nacer, sufrir y morir, también el Estado, en la doctrina de su autosumisión al derecho, tiene que someterse al derecho por él mismo creado." (*TP*, 320)

El Estado no es más que el Dios del derecho. Una superchería animista, al igual que la subjetividad jurídica esencialmente libre y propietaria. Al destacar estos rasgos la prosa de Kelsen se hace filosa, poética, erudita:

> "Un ejemplo típico de tal tendencia [a duplicar los objetos] lo encontramos en la interpretación animista de la naturaleza, esto es, en

> la idea del hombre primitivo de que la naturaleza está animada, y de que detrás de cada cosa existe un alma, un espíritu, un dios: detrás del árbol, la dríade; detrás del río, la ninfa; detrás de la luna, la diosa de la luna; detrás del sol, un dios solar. Así, detrás del derecho imaginamos su personificación hipostasiada, el Estado, dios del derecho. El dualismo de derecho y Estado es una superstición animista." (*TG*, 202)

Ante esta situación, la teoría pura adquiere un carácter eminentemente crítico, al disolver semejantes dualismos teológicos, animistas, ideológicos y legitimantes. Puestos de manifiesto en cuanto tales, son expulsados, rechazados, para dejar a plena luz lo genuinamente jurídico del derecho. Por cierto: en estas querellas teológicas, la teoría pura se considerará deudora de la aventura spinozista:

> "Y así como la vía de una ciencia auténtica de la naturaleza justamente se abre con el panteísmo, que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural, la identificación del Estado con el derecho, el conocimiento que el Estado es un orden jurídico, es presupuesto de una ciencia jurídica auténtica." (*TP*, 320)

La erradicación del Estado en cuanto ficción de un ente metajurídico, ¿implica también eliminar al término Estado? No es ésa la idea de Kelsen, ya que Estado designará un *tipo particular* de orden jurídico:

> "Es usual caracterizar al Estado como una organización política. Pero así sólo se expresa que el Estado es un orden coactivo. Puesto que el elemento específicamente 'político' de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden; en los actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina. Como organización política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado." (*TP*, 291)

Qué caracteriza, entonces, a un orden jurídico estatal. Kelsen responde:

> "Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de *una organización* en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que *instaurar* órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado." (*TP*, 291)

Según Kelsen, entre Estado y derecho hay una absoluta identidad. El Estado es un orden jurídico en el cual se han instaurado órganos. La centralización comienza cuando

sólo ciertos individuos, calificados de órganos, son determinados para producir el derecho y para aplicarlo. Habitualmente los primeros serán llamados legisladores y, los segundos, jueces.

El proceso histórico en el que se va gestando esta división del trabajo es paralelo, según Kelsen, a la prohibición de todo uso no autorizado de la fuerza.

Por cierto, mucho más cauto que Hart, no convierte al derecho en un pseudo-sujeto que *advierte* la importancia de prohibir el uso de la fuerza para, de tal forma, reducir a ésta al único ámbito de las sanciones jurídicas. Por el contrario, se refiere a una tendencia histórica, a una evolución que va ampliando la prohibición del uso de la fuerza, hasta comprimirla al ámbito de la ejecución de una sanción, entendida como la reacción organizada frente a una conducta calificada de antijurídica. Pero Kelsen, paso seguido, presenta dicho proceso mediante un curioso signo que sugiere espontaneidad:

> "*Aparece* así el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica." (*TP*, 50)

Dejando por el momento de lado este extraño signo, cabe destacar cómo se vinculan los proceso de centralización, tanto legislativa (creación normativa) como judicial (aplicación normativa) y de monopolización del uso de la fuerza:

> "Este monopolio de la coacción es descentralizado cuando los individuos, facultados a llevar a cabo los actos de coacción estatuidos por el orden jurídico, no revisten el carácter de órganos especiales, de órganos que funcionan mediante una división del trabajo, sino cuando el orden jurídico autoriza a los individuos que se consideran lesionados por el comportamiento antijurídico de otros individuos, a emplear la fuerza contra éstos, es decir, cuando persiste el principio de defensa propia." (*TP*, 50)

Hay un orden jurídico estatal cuando mediante la división del trabajo se instauran órganos con funciones específicas (producción y aplicación de normas), y cuando sólo éstos órganos son los facultados a usar la fuerza.

Kelsen se inclina a presentar estas situaciones como posibilidades técnicas disponibles, en cierta forma abstractas, y no tanto como diversos momentos de un proceso histórico efectivo. Éste es aludido, pero se le resta cualquier tipo de relevancia teórica. Pero si nos referimos a la historia europea, no cabe duda que se están indicando las líneas gruesas de dos procesos convergentes. Por un lado, la concentración de poder en manos de las Monarquías absolutas, con la correlativa mengua de los múltiples y enmarañados poderes feudales (señoriales, imperiales, religiosos). Por otro, la expropiación de los instrumentos militares por parte de aquellas Monarquías, con la consiguiente formación de ejércitos nacionales y, luego, de instituciones policiales de seguridad interior. Nada de esto, por supuesto, es una autogeneración normativa

o el desenvolvimiento de alguna manera espontáneo del derecho. Mucho menos el resultado de una evolución hacia alguna meta en particular o, peor aún, el fruto de elecciones entre posibilidades abstractas y, por así decir, en cada momento disponibles como recursos de técnica normativa. Es en ocasiones como ésta cuando se percibe la elisión de los procesos históricos que están en la base de una teoría *general* del derecho: los rasgos abstractos cobran vida propia, como si pudieran despojarse por completo del acto concreto que los generó.

Ahora bien, el punto neurálgico de la argumentación de Kelsen pasa por dilucidar la noción de órgano y, más aún, el significado de su instauración. ¿Qué quiere decir que el orden jurídico *tiene que* instaurar órganos? ¿Qué significa *instaurar*? Y además: ¿*quién* instaura? Kelsen rechaza, por ficcional y mitológica, toda visión antropomórfica o sustantivadora. Si el Estado no es un súper-hombre, tampoco parece serlo el propio orden normativo. De ahí que decir que éste instaure, como si fuese una subjetividad actuante (un macroántropos todopoderoso, según la imagen irónica de Kelsen), tenga que sonar al menos extraño.

Por cierto, Kelsen destaca el carácter dinámico del orden normativo, al regular éste su propia producción o desenvolvimiento. Los sentidos precriptivos remiten a facultamientos. Es el propio carácter sistemático el que implica una dinámica de normas generadas por órganos facultados para ello. Y son determinados comportamientos, interpretados como el ejercicio de facultades, los que generarán textos o enunciados cuyo sentido será también entendido como normativo; esto es: no son las normas las que producen normas.

Pero aquí Kelsen añade otros términos que no se reducen al otorgamiento de facultades. Uno de ellos es el de *instaurar*. Parece lógico decir que se instaura un órgano al que *luego* se faculta o, incluso, al que se le obliga o prohibe realizar ciertas conductas. Instaurar, en el propio uso que la teoría pura hace del término, no significa ni prescribir, ni obligar ni facultar. Es decir: normar. Pero si el derecho no es más que un conjunto de sentidos normativos o deónticos, ¿qué lugar le cabe a estas instauraciones?

Detengámonos un momento en el análisis kelseniano de la noción de órgano. Dirá Kelsen que actúa *como* órgano todo individuo que desempeña una función jurídica, es decir: que realiza cualquier conducta que esté autorizada por el orden jurídico. Como es habitual, Kelsen traduce las sustancias (una supuesta entidad), aquí el órgano, en términos funcionales.

Se entienden como autorizadas todas las conductas mediante las cuales se producen y aplican normas así como todas las conductas obligatorias y no prohibidas . Cumple una función orgánica todo individuo que realiza conductas autorizadas. Esta es, según Kelsen, la única forma no ficcional o no sustancial de entender a un órgano:

> "Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del

> individuo que actúa como su órgano. Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función. La comunidad consiste en el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos." (*TP*, 161)

Ahora bien, Kelsen advierte que hay un uso aun más estrecho de la noción de órgano, no referido a cualquier conducta autorizada, ya que desde esa óptica cualquier individuo que interponga una demanda judicial o que celebre un negocio jurídico actúa como órgano. Dicho sea de paso, cabe señalar que el entender que cumple una función orgánica *cualquier* individuo que realice un comportamiento autorizado en el sentido antedicho, conduce a relativizar la fábula liberal relativa a una supuesta oposición entre el Estado y el individuo. No hay, para Kelsen, dos tipos de entidades enfrentadas, sino diferentes individuos a los que se les atribuyen diversas funciones orgánicas.

Luego: aquel sentido aun más estrecho de órgano se refiere a ciertas conductas realizadas por algunos específicos individuos:

> "Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo. Sólo en cuanto se trata de funciones, *determinadas* por el orden jurídico, desempeñadas mediante división del trabajo, es decir, por determinados individuos calificados, las mismas son atribuidas a la comunidad jurídica, y sólo los individuos que actúan mediante división del trabajo, es decir, determinados individuos calificados, son denominados órganos en este sentido más estricto. Las comunidades que cuentan con órganos son denominadas comunidades organizadas, entendiéndose por comunidades organizadas aquellas que cuentan con órganos que funcionan conforme a una división del trabajo." (*TP*, 164)

Es como si se hubiera recorrido un círculo: de la división del trabajo pasamos a los órganos y de éstos a la primera. Pero incorporamos un nuevo término: *determinar*. El orden jurídico, ahora, instaura o determina los órganos. Por cierto, ¿qué significa esta determinación?

Vernengo, en la breve nota final que le dedica a su traducción de la *Teoría pura...*, señala la ubicuidad en el texto kelseniano de la palabra *bestimmt*: determina, especifica, define. La llega a llamar una palabrita mágica, la cual hasta encerraría el secreto de la teoría pura del derecho. Lejos estamos de desentrañar secretos. Pero sin duda hay aquí un punto dramático para el normativismo.

Esta cuestión nos retrotrae a la propuesta de la teoría crítica del derecho relativa al recurrente problema de las normas de competencia, en cuanto éstas antes de modalizar deónticamente una conducta, *establecen* el poder en cuanto tal. Se percibe

el aire de familia, la semejanza entre términos como determinar o atribuir, por un lado, y establecer por otro. Es más, el propio Kelsen utiliza en ciertas ocasiones el término establecer.

Pero Kelsen trae a colación otro término: designación. Señala:

> "De especial significación es la calificación consistente en que el individuo *designado como* órgano, para cumplir una función *determinada por* el orden jurídico, sea nombrado para ella en manera determinada por el mismo orden." (*TP*, 165)

Las funciones orgánicas son determinadas por el orden jurídico, mientras que los individuos son designados para cumplir aquéllas. En este sentido, no parece que designar sea idéntico a normar. Ni siquiera a facultar, pues se faculta a realizar ciertas conductas a tal individuo ya designado en carácter de órgano.

Paso seguido Kelsen distingue dos tipos de designación o nombramiento. Uno es inmediato,

> "...cuando la constitución... designa a un hombre individualmente determinado, estatuyendo que determinada función debe ser desempeñada sola y únicamente por ese hombre." (*TP*, 165)

El otro es mediato,

> "...cuando se necesita que una constitución... prescriba determinado acto, como una designación, una elección, un sorteo, mediante el cual se individualiza la norma general que rige el procedimiento de nombramiento, de suerte que un hombre determinado es convertido, por otro hombre determinado por el orden jurídico, en el órgano en cuestión, *creándoselo* de esa manera." (*TP*, 165)

En fin, tanto la designación mediata como la inmediata implican un acto de *creación* orgánica, pues:

> "La designación inmediata implica la autocreación del órgano."

Se podría argüir, sin embargo, que mediante una combinación adecuada de definiciones y normas es posible reducir este problemático *establecer*. Así, por ejemplo, cuando el órgano legislativo establece un órgano recaudador hace en realidad lo siguiente: primero *define* a ese órgano; en segundo lugar detalla sus *facultades* y *obligaciones* y, en fin, le *ordena* al poder ejecutivo su efectiva creación y lo *faculta* a designar a los individuos que cumplirán dicha función orgánica. Sin duda, en este

ejemplo la situación carece de inconvenientes y aquella combinación de actos definitorios y normativos parece funcionar sin problemas. Pero la cuestión es que en él están presupuestos órganos *ya* establecidos. ¿Qué sucede con ellos? ¿Es aplicable esta reducción a normas y definiciones en forma recursiva?

Imaginemos otra situación, un poco más complicada que la precedente. En un territorio determinado recibe obediencia un Monarca *legibus solutus*. Él, cuándo y cómo desee, dicta órdenes de todo tipo, él mismo las interpreta y él también resuelve los conflictos. Lentamente se traman conspiraciones, se difunde el descontento, se propagandizan ideas antimonárquicas, se trata de dividir a los que poseen las armas. Movimiento ascendente que alcanza su momento dramático, tal como generalmente sucede, al decapitarse al Monarca en la plaza pública. El cabecilla de los insurrectos, aclamado por la fervorosa turba, es llamado a gobernar. Para cortar de cuajo una época corrupta, se autodenomina con modestia Jefe Provisional.

De acuerdo a las ideas más poderosas de la sublevación decide convocar una Asamblea General para dictar una Constitución. Ésta, dado el talante constitucionalista de sus miembros, dicta una Constitución en ese sentido típica: declaración de derechos, establecimiento de poderes divididos. En un cláusula transitoria se *ordena* al Jefe Provisional llamar a elecciones dentro de sesenta días para elegir al Presidente de la República.

Se disuelve entonces la Asamblea y cumplido el plazo el Jefe no convoca a elecciones ni tiene la intención manifiesta de hacerlo. Cabe preguntarse: ¿incumple una obligación? Interrogación que nos conduce a otra: ¿él está estricta o jurídicamente obligado? En tal caso: ¿quién está constitucionalmente habilitado para sancionarlo? Si no hay nadie facultado para ello, no cabe decir que esté *jurídicamente* obligado. Puede haber un deber político, pero de ninguna manera algo de índole jurídica.

Incluso, si el Jefe está instruido en las teorías generales del derecho usuales de la época, puede decir que la Constitución simplemente *definió*, por ejemplo, al Poder Legislativo y que él no está obligado a crearlo. O, asesorado por sutiles juristas, puede sostener que debido a la emergencia o estado de necesidad no es el momento oportuno para crear la Legislatura. Pasada la emergencia se compromete, invocando su honor, a crear aquél poder.

Pero supongamos que llama a elecciones. Ahora, el primer Presidente electo sigue gobernando cual si fuese un Monarca. Es cierto, hay otros poderes establecidos. Pero *textualmente* establecidos. El mero hecho de inscribirse en un texto constitucional que "tales y tales son los poderes públicos" no *crea* efectivamente esos poderes. Hay una brecha entre el decir y el efectivizar. ¿Hay alguien obligado a hacerlo? No lo parece. Y aquí las posibilidades *fácticas* no son muchas. Puede ser que el Presidente reciba obediencia y las cosas seguirán de igual manera. Pero puede ser forzado, por un grupo que tenga la fuerza suficiente, a darle realidad a los poderes. O puede suceder, también, que sea decapitado y que reciba obediencia un autotitulado Presidente Provisional, el cual se encontrará en la misma situación que su predecesor.

Este simulado apólogo intenta mostrar las dificultades que presenta el reducir los enunciados que instauran o establecen un poder, ya sea a normas (permisiones, obligaciones o prohibiciones), ya se a definiciones e, incluso, a enunciados ideológicos. Son notorios los problemas en juego. Por un lado, el mero decir no es suficiente para el establecimiento de la autoridad. Que éste se instaure o no es una cuestión, sencilla, de relaciones de fuerza. Pero esta fuerza aquí concernida no se vehiculiza de manera normativa en los términos kelsenianos, esto es: ni como aplicación de una sanción ni como acto antijurídico. Por otro lado, el orden normativo regula su propia producción y aplicación, mediante sucesivos facultamientos. Pero los facultados son órganos cuya creación efectiva depende de algo extraño a las normas mismas: actos de establecimiento respaldados por cierta capacidad o fuerza.

Es como si el momento organizativo al que se alude mediante el término *Estado* no se dejara reducir al juego de autoproducción normativa. Un conjunto articulado de sentidos normativos parece *suponer* que *ya* ciertos cuerpos físicos son de hecho obedecidos por otros. Es esta relación de fuerzas la que permite el establecimiento efectivo de esa división funcional del trabajo, la instauración de las funciones orgánicas que, según Kelsen, caracterizan a un orden normativo estatal.

Pero estas consideraciones no implican sostener la fábula mitológica o mística criticada por Kelsen. Este grupo de cuerpos físicos no forman una Persona o una entidad misteriosa o religiosa. Simplemente, él está en condiciones de ejercer una capacidad de decisión de una magnitud tal que le permite organizarse. Por cierto, se organizan jurídicamente, *estableciendo* de manera efectiva funciones orgánicas. Y esto significa distribuyendo su capacidad de decisión.

Dicho de manera sintética: las normas presuponen el establecimiento o la instauración (o la determinación) de los poderes que las generan. Hay actos jurídicamente relevantes cuyo sentido no es normativo. Y, a la vez, esos sentidos normativos requieren de este otro tipo de sentidos jurídicos.

Hay aquí un movimiento paralelo al ya efectuado respecto al sujeto de derecho, consistente en asumir el carácter ideológico de la visión que Kelsen llama tradicional y, a la vez, en señalar la limitación reductiva de la solución aportada por la teoría pura. En ambos casos, esa solución peca por el mismo defecto: reducir el derecho a su sólo aspecto normativo.

Sin embargo las exploraciones subsiguientes se orientan hacia terrenos de diferente índole. La cuestión del sujeto de derecho remite a un sistema de designaciones (nominativas y genealógicas). Esta veta, luego, conduce a retomar una de las sugerencias efectuadas por Alchourrón y Bulygin: las definiciones y clasificaciones jurídicas entendidas como formas imaginativas de un mundo. Allí está la clave que permite presentar a la categoría de sujeto de derecho como solución al problema de la unificación normativa pero desligada de su formato místico o ideológico.

La cuestión del Estado, en cambio, remite a la propuesta de la teoría crítica relativa a los actos de establecimiento de poderes y presentada como esbozo de solución al problema de la competencia. Es decir: a las cláusulas instauradoras de poderes.

El punto en común de ambos recorridos es el siguiente: el carácter diferenciado del derecho-objeto o derecho estricto. Éste no se deja aprehender de manera acotada como puramente normativo. De ahí el reconocimiento de otro tipo de componentes. Ellos son los que componen un *collage*. La relevancia de esta suscinta inmersión en la teoría pura radica en que es la propia consistencia del enfoque normativo la que requiere la inserción de una variedad en principio abierta de componentes.

La vía del sujeto de derecho conduce a incorporar, tal como lo sugiere la indagación analítica, las definiciones y clasificaciones en tanto aparato conceptual para imaginar jurídicamente la realidad.

La vía del Estado conduce a ratificar la propuesta de la teoría crítica respecto al derecho como mecanismo de establecimiento o, conforme al léxico de Kelsen, de instauración de poderes organizados.

Y ambas cuestiones convergen en poner de manifiesto dos construcciones ideológicas. La de la subjetividad jurídica: ente prejurídico dotado de derechos esenciales, de voluntad y de libertad. La del Estado: súper-persona mitológica que mora por detrás del derecho. Tales construcciones se despliegan de manera narrativa para justificar cierta situación contingente. En un caso, al hacer pasar al derecho de propiedad como natural, ahistórico o esencial. En otro, legitimando cierto orden jurídico al disolverse y perder eficacia las justificaciones religiosas medievales.

Capítulo 45
Noche transfigurada

"El que tiene poder, si tiene poder,
quiere que lo miren."

¿Qué entiende Kelsen por ideología? Ya se señalaron algunos rasgos al pasar. Básicamente, la duplicación y la suposición de entidades esenciales que estarían más allá del conjunto articulado de sentidos normativos: la subjetividad jurídica y el Estado. Tales suposiciones son, para Kelsen, ficciones o mitos. Y ellas juegan de manera análoga que la sustantivaciones religiosas o animistas. Son el testimonio de nuestro flagrante primitivismo. Todas esas operaciones, además, son llevadas a cabo por teorías no rigurosas del derecho que, en vez de limitarse a describir a su objeto, introducen una y otra vez entidades místicas. Al hacer esto, en vez de realizar una tarea de conocimiento, llevan a cabo una labor justificatoria o legitimadora o reforzadora de la eficacia del derecho en cuanto tal.

Es en tal sentido que la teoría *pura* es eminentemente *crítica*, ya que depura las teorías existentes de sus excesos ideológicos. Criticar es depurar, destilar, extraer el agua límpida de un líquido viscoso y opaco.

Estas indicaciones las sintetiza y amplía Kelsen en el capítulo 26 de la *Teoría pura...* Cabe detenerse, aunque brevemente, en alguno de sus pasajes, donde Kelsen usa, explícitamente, dos significados del término ideología. Y ambos son relevantes. Quiero decir: ambos reciben aprobación, aunque por diferentes razones.

La primera acepción de la ideología conduce a identificarla con el derecho en cuanto tal, en tanto él es un fenómeno de *sentido*. Señala Kelsen:

> "Sólo cuando por 'ideología', en contraposición a la realidad de los hechos existentes; es decir, sólo cuando por ideología se comprende todo aquello que no sea una realidad determinada por una ley causal, o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de esos actos diferentes de los actos reales causalmente determinados, es ideología." (*TP*, 120)

El derecho (y por lo tanto el Estado, entendido como un tipo peculiar de orden jurídico) se identifica *in totum* con la ideología. Esto se logra al estipular que ideología significa fenómeno de sentido. Dado que las normas son los sentidos articulados de ciertos actos, las normas son de suyo ideológicas.

Paralelamente, Kelsen ratifica la posibilidad de desconectar los nexos causales (ámbito de la eficacia) de los normativos (ámbito de la validez). Esta desconexión es la que permitiría enfocar de manera aislada a los sentidos jurídicos. Por ello, la teoría del derecho sólo se ocupa de la ideología, en este preciso sentido del término:

> "Entonces sería la teoría pura del derecho la que ha abierto el camino hacia ese punto de vista, a partir del cual el derecho puede ser visto como una ideología en ese sentido, es decir, como un sistema relacional distinto de la naturaleza." (*TP*, 120)

Se trata de un uso laudatorio del término ideología. A tal punto, que la teoría del derecho la tendría justamente a ella como objeto. Pero esto se logra mediante el expediente de estipular significados idénticos. Es decir: norma, sentido, ideología, terminan siendo términos sustituibles. La norma es un fenómeno de sentido y todos los fenómenos de sentido, al aprehenderse en su registro propio, son ideológicos.

Este primer significado es a la vez idiosincrático e inocuo. Es usado sólo por Kelsen, ya que en este punto parece no tener excesivos seguidores, pero a la vez no agrega nada a lo que ya dijera sin apelar a este término. De ahí que esta serie de identificaciones tenga un valor estrictamente estratégico, alegado frente a los que afirman que el derecho es ideológico pero a la vez no normativo. Es como si Kelsen dijera: miren, puedo usar el término ideología y ello sin necesidad de negar el carácter normativo del derecho. La situación estratégica del caso es clara: arremeter contra Marx y sus seguidores. Dado que estos últimos son hoy en día considerados, en general, como irrelevantes, esta vía kelseniana quedó en el olvido.

De mayor interés es el segundo significado de la ideología, él sí emparentado a los usos ya detectados al tratar las cuestiones del sujeto de derecho y del Estado.

En este caso, hay una contraposición entre el hecho de describir un objeto y la realización de

> "... una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto de conocimiento." (*TP*, 121)

Por un lado, una exposición ideológica es aquella que: oculta, transfigura, distorsiona y desfigura. Mediante la ideología o se esconde algo (se elide, se escamotea) o se hace pasar una cosa por otra (se transfigura y términos afines). Pero por otro lado, una exposición ideológica es subjetiva. Ella vehiculiza una valoración que empaña la

objetividad que se supone debe tener una descripción científica.

Kelsen conecta ambos aspectos al hacer de la exposición ideológica una cualidad de ciertas teorías del derecho. Éstas ocultan o transfiguran al sustituir la descripción objetiva por juicios subjetivos de valor. Paso seguido, da como ejemplo de teoría eminentemente ideológica aquella que, postulando la existencia de un derecho superior (justo o natural), lo confunde con el propio derecho positivo:

> "... la teoría del derecho positivo que lo confunda con un derecho natural, o con alguna justicia, con la finalidad de justificar o descalificarlo, deberá ser puesta del lado de la ideología (en el segundo sentido de la palabra)." (*TP*, 121)

Más allá del ejemplo dado, aquí se pone de manifiesto cuál es la función que cumplen el ocultar y el distorsionar: justificar o descalificar al orden normativo. Todos estos aspectos los sintetiza Kelsen en el siguiente párrafo:

> "La ideología ... encubre la realidad en cuanto, con el propósito de conservarla, defenderla, la transfigura, o, con el propósito de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra, la desfigura. Ideología tal tiene sus raíces en un querer, no en un conocer; brota de ciertos intereses distintos del interés por la verdad, con lo cual, naturalmente, nada se afirma sobre el valor o la dignidad de esos otros intereses." (*TP*, 122)

La teoría pura se muestra a sí misma como crítica, en tanto anti-ideológica, pues ella apunta a desembarazar a las teorías existentes de todos los elementos que distorsionan a su objeto y que, por ende, alejan a la ciencia del camino desinteresado hacia la verdad.

El transfigurar, como típico mecanismo ideológico, juega de manera inversa al proceso simbolizado por Schönberg en su *Verklärte Nacht*. Tanto en su texto escrito (un poema de Dehmel) como en su estructura compositiva, la obra de Schönberg sugiere un paso de la oscuridad hacia la luz. Transfigurar es aclarar. El por lo demás habitual inicio en tonalidad menor (*Grave*) y su final mayor (*Adagio*) suscitan dicho paso analítico. El transfigurar de la ideología, en cambio, enturbia la supuestamente diáfana claridad de las normas. De ahí la labor de Kelsen, de disipar las transfiguraciones para poder apreciar a plana luz la figuración normativa.

Estas indicaciones de Kelsen merecen varios comentarios. Y desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar y más allá del marco propuesto, están señalados un conjunto de mecanismos calificados de ideológicos, resumibles en dos términos paradigmáticos: ocultar y transfigurar. Ellos coinciden con algunos de los mecanismos apuntados por la teoría crítica: ocultar o elidir el poder por un lado, hacer pasar una situación contingente o histórica por necesaria o universal, por otro.

Tales mecanismos, además, se encuentran en la misma línea que los indicados al tratar las cuestiones del sujeto de derecho y del Estado: ficciones, sustancializaciones, duplicaciones místicas, suposición de esencias.

En cuanto a la función, Kelsen se refiere a justificar y legitimar una posición. Aquí también hay una estrecha semejanza. En el discurso del orden, señalado por Marí, convergen el orden normativo y una construcción legitimante correlativa. En su léxico: las estructuras lógicas y las operaciones ideológicas.

En segundo término, tales mecanismos son puestos en juego por las teorías dogmáticas. Sus artesanos trabajan como orfebres de la ideología y transmisores del poder. Ni una ni otra les son ajenas.

Pero cabe dudar que la teoría dogmática sea el *único* ámbito en el que actúen estos mecanismos ideológicos. El Preámbulo, por ejemplo, no es un texto dogmático o teórico, sino parte de un texto –la Constitución Nacional– que se toma como base para efectuar la reconstrucción del derecho en sentido estricto. Es en los textos civiles, en los códigos y no sólo en los textos dogmáticos, donde se encuentra una construcción como el sujeto de derecho. Es en esos mismos códigos donde se distinguen los derechos personales de los reales y donde se loa presentan como una relación entre una persona y una cosa. Son los propios órganos los que se presentan a sí mismos como parte de esa entidad mística que es el Estado. Es así razonable suponer que tales textos sean reconstruibles tanto en términos normativos como ideológicos. Es decir: esto hace plausible entender a los sentidos ideológicos tan jurídicos como los normativos.

Y aquí también juega la convergencia funcional: la ideología refuerza la función motivadora de las normas. Coadyuva a aumentar la eficacia del orden normativo. Este refuerzo lo logra presentando a esas normas como justificadas y legítimas. Quizás cabe preguntarse si las normas tendrían alguna capacidad motivadora sin estar entretejidas con algún mecanismo ideológico. Por cierto, las normas vehiculizan la fuerza y en ella radica la *ultima ratio regni*. Pero la *ultima ratio* es justamente eso: última. Y como señala Kelsen y tantos otros tras de él (tal, por ejemplo, los casos de Nino, Hart y la indagación crítica), usualmente se obtiene la obediencia sin recurrir ni a la sanción ni a la fuerza que la sostiene.

En esta dirección son decisivas las diferentes indicaciones de Kelsen en cuanto al mayor carácter motivador que tienen la religión y la moral (es decir: la ideología), con respecto al orden normativo jurídico. De ahí que el mismo funcionamiento ordinario de las normas requiera de algo no normativo, luego: de algo ideológico.

Es el mero atenerse al derecho en cuanto tal el que implica asumir sus componentes ideológicos, de tanta importancia como los normativos.

Y aquí devienen relevantes todas las sugerencias suscitadas por los textos de Alchourrón y Bulygin, sobre el carácter reconstructivo y polémico tanto de las dogmáticas como de las teorías básicas. Ya se destacaron las dificultades que implica sostener el carácter puramente descriptivo de tales teorías. Tal dificultad conduce a relativizar la tajante oposición kelseniana entre una ciencia descriptiva y objetiva y, por otra parte,

una teoría ideológica y subjetiva. En toda teoría hay decisiones: sobre cuáles son los componentes jurídicos relevantes, cómo distribuirlos en cada caso, cuáles son los significados de los textos. Y tales decisiones son polémicas. Deviene confuso apelar a la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, ya que las reconstrucciones polémicas no son ni una cosa ni la otra. Son como son: todo depende desde *dónde* se las juzgue.

Esto implica resignificar una serie de términos como desfigurar o distorsionar. Ellos se introducen bajo el supuesto de una realidad que ya viene preestablecida por la objetividad científica de la descripción. Es decir, hay que especificar ahora respecto a qué se produce una distorsión. La respuesta la aporta Goodman: es respecto a un mundo determinado de alguna manera que pueden detectarse, luego, las transfiguraciones o las distorsiones del caso. O mejor dicho, los mecanismos ideológicos son recursos para presentar un mundo diferente de otro, al que se considera dado.

Es sólo a partir de un marco conceptual dado que dibuje, por así decir, un campo básico, que pueden en su caso exhibirse los sentidos ideológicos en juego. Sólo hay una elisión cuando ya se consideró relevante aquello que se elide; sólo hay una transfiguración o des-figuración cuando ya se fijó una figuración como dada. El fuera de foco supone la admisión de un foco, lo cual no implica convertirlo en esencial.

Este uso de la noción de ideología supone que no todo es ideológico, ya que se requiere un ámbito de referencia para señalarla en cuanto tal. Si se admiten ficciones o mitos, también se asume como dado un ámbito de no ficciones y de no mitos.

La crítica del reduccionismo normativo no conduce, de manera simétrica, a un reduccionismo ideológico. No todo lo jurídico es normativo, pero tampoco no todo es ideológico. La cuestión es desentrañar sus entrelazamientos, sus singulares mixturas, es decir: su peculiar *montaje*. Claro que en dicho montaje hay mucho más que sentidos normativos e ideológicos.

Quinta Parte

El sujeto de derecho: sobre la teoría crítica del derecho II

Capítulo 46
Instrucciones para conjugar

"Es obvio que con frecuencia tenemos que actuar de muy diversas maneras para encontrar salida a un obstáculo."[1]

Las perspectivas analítica y crítica convergen en numerosos aspectos.

El hilo conductor: la categoría de sujeto de derecho. Tal como sostiene la teoría crítica, en este aspecto representada por Alicia Ruiz, se trata de una pieza clave. La intuición que subyace es la siguiente: cuestionar esta pieza o categoría tiene consecuencias tanto ramificadas como insospechadas.

En semejante cuestionamiento, hay dos líneas que devienen decisivas. Por un lado, la noción de mundo jurídico sugerida por el análisis que Alchourrón y Bulygin le dispensan a las definiciones, entendidas como explicitación de un aparato conceptual para pensar o imaginar la realidad. El sujeto de derecho, en cuanto categoría, es una de las piezas fundamentales de uno de los entramados jurídico-conceptuales modernos: la versión civil del mundo. Por otro, la cuestión de la corporalidad. Se señaló la elisión operada por el consenso conductual y su imagen concomitante: los comportamientos realizados por ángeles, puro y desencarnado soplo. Sin embargo, quedan en pie las consideraciones positivas. Darle contenido a la siguiente afirmación de la teoría crítica del derecho: el cuerpo es un factor básico de la juridicidad.

La conjugación de semejantes líneas está limitada por una constricción: no recaer en el animismo puesto de manifiesto por la teoría pura. La sustancialización mística es algo que requiere ser explicado, no un momento de la explicación. Por lo tanto, tampoco es posible erradicarla mediante un golpe epistemológico. Si se considera al mito del sujeto sustancial como un ingrediente jurídico de carácter ideológico, su puesta de manifiesto no implica una correlativa expurgación. Que algunos juristas se clarifiquen a sí mismos no transforma de manera milagrosa aquello con lo que

1. Todos los epígrafes corresponden a Waismann, F., "Mi perspectiva de la filosofía" en Ayer, A. (comp), *El positivismo lógico*, México, FCE, 1965.

tratan. Es decir: hay que estar dispuestos a admitir la presencia de aspectos jurídicos primitivos, en el sentido antropológico que Kelsen le otorga al primitivismo.

La dilucidación del sujeto de derecho, en cuanto categoría de la versión civil del mundo, se propone como resolución del problema de la unificación normativa planteado por la teoría pura. Son las limitaciones de la reducción normativista las que hacen surgir tal problema. Aunque la constricción precedente advierte sobre un riesgo complementario: efectuar una reducción en términos ideológicos. Justamente, hacer del sujeto de derecho una categoría es una decisión que recusa ambas reducciones: normativa e ideológica.

Esta tarea cobra relieve al presentarse como un nudo que enlaza, en un punto concreto, los diversos componentes del derecho en sentido estricto: normativos, ideológicos y propuestas de versiones del mundo. Y en el centro de ese nudo se hace visible la importancia de la cuestión corporal.

Son notorias las dificultades que presenta el anudamiento de estos aspectos. Tienen diferente alcance; también merecieron un trato desigual en cuanto a la atención recibida. Y si bien se remiten entre sí, presuponiéndose o, de manera más débil, aludiendo cada uno a los restantes, no es posible hablar de todos a la vez.

Su conjunción, por lo demás, no es una evidencia. No está sostenida en consensos implícitos a los que quepa recurrir para aliviar las perplejidades. Cada punto no es ajeno a una controversia polémica.

Cabe rechazar el carácter decisivo del sujeto de derecho, pero también la relevancia de la cuestión de la corporalidad. La crítica anti-ideológica kelseniana no fue receptada con facilidad, por el contrario: es uno de los blancos predilectos de la otredad iusnaturalista. La continuación de las sugerencias de Alchourrón y Bulygin no es más que eso: el esbozo de una perspectiva, que incluso puede ser juzgada por sus autores como errónea e injustificada. También podría reafirmarse con terquedad el normativismo, considerándose que las diversas posturas kelsenianas son suficientemente explicativas.

Conjugar líneas significa cruzar territorios polémicos; también generar la intersección de una serie de posiciones específicas que son sustentadas en aquellos territorios. Y si bien nos es imposible la simultaneidad expositiva, la controversia múltiple resulta en cambio inevitable. Se trata, en todo caso, de jugar partidas simultáneas. Pero en vez de ser todas de un mismo tipo, digamos el ajedrez, ellas son heterogéneas: damas, go, fútbol, truco, box. Cada una de las partidas tiene un tiempo de finalización, que abre la posibilidad de una revancha. Sin embargo, la analogía tiene que trastocarse, ya que las movidas que se hagan en cada uno de los juegos afectan al conjunto. El enroque afecta la suerte de un tiro libre, comer una pieza puede desviar el curso de un envido. Y así sucesivamente. En fin, mientras una de las partes es la misma en todos los campos, los contrincantes son heterogéneos y, por lo tanto, no necesariamente aliados entre sí. La posibilidad de derrocar a su adversario se acrecienta si *éste* mejora su situación en otro juego. Lo más plausible,

sin duda, es imaginar una combinación impredecible de triunfos y fracasos. Pero al fin de cuentas: ¿qué pueden significar estos términos, triunfo o fracaso, en una indagación como la presente?

En las revistas de acertijos para niños siempre es posible encontrar un juego sencillo pero intrigante. En una de las hojas están desparramados una multitud de puntos, cada uno acompañado por un número entero. Lo niños, con su lápiz, van uniéndolos, al seguir la serie de los números. Esta conjugación es similar, cada movimiento es un punto, pero se desconoce el número al que va asociado. Sí está claro, en cambio, su proveniencia: el despliegue metódico de los aspectos afines que presentan las dos indagaciones jurídicas consideradas: la crítica y el análisis. Afinidad que además se engarza a las continuidades que guardan con respecto a la teoría pura.

Por supuesto: el lector adulto está obligado a mantener la reserva del caso.

Capítulo 47
Máscaras

"Supongamos que mira usted un rompecabezas: al principio sólo ve un laberinto; luego, de pronto reconoce un rostro humano."

Una primera interrogación elemental: ¿coincide la dogmática civil con el cuadro que de ella nos aporta la teoría pura? Aun cuando variados aspectos se encuentren incorporados al agudo resumen que hace Kelsen, ¿no nos aporta la dogmática *algo más*?

Planteada en estos términos, la cuestión es excesiva. La dogmática continental europea es inabarcable. Prolífica, poblada de matices. De infinitos detalles que varían de acuerdo al momento de escritura del texto, al campo polémico presupuesto, a las multiformes peculiaridades nacionales. Su expansión casi universal –la dogmática nacional no es más que un ejemplo, también notable en su riqueza– agrava aún más las cosas. Y junto a la expansión dogmática se constata la exportación de los propios textos jurídicos. La importancia de los códigos civiles europeos, el napoleónico es el caso paradigmático, ratifica lo dicho. Lejos de adoptarse sin más, ellos son retrabajados de manera sutil y diversa. La obra de Vélez, a la vez erudita, hábil y original, escrita en un sitio remoto y calificado tantas veces de salvaje, exime de mayores justificaciones.

Tampoco resulta disparatado suponer que tal exportación textual estuvo precedida por una invasión, una colonización y, en muchas ocasiones, una masacre o exterminio. Y semejante traslación textual, tan apegada a los aspectos más crudos de la historia, se vuelve a producir al interior de cada territorio. Quiero decir: entre el dictado del código civil, a fines de la década del sesenta del siglo XIX, y la llamada conquista del desierto, cerrada a fines de la década siguiente, hay una continuidad difícil de negar. Para que los ámbitos personal y espacial de validez de las normas adquieran relevancia, se requiere la ocupación fáctica de un territorio y el disciplinamiento de su población. Si la eficacia es condición de la validez, hay que asegurar las condiciones de aquella para sostener a ésta. Digamos, como hipótesis incidental, que paralelamente a los ámbitos de validez habría que reconocer correlativos ámbitos de eficacia.

Como simple muestra de aquella continuidad, nada más demostrativo que las orgullosas palabras de sus protagonistas. Ellas dejan traslucir con *claridad* el sanguíneo calor de la victoria:

> "En este año glorioso, una serie de acontecimientos felices comenzaron y terminaron *la gran obra* que ha dado los siguientes resultados: la pacificación de los desiertos que se extienden al sur de la República; la conquista de 20.000 leguas de tierras fértiles entregadas a la civilización; la sumisión y la regeneración de poblaciones salvajes; la liberación de varios centenares de cautivos; la conclusión de la guerra secular contra los indios."[2]

Ahora bien, no obstante aquella proliferación y variedad textual, resulta posible delimitar grandes trazos argumentativos. Uno fue el sintetizado por Kelsen, para luego enfocarlo como resabio de primitivismo o fábula mística e ideológica. Aunque ya la dogmática civil había largamente ahondado en esa veta. La profusa controversia sobre qué entender por persona jurídica, lejos de ser un simple dato que la teoría pura habría de criticar, contiene un sinnúmero de argumentos que Kelsen tomó como positivos y a los que a su manera continuó. En alguno de sus aspectos puntuales la radicalidad de la teoría pura se hace más aparente que real con sólo ubicársela en el contexto dogmático que la precedió. Cuando Kelsen afirma, frente a los que pretenden reducir el conjunto del derecho a un simulacro ideológico, lo invalorable de cientos de años de trabajo jurídico, no está jugando con las palabras. No está pidiendo disculpas por su labor de demolición anti-ideológica, sino reconociendo aquel trabajo, coagulado en la inabarcable acumulación de textos jurídicos. Sea dicho de paso, no es casual la fascinación de Foucault por esta muchedumbre de obras, archivadas en bibliotecas, cubiertas por el polvo, escritas por juristas hoy en su mayoría olvidados, devenidas anónimas, también detallistas, maníacas hasta el extremo. Y por ello casi únicas, singulares.

Además del analizado por la teoría pura, hay otros trazos que devienen relevantes. Trazos tenues y sencillos, a extraer de un manojo muy breve de textos. Hay dos recurrencias que son destacables. Por un lado: la imbricación de la presentación dogmática con las filiaciones filológicas de los términos, ya se trate del sujeto o de la persona. En pocos sitios jurídicos es dable hallar semejante constancia, que condujo a realizar una excavación erudita de enorme significación. Por otro: la estrecha y también constante conexión que presenta el tratamiento del sujeto de derecho con el de los atributos de la personalidad.

En cuanto al primer trazo, no será cuestión de juzgar la rigurosidad o méritos de las filiaciones. Ni relevarlas de manera exhaustiva. La dogmática civil será tomada como punto de partida, con el objetivo de abrir un espacio semántico, de indagar las diferentes remisiones para obtener, si fuera posible, algún elemento de interés

2. Ver: Olascoaga, M., *La conquista de la pampa*, 1881, citado por Viñas, D., *Indios, ejército y fronteras*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1982, p. 11.

para *este* recorrido. No es cuestión, entonces, de exhibir lo que se haya dicho, sino de usarlo. Escuchar los ecos, las resonancias y las reverberancias. Se trata de dejar en libertad el componente alusivo de los términos, su potencial analógico.

La monumental obra de Ferrara jugará como referencia básica, pero intercalando aquí o allá otras referencias.[3] Dada la movilidad léxica concernida, también se efectúan incursiones por fuera de la dogmática jurídica. Por lo demás, ella misma las hace, como si las peculiaridades de esta cuestión le hubiera otorgado cierta licencia para la errancia vagabunda.

Ante todo, Ferrara destaca el carácter equívoco y complicado de la expresión *persona*. Tal como es habitual, la primera referencia es la derivación glosológica que hace Aulio Gelio en sus *Noches Áticas* y que, como se destacó, es incorporada por Cortázar en *Rayuela*. El texto, conocido, es el siguiente:

> "Cree [Gabio Basso] que este vocablo toma origen del verbo *personare*, resonar. He aquí como explica su opinión: No teniendo la máscara que cubre por completo el rostro más que una abertura en el sitio de la boca, la voz, en vez de derramarse en todas direcciones, se estrecha para escapar por una sola salida y adquiere por ello sonido más penetrante y fuerte. Así, pues, porque la máscara hace la voz humana más sonora y vibrante, se le ha dado el nombre de *persona*, y por consiguiente de la forma de esa palabra, es la larga la letra o en ella."

Vanicek la remite al sánscrito *Svan*, sonar y entonar, que derivó luego en *sonus*, sonido. Skutsch, por su parte, la remite al etrusco, ya que al visitar la tumba de Corneto Tarquino observó junto al rostro enmascarado de un mimo la inscripción *fersu*, término etrusco que en la acústica del latín podría sonar como *perso* y que, mediante una flexión habría dado lugar al verbo *personare* en tanto enmascarar y, por derivación retrógrada, *persona*. Es esta vía la que también indican Meillet y Ernout al considerarla una palabra mal transmitida a partir del etrusco *persu*. Aunque Mauss, en su ensayo sobre la persona, refiere que Benveniste le mencionó la posibilidad de que el etrusco a su vez derivaba del griego προσωπον. Y luego agrega una indicación contextual:

> "No hay que olvidar que materialmente la institución de máscaras y especialmente la de máscaras de antepasados, parece que tuvieron su origen en Etruria. Los etruscos poseyeron una civilización de máscaras."[4]

Ruffel, citado por Orgaz, apunta en fin en el mismo sentido:

3. Ver: Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Reus, 1929.

4. Ver: Mauss, M., "Sobre una categoría del espíritu humano: la noción de persona y la noción del yo", estudio del año 1938, incluido en *Sociología y antropología*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 309.

> "La palabra etrusca *phersu* designa la máscara del teatro, no enteramente individual, sino típica, tal carácter, tal función. Se cree que la palabra ha pasado del etrusco al latín con el subfijo que se agrega a la declinación, de donde persona."[5]

Estas remisiones no dejan de aludir a matices que indican actitudes culturales diferentes. Mientras que la máscara latina (*persona*) está coligada al valor del sonido, de la voz, algunos juristas han sostenido que el término griego afín (προσωπον) procede de ωψ: rostro, pero también vista. En este caso el énfasis está en la visión y, arriesga Giner, en la contemplación de la apariencia sensible.[6] En un caso el rostro es el vehículo del ojo. La palabra continúa al ver y éste es el que deja aparecer a la naturaleza. En otro, el rostro se comprime en la boca. La palabra es directa, expelida como orden hacia el otro. Quizás este rudimentario y sin duda abusivo paralelismo sintetice la imagen popular de las culturas griegas y latinas. Una inclinada hacia el *logos*, otra hacia la *lex*.

Sea como fuese el devenir etimológico del término, se admite, aunque no sin controversia, que el sentido primario latino fue el de máscara, *larva histronialis* señala Ferrara. Máscara o careta usado por los actores en sus representaciones teatrales. Pero luego se opera un desplazamiento, una translación de la parte hacia el todo. Según se nos informa, *persona* pasa a designar al mismo actor enmascarado, al personaje en cuanto tal. Prueba de ello serían los frontispicios de las comedias de Plauto o Terencio, donde se lee la lista de las *Personae*.

Señala Orgaz:

> "Esta máscara tenía por objeto hacer resonar la voz y, además, no era individual sino típica del papel que el actor desempeñaba en la obra, de modo que la misma máscara servía siempre para caracterizar el mismo papel; de ahí que por una simple extensión, la palabra sirviera después para aludir, asimismo, al actor enmascarado, esto es, al personaje."

Del teatro, comedia o tragedia, a la vida que sucede por fuera del escenario, según Ferrara no hay más que un paso. Como si la vida fuera una mímesis del teatro, y no éste de aquélla. De acuerdo a una consigna famosa, la vida imita al arte:

> "Y como del autor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función, se decía: *gerit personam* (*principis*, *consulis*, etc.). *Persona* quiere decir: posición, función, cualidad."

Sin embargo, un nuevo desplazamiento se opera al designar ahora *persona* al hombre en cuanto tal. Señala entonces Ferrara:

5. Ver: Orgaz, A., *Derecho Civil Argentino. Personas individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
6. Ver: Giner, F., *La persona social*, Madrid, Victoriano Suárez, 1899.

> "Pero en estas formas de coligación *persona* va perdiendo gradualmente todo significado, y se reduce a un simple sufijo estilístico, un rudimento sin contenido; así se llega a ver en *persona* la indicación del género, cuyo genitivo apositivo formaba la especie, y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre. De este modo *persona* termina por indicar indeterminadamente al individuo humano, y éste es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy."

Extraño devenir: del sonar a la máscara, el personaje y el hombre. Ahora bien, de qué manera tales significados y desplazamientos han incidido a su vez en el léxico del derecho romano, es también fuente de controversias. Schlossmann, a comienzos de este siglo, sostuvo que el término *persona* carece de significado jurídico alguno y, sencillamente, es usado en el sentido general de hombre. Pero se le ha contestado que si bien hay textos en los cuales ello es así, no sucede lo mismo en la totalidad de los casos, donde *persona* es usado como no equivalente a hombre. Se remite, por ejemplo, a Teodosio (*Novella* XVII), donde el término estaría empleado en el sentido ya indicado de función, cualidad o estado. Uso que tendencialmente irá perfilando, ya claramente en el derecho intermedio de Donello o Vinnio, la distinción entre *homo* y *persona*, el hombre natural y la construcción jurídica. Así, Donnello: *Servus cum homo est, non persona; homo naturae, persona juris civilis vocabulum*.

Salvo el uso de persona como hombre, todos los restantes se mueven en el espacio de la escenificación teatral: máscara, trágica o cómica, personaje, papel a representar. A pesar de las profundas transformaciones posteriores, este empleo seguirá su curso, de manera larvada. Retornará con claridad a mediados del siglo XVII, en el *Leviathan*, texto de tenaz ánimo físico, que hace preceder el estudio del Estado por una analítica de las pasiones corporales. Hobbes, además de adoptar la noción de *persona* como actor, se remite expresamente a las fuentes latinas:

> "La palabra *persona* es latina; en lugar de ella los griegos usaban προσωπον, que significa la *faz*, del mismo modo que *persona* en latín significa el *disfraz* o apariencia externa de un hombre, imitado en la escena, y a veces, más particularmente, aquella parte de él que disfraza el rostro, como la *máscara* o el *antifaz*. De la escena se ha trasladado a cualquier representación de la palabra o de la acción, tanto en los tribunales como en los teatros. Así que una *persona* es lo mismo que un *actor*, tanto en el teatro como en la conversación corriente; y personificar es actuar o representar a sí mismo o a otro."

Por cierto, ya en la cultura romana, tan dilatada en su extensión y afectada por innumerables tendencias de diversa índole, fue declinando el entorno teatral del término. En particular, por obra del estoicismo y su peculiar traducción del vocabulario griego. Este aspecto lo destaca Mauss:

> "La palabra προσωπον tenía el mismo sentido que persona, máscara, pero también expresa el personaje que cada uno es y que cada uno quiere ser, su carácter (las dos palabras suelen ir generalmente unidas) ... La palabra προσωπον alcanza al individuo en su *naturaleza íntima*, donde ha desaparecido toda máscara, aunque a primera vista se conserva el sentido del artificio: el sentido de lo que es la intimidad de la persona y el sentido de lo que es su personaje."

Y esta declinación del artificio en favor de la intimidad, de la interioridad última que yace por detrás de la máscara, es la que tomará auge y predominio. Prosigue Mauss:

> "Entre los clásicos de la moral, latinos y griegos (siglo II a. de C y IV d. de C.) tiene ya otro sentido: προσωπον sólo es persona y, lo que es más importante, se añade un sentido moral al sentido jurídico, sentido de ser consciente, independiente, autónomo, libre y responsable. La conciencia moral introduce la conciencia dentro de la concepción jurídica del derecho."

Ya están lanzados los términos que Kelsen tomará como blanco de ataque, para calificarlos de animistas o místicos. Pero este primitivismo mitológico, de acuerdo a las filiaciones indicadas, es sobreviniente, secundario respecto al juego de máscaras que acaece en la escena teatral. No hay tanto una evolución del primitivismo hacia otras formas de pensamiento, sino una recaída, un golpe asestado a las apariencias en beneficio de una *nueva* profundidad interior.

El posterior desarrollo cristiano agravó aún más las cosas. La obra de Boecio es claramente inaugural, así como su especificación: *persona est naturae rationabilis individuus substancia*. Es decir: persona es la sustancia individual de naturaleza racional. Tal como ha señalado Gilson, el *Liber de Duabus Naturis contra Eutychen et Nestorium* de Boecio expone la noción de persona que iluminará al conjunto del pensamiento medieval e, incluso, la que incidirá con fuerza en el desenvolvimiento de la moral moderna y secular.[7]

La persona deviene, ya expuesta esta doctrina de manera sistemática por Santo Tomás, sustancia, unidad y dignidad.[8] Sustancia, en tanto se trata de un ser real que se sustenta en sí mismo, que existe *per se*. Pero también en el sentido de fundamento de un conjunto de accidentes, sin el cual éstos no podrían sustentarse: por ello la sustancia también es una hipóstasis. Unidad, en cuanto la sustancia de toda cosa es *unum per se* y no *secundum accidens*. Si la persona es una sustancia entonces es una, individual e indivisible. Dignidad, pues *persona* significa lo más perfecto en una naturaleza: persona *significat id quod perfectissimus in tota natura*. Es la razón,

7. Ver: Gilson, E., *L'Esprit de la philosophie médiévale*, París, 1932.

8. Ver: Zambrano. D., *Persona y derecho*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1947.

rasgo diferenciante entre todas las criaturas terrestres, el que hace a la excelencia de la persona, es decir: a su intrínseca dignidad.

Persona, así, es todo individuo sustancial, de naturaleza racional y digna. Erradicación casi definitiva de la raigambre escénica y teatral de la persona.

La secularización de las sutiles distinciones teológicas devendrá en nuevas y también sutiles determinaciones filosóficas o, si se quiere, meta-físicas. Ferrara las resume en pocas líneas, salvajes en su compactación:

> "Partiendo de la noción de libertad del hombre, persona sirve entonces para indicar el ente libre, capaz de voluntad y dotado de conciencia. Leibniz dice: *persona est cuius aliqua voluntas est*. Fichte observa que persona es el individuo racional ... Se tiende a acentuar la dignidad de la persona humana. Personalidad es una elevación de la individualidad humana; la persona es el hombre moral ... Así el concepto de persona se sublima sobre el de hombre."

Continuidad secularizada que también es resaltada, con el mismo estilo compactador, por Mauss:

> "... son los cristianos quienes han hecho de la persona moral una entidad metafísica. Nuestra noción de persona humana es fundamentalmente una noción cristiana ... Sólo falta transformar esta sustancia racional individual en lo que ahora es, en una conciencia, en una categoría, y eso fue obra de un largo trabajo por parte de los filósofos."[9]

Los textos de Hobbes en cambio, sostenidos en ese tono escéptico que una y otra vez resurge de las cenizas, mantienen la proveniencia romana, a la vez trágica y cómica, en fin: la modulación escénica de la persona. Es ilustrativo comparar su posición con la que tan cerca suyo sostendrá Locke:

> "... debemos ahora considerar qué se significa por *persona*. Y es, me parece, un ser pensante inteligente dotado razón y de reflexión, y que puede considerarse a sí mismo como el mismo, como una misma cosa pensante en diferentes tiempos y lugares; lo que tan sólo hace en virtud de tener conciencia, que es algo inseparable del pensamiento y que, me parece, le es esencial, ya que es imposible que alguien perciba sin percibir que percibe."[10]

9. Ver, en igual sentido: Lacan, J., *De la psicosis paranoica en sus relaciones con la personalidad*, México, Siglo XXI Editores, 1985, en particular lo dicho bajo el título "La personalidad en la metafísica tradicional", pp. 31 y ss.

10. Ver: Locke, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, FCE, 1986, p. 318.

En esta sucinta reseña se perfilan varios de los aspectos puestos de manifiestos por la teoría pura. Por un lado, el aplanamiento de la persona en el *homo*, pero sin ninguna connotación jurídica. El hombre en cuanto realidad biológica o fisiológica, para retomar los calificativos de Kelsen. Por esta vía, el término persona se esfuma, deviene superfluo: una palabra hueca o vacía. Una cáscara. Por otro, la sustancialización de la persona en cuanto ente dotado de rasgos esenciales: unidad, individualidad y dignidad. Esto es lo que Kelsen trata de hipóstasis, pero ya no en el sentido teológico medieval y trinitario (Padre, Hijo y Espíritu Santo), sino de acuerdo a su filiación kantiana, en tanto creación de entidades extrañas a los eventos espacio-temporales. Tal como señaló Korn, abrevando aquí en la misma fuente que la teoría pura: se trata de un proceso mediante el cual se dota de existencia a un concepto sin contenido intuitivo y que responde, no a un acto cognitivo, sino de fe.

Kelsen remite al ámbito ficcional esta conversión de una realidad natural en una persona, cualificada a la vez por la sustancialidad y la dignidad. El mito de la subjetividad jurídico-moral. Sin embargo, la teoría pura sí parece mantener como ínsito a esa realidad biológica la cualidad, también de raigambre teológica, de la unidad o individualidad, el *unum per se* de la sustancia. Esta proveniencia teológica es especialmente destacada por Mauss en las breves líneas que le dedica a la persona cristiana:

> "Es precisamente a partir de la noción de *uno* cuando se crea la noción de *persona*, creo que en relación con las personas divinas, pero también y al mismo tiempo, a propósito de la persona humana, sustancia y forma, cuerpo y alma, conciencia y acto."

Queda, final y nuevamente relegada, la sugestiva acepción teatral, la *dramatis personae*, en el sentido de un papel, de un estado o una posición. La persona en tanto personaje típico. Mediante ella no se alude a ninguna sustancialización de tipo animista. A ninguna operación ideológica. Tampoco se produce un aplanamiento de tipo biológico. Hay un *plus*, pero ¿de qué tipo? O mejor dicho: ¿en qué sentido deviene relevante para la teoría del derecho? ¿Hay alguna correlación entre esta metáfora teatral y el problema del sujeto de derecho?

Ahora la controversia se centra en lo siguiente. Dándose por admitida la crítica kelseniana. Ella muestra cómo opera la ideología. La cuestión radica, por un lado, en aceptar la capacidad autounificante de las normas, mediante la remisión a la evidencia de la individualidad fisiológica. En tal caso, términos como persona o sujeto de derecho están condenados a desaparecer o limitados a jugar como conceptos auxiliares. O, por el contrario, recusando aquella capacidad, en mostrar que está en juego una efectiva construcción jurídica de algún tipo. Justamente aquella que se designa como sujeto de derecho y cuyos caracteres se trata de dilucidar.

Desde *este* punto de vista hay cierta ambigüedad en los textos de la dogmática. Digo: en aquellos que no se dejan llevar por la sustancialización teológica. Ferrara

señala que el sujeto es no una cualidad natural o ética, sino *obra* del derecho. Para mostrarlo, reproduce un irónico párrafo de Burckard:

> "...el hombre puede oponer: yo soy de carne y hueso, y no una simple sombra; si algo existe en el mundo, soy, ciertamente, yo. Bien, tú eres de carne y hueso; como hombre eres más realidad que apariencia; pero ¿eres carne y hueso en tanto sujeto jurídico? ¿Es una cualidad necesaria, inherente a ti como hombre, que seas sujeto de derecho, o eres tal porque te invisten de tal los rayos del orden jurídico? ¿Eres sujeto jurídico como hombre *ipso facto*, o tienes la posibilidad de ser sujeto únicamente porque el orden jurídico te comprende en el terreno de las relaciones reguladas? Y si es así, si es el orden jurídico el que decide si tú puedes ser sujeto o no, el que de hombre se eleva a persona, ¿eres entonces como sujeto un ser real en otro sentido en el que también el pensamiento, el concepto, la idea, son un ente real? ¿Y debes maravillarte tú, hombre, de que el orden jurídico reconozca un sujeto allí donde no exista el hombre?"

En estas indicaciones se percibe la oscilación entre sostener que el sujeto es alguna construcción jurídica de cierto tipo y, por otro lado, reducirlo a una presentación metafórica de un conjunto de relaciones. En este último caso, la unificación viene dada por alguna forma de evidencia. Tal vez la que se coagula en el *unum per se*.

De manera abreviada: la controversia pasa por considerar al sujeto de derecho, ya sea como una *categoría* (tal es el término empleado en los textos de la teoría crítica, pero también por parte de la dogmática), ya sea como una *metáfora* auxiliar (conforme al reiterado léxico de la teoría pura).

La voz *categoría* es también usada por Mauss. Términos tan diversos y complicados como persona, sujeto o yo son tratados como categorías o nociones. La carga polémica de esta calificación es indudable: Mauss intenta mostrar las maneras históricas de su configuración, con la idea de sustituir tanto la evidencia natural del yo como su halo de moralidad. No pretende hacer una indagación psicológica, sino histórica, antropológica, quizás similar a la ensayada por Kelsen respecto a la noción de causa:

> "Mi tema es otro e independiente, es *un tema histórico social*. Cómo a lo largo de los tiempos, y de numerosas sociedades se ha elaborado, no el sentido del yo, sino la noción, el concepto que los hombres de las diversas épocas se han *inventado*. Lo que quiero enseñarles son las varias formas que este concepto ha revestido en la vida del hombre de sociedad, sus estructuras sociales y su mentalidad. Hay algo que hace resaltar la tendencia de mi demostración, esto es, lo reciente que es la palabra filosófica yo, la categoría del yo, el culto del yo (sus aberraciones), así como el respeto del yo, en concreto, por parte de los demás (su forma normal)"

El recorrido de Mauss, una sucesión de escenas concentradas y vivaces, es más amplio que el esbozado anteriormente. Se remonta hasta tribus americanas y australianas que ya, según diversas fuentes antropológicas, despliegan socialmente las nociones de personaje, del papel jugado en los dramas sagrados y en la vida familiar, y en los cuales se destaca la importancia de las máscaras.

Un poco al pasar, Mauss señala no sólo el uso de máscaras permanentes, que indican la continuidad temporal del personaje, su tipicidad, sino temporarias:

> "Si... he hablado sobre todo de las Sociedades con máscaras permanentes (Zuñi, Kwakiutl), no hay que olvidar que en Australia y en los demás sitios las mascaradas temporales son simplemente ceremonias de máscaras que no son permanentes. El hombre se inventa una personalidad superpuesta que es verdadera en el caso del rito y simulada en los juegos. Entre un tatuaje de cara y a veces de cuerpo, y un traje, una careta, existe sólo una diferencia de grado, pero no de función. La finalidad de ambas es la representación extática de un antepasado."

En los usos latinos, que van de la máscara al personaje teatral y luego al uso cotidiano de posición o estado, hay una connotación clara a la tipicidad. Al mantenimiento continuo, por lo menos durante cada presentación teatral, de un determinado papel. La máscara caracteriza siempre el mismo papel y el personaje permanece constante. Muy diferente es la situación a la que aluden las máscaras temporales. Ellas pueden ser fugaces. Quizás su forma paradigmática sea el maquillaje, los trazos de pintura que se dibujan sobre el rostro y que basta con un poco de agua para diluirlos. Máscara casi evanescente, destinada más a la desaparición que a la permanencia. Notoria divergencia cualitativa, que también se muestra, aunque de manera inversa, al comparar el maquillaje con el tatuaje. A diferencia de la evanescencia del trazo de pintura, el tatuaje permanece en el cuerpo de forma constante, labrado en él. Es un tallado con vocación de una ilusoria eternidad.

Estas evocaciones inducen una extraña gradación de figuras imaginarias, de acuerdo a su capacidad para superar el instante. El *maquillaje*, fugaz y precario. Se hace y se deshace. Pintura que se traza y que se lava. Figura del papel casi instantáneo. La *máscara*, aunque acotada también en tiempo, se percibe en contraste como permanente, al estar ligada a un papel típico. De ahí la posibilidad de superponer máscaras o de usarlas de manera sucesiva. Un papel entre numerosos otros papeles posibles. En fin el *tatuaje*, inscripto sobre la piel y a la vez difícil de eliminar. El tatuaje acompaña al cuerpo de manera permanente, mucho más allá de la duración limitada que tiene la máscara.[11]

11. Ver, al respecto, el clásico relato de Kafka "La colonia penitenciaria", así como su comentario por Tomás Abraham en "La ley mayor", ensayo incluido en *DJ*.

Y aquí, lateralmente, devienen pertinentes otras resonancias. Vecino al latino *hypostasis* (supuesto o persona) está *hypocrita*: aquel que finge o aparenta algo diferente de aquello que es. El que simula y disimula. Se trata de un personaje que aparente ser otro personaje. El protagonista de la novela policial, al que para atraparlo hay que desenmascarar. También se siente la cercanía de *hypographum*: una copia. El doble. El otro que es idéntico pero que también es otro. El protagonista de la novela fantástica, el que causa un horroroso estremecimiento.

Máscara, asimismo, no sólo se indica mediante el término *persona*. Tal como lo indica Ferrara, los romanos usan *larva*. Machi, en su *Diccionario de lengua latina*, aporta una mancha de significados. Máscara de teatro, en primer término. Pero también: figurilla, en el sentido de autómata, que se mueve. Larva, en plural, tiene un uso sugerente: sombras, visiones, fantasmas. Lo cual remite a *larvo*: hechizar y encantar; también atemorizar con visiones y fantasmas. En fin, también alude al demonio. De ahí *larveus*: perteneciente al demonio. Y, muy cerca, *larvalis*, en el sentido de lo terrible u horrendo.

La situación se hace extraña, en la medida que se hace presente una serie de términos que señalan anomalías respecto al funcionamiento calificable de normal de la máscara o persona. Ésta cristalizaba un personaje en una obra o, traslaticiamente, aludía a cualquier papel o posición social: comerciante, heredero, deudor. Pero ahora los sentidos de la máscara se inclinan hacia personajes más extraños: el simulador, el doble y el fantasma.

Si se ubica en un centro la asimilación de la persona con la máscara, en tanto personaje típico y, a su vez, se la rodea con alguna de las indicaciones de Mauss y Machi, se obtiene un esquema de este estilo:

	maquillaje	
simulador	máscara	doble
	tatuaje	

¿Qué indica este extraño, sino extravagante, esquema semántico? ¿Qué sentido puede tener esta singular errancia terminológica?

El eje vertical indica una variación en la estabilidad. Alude a diversos grados relativos de fijeza o, por el contrario, de fugacidad. Lo que varía es el grado de constancia que se le otorga al papel. Por su parte, el eje horizontal muestra dos situaciones de confusión, aunque de diferente tipo. La figura del simulador remite al caso de un personaje que se hace pasar por otro. La figura del doble, en cambio, señala la siguiente situación: dos personajes que aparecen como semejantes y que, por ello, no se los puede distinguir. Se produce, de nuevo, una confusión.

La teoría crítica propone tratar al sujeto de derecho como una categoría. Ella es una construcción jurídica. Uno de sus cometidos es la de otorgarle unidad a un

conjunto de obligaciones y derechos, es decir: de normas. Pero tal unificación, vale reiterarlo, no es ni sustancial ni esencial. De ahí el énfasis en el término construcción. La precedente fábula etimológica sugiere una vía posible para comenzar a perfilar esta categoría. La ideas metafóricas de máscara y personaje son allí las centrales.

Pero en todo este recorrido, al seguir con cuidado las referencias, se eludió un término clave: la corporalidad física. La carne y el hueso. Si se posa el foco sobre ella, retorna la cuestión kelseniana: cómo distinguir *un* cuerpo físico de *otro*. Y esto es semejante a interrogarse sobre cómo evitar la confusión en cuanto a quién es quién. Dos cuerpos *no* distinguidos son dos cuerpos a los que se confunde.

Estos interrogantes dotan de sentido al en apariencia extraviado esquema semántico. Cada eje plantea, no una posibilidad abstracta o una sucesión de meras figuras imaginarias, sino un problema jurídico que merece ser resuelto de alguna manera para que las normas operen. Por un lado: cómo distinguir de manera *continuada* un cuerpo de otro. La distinción tiene que superar la fugacidad. De lo contrario sería inocua. Por otro: cómo distinguir con *certeza* un cuerpo de otro. La distinción tiene que ser de tal magnitud que permita desenmascarar al simulador y que evite la duplicación. De lo contrario también sería inocua.

Manteniendo el léxico metafórico desplegado: las personas son las máscaras, estables y ciertas, de los cuerpos físicos. Es decir: el sujeto de derecho sería una construcción jurídica, con la finalidad de otorgarle una tipicidad estable y cierta a los cuerpos físicos. Esta la conjetura sobre la cual trabajar.

Pero el término *tipicidad* encierra varias cuestiones diferentes, no puestas claramente de manifiesto por el curso filológico de la dogmática. Hay, al menos, tres ítems a considerar. Uno: cómo distinguir a los cuerpos entre sí. Tal es el problema de la *individualidad*. Dos: cómo distinguir de manera constante a través del tiempo. Tal es el problema de la *identidad*. Tres: por dónde trazar el límite de cada cuerpo. Tal es el problema de la *unidad*.[12] Estas estipulaciones aportan claridad, máxime si se perciben las enormes fluctuaciones que caracterizan a la literatura. Paul Ricoeur, por ejemplo, apunta a estas mismas cuestiones pero variando el uso de los términos:

> "Se nombra a la persona como sujeto *indivisible* (tal persona ha hecho tal cosa y no su mano) y como sujeto *idéntico* (el que ha hecho tal cosa es el mismo que ha hecho tal otra) y como sujeto *pre-identificable* (el que hizo eso ayer es el mismo que hoy lo justifica)."[13]

Las especificaciones precedentes permiten sustituir el término tipicidad, para afirmar la siguiente conjetura: el sujeto de derecho es la construcción jurídica que dota de individualidad e identidad a los cuerpos físicos.

12. Ver: Gracia, J., "Individuos como instancias" en Rabossi y otros (comp.), *El análisis filosófico en América Latina*, México, FCE, 1985, pp. 633 y ss.

13. Ver: Ricoeur, P., *El discurso de la acción*, Madrid, Cátedra, 1988, p. 61.

Aquí, en fin, se torna inteligible el lugar del *fantasma*. Éste justamente carece de cuerpo. Es impalpable. La mirada lo traspasa y él traspasa a los cuerpos. Pero tiene, según tantos relatos, efectos sobre ellos: los puede mover, herir, romper. De una manera paradójica, produce los efectos de una conducta sin corporalidad alguna. Es casi un ángel. Pero mientras éste tranquiliza, el fantasma produce horror. Salvo que se lo neutralice, haciéndoselo aparecer bajo un halo de bondad. Y en tal caso pasará a ser un ángel. El fantasma es la imagen invertida del ángel. El símbolo invertido de la elisión del cuerpo por parte de las diferentes teorías del derecho que se fincan en la conducta. Ambos son irreales, fantásticos.

Kelsen critica la *sustancialización* del sujeto de derecho, la suposición de una entidad jurídica previa al derecho. De igual manera: ¿no resulta pertinente criticar la *descorporalización* del sujeto de derecho, la suposición de una ausencia de cuerpo que fuera capaz de realizar conductas?

Doble escepticismo: ante las sustancias y los ángeles. La conjunción de las indagaciones crítica y analítica radicaliza la teoría pura, elimina lo que en ella conspira contra sí misma. Por eso la convierte en impura. En completamente terrenal.

Capítulo 48
Monstruos y prodigios

"Todos hemos experimentado momentos
en que algo totalmente ordinario, de
pronto nos impresiona como algo extraño."

Aun cuando de importancia y siempre presente en la dogmática civil, la precedente fábula etimológica es introducida sólo en ocasión de enfocar a las personas o sujetos. Ella dice mucho más. El sujeto, tanto en la dogmática como en los códigos, se inserta como un término en una *clasificación*. Éstas, se admite, son convencionales, en cuanto no representativas de algún tipo de esencia. Ellas componen un mundo. Tal como señala Goodman, hay muchas maneras de componer, recomponer y descomponer un mundo. Estas actividades no surgen de la nada, sino que se realizan a partir de otros mundos que son previos. Por tal motivo, semejante clasificación jurídica no es completamente original, ya que compone su mundo con elementos que le son dados. Aunque sí puede resultar original la peculiar manera de componer. Mejor dicho: de recomponer y de reorganizar.

Dicha clasificación, en la que se inserta la categoría de sujeto de derecho, es probablemente la más básica, de ahí que sea ella la que articule lo que de manera habitual se presenta como el aspecto *general* del derecho civil. Salvat, a quien se seguirá en este tramo, ofrece la siguiente tripartición: personas, cosas, hechos y actos jurídicos. Esto significa: en una de las versiones jurídicas del mundo jurídico, la que imagina el derecho civil, hay personas, hay cosas y hay hechos.[14]

Para una primera visión, intuitiva y elemental, de estos términos o categorías, cabe referirse a las definiciones que suministra el código civil. En primer lugar, el artículo 30 postula que:

"Son personas todos los *entes* susceptibles de adquirir derechos y obligaciones"

14. Ver: Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino (Parte General)*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928 (cuarta edición, corregida y aumentada).

Por su parte, el artículo 2331 define:

> "Se llaman cosas en este Código los *objetos materiales* susceptibles de tener un valor."

En fin, el artículo 896 especifica qué se entiende por hecho:

> "Los hechos de que se trata en esta parte del Código son *todos los acontecimientos* susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones."

El *mundo civil* está compuesto por entes de algún tipo, objetos materiales y acontecimientos. Parcas son estas palabras, requeridas de desarrollo. Pero suficientes para enunciar una conjetura. Estas postulaciones informan sobre el equipamiento ontológico mínimo del aparato conceptual jurídico-civil. Responden a la pregunta sobre lo que hay, poniendo de manifiesto el esquema conceptual en juego. Como señala Quine:

> "Creo que nuestra aceptación de una ontología es en principio análoga a nuestra aceptación de una teoría científica, de un sistema de física, por ejemplo: en la medida, por lo menos, en que somos razonables, adoptamos el más sencillo esquema conceptual en el cual sea posible incluir y ordenar los desordenados fragmentos de la experiencia en bruto. Nuestra ontología queda determinada en cuanto fijamos el esquema conceptual más general..."

De ahí que cualquier discusión sobre lo que hay, lleva a debatir sobre el aparato conceptual usado:

> "Las discrepancias en la ontología suponen siempre una discrepancia en los esquemas conceptuales básicos."[15]

Por supuesto, se trata de un esquema conceptual encastrado con las normas positivas, no el propio de una supuesta ciencia. En todo caso, gran parte de la labor dogmática no consiste más que en efectuar su reconstrucción y desarrollo. La dogmática civil reconstruye el peculiar estilo de componer el aparato conceptual civil mediante el cual se imagina (Geertz) o piensa (Alchourrón y Bulygin) de cierta manera a la realidad.

15. Ver: Quine, W., "Acerca de lo que hay", en *Desde un punto de vista lógico*, *op. cit.*, pp. 25-47.

En términos de la teoría pura: se trata de un esquema de explicitación conceptual presupuesto por el esquema normativo. Presupuesto, ya que la exhibición de las conductas en tanto debidas implica conceptualizar el mundo en el cual ellas acaecen. Como si al derecho no le fuesen suficientes las maneras cotidianas de hacer mundos y, por ello, estuviera compelido a proponer uno por su cuenta. De acuerdo a la idea de Geertz: antes de regular las conductas, el derecho propone una versión del mundo.

Dentro de tal versión del mundo, el acotado foco actual es la persona o sujeto de derecho. La categoría que permite aprehender al *ente*, entendido como cuerpo físico de determinada especie zoológica. Aquí se efectúa una remisión a las clasificaciones que determinados saberes o ciencias (biología, zoología) consideran pertinentes. Ellas distinguen clases o grupos de cuerpos físicos a partir de ciertos rasgos, también físicos, que se toman como singularizantes.

El código civil, en su artículo 51 efectúa una escueta definición:

> "Todos los entes que presentasen signos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes son personas de existencia visible."

Se trata, por cierto, de signos de humanidad y no de alguna esencia última, por ejemplo la racionalidad, la libertad o la voluntad. En cuanto a la cuestión de las cualidades o accidentes, Salvat remite en su comentario a las fuentes romanas:

> "...según el Digesto no eran tenidos como hijos los seres procreados con forma contraria a la del género humano, como si una mujer hubiera dado a luz *alguna cosa monstruosa o prodigiosa.*"

A continuación, haciendo alusión a los saberes biológicos actuales, Salvat redondea su exégesis sobre estas entidades fabulosas:

> "Signos característicos de humanidad significa presentar las formas y los caracteres que comúnmente presenta el ser humano, quedando excluidos aquellos seres que nacen en condiciones extraordinarias, con cabezas u otros miembros de bestias, a los cuales se les llamaba monstruos o prodigios. En la época actual ya no se habla de estos monstruos o prodigios, pues los estudios sobre el hombre han demostrado la imposibilidad natural de su existencia."

Se trata de una clase de entes de tipo biológico-natural. Los estudios sobre el hombre no son de índole filosófica, sino científico-naturales.

Por su parte, el *todos* del artículo 30 rechaza efectuar ciertas distinciones entre dichos entes. Tal rechazo cabe entenderlo como aplicación del principio de igualdad: todos los entes de tal y cual característica son iguales. Sin entrar en debates por lo

demás barrocos pero no inocentes, la igualdad se entiende en su enunciación normativa más lata, como la *prohibición* dirigida a todo aquél que cumpla una función orgánica estatal de efectuar algún tipo de distinción al momento de normar. Es decir: prohibición de discriminar, de acuerdo a una lista convencional y abierta de notas relevantes (sexo, etnia, raza, etc.). El *son* iguales significa que *deben* tratarse de igual manera de acuerdo a ciertos criterios.[16] Pero también se rechaza una bipartición elemental de estos entes, entre *sui juris* y *alieni juris*, libres y esclavos. No obstante, el esclavo no siempre fue considerado un ente del género humano, al caer del lado de los objetos materiales que no son justamente de tal tipo. El esclavo considerado como *objeto vocal*. En tal supuesto, se sigue manteniendo el *todos*, ya que el conjunto de los entes humanos son considerados iguales. Salvo, por supuesto, la consideración de otras distinciones que se hagan conforme a diferentes criterios.

Resulta notorio que las posibilidades clasificatorias son amplias, variadas, diferentes en sus consecuencias. También queda de manifiesto la imbricación que se presenta entre los aspectos categoriales y normativos. En definitiva, se encuentra indicada una clase de cuerpos físicos, particularizada mediante una remisión al saber físico-biológico de la época. Pero esta remisión a la conceptualización biológica no es completa. Aceptado este rasgo del mundo como dado, el derecho no se inhibe de alterarlo mediante ficciones. Es decir: tomando una cosa por otra. Pero, para ello, resulta preciso establecer previamente como básico algún elemento del mundo.

Marí indica alguna de tales ficciones civiles:

> "De todos modos cualquier inventario, incluso no exhaustivo, no puede dejar de comprender varios casos de ficciones propias del derecho, en relación al principio y fin de las personas, sus derechos y el estado civil y de los bienes. Así, el artículo 70 remite el comienzo de la existencia de las personas a la concepción en el seno materno estipulando que ya 'antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos y obligaciones *como si* hubieran nacido'. En tanto el 74, por una ficción de inverso sentido, preceptúa que: si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados *como si* no hubiesen existido."

Si se toma nota del citado artículo 70 del Código Civil, se percibe que no sólo introduce una ficción, sino que estipula cuándo comienza la existencia de una persona. Postula tal artículo, citado ahora en su totalidad:

> "Desde la concepción en el seno materno *comienza* la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, *como si* ya hubieran nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre."

16. Ver: Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 53-95.

Este breve artículo es una muestra paradigmática de la imbricación en la que se encuentran los diversos componentes genuinamente jurídicos. En el caso: definiciones, ficciones y normas. El texto es reconstruible, de acuerdo a los tramos que se consideren, en términos *definicionales* (fijación de cuándo comienza la vida para el derecho), *ficcionales* (allí donde detectamos la cláusula *como si*), *normativos* (allí donde se especifican derechos y obligaciones). El ejemplo muestra que la tarea de singularizar este texto como jurídico, al menos en los términos de la teoría pura, llevaría a considerar una ínfima fracción de él, dejando de lado elementos jurídicamente relevantes pero que, sin embargo, no hacen a su singularización.

La precedente estipulación no tiene porqué coincidir necesariamente con la que propone el saber biológico-natural y al cual se remitió para determinar una clase de cuerpos físicos. Puede o no coincidir. Lo decisivo es lo que se está *haciendo*: establecer qué significa el comienzo de la existencia al interior del mundo propuesto por el derecho. Se trata de la manera que tiene el derecho de imaginar o pensar la realidad del comienzo de la existencia personal.

El propio Marí, haciendo un uso amplio del término *regla*, indica el carácter contingente de esta composición jurídica:

> "En realidad, la regla del artículo 70 del Código Civil, que asimila el feto al infante ya nacido no es una regla vigente en toda época. En el derecho romano, la capacidad natural comenzaba en el momento mismo del nacimiento, es decir, cuando el individuo se ha separado completamente de su madre. De ahí la prescripción por muchos textos romanos de que, durante la gestación el feto no es todavía una criatura humana, debiéndoselo considerar como formando parte de la madre."[17]

La cuestión, ahora, es cómo efectuar individualizaciones al interior de esta clase, llamémosla así, natural. Es aquí cuándo la dogmática civil apela a los atributos de la personalidad. Éstos, de manera preliminar, serán enfocados de diferente manera de acuerdo a la aceptación o el rechazo del mecanismo de sustancialización puesto de relieve por la teoría pura. Salvat, sin duda, la asume como evidente:

> "En el derecho, el rasgo *esencial* de la persona, aquello que la caracteriza y fija su *naturaleza*, de tal manera que suprimir ese carácter la persona *no podría existir*, es el hecho de que pueda ser sujeto activo o pasivo de derechos."

Los términos usados son claros: esencia y naturaleza jurídica. Mucho más lo es el apelar a la predicación existencial. Si se usa dicha predicación, tendría que recaer sobre los cuerpos físicos. Y éstos serán catalogados, o no, como personas de acuerdo

17. Ver: Marí, E., "La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham", en *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987, pp. 15-56.

a las definiciones y clasificaciones estipuladas en el caso. En un léxico kelseniano: la personalidad es un sentido que se exhibe desde algún esquema conceptual y no una propiedad natural. Donde *natural* significa: perceptible desde un esquema (por ejemplo el usado por Kelsen: perceptivo) al que por convención se califica a su vez de natural.

Esta esencialización es la que permite entender la cláusula posesiva mediante la cual Salvat introduce a los atributos:

> "Todas las personas *tienen* los siguientes atributos: nombre, estado, capacidad o incapacidad y domicilio."

Si, en cambio, se acepta la crítica kelseniana a la hipóstasis del sujeto, los atributos (al menos los que superen el cuchillo de la crítica) adquieren otro cariz. Sea la conjetura siguiente: los atributos *despliegan* la categoría de persona o sujeto. Los atributos no son algo que el sujeto posea, sino él mismo en cuanto categoría jurídica. Referirse al sujeto de derecho y a los atributos es una y la misma cosa. O también: los atributos se muestran cuando se realiza un *análisis* de la categoría de sujeto de derecho. Esta conjetura está razonada de manera análoga al ejemplo nominalista del árbol desarrollado por la teoría pura. Más allá del tronco, las hojas y las flores no hay nada sustancial que se les añada y que quepa otorgarle el nombre de árbol. Éste es un mero nombre para designar aquel conjunto de rasgos.

De igual manera, *sujeto de derecho* es el nombre que designa un conjunto de rasgos: los atributos. Por cierto que el uso del genitivo en la locución "atributos *de* la personalidad" ya está teñido de sustancialización, al sugerir una personalidad más allá de tales atributos y que fuese, retomando oblicuamente el término kelseniano, su portador.

El punto, entonces, es el de dar cuenta de estos atributos sin tratarlos ni como esencias ni ligados a una sustancia subyacente. Sin hipóstasis animistas.

Capítulo 49
La confusión

"Al ofrecernos exclusivamente moldes estereotipados de expresión, el lenguaje actual crea hábitos de pensamiento que resultan casi imposible de quebrantar ...por ejemplo ...el esquema actor-acción."

En la enumeración de los atributos se detectan dos rasgos ya indicados: el nombre y el estado. Al interrogar sobre las maneras habituales mediante las cuales nos referimos de manera mutua, se señaló el uso de los nombres, insertos en sistemas designativos y encastrados en un sistema genealógico de parentesco.

Ya la primera frase de Salvat sobre el nombre es indicativa tanto de una elisión (ejecutada por la dogmática), como de un mecanismo (característico del nombre):

> "El nombre de una persona sirve para individualizarla".

El mecanismo se introduce a través de la expresión *servir para*. Es decir: mecanismo de individualización. La elisión también es nítida, pues no son las personas las que se individualizan, sino los cuerpos físicos de cierta clase. Esto supone, claro está, rechazar la hipóstasis de la subjetividad jurídica y, a la vez, entender la persona en tanto conjunción de atributos. Entre ellos el nombre.

Los nombres no son más que combinaciones de letras. Y, de ser compuestos, combinaciones de términos; por ejemplo, si el nombre se compone de un nombre de familia, un apellido y un nombre de pila. Tal el caso del derecho romano: *proenomen*, *nomen gentilitium* y *cognomen*. Ya en estas designaciones compuestas está la huella del sistema genealógico. El *nomen gentilitium* es el nombre común a una *gens* y, el *cognomen*, el de una parte o rama de esa *gens*. Un sistema refuerza al otro. ¿En vistas a qué? A individualizar. O dicho de manera negativa: a evitar la confusión. Este aspecto no es obviado por la dogmática:

> "Los pueblos antiguos acostumbraban designar cada persona [cuerpo] con un solo nombre, exclusivamente perteneciente a ella. Este nombre único

> era entonces de carácter individual y no se transmitía de padres a hijos; faltaba en él el elemento familiar ... Este sistema se prestaba a *confusiones* que se presentaron bien pronto. En efecto, como el número de nombres individuales de que se podía disponer en cada lengua era limitado, resultaba que el mismo nombre era llevado por diferentes personas [cuerpos]."

Los nombres conforman listas. En tanto simples combinaciones de letras sólo adquieren funcionalidad por su mutua oposición. Una lista de nombres no es más que un conjunto de rasgos que se definen por sus relaciones. Fuera de ese conjunto de relaciones opositivas, los nombres son inútiles. Sirven para algo, individualizar, dentro de un sistema designativo. En el citado ejemplo de Kelsen: la letra A sólo cobra *valor* dentro del sistema alfabético, no de manera aislada.

Los estados, luego, son posiciones dentro de un sistema genealógico o de parentesco. Y al igual que los sistemas designativos, también son contingentes. Diferentes culturas presentan diferentes sistemas de parentesco. Como lo señala Lévi-Strauss, estos sistemas consisten en clasificaciones o en nomenclaturas:

> "Entendemos por estructuras elementales del parentesco los sistemas cuya *nomenclatura* permite *determinar* en forma inmediata el círculo de los parientes y el de los allegados ... Las estructuras elementales permiten *definir* clases o determinar relaciones."[18]

La investigación de Lévi-Strauss resalta la imbricación existente entre una nomenclatura y un sistema normativo apoyado sobre aquélla. En su texto, es visible que *estructura de parentesco* es una expresión que aúna ambos aspectos:

> "...vale decir, los sistemas que *prescriben* el matrimonio con cierto tipo de parientes o, si se prefiere, aquellos sistemas que, al *definir* a todos los miembros del grupo como parientes, *distinguen* en ellos dos categorías: los cónyuges posibles y los cónyuges prohibidos. Reservamos la expresión 'estructuras complejas' para aquellos sistemas que se limitan a *definir* el círculo de los parientes y dejan a otros mecanismos, económicos o psicológicos, la tarea de determinar el cónyuge."

Una estructura de parentesco define una nomenclatura de parientes y, a continuación, prohíbe o permite u obliga a realizar alianzas matrimoniales. En la interpretación de Lévi-Strauss, la nomenclatura es la base de un conjunto de normas (obligaciones, permisiones y prohibiciones) que dan lugar a un conjunto de intercambios (de mujeres y de bienes). Por el momento, esta remisión nos interesa por destacar el momento

18. Ver: Lévi-Strauss, C., *Las estructuras elementales de parentesco*, Barcelona, Planeta, 1985.

clasificatorio. Así, por ejemplo, al referirse a las organizaciones dualistas, es decir, aquellas que clasifican al conjunto de los cuerpos físicos humanos en dos grupos, señala lo siguiente:

> "En efecto, la organización dualista implica cierto número de consecuencias en todas partes donde se realiza. La más importante es que los individuos *se definen los unos en relación con los otros*, esencialmente por su pertenencia o su no pertenencia a la misma mitad. Este rasgo se expresa de la misma forma, cualquiera que sea el modo de transmisión del nombre de la mitad; ya se haga esta transmisión a través de la línea femenina o masculina, siempre se verá a los colaterales de la madre situados en una categoría y a lo de los padres en otra. Entonces un único término servirá para designar a la madre y a sus hermanas, e igualmente un término reunirá en una misma denominación al padre y a sus hermanos. Este sistema, que en general se presenta en formas más complejas, se denominó *sistema clasificatorio de parentesco* y se ve que la organización dualista da cuenta fácilmente de su carácter específico."

Es una nomenclatura parental organizada de alguna manera la que permite *ubicar* a los cuerpos físicos. De éstos se podrá decir, luego, que pertenecen a tal o cual rama.

No obstante, en los estudios dogmáticos el estado tiene un radio de acción más extenso y abstruso que el de las posiciones genealógicas. Salvat señala lo siguiente:

> "El estado (del latín *status*, *condictio*) de una persona [cuerpo] es la posición jurídica que ocupa en la sociedad. El estado se determina por una serie de cualidades personales, llamadas cualidades *constitutivas* del estado."

Estas cualidades constitutivas son bastante heterogéneas. Salvat considera los siguientes estados: a) de soltero o casado; b) derivados del parentesco; c) edad (mayores o menores); d) mentales (sano o demente); e) sexuales (hombre o mujer). Dejo de lado el ya señalado estado de parentesco. Parte del conjunto de los restantes no son más que clasificaciones efectuadas a partir de un rasgo considerado relevante. Y ellas se reducen a la fórmula abstracta de marcado y no marcado, positivo y negativo. Se trata de clasificaciones que se pueden graficar mediante una doble columna que indica el darse o no darse de un rasgo.

El estado, en cuanto atributo, no es más que la conjunción de todos estas cualidades *constitutivas*. En rigor, se trata a su vez de atributos. Al menos en cuanto a su función individualizadora. Con independencia de cómo se defina el rasgo relevante, lo importante es la ubicación de cada cuerpo en una de las dos columnas: marcado o no marcado. El caso atípico, y que dudosamente pueda ser mantenido, es el estado derivado de la alianza y que presupone una facultad, ejercida o no. Al respecto, Salvat

deja señaladas algunas indicaciones que apuntan en la misma dirección. Enumerando caracteres del estado señala, entre otros:

> "Que dichas cualidades suponen siempre que a la persona podría pertenecer una cualidad contraria ... Que dichas cualidades son verdaderas calificaciones de la persona, las cuales contribuyen grandemente a *individualizarla* y *distinguirla* de otras personas."

Contingencia del atributo y función individualizadora. El sujeto de derecho no es nada más allá de estos atributos. Un sujeto de derecho es la conjunción de un lugar en una red de nombres y de un lugar en una red de parentesco. De igual manera cabe considerar al domicilio y a la resbaladiza noción de capacidad, sobre la que se detiene larga y críticamente la teoría pura, pero que, a estos efectos, cabe reducir al grupo de clasificaciones englobadas bajo la noción de estado, exceptuado el estado de parentesco. En favor de la simplicidad expositiva se tomarán como atributos a los sistemas designativos y de parentesco. Pero nada impide multiplicar los atributos de acuerdo a los fines de que se trate.

La primer aproximación a la categoría sujeto de derecho es la siguiente: combinación de rasgos formales que permite distinguir un cuerpo físico de otro. Y, luego, efectuar las atribuciones normativas más variadas.

Un sujeto de derecho no es más que *un* lugar en una clasificación. Y tal clasificación será más o menos compleja de acuerdo, a su vez, a la cantidad de clasificaciones que generen cada uno de los atributos que componen al sujeto.

Capítulo 50
El sello

"¿Viviría uno en un fenomenalista paraíso con manchas de color ... en un mundo desobjetivado y sin sustancia?"

El nombre ha suscitado numerosos debates dogmáticos. Sutiles, refinados, también enmarañados, sin duda. En ese abigarrado *corpus* hay dos interpretaciones que permiten *prima facie* agrupar al conjunto de las lecturas efectuadas. Salvat las califica de *concepciones*, ya sea del nombre como un derecho, ya sea del nombre como una institución de policía civil.

La primera concepción afirma que el nombre es el contenido de un derecho subjetivo. Dejando de lado las modulaciones que afectan a ese derecho subjetivo, en particular su calificación como personalísimo o natural, es decir: si se despeja el vocabulario sustancialista, cabe reducirlo a un derecho reflejo de un deber, tal como lo entiende la teoría pura.

El resumen de Salvat es éste:

> "...según una doctrina reciente ... todos tenemos el derecho de impedir que nuestra persona, nuestra individualidad, sea confundida con otra; el nombre sirve, precisamente, para distinguir e individualizar a las personas y, por consiguiente, tenemos el derecho de que se nos proteja en su uso, porque todo desconocimiento de él importa la posibilidad de una confusión. En otros términos, el derecho que tenemos sobre el nombre, constituye un derecho *sui generis* ... destinado a proteger a nuestra personalidad."

Ante todo, hay que enfocar cuál es el problema que subyace a la controversia. Salvat dice que hay gran diversidad de opiniones sobre la *naturaleza* del nombre. En estos términos esencialistas, no hay ninguna controversia, pues no hay ninguna naturaleza esencial. La cuestión en juego es la de cómo se *usa* jurídicamente el nombre. Éste es un rasgo en una clasificación, ni más ni menos. Su función, consensualmente

admitida por la dogmática, es la de individualizar. En cuanto al *qué*, aquí se sostiene: los cuerpos físicos de cierta clase previamente delimitada. Esta concepción dice lo siguiente: dado un nombre ya dado, hay ciertas conductas a su respecto que debieran estar prohibidas. Por ejemplo, si A se hace pasar por B por algún motivo, A debiera estar facultado para acudir a un tribunal y solicitar el cese de esa situación (acción en contestación de nombre).

Resulta claro que aquí se trata de ciertas normas que implican derechos y deberes. O mejor: que califican a una serie de conductas como prohibidas, permitidas u obligatorias. Pero todas estas normas *suponen* la institución de *un* nombre.

La otra concepción es la siguiente:

> "... el nombre no consistiría, hablando con exactitud, un derecho de ninguna clase, sino más bien una obligación. El nombre sería simplemente la designación obligatoria de la persona, una institución de policía civil, cuyo objeto es individualizar las personas y permitir la conservación del orden social; sin él, los individuos estarían todos confundidos, sin que fuera posible establecer ni mantener orden alguno."

Acá hay una indicación que apunta al meollo *policial* de la cuestión. El nombre individualiza. Su cometido es evitar la confusión. Es decir: dar lugar a un orden. ¿Qué quiere decir este orden? No se trata del orden en cuanto articulación de las normas entre sí (el sistema normativo). Tampoco del orden en cuanto clasificación deóntica de las conductas: el derecho como regulador del comportamiento. Sino de un orden de los cuerpos físicos. Éste es el objetivo número uno de estos sistemas clasificatorios: ordenar los cuerpos físicos para evitar confusiones. El nombre contribuye a la constitución del orden del *mundo* civil.

Pero esta concepción dice algo más, al referirse a una obligación. ¿Y cuál es la conducta que hace al contenido de esa obligación? Se dice: la de *tener* un nombre. Digamos así: se encontraría prohibido negarse a tener un nombre. Y aquí se presenta una situación extraña: ¿a *quién* se dirige esta prohibición? No a alguien en particular, pues para decir *alguien* hay que referirse a tal y cual. ¿Al conjunto de los sujetos? Pero justamente los sujetos se distinguen como tales por la construcción jurídica del nombre. Y es por ello que se les puede dirigir un mandato o prohibición. Iguales problemas surgen si, por caridad, se acepta una frase del estilo: tener derecho al nombre. En tal caso ¿*quién* tiene tal derecho antes de ser designado?

Estos interrogantes aluden al meollo de la cuestión: tratar de armar algún sistema fiable que permita responder a la pregunta por el *quién*. Será cuando *ya* se sepa quién es quién que devendrá razonable efectuar proposiciones del tipo: tal conducta *de* fulano está prohibida o es debida. Para dar otro ejemplo: es razonable considerar como correcto un derecho a saber qué posición se ocupa en un sistema genealógico. Pero ese derecho *ya* supone ese sistema como dado.

Las controversias que se transmiten mediante estas concepciones relativas a una misteriosa naturaleza jurídica del nombre propio, no parecen ser más que debates

relativos a la conveniencia, o no, de ciertas normas particulares. Se están esgrimiendo razones en favor o en contra de ciertas prohibiciones u obligaciones; en favor o en contra de ciertos derechos y deberes específicos. Todo lo cual presupone un sistema designativo actuante, ya sea más o menos complejo, explícitamente codificado o transmitido de manera implícita o consuetudinaria.

Estas concepciones realizan un movimiento bascular, que va de la sustancialización del sujeto a su reducción normativa. Esto las ubica de manera muy extraña frente a la teoría pura, pues tanto se convierten en blanco de sus críticas, como manifiestan lo irresoluble de la reducción normativa. El primer caso se da cuando esencializan. El segundo, cuando pretenden enfocar la cuestión sólo en término de derechos y obligaciones.

Sin embargo, la dogmática, en cualquiera de sus variantes aunque con mayor énfasis en su versión *policial*, siempre deja nota de lo que está en juego: la individualización, el evitar la confusión. Este cometido es el que permite analizar los sistemas designativos. Es cierto: tales nomenclaturas permiten distinguir un cuerpo de otro. Pero entre este ámbito de sentidos (nombres o estados genealógicos) y el de los cuerpos físicos concretos, hay una brecha. No hay un *nexo* concreto y palpable entre el nombre y el cuerpo físico designado. De ahí la relativa o, de manera extrema, la absoluta falta de certeza que caracteriza a estas clasificaciones. Siempre está la sombra de la duda sobre *quién es quién*.

En este sentido, la dogmática civil diferencia dos cuestiones: cómo distinguir un cuerpo de otro y cómo verificar el *nexo* entre el nombre y el cuerpo físico. En este último caso ya no se trata del distinguir, sino del identificar a un cuerpo físico ya distinguido de alguna manera convencional. El nombre puede cumplir ambas funciones, pero así como parece apto para distinguir, se muestra en exceso débil para lograr una identificación indubitable.

La temática de la identificación remite al extraño esquema sugerido por la fábula etimológica de la persona, en particular a su eje vertical relativo al grado de permanencia o fugacidad de una máscara. Pero que también apunta al grado de *adherencia física* de la figura: superficial en el caso del maquillaje y la máscara; hendido en el caso de los tatuajes. Estos últimos tienen dos virtudes: permanecen constantes a través del tiempo y se encuentran labrados en la carne. Dado un sistema de marcas (rasgos designativos) y un proceso de mutilación subcutánea que permite inscribirlas (el propio tatuaje), la verificación del nexo entre marca y cuerpo físico tiende a eliminar las dudas.

Que estas prácticas de mutilación, de trazado de signos sobre la piel, no tienen nada de extemporáneo, lo muestran las recientes operaciones de grabado de números realizadas en los campos de concentración alemanes durante el gobierno nacionalsocialista. Dichos números permitían distinguir a un cuerpo de otro y, a la vez, disipaban toda duda en cuanto a la verificación del nexo entre número y cuerpo físico. Mecanismo macabro, no sólo por la crueldad de la técnica identificatoria, sino porque su cometido último era el de organizar de manera metódica su inminente cremación.

La cultural liberal, que se pretende ajena a este brutal *fisicalismo*, encontró la cuadratura del círculo para ejercer el control policial más estricto y, a la vez, de una manera menos cruenta que la implicada en la incisión *física* del tatuaje. Y gracias a una invención

policial argentina: el sistema dactiloscópico de Vucetich. Este ingenioso sistema se basa en que los cuerpos físicos humanos ya vienen provistos de diseños digitales. De líneas papilares grabadas en la superficie de las manos. Se trata de un sello impreso en cada cuerpo, ya formado entre el cuarto y sexto mes de vida intrauterina. Son destacables sus caracteres: perennes, inmutables, diversas y, en fin, clasificables. No pueden borrarse, tampoco existen dos impresiones iguales. Respecto al tatuaje, se revelan como la base para instrumentar un mecanismo más confiable y menos sanguinario.

Cada cuerpo viene con un signo único de fábrica. Esto permite clasificar al conjunto de los cuerpos físicos e identificarlos de manera indubitable. Para ello, por cierto, se precisa un sistema de registro. El propio Vucetich propuso la creación de un registro general de identificación para todos los cuerpos físicos de su provincia. Registro efectivamente creado en 1916, veinte años después de su descubrimiento.

Por cierto, hay lejanos antecedentes: las investigaciones de Malpighi en el siglo XVII, así como las testimoniadas por la tesis universitaria de Purkinje del año 1823 (*Comentatio examine phisiologico organo visus et cystematis cutanei*). Pero no será hasta fines de siglo pasado que se produzca este milagro de la identificación física. Su éxito, notable, lo muestra la universalidad de las cédulas de *identidad*.

El sistema civil moderno compagina ambas técnicas. Distingue por medio de un sistema designativo y de parentesco. La distinción de los sujetos de derecho permite discriminar entre sí a los cuerpos físicos. Y, a su vez, identifica a cada uno mediante una técnica dactiloscópica. Ella permite verificar el nexo que se postula entre cada sujeto de derecho y cada cuerpo físico que le es correlativo.

Las normas jurídicas son una técnica para motivar. Para causar, mediante amenazas o extorsiones, ciertos comportamientos. En tanto sistema de regulación de conductas, las normas clasifican deónticamente los comportamientos a los que se refieren. Es para obtener una adecuación entre las conductas declaradas debidas y las efectivas, que se movilizan las sanciones. Para lograr la eficacia.

El sujeto de derecho, en cuanto categoría, permite clasificar a los cuerpos físicos. Los distingue mediante un doble sistema de designación y de parentesco. Este sistema es el que *fija* a los cuerpos y los hace, en cuanto a los efectos jurídicos, distinguibles entre sí.

El mundo jurídico se compone de entes tomados como sujetos de derecho, cosas materiales y acontecimientos. Se trata de una clasificación de aquello que se *presenta* en el mundo civil. En su interior, el sujeto de derecho pone en juego otra clasificación: la de los cuerpos físicos, de determinada clase, entre sí.

Cuando las normas se refieren a la conducta de fulano, declarando que una serie de comportamientos le son debidos en su carácter de padre de mengano, las mismas ya están suponiendo el entramado conceptual que aporta la versión civil del mundo. No se hacen referencias a conductas en abstracto, sino a conductas filtradas a través de la lente conceptual del caso. Y así como las normas podrían ser otras en sus contenidos, también podría ser diferente la manera de imaginar la realidad.

Las conductas modalizadas de manera normativa son las realizadas por cuerpos físicos catalogados de sujetos de derecho.

Capítulo 51
El bautismo
(Después de G. Frege)

"Considérese a esas personas, atacadas por la neurosis de la claridad, atormentadas por el miedo, anquiloglóticas, que sin cesar se preguntan: ¡Dios mío! ¿Tiene ahora esto un sentido cabal?"

De manera más elegante y abstracta, algunos aspectos de estos problemas no han dejado de preocupar a lógicos y filósofos. El puntapié inicial, dado por Frege, tuvo consecuencias insospechadas. Fundamentalmente en algunos hablantes de la lengua inglesa. Por dos vías diferentes pero entrelazadas se planteó el mismo problema. Al nivel del cálculo de predicados se encuentran los debates en torno al uso de los términos singulares. Al nivel del lenguaje informal, las disputas en torno a los nombres propios. El siguiente resumen muestra las analogías con el problema del sujeto de derecho:

> "La interpretación formal de los términos singulares asigna a cada uno un individuo específico del dominio que recorren las variables; y, en los lenguajes naturales, los nombres propios están pensados para *funcionar* de modo parecido, al *representar cada uno a una persona* concreta."[19]

A pesar de las pretensiones de claridad, la discusión anglosajona sobre los nombres propios es enmarañada, plagada de detalles y minucias que tornan dificultosa su aprehensión. No es que los problemas y las tesis defendidas sean oscuros, pero su forma de presentación, las maneras de defender las posiciones y de refutar a los adversarios, la encendida pasión por lo minúsculo y la continua inserción de formalismos, crean un clima tenebroso. Una suma indefinida de claridades da como resultado una noche cerrada e impenetrable. Se dirá que basta ejercitarse, reconstruir el conjunto de las polémicas por orden cronológico, ir y venir una y otra vez. Lo curioso es que tal es la contestación que pronuncian, por ejemplo, los numerosos hegelianos, cuando

19. Ver: Haack, S., *Filosofía de las lógicas*, Madrid, Cátedra, 1991, p. 77.

alguien con ánimo analítico acusa a su maestro de impenetrable oscuridad: lo que pasa es que usted no se ejercitó aún lo suficiente. Contestación en definitiva correcta, pero que fulmina la relevancia de la claridad.

A pesar de la mentada diversidad de matices hay algunos problemas delimitados: ¿cómo se conectan los nombres con sus referencias?, ¿cuál es, si lo tienen, su sentido? Las respuesta dadas pueden reducirse a dos grupos, que comprenden al conjunto de las posiciones asumidas.

Un bando, fiel a las enseñanzas de Frege, reúne a todos aquellos que pretenden que los nombres propios no son más que descripciones abreviadas. O también: que el sentido de un nombre propio es equiparable al sentido de una o varias descripciones. De ahí que los nombres propios se vinculen de manera indirecta con su referencia. Indirecta, en tanto hay que pasar previamente por las descripciones del caso para llegar a la referencia. Como señala Searle, de manera sin duda tajante, sin alguna descripción la referencia sería imposible.[20]

Para esta vertiente cada nombre es portador de un significado analizable en término de rasgos descriptivos o propiedades. La *intensión*, en tanto conjunto de propiedades significativas, determina la *extensión*, el conjunto de objetos a los que se refiere el nombre del caso.

En este partido hay variaciones significativas. Un punto de discordia es la posibilidad de agotar el número de descripciones que son abreviadas por el nombre. Hay quienes sostienen que se puede ofrecer un catálogo completo de descripciones; otros afirman, en cambio, que ellas son vagas o indeterminadas. Que forman un haz de límites difusos.

Russell, deudor de Frege, también sostiene que los nombres propios abrevian descripciones. Pero introduce una distinción entre nombres propios ordinarios (José) y nombres propios genuinos o lógicamente propios. Estos últimos sí, según Russell, tienen una conexión directa con la referencia. Los nombres genuinos son términos usados deícticamente, como los demostrativos: *esto* o *eso*. Dada una posible versión atomística de la realidad, ellos hacen referencia a experiencias sensoriales presentes. En algún momento del extenso y cambiante trayecto russelliano, también es calificado de genuino el pronombre de primera persona, *yo*, que designaría de manera directa a un supuesto ego introspectivo. Pero los nombres genuinos son por completo ocasionales, al estar subordinados al presente de cada caso. Y son triviales, pues el término *esto* mediante el cual hago *ahora* una referencia directa, es el mismo término con el que, *ahora*, hago referencia a *esto*. Al momento de leer la frase precedente, resulta difícil percibir a qué se refiere cada uno de los *esto* pronunciados en los diferentes *ahora*.

Pareciera no haber nada más inapto para cumplir una tarea de distinción que los nombres lógicamente propios. Y aquí, oblicuamente, se sugiere una idea peculiar:

20. Ver: Frege, G., "Sobre sentido y referencia"; Russell, B., "Descripciones" y Searle, J., "Nombres propios y descripciones", todos incluidos en Valdés Villanueva, L. (comp), *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 1991.

aquello que sería lógicamente *propio* sería por completo *fugaz*. Extrañas consecuencias traería engarzar este esquema con las ideas jurídicas habituales relativas a la propiedad.

Tal como se ha señalado de manera reiterada, y ya respecto a la posición de Frege, si el nombre propio abrevia un conjunto de descripciones, se plantea el problema de cuáles son las descripciones relevantes. Dado que éstas pueden variar, también varía el sentido del nombre. La vía hacia la referencia es tanto indirecta como imprecisa.

El otro bando tiene su filiación en Mill, para quien los nombres carecen de significado o, si se quiere, de sentido o de connotación. Al no requerirse el rodeo por el sentido o por las descripciones, la referencia es en cierta medida directa.

Una exposición, bastante curiosa, es la que ofrece Platts, bajo el ampuloso título de "teoría objetal de los nombres propios". Éstos hacen referencia a sus portadores de manera directa, circunstancia que se expresa mediante el lema: el significado de un nombre propio es su portador. Es así que "x" representa a x, donde el nexo *representa a* es una relación primitiva e inanalizable. La pregunta que parece obvia es cómo se determina al portador. O también: cuál es la ruta que conduce hacia la referencia (sin que ella implique recurrir a una descripción).[21]

Kripke, *alma mater* de los antidescriptivistas, califica a los nombres propios como designadores rígidos, siendo su función la de *fijar* el referente con independencia de las descripciones o, también, de las propiedades:

> "Empleemos algunos términos de manera cuasitécnica: algo será denominado un 'designador rígido' si en todos los mundos posibles él designa al mismo objeto y un 'designador no rígido' o 'accidental' si no es el caso."

El inconveniente que se presenta lo considera el propio Kripke, al comentar la doctrina del precursor:

> "El problema fundamental con el que choca una concepción como la de Mill es la de saber cómo se puede *determinar* el referente de un nombre."[22]

La respuesta apela a la llamada teoría de la cadena causal:

> "Una palabra está *conectada* a un objeto o a un conjunto de objetos mediante un acto de 'bautismo primigenio', y este *vínculo* se mantiene aun cuando el cúmulo de rasgos descriptivos, que fue el que inicialmente determinó el significado de las palabras cambie por completo."

21. Ver: Platts, M., *Sendas del significado. Introducción a una filosofía del lenguaje*, México, FCE, 1992, pp. 195 y ss.

22. Ver: Kripke, S., *La logique des noms propres (Naming and Necessity)*, París, Ed. de Minuit, 1982.

Kripke trata de resolver el problema de cómo usar un nombre propio sin apelar a descripciones. Para ello tiene que darse una cadena de comunicación que permita llegar, eslabón tras eslabón, a un bautismo originario, momento en el cual la referencia fue nombrada. Por lo tanto, los cambios en las descripciones, o en las variables propiedades que sucesivamente se prediquen, no afectarían en lo más mínimo a la referencia, al estar ya siempre determinada por el bautismo primigenio.

De tal forma se puede hacer referencia a José de manera correcta sin saber qué hizo o no hizo José, sin apelar a ningún conocimiento o creencia sobre él. Simplemente tienen que rastrearse los sucesivos usos del nombre hasta llegar a un bautismo inicial.

Searle sintetiza muy brevemente ambas posiciones en conflicto:

> "Se suele formular el problema de los nombres propios de la forma siguiente: ¿tienen sentido los nombres propios? Y en la filosofía contemporánea se supone que hay dos respuestas rivales sobre esa cuestión: una respuesta afirmativa según la cual un nombre hace referencia por estar *asociado* con una descripción o quizás con un racimo de descripciones, y una respuesta negativa ofrecida por la teoría causal que *conecta* la emisión del nombre con el portador del nombre o al menos con la ceremonia de nombrar en la cual el portador del nombre lo adquiere."[23]

Ubicado en otro territorio, de diferente temperatura y humedad, Zizek enfoca esta discusión, un poco extravagante en su desenvolvimiento, de la siguiente manera:

> "... tanto el descriptivismo como el antidescriptivismo yerran en el mismo punto crucial –la radical contingencia de la nominación."[24]

Zizek le reprocha al descriptivismo ignorar la *estupidez* de los nombres propios. Los nombres propios son estúpidos, sencillamente porque

> "un nombre se refiere a un objeto porque este objeto *se* llama así."

El punto de gravedad de la indicación pasa por el giro impersonal, por el *se*. El referirse a alguien como José, en la medida que otros se refieren a él de esa manera es, para Zizek, el caso normal. En tal supuesto, no hay apelación a descripción o propiedad alguna. Hay apelación a un uso habitual, estandarizado, que subyace a cada uno de los usos particulares. En las referencias cotidianas se es estúpido, al hacerse lo que *se* hace. Sin duda, se podría dejar de serlo e intentar un cambio en el uso. Pero para ello habría que oponerse al uso habitual o estandarizado.

23. Ver: Searle, J., *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 236 y ss.

24. Zizek, S., *The sublime object of the ideology*, Londres, Verso, 1989.

El antidescriptivismo, en cambio, es acusado por buscar algún rasgo que garantice la identidad del referente a través de todos los cambios de las propiedades descriptivas:

> "El problema básico del antidescriptivismo consiste en determinar qué es lo que constituye la identidad del objeto designado más allá del siempre cambiante cúmulo de rasgos descriptivos –qué hace a un objeto idéntico a él mismo aun cuando todas sus propiedades hayan cambiado; en otras palabras, cómo concebir el correlativo objetivo del 'designador rígido', del nombre en la medida en que éste denota el mismo objeto en todos los mundos posibles, en todas las situaciones que de hecho la contradicen."

Dicha identidad se logra mediante la remisión al bautismo originario. Pero este rastreo es en muchas ocasiones más que dificultoso y controvertible, salvo, por cierto, para algún ser omnisciente que pudiera *conectar con certeza* el nombre actual con el bautismo remoto. En ese camino de regreso hacia el pasado, parece que debiera haber algo que permanezca, a pesar del cambio de las propiedades que se asignen.

La réplica de Zizek es breve pero sugestiva:

> "Lo que no capta la idea antidescriptivista de una cadena causal externa de comunicación a través de la que se transmite la referencia es la contingencia radical de la nominación, el hecho de que la nominación constituye retroactivamente su referencia. La nominación es necesaria, pero lo es, por así decirlo, necesariamente después, retroactivamente, una vez que estamos ya en ello."

La idea que plantea Zizek, sin duda más cercana al antidescriptivismo que a sus contrincantes fregeanos, es que lo único que garantiza la identidad en todos los mundos posibles es la designación actual. Es ella la que resignifica su pasado, de ahí que la misma no requiera del kripkeano rastreo hacia algún momento originario o bautismal. Hay un vaciamiento del referente, de modo tal que él deviene pasible de recibir cualquier designación en cualquier momento. Es su fijación en un determinado punto temporal el que retroactivamente permite leer su pasado. Como si la cadena causal fuera del presente hacia el pasado. Cadena retrocausal, para apelar a un barbarismo. O de acuerdo al léxico francés: fijación *après coup*.

Los debates semánticos movilizan una actitud muy semejante a los de la dogmática jurídica. Hay una atención obsesiva por la letra, acompañada con un magnífico olvido de la terrenalidad. Lingüista semántico y jurista dogmático son deudores de la tan denostada sutileza escolástica. Refinan tanto el azúcar que sus manos, ya fatigadas, terminan por palpar una textura suave pero insípida.

Sin embargo, el enfoque de Kripke ofrece material suficiente como para ensayar una analogía. Puede ubicarse a las normas en el lugar argumentativo que

ocupan las descripciones y llamarlas, por el momento, predicaciones normativas. El sujeto de derecho, por su parte, juega de manera semejante al designador rígido kripkeano. En tal caso será el sujeto de derecho el que fije la referencia, permitiendo la realización de diversas predicaciones normativas. Éstas pueden variar a lo largo del tiempo. Retomando el léxico de Alchourrón y Bulygin, tal variación da lugar a una secuencia de sistemas normativos momentáneos. Lo que aporta unidad a esos sistemas es, justamente, la rigidez del sujeto de derecho, al permanecer invariable a pesar de las cambiantes predicaciones.

Indagar sobre la procedencia de la rigidez del sujeto de derecho conduce al rastreo del momento en el cual se fijó la referencia. El bautismo inicial de Kripke. Esta ceremonia bautismal es posible de ser fechada en un momento y lugar preciso. Y tal posibilidad no requiere apelar a una entidad omnisciente, sino a una práctica de registro y archivo.

Por cierto: no hay nexo alguno entre el nombre propio y la referencia corporal. En un caso se trata de un rasgo encajado en un sistema; de una simple marca en un sistema de marcas. Sin ese sistema relacional las marcas o rasgos nominativos son insignificantes. En el otro, de un cuerpo físico de determinada clase. Entre la marca y el cuerpo no hay contacto. El cuerpo físico aparece distinguido de otro gracias a la red relacional de nombres propios, pero no hay una *ruta física* entre ambos planos. No hay, para emplear los términos de Kripke, vínculo o conexión física.

Dicha ruta se logra mediante el tatuaje. Esto es: por el grabado del nombre en el cuerpo. El tatuaje captura al cuerpo, permitiéndole no sólo pasar invariable por los diferentes conjuntos sucesivos de predicaciones normativas, sino verificar el nexo entre el cuerpo y el nombre. El sujeto de derecho fija, la incisión engancha. El designador aporta rigidez, el tatuaje certeza.

La sublimación de la crueldad se logra mediante el recurso al sello con el que viene equipado el cuerpo físico: las huellas digitales. Ellas permiten capturar a la referencia, no sólo fijarla de manera rígida. Luego, mediante un efectivo sistema de registro, deviene factible dotar de certeza al bautismo nominal.

De una manera curiosa, el bautismo kripkeano le da una nueva *chance* al reduccionismo normativista. Otorgar el nombre e identificar al cuerpo físico recién nacido puede enfocarse como una *obligación* dirigida hacia los progenitores. Pero, de vuelta, se presupone la nomenclatura de parentesco.

Y aquí juega la indicación de Zizek relativa al hecho de que *ya* se está siempre ubicado en alguna trama clasificatoria y normativa. Las normas presuponen a las clasificaciones. Y éstas funcionan gracias a las normas. Dicho de una manera más sobria: las componentes del derecho-objeto están entretejidos, forman una trama de remisiones y de mutuos condicionamientos. Las actividades de normar conductas e imaginar una realidad dan lugar a una red densa, compleja, abigarrada.

Las normas son una técnica para motivar. Las categorías del mundo jurídico son una técnica para distinguir. La dactiloscopía, en fin, es una técnica para identificar.

Capítulo 52
El magma
(P. Legendre I)

"El lenguaje no es duro; por ello es peligroso andar a la caza de premisas en lugar de sólo examinar el terreno, retroceder y decir: mire."

Las investigaciones de Pierre Legendre son una de las referencias fundamentales de la teoría crítica. Se trata de una de las vías que incorpora al análisis jurídico la tradición freudiana, traducida en la surrealista y a la vez matematizante prosa francesa de Jacques Lacan.[25]

Uno de sus ejes explícitos es el de poner de manifiesto la cuestión de la corporalidad. Dicho de manera directa:

> "...mi pregunta se precisa: ¿cómo definir las ciencias de la Ley? Diré: las ciencias de la Ley tienen por objeto *hacer marchar a los cuerpos*, puesto que el orden de la Ley pasa por el cuerpo." (*LII*, 31)

La amplitud del término Ley, pretensioso en su mayúscula, es acotada mediante una remisión a los sistemas designativo y genealógico:

> "Para avanzar en esta cuestión recordemos aquello que maniobra la genealogía: *el cuerpo humano*, es decir el viviente hablante y, en consecuencia, dotado de inconsciente; el cuerpo humano, ese ensamblaje de instancias donde opera lo que Freud llamaba la economía de la libido (*Libidoökonomie*); un cuerpo humano, ese ejemplar biológico de la especie atado por un nombre y adherido al status social de la palabra." (*LIV*, 53)

25. Ver: Legendre, P., *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, París, Fayard, 1983 (a citar como *LII*); *L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident*, París, Fayard, 1985 (a citar como *LIV*); *Le desir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, París, Fayard, 1988 (a citar como *LVII*).

Legendre lleva a cabo, de manera simultánea, dos argumentaciones. Una, digamos así, planteada en términos absolutos y que puede sintetizarse de la manera siguiente: en todo grupo humano se requiere algún orden que distinga a los cuerpos entre sí. De lo contrario, dicho grupo deviene inhumano. Y esto para Legendre significa psicótico. Es decir: loco. A tal orden, Legendre lo califica de dogmático. De ahí la nitidez de esta frase: el orden dogmático es el que defiende a los cuerpos humanos de la locura.

La segunda argumentación está limitada a coordenadas históricas precisas. Se trata de las maneras peculiares por las cuales la cultura europea construyó el orden dogmático. Para Legendre, la labor jurídica romana, así como su transcripción cristiana, son fundacionales. A tal punto, que el orden dogmático europeo es eminentemente jurídico e, incluso hoy, romano-cristiano.

Ambas argumentaciones se despliegan de manera enrevesada. Puntuales desciframientos históricos referidos a una situación, categoría o institución jurídica, se encuentran mezclados con afirmaciones tajantes y también ampulosas, relativas a la cultura humana en cuanto tal. Y si bien la indagación histórica, local y especificable no requiere de la profética inmersión en el ser de la cultura, cabe indicar cuál es el meollo del asunto tratado por Legendre. Pues, en definitiva, ambas vías están soldadas, ya que la juridicidad romano-cristiana se aprehende como un caso que ejemplifica el punto de vista global.

El punto de partida es el siguiente: para asegurar la reproducción biológica de la especie se requiere de un mínimo de orden. De una intervención que Legendre calificará de jurídico-dogmática. Tal intervención implica poner en juego un principio de diferenciación, a través del cual, justamente, se instituye un orden clasificatorio.

Legendre señala como diferenciación fundamental al parentesco. Los sistemas genealógicos permiten distinguir a los cuerpos físicos, ubicándolos en una trama de designaciones organizadas:

> "...tenemos que percibir a la institución genealógica como espacio mítico, destinado a tornar pensable y hablable el orden de la vida y de la muerte, es decir el orden de las generaciones que constituye un imperativo de humanización en toda sociedad y de socialización para todo sujeto individualizado. Diría con gusto: la genealogía consiste en *construir lugares* asignando funciones, que vienen a ocupar por forzaje jurídico los individuos a los cuales no les es suficiente nacer biológicamente, pues es todavía necesario para que ellos vivan su condición de especie, que nazcan una segunda vez en el orden de las instituciones, es decir según mi jerga, en el orden mítico de la Ley, sin el cual no habría sistemas jurídicos plausibles." (*LIV*, 123)

Para graficar aquello que, por hipótesis, pudiera ser la especie sin la intervención clasificatoria, jurídica o dogmática, Legendre apela a dos imágenes: el magma y la debacle. Ellas tratan de mostrarnos un estado indiferenciado.

El magma:

> "...lo que se juega es la diferenciación humana: los niños y los parientes deben diferenciarse, salir del *magma* para que haya sujeto y para que la reproducción humana funcione o, simplemente, que la vida humana tenga lugar." (*LIV*, 65); "Los ordenamientos (*arrangements*) genealógicos extraen su fuerza de un principio de refutación del *magma* familiar, principio que introduce la división de lugares y la sucesión del sujeto en esos lugares." (*LIV*, 39)

La debacle:

> "Los procedimientos genealógicos nos constriñen ante todo a considerar las cosas desde un punto no antagónico respecto del espíritu científico, sino diferente: desde el punto de vista de la *debacle*, de una inconsistencia primera del ser, a través de la cual el sujeto librado a la palabra es *instituido sujeto social diferenciado*, gracias a la red jurídica de interpretaciones que imponen la vida para la cuenta del género humano, en nombre de la especie." (*LIV*, 10)

Estas imágenes apuntan a destacar una supuesta indiferenciación física, de alguna manera originaria. Una indistinción o inconsistencia o desorden. En el principio fue el Caos.

Según Legendre, la vida humana requiere refutar este magma-deblacle instaurando algún tipo de orden en términos de una clasificación. La adquisición de una individualidad diferenciada deviene para cada cuerpo físico una conquista. Empleando de manera analógica el léxico jurídico adjetivo: la entrada de cada cuerpo físico a la cultura es un proceso. Y, si tal entrada resulta fallida, se operará una preclusión.

Uno de los primeros cometidos de cualquier cultura es el de distinguir y diferenciar a sus miembros. Para ello se le fabrica a cada uno, mediante su inserción en estas clasificaciones parentales, una subjetividad:

> "Tomando prestada la jerga de Kant diría con gusto, a fin de precisar mis propósitos sobre la subjetividad pre-fabricada: en toda sociedad la genealogía es un dato bajo el *status* de categoría trascendental." (*LIV*, 143)

Esta apelación kantiana no es para nada casual, pues se pone en juego una perspectiva global, que pretende exhibir categorías generales de la cultura humana. Aspecto, en definitiva, que Legendre comparte con Kelsen. Mientras éste intenta mostrar la generalidad de un orden normativo de los comportamientos, Legendre quiere destacar la generalidad de un orden dogmático de los cuerpos físicos. Incluso la referencia a un caos es un aspecto común. Al menos, esto es lo que deja traslucir la siguiente cita de un texto de Kelsen:

> "Los individuos pertenecen a un grupo, a una comunidad, sólo en la porción en que su conducta mutua es regulada por un ordenamiento. Sin este orden serían una masa *caótica*, sin estructura." (*Dp*, 99).

Si bien la genealogía como tal es un dato, no lo son sus modulaciones particulares. En este sentido ella es calificable como una condición histórica, contingente, variable.

Pero sí es notoria, en este paralelo, la diferencia en cuanto a la manera de entender el orden. En la tradición jurídica kelseniana, él se tematiza en términos de sistema jurídico. En la versión de Alchourrón y Bulygin se trata de un sistema lógico entendido, a la manera de Tarski, como un conjunto de enunciados (normas) que contiene todas sus consecuencias lógicas (*AL*, 396). Pero Legendre asume una tradición de diferente índole, digamos así: estructuralista. Mejor dicho, se recepta la visión que Lacan, al menos en ciertos momentos de su recorrido, ofreció de la estructura.

El orden dogmático es una estructura y no un sistema lógico. ¿Qué significa aquí *estructura*? En este contexto, la noción de estructura remite a una lectura de la lingüística de Saussure. El aspecto sobresaliente, y generalizado más allá de la propuesta lingüística germinal, es el siguiente: cada rasgo (para Lacan: significante) se define de manera opositiva o diacrítica o, como también se dice, posicional. Los rasgos no se definen en sí mismos, sino de manera formal y por oposición a los restantes. De acuerdo a un acertado y sintético resumen de Putnam, muy alejado de esta tradición:

> "Saussure ... junto a otros lingüistas de su época (por ejemplo, la escuela de Praga), se dio cuenta de que las unidades fonéticas básicas del lenguaje, los fonemas, no eran identificables en términos de sus características físicas. Sólo se puede describir un fonema de una lengua por contraste con los demás fonemas de la lengua. Es todo el sistema de contrastes lo que determina cuáles son los fonemas de una lengua dada."[26]

Una estructura es un conjunto opositivo de rasgos formales. Este carácter peculiar de entender la estructura, su escasa obviedad, es señalado por Milner, con una sencillez inhabitual en este territorio tan alambicado:

> "... si uno se plantea la cuestión de la existencia (*an sit*), un elemento de un sistema no subsiste en tanto que elemento sino como término en una relación de diferencia; si esta cuestión está resuelta y se plantea la cuestión de las propiedades del elemento (*quid sit*) no habrá otras propiedades que aquellas que concurren a una relación de diferencia. Todos los practicantes de la lingüística estructural conocen estas proposiciones y las tienen por triviales. Ellas no lo son."

El carácter no trivial de estas tesis es indicado de inmediato:

> "Ellas vienen a invertir el orden generalmente recibido entre propiedades y relaciones. De ordinario, en efecto, un existente es dado; las

26. Ver: Putnam, H., *Cómo renovar la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1994, p. 182.

> propiedades le son atribuidas (por análisis sensorial, perceptivo o conceptual, poco importa); y luego, sobre ese fundamento, se podrá respecto a otro existente, analizado de manera paralela e independiente, concluir que ellos mantienen entre sí una relación de semejanza o de diferencia (completa o parcial). Aquí el camino es totalmente otro: la diferencia es dada de entrada y es ella la que autoriza las propiedades. Esto sólo puede querer decir una cosa: hay una relación de diferencia que no le debe nada a las propiedades de los términos puesto que ella es anterior."[27]

También con suficiente sencillez, Miller pone de relieve los dos aspectos decisivos de este enfoque. Por un lado, la primacía de las relaciones diferenciales por sobre los elementos:

> "... el punto de partida propio de Saussure en relación al significante reside en que éste es en sí mismo un elemento diferencial, lo que se llama el principio diacrítico del significante. El significante sólo se plantea oponiéndose a uno o más significantes diferentes. La única existencia de ese significante es esa oposición en sí misma. Se trata de un elemento que no tendría ninguna consistencia propia y que sólo existiría por su diferencia con otros elementos del mismo tipo. Es pues un elemento no sustancial, que no puede ser descripto por sus propiedades intrínsecas, sino tan sólo por su diferencia ... Partimos del campo del significante y admitimos, pero radicalmente, que el único principio de la diferencia de sus elementos constitutivos, el único operador del que disponemos es *diferente de*."

Esta primacía radical de la relación por sobre el elemento, conduce de manera directa a sostener una postura que el propio Miller califica de anti-sustancialismo:

> "Aclaro el término antisustancialismo. El sustancialismo es una doctrina que supone, que implica, que se funda en la diferencia de las propiedades intrínsecas de los seres, implica entonces que existen sustancias –sustancias concretas– dotadas de propiedades, que pueden ser consideradas en sí mismas. El estructuralismo formula otra hipótesis: ... que se definan las magnitudes por las relaciones y no inversamente. Esto es decisivo y coherente con la noción de Sausurre, a saber, que en la lengua no hay más que diferencias."[28]

La precedente noción de estructura es designada por Lacan mediante la expresión *orden simbólico* o mediante la directa sustantivación de *lo simbólico* o, incluso, por medio de la

27. Ver: Milner, J., *L'ouevre claire. Lacan, la science, la philosophie*, París, Seuil, 1995, p. 99.
28. Miller, J., "La lógica del significante" en *Matemas II*, Buenos Aires, Manantial, 1988, parte I.

simple letra S. En otras ocasiones, también abusando de las mayúsculas, es designada como el *Otro*. En fin, apelando ahora al vocabulario de los juristas, como la *Ley*. Sin embargo, el término *estructura* es el más específico pues, entre otras consideraciones posibles, la expresión *orden simbólico* puede usarse como sustituto cómodo de esquema conceptual.

Es de una manera semejante que Legendre se refiere a la genealogía de parentesco, en tanto orden clasificatorio dogmático: estructura formal compuesta por elementos diferenciales.

En todos estas referencias, además, se apela a la metáfora espacial, considerándose a la estructura como un conjunto de lugares. La estructura se asimila a un espacio y, sus elementos, a lugares. Tal como señala Legendre en un párrafo ya citado: la genealogía clasifica construyendo lugares. Es en dicho sentido que interpreta, de manera osada, el adagio de las *Institutas*: *suum cuique tribuere*, dar a cada uno lo suyo. Es decir: *dar a cada uno su lugar* para obtener la diferenciación y evitar la confusión del magma.

Los sistemas de designación y de parentesco, así, conforman una estructura. Ella clasifica a los cuerpos físicos mediante la distinción de rasgos formales. La individualidad, en este sentido, no es más que un lugar en una red de oposiciones:

> "... se trata de designar clasificando, se trata de maniobrar las cuestiones de la identidad." (*LIV*, 24)

Legendre no sólo toma de los estudios de Lacan su noción de estructura, ya que los aspectos destacados (designación y genealogía) están expresamente indicados en sus textos.

En el curso de los años 1954/55, puede leerse lo siguiente:

> "Las palabras fundadoras, que envuelven al sujeto, son todo aquello que lo han constituido, sus padres, sus vecinos, que lo han constituido no sólo como símbolo sino en su ser. Son leyes de nomenclatura las que determinan –al menos hasta cierto punto– y canalizan las alianzas a partir de las cuales los seres humanos copulan entre sí y acaban por crear, no sólo otros símbolos, sino también seres reales que, al llegar al mundo, de inmediato poseen esa pequeña etiqueta que es su nombre, símbolo esencial a lo que les está reservado."[29]

Por su parte, en un escrito cuya redacción definitiva es del año 1960, el vocabulario jurídico-civil aflora sin ambages:

> "Un polo de atributos, tal es el sujeto antes de su nacimiento (y será tal vez bajo su amontonamiento como se asfixiará un día). De atributos, es

29. Ver: Lacan, J., *Seminario II. El Yo en la teoría de Freud y en la técnica psicoanalítica*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 37.

> decir de significantes más o menos ligados en un discurso ... Pero el lugar que el niño ocupa en la estirpe según la convención de las estructuras de parentesco, el nombre de pila [prénom] que a veces lo identifica ya con su abuelo, los marcos del estado civil y aun lo que denotará su sexo, son cosas éstas que se preocupan bien poco de lo que él es en sí mismo."[30]

Ya Lacan indica, no sólo alusiva, sino directamente, la conexión que ahondará luego Legendre, entre algunas categorías civiles y la noción antedicha de estructura.

Ahora bien, Legendre toma a las categorías civiles como un caso particular. Es decir: como una de las maneras posibles de organizar una estructura u orden dogmático:

> "Es a través del campo cuadriculado del derecho privado que el occidente industrialista ha debido jugar la carta que toda sociedad necesariamente debe jugar: producir la paternidad." (*LII*, 107)

De manera aún más directa:

> "En el fondo ¿qué quiere decir civilizar? Civilizar significa aplicar al mundo el derecho civil." (*LIV*, 115)

A contramano de interpretaciones asentadas, que ven allí una recaída, un olvido e incluso una decadencia, Legendre privilegia la cultura romana y su reinterpretación cristiano-medieval, por sobre la tradición griega. Como si el *logos* fuera subsidiaro con respecto a la *lex*. El siguiente párrafo lo muestra:

> "La sociología escolástica trabaja en sentidos muy diferentes las formulaciones de Aristóteles, en particular la noción de *politikon zoón* (Política 1,2,9) que me abstengo momentáneamente de traducir. Tenemos la máxima tomista *Si non est civis non est homo*, palabra por palabra: si no eres hombre civil (en el sentido romano de ciudadano) no eres humano... Un equivalente ciceroniano, retomado por R. Bacon en el siglo XIII me gusta bastante pues incluye en la fórmula la alusión al nacimiento; he aquí la frase: Está inoculado al hombre desde el nacimiento algo de civil y popular, lo que los griegos llamaban *politikón*. Aplicado al animal humano el adjetivo político será traducido como civil. Tal será para nuestro uso mi traducción de *politikón zoón*, el animal civil." (*LIV*, 120)

30. Ver: Lacan, J., "Observaciones sobre el informe de D. Lagache: psicoanálisis y estructura de la personalidad", en *Escritos 2*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1987, p. 632.

Esta traducción lleva a Legendre a reinterpretar, de una manera drástica, la noción de política, al identificarla con la gestión civil de los cuerpos, con su manejo y organización. De ahí que sean considerados como la materia prima de la política. Para Legendre, el acto político por excelencia es el de establecer la clasificación básica de los cuerpos. Por ello puede sostener que

> "... la aparición del orden genealógico y la aparición de la política son para la humanidad la misma cosa." (*LII*, 85)

En este punto, la indagación crítica diverge con la interpretación de Legendre. Hay un acto de ejercicio del poder *tanto* al normar *como* en el establecimiento de un esquema conceptual, uno de cuyos momentos posibles es la estructuración de los sujetos. La clave se encuentra en la sustitución de *política* por *poder*, como consecuencia de asumir la distinción entre formas sociales y procesos políticos. Poder y política son términos afines pero no coincidentes.

También resulta prudente tomar distancia ante los argumentos planteados en términos absolutos: caos/orden, locura/dogmatismo. Estos planteamientos, que apelan a imágenes contrafácticas relativas a un estado pre-dogmático o pre-estructurado, no parecen estar lejos de las escenas hobbesianas (o de las maneras habituales de presentarlas). O se está en un caos absoluto, guerra interminable de todos contra todos. O se está en un orden que deviene relevante *per se* y no en cuanto a sus diversas particularidades. Resulta cauto adoptar un tono más pedestre, dejando de lado la cultura en sí misma, las fábulas sobre una psicosis generalizada y cosas por el estilo. De una manera sobria, cabe referirse a órdenes particulares. También a desórdenes particulares, los que se revelarán como tales a partir de algún orden ya determinado. Es decir: no fugarse más allá de situaciones históricas particulares. Claro que también en este aspecto, la perspectiva de Legendre no deja de ser desmedida. No irrazonable, pero sí inabordable. Reducir dos milenios de historia europea bajo el título resonante de Occidente, no deja de ser algo a la vez obvio y audaz.

Despejado el ambiente de tales consideraciones, no pasa desapercibida la afinidad que guardan entre sí las estrategias kelseniana y estructural. En ambos casos hay un mismo blanco de ataque: el sustancialismo. La teoría pura se demora largamente en poner de relieve las construcciones mitológicas, que implican suponer entidades fabulosas detrás de las construcciones normativas. La subjetividad jurídica, dotada de una existencia previa al derecho. También el Estado, como Persona demiúrgica y mística. Kelsen, austeramente, se limita a trabajar con cuerpos físicos que realizan cosas e interpretables en cierto sentido. El enfoque estructural da un paso más que la teoría pura. Para ello trata como una sustancialización, también calificable de mística o ficcional, la individualidad misma de aquello que se presenta. Los cuerpos físicos realizan cosas y entre tales cosas que hacen está la construcción de una distinción y una individualidad. Y esto, a su vez, como parte de la generación de un esquema o aparato conceptual para aprehender de alguna manera la realidad –incluso la realidad de sí–.

Semejante afinidad se continúa en las indagaciones crítica y analítica. Al introducirse los sistemas de designación se hizo un uso implícito de la noción de estructura. Los nombres son rasgos que adquieren relevancia al estar insertos en un conjunto. Cada rasgo sólo se caracteriza por no ser cualquiera de los otros. De igual manera, un sistema de parentesco es una red relacional de posiciones.

Un sujeto de derecho no es nada sustancial. Para apelar a la imagen espacial: se trata simplemente de un casillero en un tablero. Nada en sí mismo, sólo cobra *valor* en la relación mutua que mantiene con los restantes.

Tanto Lacan como Legendre remiten a las categorías civiles. Ellas son las piezas mediante las cuales se propone *una* versión del mundo. Remarco *una* versión, pues ella no es la única. Tampoco es última, en el sentido de que pudiera operarse algún tipo de reducción. Pero al estar semejante esquema conceptual entretejido con las normas jurídicas, él adquiere una relevancia difícil de obviar. El sujeto de derecho es *una* categoría de este esquema. Como se mostró mediante la lectura de un fragmento del texto civil, los cuerpos materiales se dividen en dos clases básicas. Tal división se efectúa de manera indirecta, mediante una remisión a las clasificaciones propuestas por el saber biológico de la época. Es decir: aquellos cuerpos que en virtud de ciertos rasgos se califican de humanos y los restantes, cualquiera sea el rasgo que los caracterice. La categoría de sujeto de derecho aporta un medio técnico para efectuar una distinción al interior de dicha clase. Tal técnica, indica Legendre, es de índole estructural.

Si se enfoca la cuestión desde el punto de vista kelseniano, el orden estructural viene a resolver, de una manera particular, el problema básico de la unificación de los conjuntos normativos. Pero *sujeto de derecho* ya no designa de manera metafórica dicha unidad. Por el contrario, es gracias a la fijación del sujeto que devienen posibles las predicaciones normativas. Éstas se dirigen a un sujeto en particular o a algún conjunto de ellos.

La relevancia estratégica de la investigación de Legendre es la de resaltar la cuestión de la corporalidad. Ya que son los cuerpos físicos los clasificados de alguna manera, no los comportamientos que aquellos realizan. Por cierto, ambos aspectos son los concernidos.

Cuando se afirma que el derecho *hace marchar* a los cuerpos, se hace referencia a los comportamientos que ellos son compelidos a realizar. Pero en otras indicaciones el énfasis es otro.

Al decirse, mediante una segunda fórmula, que el derecho *pasa por* el cuerpo, se pone de relieve que la motivación, para usar un término kelseniano, incide de una manera física. O, en otro léxico por completo divergente, no sólo por vía de un razonamiento práctico.

Y tanto Legendre como Kelsen abrevan en la misma fuente, aun cuando sea diferente la manera de continuarla. Ambos apelan a las hipótesis freudianas, haciendo mención ya sea de la libido, del placer, de la pulsión, de las pasiones o de los instintos.

Estos dos acercamientos apuntan a un mismo aspecto de la juridicidad: la eficacia de las normas. Es decir: los efectos físicos del discurso.

Sin embargo, tanto Legendre como la perspectiva crítica, ponen de relieve un tercer aspecto relativo a la corporalidad. Ya no se trata del *hacer marchar a* ni del *pasar por*, sino de la *gestión de* los cuerpos. ¿Qué puede significar, de una manera medianamente comprensible, la gestión de los cuerpos?

Gestionar implica administrar, regir, maniobrar. En ocasiones, Legendre emplea el verbo *arranger*, rico en resonancias. Arreglar, componer, disponer y ordenar. Pero también, en sentido figurado, maltratar. Retengamos este uso ambivalente, pues cabe enfocar a mal-tratar como el sentido figurado de tratar, en cuanto manejar. Ambivalencia sugerente, al dejar nota de la brizna de crueldad que inspira la gestión.

Sus términos afines también son instructivos: adiestrar, acondicionar, adaptar, organizar. En fin: instalar, término que enfatiza las imágenes extensionales de los órdenes estructurales. Por cierto, parece ineludible tomar en cuenta el verbo *ranger*: poner en orden. Es decir: clasificar. Poner en su sitio y, de manera cercana, poner en fila (*aligner*) o disponer en series (*sérier*).

La gestión de los cuerpos es una manera de tratarlos. De atraparlos en una red clasificatoria, compuesta por filas y columnas. Tal como afirma una y otra vez la dogmática civil: hay que evitar la confusión. Pero esta confusión, en vez de remitirnos a las fabulosas historias de Legendre sobre un caos primigenio o al riesgo de una psicosis generalizada, nos lleva a situaciones muy precisas, concretas.

Dicho en una fórmula: la confusión es una amenaza. En su manifestación más elemental se trata de una amenaza a la eficacia de las normas. No es un simple juego de palabras: se trata de un combate entre amenazas. Si la eficacia es el nombre que la teoría pura le otorga a la dominación, lo que está en juego es el ejercicio del poder. O mejor dicho: lo que se pone en cuestión es cierta relación de poder.

Y aquí se inserta la tajante tesis de Foucault: el poder no se ejerce entre un individuo y otro, sino entre cuerpos físicos. La presentación de los cuerpos físicos *como* individuos es *ya* un producto de cierta relación de poder. El individuo no es una realidad biológico-natural, como sí lo es el cuerpo físico, sino una construcción de cierto tipo. Por ello es contingente. De ahí la extraña pregunta de Foucault: ¿de qué manera los cuerpos físicos devienen individuos? O en el léxico de la teoría crítica del derecho: ¿de qué manera los cuerpos físicos devienen efectivamente sujetos de derecho?

Capítulo 53
Los vagabundos

"En ocasiones, cuando vemos las cosas de cierta manera, inesperadamente, como por arte de magia parecen cambiar."

Una versión más sobria de la gestión de los cuerpos es la aportada por Miller en un breve ensayo dedicado a Jeremy Bentham.[31] Los estudios sobre el utilitarismo de Bentham son más que abundantes. También es muy variada su incidencia: en la teoría moral, pero fundamentalmente en las variadas fábulas anglosajonas referidas al comportamiento económico racional. En el campo del derecho, es notoria su repercusión en materia penal. Al respecto, el propio Miller destaca el mayor valor que Bentham le otorgaba al derecho penal sobre el civil:

> "Pero si es necesario elegir un orden, es el código penal el que domina. El código civil, en efecto, crea los derechos y los deberes, mientras que el código penal crea los delitos y los castigos, y por eso envuelve implícitamente al primero."

Cita incluso a Bentham, quien afirma tal carácter básico del código penal, al ser el medio por el cual

> "... el legislador se manifiesta en cada individuo; él permite, ordena, prohibe; traza a cada uno las reglas de su conducta, usa el lenguaje de un padre y de un maestro (*View of a complete code of laws*)."

31. Ver: Miller, J., "La máquina panóptica de Jeremy Bentham" en *Matemas I*, Buenos Aires, Manantial, 1987, pp. 24-58. Como telón de fondo, ver: Marí, E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, Hachette, 1983.

El texto de Miller, sin embargo, induce otra lectura. Donde el énfasis, en concordancia con la exploración de Legendre, pasa por la manera civil de proponer un mundo. Por la manera civil de imaginar o pensar una versión de la inescrutable realidad.

De tal forma, el remanido *Panópticon*, no será tomado como técnica carcelaria, como un medio de ejecución de la pena. Lo relevante será el modo de imaginar que él presupone:

> "El *Panópticon* no es una prisión. Es un principio general de la construcción. El dispositivo polivalente de la vigilancia, la máquina óptica universal de las concentraciones humanas."

En el léxico de Lacan: se trata de poner de manifiesto un modo de construir un orden simbólico. El objetivo declarado: discriminar a las concentraciones humanas.

Ya de entrada, Miller señala las pasiones del utilitarista: dividir, clasificar, contar, armonizar. Ellas son las que están en juego en los proyectos de arquitectura carcelaria, en su visión del código penal, en su aproximación al lenguaje. El ideal, señala Miller, es lograr un *análisis* absoluto. Y esto significa: una clasificación absolutamente cristalina. Adquiere otro cariz, entonces, qué significa actuar como un jurista analítico.

Si el ideal es la límpida clasificación, en la cual sea posible ubicarse *at first lance*, a la primera mirada, el contra-ideal es la oscuridad analítica. Como apunta Miller: no debe subsistir *no dark spot*, ningún rincón oscuro. Indicaciones que ya desde un comienzo son afines al manejo estructural de los cuerpos:

> "... las grandes nomenclaturas que despliegan sus ramificaciones exhaustivas son las prisiones del lenguaje. El ideal de dominio inspira la teoría penitenciaria y la teoría lógica de Bentham. Clasificación de hombres, clasificación de palabras, un ojo idéntico los domina. Los hombres, las palabras, se trata de detener sus fluctuaciones, de enmarcar todos sus desplazamientos, de fijarlos de una vez por todas a un lugar o, al menos, de no perderlos nunca de vista en sus movimientos, de congelarlos. Antes de ser liberal, está claro, el utilitarista es despótico."

¿Cómo controlar a los cuerpos físicos? Ante todo, dirá Bentham, hay que clasificar. Dividir, ordenar, analizar. Construir una grilla, formar clases. Administrar los cuerpos:

> "El *improvement of management* no es más que aprender la lógica de las clases, que pone cada cosa en su lugar."

Es sugerente uno de los subtítulos usados por Miller: *La policía de las identidades*. Allí, en ningún momento se referirá a las categorías civiles, pero sólo habla de ellas. Y no de cualquiera, sino justamente de uno de los atributos de la personalidad: los sistemas designativos. El nombre en tanto atributo que despliega la categoría de sujeto de derecho.

La exposición de Miller pone énfasis, no en el supuesto contrafáctico de lo que hubiera sido un grupo humano indiferenciado, sino en lo que de hecho amenaza a las clasificaciones modernas:

> "Transparencia general, clasificación general, cálculo general, utilización general; esos valores exigen que sea borrada toda incertidumbre en cuanto a las identidades. Toda cosa necesita un nombre ... un lugar, un número. Por eso el utilitarista no tiene más que repulsión por las muchedumbres y los vagabundos."

El vagabundo es el cuerpo físico sin domicilio. Pero también es un símbolo: el cuerpo sin lugar fijo. La muchedumbre es una aglomeración de cuerpos físicos. No una suma, es decir: *uno* más *otro* más *otro*. Sino una multitud sin distinciones internas:

> "La muchedumbre es la derrota de las taxonomías, la indeterminación de las numeraciones. En lugar de relaciones reguladas, es la confusión la que domina. ... Toda muchedumbre –*ausencia de clasificación humana*– es ya sediciosa."

Esta preocupación está lejos de ser abstracta: la población crece, aumenta su densidad en ámbitos urbanos. También crece la cantidad de bienes producidos y la necesidad de resguardarlos. Se hace urgente la organización policial para prevenir la comisión de delitos. La sedición. Adquiere su gramo de verdad el enfoque de la dogmática civil, en particular el paradigmático de Planiol, que entiende al nombre como institución de *policía*.

Señala Miller:

> "Al vagabundo, es necesario fijarlo; a la masa, dividirla. Bentham anhela una policía general de las identidades. Es necesario acrecentar, subraya con insistencia, los medios de reconocimiento y de encontrar a los individuos: 'En la capital del Japón cada uno está obligado a llevar su nombre sobre su vestido'. 'En las universidades inglesas, los alumnos usan un vestido particular'. En las *charity schools*, cada uno tiene no solamente un uniforme sino una placa numerada. No hablemos de los soldados. Lo mínimo es que los pobres usen uniforme."

Paso seguido se extrae una de las conclusiones más directas:

> "El ideal es conjugar la homogeneidad más completa (el uniforme) y la diferenciación más sistemática y más neutra (el número)."

Éstos son los dos *enemigos* que amenazan: vagabundos itinerantes y masas sediciosas. La cuestión es que no basta con reprimir, con asestar el golpe a diestra y siniestra.

Ello es importante, no cabe la menor duda. Pero también se hace imperioso clasificar, ordenar. En una palabra: individualizar e identificar. Presentar a los cuerpos físicos a través de una estructura, entendida como una nomenclatura.

El nombre deviene crucial. Más aún, verificar el nexo entre el cuerpo físico y el nombre que lo distingue:

> "Es necesario lamentar que los 'nombres propios' de los individuos estén dispuestos de manera tan irregular: el mismo nombre, en efecto, pertenece a muchos. Es una *verdadera falta de lógica*. Una nueva nomenclatura debe escribirse, de tal suerte que, en cada país, 'cada individuo' tenga un nombre propio que le pertenezca a él solamente."

Para rematar esta acumulación de afinidades, Miller trae a colación la analogía con el tatuaje:

> "Resumamos. Un nombre propio, verdaderamente propio, para cada uno (el equivalente de un número), tatuado en su carne, imborrable: eso sería extender el orden panóptico a la tierra entera, a toda la humanidad, e instaurar una seguridad general, ya que se podría siempre conocer la respuesta de la pregunta fundamental de los contratos. '¿Quién eres tú, aquél con quien yo trato?' Queda claro que toda mercancía debería estar estampillada. Esta etiqueta funcionaría como un certificado que establece, sin ninguna duda, el propietario, el destinatario, la cantidad y la calidad del producto."

Distinguir mediante un sistema claro de designación: los nombres. Identificar mediante un sello labrado en la carne: el tatuaje. Luego: llevar registros, libros y archivos donde se asienten los rasgos que identifican al conjunto de los cuerpos físicos.

El expandirse de la cultura europea, la civilización, no pasa tan sólo por exportar los códigos penales, los modelos de arquitecturas carcelarias. También, y quizás fundamentalmente, por difundir e imponer una manera de componer el mundo, de imaginarlo de manera civil:

> "... en el horizonte, la contabilización planetaria, la comparación de todo con todo, el registro de la humanidad."

El control se logra por varias vías complementarias, por varios andariveles que coexisten de forma simultánea. De alguna manera, antes de jugar como el precursor del imperativismo, Bentham resalta la *complejidad* del derecho. Llama a tener en cuenta diversos componentes, variados mecanismos, diferentes técnicas para construir, establecer y conservar un orden. Conmina a ser sutiles, perceptivos al matiz.

Uno. Las normas, por supuesto, en cuanto promesas de sufrimiento. La legislación apela al miedo, al temor de ser dañado o de verificar una mengua en la cuota de placer. Señala Bentham, en un párrafo que será leído en Viena, por el fundador del psicoanálisis, pero también por el constructor de la teoría pura:

> "La naturaleza puso a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer (*Introduction to the principles of morals and legislations*)."

Si se pretende regular los comportamientos cabe convertirse en amo de los amos de los cuerpos físicos. Saber manejar los hilos del dolor y del placer. El sistema coactivo se sustenta en una enciclopedia de los métodos para hacer sufrir. En un artesanado de las pasiones.

Dos. Junto a las normas: las puestas en escena. Hay que amenazar, pero también mostrar. Jugar con el hacha que con su filo rompe las articulaciones, pero también con las imágenes que capturan y hechizan. Miller señala uno de los principios benthamianos: la realidad vale por la apariencia que produce:

> "No es efectivamente más que la apariencia –la faz visible– del castigo lo que influye en las conductas de los individuos y logra la disuasión, mientras que el delincuente es el único que debe hacer la experiencia de un dolor real ... la legislación no deviene científica sino a condición de utilizar los recursos del arte teatral."

El orden normativo, para ser eficaz, se acompaña de una escenografía, de un espectáculo. Tal puesta en escena no está sólo confinada al momento de ejecución de la sanción: la sensibilidad puesta al servicio del castigo. El imaginario social se extiende como conjunto de múltiples recursos que hacen visibles las ficciones jurídicas.

Tres. Las categorías mediante las cuales el derecho imagina un mundo. De ellas, el sujeto de derecho se muestra como decisiva. Bentham pone el énfasis, más que en los sistemas genealógicos, en el nombre. En el requerimiento de formar un cuadro, una grilla, un mapa de los cuerpos físicos. Ya distinguidos, se hace urgente movilizar técnicas para verificar los nexos entre ellos y los nombres correlativos.

Para emplear otro término de Bentham: hay que imponer una *nomografía*. Escritura del *nomos*. Distinguir, separar, clasificar: estructurar. A cada cuerpo su lugar. A cada lugar un sello. Luego, resulta factible instrumentar un registro exhaustivo.

Las normas apelan al sufrimiento de los cuerpos. Al miedo y al temor. La ideología fascina a los cuerpos, moviliza sus sentidos. El sujeto de derecho, en tanto categoría, es una pieza de la gestión de los cuerpos. Es decir: el derecho motiva, fascina, gestiona. Adiestra, maravilla y administra.

Capítulo 54
Interferencias (H. Kelsen y M. Foucault)

"Podría escribirse todo un capítulo sobre el destino de los problemas, sus aventuras singulares y sus transformaciones: cómo se transforman en otros y en el proceso continúan siendo, y sin embargo no continúan siendo, los mismos."

La cuestión de la corporalidad es uno de los tópicos visibles de la obra de Michel Foucault. En esa veta, *Vigilar y castigar* ocupa un lugar destacado:

> "Se pude sin duda retener este tema general que, en nuestras sociedades, los sistemas punitivos son ubicables en cierta 'economía política' de los cuerpos: incluso si no apelan a castigos violentos o sangrientos, incluso si utilizan métodos 'dulces' que encierran o corrigen, *siempre se trata del cuerpo* –del cuerpo y de sus fuerzas, de su utilidad y su docilidad, de sus reparticiones y de su sumisión–. Es, seguramente, legítimo hacer una historia de los castigos sobre el fondo de las ideas morales o de las estructuras jurídicas. Pero, ¿no se puede hacerla sobre el fondo de una *historia de los cuerpos* ...?" (*Sp*, 30).[32]

La idea de Foucault es nítida: engarzar la historia de los castigos con la historia de los cuerpos. Las diferentes maneras de castigar están conectadas a diferentes maneras de enfocar y tratar a los cuerpos físicos.

Castigar es ejecutar una sanción. Y ésta un elemento básico de las normas. De ahí que se requiera matizar el juicio de Foucault, pues la historia de los castigos es un capítulo de la historia de las normas. En su léxico: de las estructuras jurídicas. Justamente, Foucault efectúa un análisis histórico de los diferentes aspectos que según la

32. Ver: Foucault, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975 (a citar como *Sp*).

teoría pura caracterizan a las normas: la coerción, los actos antijurídicos, las conductas declaradas debidas. Pero semejante historización a su vez incide en el análisis básico de las normas, no sólo al desplazar el acento de las conductas a los cuerpos, sino al sugerir modificaciones en cuanto a la caracterización del orden normativo como tal.

Entre las indagaciones de Foucault y Kelsen hay una relación estrecha y compleja. Kelsen aporta un esquema que Foucault hunde en la historia. Y tal inmersión permite modificar el esquema usado. En tal movimiento sí queda entre paréntesis la moralidad. Las variaciones históricas no son explicadas por fábulas morales. El pasaje de castigos crueles a dulces no está causado por la difusión de las ideas morales. A diferencia del relato liberal-contractualista de Nino, ni para Kelsen ni para Foucault resulta relevante el progreso moral en cuanto factor explicativo.

Las historias de las normas y los cuerpos están engarzadas a la historia del ejercicio del poder. Hay una correlación entre las maneras de interpretar los cuerpos físicos, ejercer el poder y especificar los diferentes aspectos normativos: las conductas debidas, los actos antijurídicos y las sanciones.

La indagación de Foucault engarza tres cuestiones: la corporalidad, el poder y las normas. Pero es la historización del aspecto normativo la que le permite distinguir las diferencias en los modos de ejercer el poder y de tratar a los cuerpos. Son las normas las indicadas por Foucault cuando hace referencia a un poder que no es ni puramente violento ni ideológico. Se trata del ejercicio calculado de la fuerza, codificado y reflexionado. El ámbito que la teoría crítica (Marí) califica de estructuras racionales y que son acompañadas, por eso no confundidas, con las operaciones ideológicas.

Semejante énfasis en las normas le aporta a Foucault varias ventajas. Por un lado, dejar en suspenso los componentes ideológicos del derecho, las modalidades peculiares de justificar las normas. Los tiene en cuenta, pero de manera específica, no como el punto de apoyo. Por otro, capturar la crítica kelseniana a la sustancialización del Estado y de un supuesto poder con mayúscula que habitaría por detrás del orden normativo. Kelsen desmitifica al poder: no es ni una cosa ni una sustancia, sino una relación compuesta por el acto de normar (mando) y la eficacia correlativa (obediencia). Y a la vez que lo reduce, lo difunde. Toda relación puede ser exhibida como relación de poder. Los ejemplos aportados por Kelsen, las relaciones amorosas o de amistad, sin duda pretenden causar un choque en el lector, al ser paradigmas de relaciones que estarían, según imágenes habituales, al margen de la dominación.[33] La expresión acuñada por Foucault: *microfísica del poder*, no es más que una traducción

33. Estos ejemplos dados por Kelsen (el amor y la amistad) tendrán una fuerte repercusión en las lecturas francesas. Pero para desmentirlas. El propio Foucault, a partir del segundo volumen de su historia de la sexualidad, al resignificar la amistad. Lacan, por su parte, al desplegar una visión singular del amor. En ambos casos, su alejamiento de las posiciones kelsenianas se traduce en una indagación sobre la subjetividad ética.

exitosa del análisis kelseniano, al sintetizar el conjunto de sus rasgos: la vehiculización normativa de la fuerza, su carácter calculado, la irreductibilidad de las normas a la ideología, la crítica a cualquier tipo de sustancialización estatal, el carácter relacional del poder y su difusión a cualquier nivel normativo.

Foucault pone en juego todos los aspectos normativos. Para aprehender el modo de ejercicio del poder tendrá en cuenta las peculiaridades de la coacción, pero también los actos antijurídicos, el modo de presentar las conductas declaradas debidas y las peculiares maneras de estar entretejidas la eficacia e ineficacia de las normas. Es al tomar el conjunto de estos aspectos que podrá especificarse un modo histórico y particular de ejercicio del poder. A partir de ahí Foucault se distancia de Kelsen, pues en vez de ligar las normas a las conductas, pondrá de manifiesto la manera de enfocar a los cuerpos que las realizan.

La historia narrada en *Vigilar y castigar* se inicia a mediados del siglo XVIII, señalándose el modo de sancionar característico de las monarquías absolutas. El cuerpo del condenado es descuartizado en la plaza pública. La tortura, lento recorte del cuerpo, no sólo lleva a la muerte, sino a una muerte convertida en espectáculo. El suplicio implica la puesta en juego de un arte del sufrimiento, pero también el despliegue de una fiesta y de un carnaval punitivo. Ritual en el que se manifiesta, ante sus súbditos, la inconmensurable autoridad del Soberano. Castigar implica algo más que hacer efectiva la amenaza que está involucrada en el momento sancionatorio de una norma. En este caso, hay un *plus* legitimante de la autoridad real:

> "Hay que desembarazarse de la ilusión según la cual la atribución de las penas se hace con el fin de reprimir los delitos: las medidas punitivas no juegan sólo el rol negativo de represión, sino también aquél 'positivo' de *legitimar* el *poder* que dicta las *reglas.*" (*De*, 153)

Así como la sanción no sólo reprime, el delito tampoco es sólo un acto antijurídico sino, señala Foucault, un desafío a la soberanía del monarca:

> "El suplicio, largo, terrible, tenía exactamente la finalidad de reconstruir esa soberanía; su carácter espectacular servía para hacer participar al pueblo en el *reconocimiento* de esta soberanía; su ejemplaridad y su exceso, para definir la extensión infinita de ésta." (*De*, 153).

La sanción es un acto represivo y a la vez una puesta en escena legitimante. Indicio del carácter polivalente de las normas. Según Foucault, las normas no sólo son un mecanismo para disuadir las conductas valoradas negativamente (actos antijurídicos) e incentivar las juzgadas como positivas (conductas debidas). Tal función, la única decisiva según Kelsen, tiene que matizarse para incorporar los usos positivos que se le otorgan a la antijuridicidad:

> "Es necesario concebir un sistema penal como un aparato para *administrar diferencialmente los ilegalismos* y no para suprimirlos a todos." (*Sp*, 91)

El juicio crítico efectuado por Foucault se hace en los mismos términos mediante los cuales Kelsen califica a los enfoques que distorsionan la estructura normativa: ficciones. Señala Foucault:

> "Sólo una *ficción* puede *hacer creer* que las leyes están hechas para ser respetadas, o que la policía y los tribunales destinados a hacerlas respetar ... Todo el mundo sabe que las leyes son hechas por unos e impuestas por otros. Me parece que se puede hacer un paso de más. El ilegalismo no es un accidente, una imperfección más o menos inevitable. Es un elemento absolutamente positivo del funcionamiento social, cuyo rol está previsto en la estrategia general de la sociedad. Toda disposición legislativa maneja espacios protegidos y redituables donde la ley puede ser violada, otros donde ella puede ser ignorada y otros, en fin, donde las infracciones son sancionadas. En el límite, diría con gusto que la ley no está hecha para impedir tal o cual tipo de comportamiento, sino para diferenciar las maneras de dar vuelta la ley en cuanto tal." (*De*, 151)

Estas consideraciones remiten a las dificultades del esquema causal y a su conjetural retraducción en términos de contingencias y antagonismos. La eficacia, ineficacia y contraeficacia de las normas sólo devienen explicables si adquieren relieve las relaciones de poder. Mientras que la contra-eficacia manifiesta una ruptura con las formas establecidas, la ineficacia es aprovechable y, por tanto, se convierte en un momento del ejercicio normal o cotidiano del poder.

Castigar es un acto complejo. Revela una manera de enfocar a los cuerpos físicos. Es la puesta en juego de una escena legitimante. Y pone de manifiesto la trama estratégica que hila la eficacia con la ineficacia. Cómo se castiga muestra cómo se ejerce el poder, cómo se piensa a los cuerpos y cómo se manejan las emociones.

Luego de diversos y enmarañados pasos, transformaciones y mutaciones, Foucault muestra la generalización del encierro. El declive de los suplicios espectaculares y la preeminencia de las penas de prisión y reclusión. No es lo mismo descuartizar que encerrar. En uno y otro caso el cuerpo no es imaginado o pensado de igual manera. Es tratado diferente al ser enfocado en otros términos.

Esta específica manera de sancionar es denominada por Foucault la "*coerción disciplinaria* establecida en el cuerpo" (*Sp*, 140). Su rasgo peculiar es ser "una *coacción* calculada [que] recorre cada parte del cuerpo." (*Sp*, 137).

Por lo general, Foucault emplea el término *disciplina*, aludiendo a un radio de acción más amplio que la coerción. Esto se debe a que la historización del castigo es inescindible de la historización del conjunto de los elementos normativos. La

disciplina se singulariza por una manera de sancionar, pero también por el tipo de conductas prescriptas, la manera de definirlas, el grado de detalle en cuando a los deberes que se exigen, los peculiares objetivos que en el caso se pretenden alcanzar. Por tal motivo, Foucault usa como fuentes documentales una serie de textos que le permiten reconstruir los diversos aspectos de las normas y no sólo su momento coercitivo. En el caso de la disciplina, ellos son de tres tipos, aunque todos de índole o materia administrativa: textos legislativos, proyectos legislativos y textos teóricos que proponen o elogian alguna legislación. Algunos ejemplos demostrativos: variadas ordenanzas militares francesas (1719, 1755, 1764, 1766), el *Tratado sobre las "obligaciones" de los hermanos de las Escuelas Cristianas* de La Salle, el proyecto de reglamento para la acería de Amboise, el reglamento para la comunidad de los hijos del Buen Pastor, el reglamento de la fábrica de Saint-Maur, las instrucciones metódicas para las escuelas parroquiales, el reglamento para las escuelas de la ciudad de Lyon, el reglamento para la infantería prusiana, el reglamento provisorio para la fábrica de Oppenheim.

Lo peculiar de esta enumeración es la semejanza en cuanto al nivel jerárquico de las normas allí expresadas. No se trata ni de constituciones, ni de cartas fundamentales, ni de códigos, penales, civiles o de cualquier otro tipo. Sino de normas de menor jerarquía, casi marginales, propias de los tramos laterales de un derecho administrativo en formación. O de normas estatutarias de instituciones religiosas o educativas. Por lo tanto, en vez de estar codificadas o sistematizadas, se encuentran relativamente dispersas. De ahí también el carácter disperso o difuso del ejercicio del poder que se revela.

A partir de estos textos Foucault reconstruye no sólo un modo de normar y de ejercer el poder sino, fundamentalmente, una manera de enfocar a los cuerpos físicos. La coerción disciplinaria transforma los cuerpos físicos en individuos. El individuo no es una evidencia, sino la forma que adquieren los cuerpos físicos bajo una específica modalidad de normar y ejercer el poder: la disciplina. El individuo no es un dato sino una construcción.

Aquí es donde la teoría crítica saca todas las consecuencias de la compleja continuidad que hila las indagaciones de Kelsen y Foucault. Pues el tratamiento disciplinario de los cuerpos físicos se incorpora como un momento de la respuesta crítica al dilema de la unificación normativa planteado por la teoría pura.

La teoría crítica del derecho arma la escena en la cual Foucault aporta elementos para contestar la pregunta de Kelsen.

Capítulo 55
La lepra
(M. Foucault II)

"El filósofo es un hombre
que percibe grietas."

Kelsen redujo a nada el sujeto sustancial. Esto lo condujo a considerar un problema crucial: indagar cómo se produce la unificación de los conjuntos de normas sin apelar a una entificación mitológica. Su respuesta fue remitir la unidad al elemento común de los comportamientos: un individuo. Y a este individuo, siempre uno y el mismo, lo calificó de realidad natural.

Foucault propone una primera tesis: el individuo es una construcción histórica. Los cuerpos físicos, de la clase humana, no son de por sí individuos. Sino que *han llegado* a serlo. De ahí el imprescindible adjetivo que va en cada caso implícito: el individuo *moderno*.

Es por tal motivo que los términos de las relaciones de poder no son los individuos. Tal es la segunda tesis de Foucault: son las relaciones de poder las que generan al individuo moderno. En otros términos: el individuo es un efecto de las relaciones físicas entre los cuerpos:

> "Pues mi hipótesis es que *el individuo no es lo dado* sobre lo cual se ejerce el poder. El individuo, con sus características, su identidad, en su sujeción a sí mismo, es el *producto* de una relación de poder que se ejerce sobre los cuerpos, las multiplicidades, los deseos, las fuerzas." (*De*, 169)

El individuo en cuanto efecto no es entendido en términos sustancialistas o entificantes. No es *algo* que se añada o que, por así decir, se agregue al cuerpo físico en cuanto tal. Se trata, más sencillamente, del cuerpo físico enfocado de cierta manera. De ahí que Foucault se refiera, en ciertas ocasiones, no al individuo sino a la forma de la individualidad.

Por cierto, en todo momento histórico son los cuerpos físicos individuados de alguna manera. Pero hay variaciones o modulaciones en cada caso significativas. No siempre los conjuntos normativos se unifican, ni requieren hacerlo, de la misma manera. Una manera más neutra de decirlo es la siguiente: variadas son las formas

de *particularizar*. Una de ellas es la individualización. Esto es: la constitución, históricamente encuadrada, del cuerpo físico como individuo.

Para Foucault, el derecho moderno implica

> "... un control que nos fabrica, imponiéndonos una individualidad, una identidad. Cada uno de nosotros tiene una biografía, un pasado siempre documentado en un lugar cualquiera, desde un dossier escolar hasta una tarjeta de identidad, un pasaporte. Hay siempre un organismo administrativo capaz de decir en cualquier momento quien es cada uno de nosotros, y el Estado puede, cuando quiere, recorrer nuestro pasado. Creo que hoy en día la individualidad está completamente controlada por el poder y que *somos individualizados*, en el fondo, por el poder en cuanto tal. Dicho de otra manera: no pienso, de ninguna manera, que la individualización se oponga al poder, sino que, al contrario, diría que nuestra individualidad, la identidad obligatoria de cada uno es el efecto y un instrumento del poder, frente a lo que éste último mas teme: la fuerza y la violencia de los grupos." (*De*, 141).

Vigilar y castigar narra una acotada historia de la coacción. Responde a la pregunta: cómo variaron las formas de sancionar. Relata el pasaje del suplicio espectáculo de las monarquías absolutas a la moderna coerción disciplinaria. Tal historia a su vez está engarzada al siguiente interrogante: qué forma de imaginar el cuerpo físico está supuesto en cada estilo coercitivo. En este aspecto, Foucault narra la historia de la conversión de los cuerpos físicos en individuos. Ambos aspectos son convergentes. Pues la individualidad no es más que la forma mediante la cual imagina a los cuerpos físicos un particular estilo coercitivo: la disciplina. El cómo se trata al cuerpo implica un modo de imaginarlo o pensarlo.

En síntesis: el individuo moderno es la manera singular de enfocar a los cuerpos físicos que es propia de la coerción disciplinaria.

Señala Foucault de manera genérica:

> "En toda sociedad el cuerpo está tomado al interior de poderes muy cerrados, que le imponen coacciones, interdictos u obligaciones." (*Sp*, 138)

En esta breve frase se aprecia, ahora, el diferente énfasis de las indagaciones de Kelsen y Foucault. La teoría pura habría dicho: siempre las conductas están motivadas por coacciones, interdictos u obligaciones. Y dado que la motivación es idéntica a la dominación, dichas normas implican, en otro plano interpretativo, una relación de poder.

Foucault, en cambio, resalta la relación de poder y, a la vez, la corporalidad. El poder afecta al cuerpo. Por cierto, al preguntar sobre cómo se afecta, recaemos, al menos parcialmente, en las normas. El texto de Foucault es claro: mediante coacciones, interdictos u obligaciones. O también:

> "Pero el cuerpo esta también directamente sumergido en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una captura inmediata; ellas lo invisten, lo marcan, lo adiestran, lo suplician, lo *constriñen* a trabajos, lo *obligan* a ceremonias, le *exigen* signos." (*Sp*, 30)

Mientras Kelsen entiende al derecho como una técnica de regulación de conductas, Foucault lo aprehende como una técnica de control de los cuerpos. Pero es sólo un cambio de énfasis, pues no hay conductas sin cuerpos físicos e, inversamente, los cuerpos físicos se consideran en cuanto a las conductas que se les exigen. Foucault se refiere a los cuerpos, pero también a sus gestos, movimientos y actitudes, es decir: a sus comportamientos.

¿Cuáles son, entonces, las innovaciones que aporta la coerción disciplinaria? Foucault señala tres cambios. En primer lugar, un cambio de la *escala* del control:

> "... no es cuestión de tratar al cuerpo en masa, al por mayor, como si fuera una unidad indisociable, sino de trabajarlo en el detalle; de ejercer sobre él una coerción tenue, de asegurar capturas al nivel mismo de la mecánica –movimientos, gestos, actitudes, rapidez: poder infinitesimal sobre el cuerpo activo." (*Sp*, 139)

No se trata de prohibir u obligar una conducta genérica. Los deberes llegan al detalle, al gesto, al máximo refinamiento posible en cuanto a la descomposición de las conductas. Foucault recuerda los intentos de la época de asimilar al cuerpo con una máquina. Esta asimilación es la que aquí está en juego, pero no como una especulación teórica, sino de manera efectiva. Cada miembro es una pieza a su vez compuesta de piezas. De tal forma, cada movimiento será analizado de manera infinitesimal.

En segundo lugar, un cambio en el *objeto* del control:

> "... no más o no solamente los elementos significantes de la conducta o el lenguaje del cuerpo, sino la economía, la eficacia de los movimientos, su organización interna; la *coacción* recae sobre las fuerzas más que sobre los signos; la única ceremonia que verdaderamente importa es la del ejercicio."

La descomposición de la conducta está ligada a una descomposición también máxima de los tiempos y sus ritmos. Hacer *x* significa: hacer un número indefinido de ínfimos movimientos, correlacionados de manera estricta con una subdivisión detallada de los tiempos.

Son ilustrativas las órdenes relativas a las tareas laborales propias del aparato productivo. Una orden, dirigida a un grupo familiar puede ser, por ejemplo: entreguen tantas toneladas de trigo por día. O, en un léxico taylorista: en la siguiente serie temporal haga tales y tales movimientos de esta y aquella forma, a este ritmo y tanta cantidad de veces. Señala Foucault:

> "El control disciplinario no consiste solamente en enseñar o imponer una serie de gestos definidos; él impone la mejor relación entre un gesto y la actitud global del cuerpo, condición de su eficacia y rapidez. En el buen empleo del cuerpo, que permite un buen empleo del tiempo, nada debe quedar ocioso o inútil: todo debe ser llamado a formar el soporte del acto requerido. Un cuerpo disciplinado forma el contexto operatorio del acto requerido." (*Sp*, 154)

En fin, un cambio en la *modalidad* del control:

> "... ella implica una coerción ininterrumpida, constante, que vigila mas los procesos de la actividad que el resultado y que se ejerce según una codificación que cuadricula de muy cerca el tiempo, el espacio, los movimientos".

Entregar tantas toneladas de trigo implica una mirada distante de quien manda. En cambio, la orden que descompone el comportamiento hasta el menor detalle posible, está en correlación con una mirada constante, que vigila cada uno de los pasos.

Foucault ofrece el siguiente resumen, al que a su vez presenta como una definición de la coerción disciplinaria:

> "Estos métodos, que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que aseguran el asujetamiento constante de sus fuerzas y le imponen una relación de docilidad-utilidad, son los que se pueden denominar las disciplinas. Muchos procedimientos disciplinarios existían desde hace tiempo en los conventos, las armadas, incluso en los ateliers. Pero las disciplinas devinieron en el curso de los siglos XVII y XVIII las *fórmulas generales* de la dominación."

Carece de sentido hablar de *la* disciplina. Se trata, ahora en plural, de un conjunto de métodos: las disciplinas. Y de manera más precisa: de un conjunto de métodos coercitivos y de pautas prescriptivas. De ahí que las expresiones más ajustadas, aunque las menos cómodas en el uso, sean las de prescripción y coerción disciplinarias.

Foucault sugiere que este estilo de coerción fue surgiendo aquí o allá, en ocasión de diversas circunstancias o coyunturas particulares, relativas a un problema médico, pedagógico, militar o productivo. Y, para ponerlo de manifiesto, apela a los reglamentos, ordenanzas, proyectos o instrucciones ya mencionados. En todo este material jurídico-adminsitrativo hay una serie de rasgos comunes en cuanto a las conductas declaradas debidas y, por lo tanto, en cuanto a la manera de enfocar el cuerpo físico que las realiza. Foucault dice: cuénteme *cómo regula* las conductas y así me contará *cómo imagina* a los cuerpos físicos que las realizan. El normar se encuentra ligado a un modo de pensar (Alchourrón y Bulygin) o imaginar (Geertz) o esquematizar (Quine) la realidad física.

Ahora bien, Foucault desmenuza todas esas fuentes textuales, las reordena y reagrupa para destilar un conjunto de técnicas o de tácticas. Es notoria la oscilación entre ambos términos: *técnicas* o *tácticas* coercitivas. El derecho como una técnica específica es una de las centrales indicaciones de Kelsen. La norma coercitiva es un medio técnico para lograr ciertas cosas. El aspecto táctico, en cambio, se percibe al tomar en cuenta la relación de poder, el reverso del aspecto normativo en cuanto relación de fuerza. Esta relación es táctica en cuanto antagónica. Cada cuerpo físico realiza movimientos tácticos y estratégicos para dominar a otro u otros cuerpos físicos.[34]

Dado que Foucault habla indistintamente del aspecto normativo y del aspecto antagónico, no causa extrañeza ese basculamiento entre el lenguaje técnico y el bélico. Así como las conductas están reguladas por un aparato técnico, los cuerpos están insertos en un campo bélico. No obstante, si en beneficio de la simplicidad y economía expositivas, se asume como única la interpretación basada en contingencias y antagonismos, el lenguaje táctico predomina sobre el técnico.

Es claro que al presentar en su relato estas tácticas disciplinarias, ya efectuó Foucault aquella tarea de destilación textual, lo cual lo lleva a expresarse en términos al menos engañosos, al decir, por ejemplo, que la disciplina procede, define u organiza. Expresiones engañosas en el siguiente sentido: dan la impresión de describir una subjetividad (*la* disciplina actúa ...) o una entidad (*la* disciplina es...). Nítido espejismo sustancialista, pues lo único efectivo son las situaciones, precisas y concretas, aprehendidas a partir del texto jurídico que en cada caso se produjo. Y esto último es, justamente, lo que pretende afirmar Foucault, siempre asentado en una actitud nominalista.

Pero también son señaladas por Foucault dos largas tendencias de gran envergadura, propias de la modernidad europea: la expansión demográfica y el crecimiento del aparato de producción de bienes. Es decir: comienza a haber demasiados cuerpos para controlar y demasiados bienes para proteger. Pero también: se requieren demasiados cuerpos para trabajar. Y no para trabajar de cualquier manera, sino de una forma dócil, eficiente, rápida y sumisa.

Estos procesos requieren, para el mantenimiento de *cierto* orden, otras maneras de tratar las conductas y los cuerpos físicos.

Señala Foucault la peculiaridad de esta técnica coercitiva disciplinaria:

> "El momento histórico de las disciplinas es el momento en el que nace un arte del cuerpo humano, que no apunta solamente al crecimiento de sus habilidades, ni tampoco al agravamiento de su sujeción, sino a la formación de una relación que mediante un mismo mecanismo lo hace tanto más obediente cuanto lo torna más útil, e inversamente. Se forma entonces una *política de la coerciones* que son una *trabajo sobre*

34. Cabe señalar, de paso, la incidental pero sugerente calificación que hace Peter Strawson de las prácticas para regular el comportamiento, en términos de "instrumentos tácticos", ver: Strawson, P., *Libertad y resentimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 61.

> *el cuerpo*, una manipulación calculada de sus elementos, sus gestos, de sus comportamientos. El cuerpo humano entra en una maquinación de poder que lo escudriña, lo desarticula y lo recompone."

A este extraño arte para tratar cuerpos, lo denomina Foucault *anatomía política*:

> "Está por nacer una *anatomía política*, que es también una mecánica del poder; ella se define cómo una captura del cuerpo de los otros, no simplemente para que ellos hagan lo que uno desea, sino para que operen como uno quiere, con las técnicas, según la rapidez y la eficacia que uno determine. La disciplina fabrica, así, cuerpos sometidos y ejercidos, cuerpos dóciles." (*Sp*, 140)

Un individuo es un cuerpo dócil. Es decir: un cuerpo físico que está en condiciones de ser sometido, utilizado, transformado y perfeccionado. Un cuerpo adiestrado, un autómata:

> "La disciplina mejora las fuerzas del cuerpo (en términos económicos, de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos, de obediencia). En una palabra: disocia el poder del cuerpo; lo convierte, por un lado, en una 'aptitud', una 'capacidad' que trata de aumentar; y, por otro, invierte la energía, la potencia que podría resultar y la convierte en una relación de sujeción estricta."

No hay manera más contrastante de presentar la peculiaridad de la coerción disciplinaria que acudir a una comparación que hace el propio Foucault: las diferentes actitudes a que dieron lugar la lepra y la peste. Semejante contraste pone de manifiesto dos modalidades diferentes de particularizar a los cuerpos físicos.

La lepra suscitó rituales de exclusión. Funciona como modelo del *grand Renfermement*. Pero también de la utopía de una comunidad pura. Se trata de un reparto masivo y binario entre sanos y enfermos. Una raya gruesa, un muro y dos grupos: los adentro y los de afuera.

El leproso es rechazado, encerrado. Confinado, dice Foucault, a un exilio-clausura. Los leprosos formarán una *masa* sobre la cual no recaerá el interés. Y, en tanto masa, no dará lugar ni a distinciones ni a diferenciaciones. No se trata de un conjunto de individuos, sino de un grupo indiferenciado que se expulsa a otro lugar.

A los excluidos se los controla, por ello se los encierra o se los expulsa, pero no se los trata al detalle, uno por uno. Lo relevante no es quiénes son, ni cuántos, ni siquiera qué hacen o dejan de hacer, sino mantenerlos bajo control, separados para evitar el contacto. Se los considera *en gros*, al por mayor, a granel.

La peste, en cambio, da lugar a un modelo disciplinario. Dice Foucault: el tratamiento que se le dispensa a la ciudad apestada es el *sueño* recóndito de una sociedad completamente disciplinada.

A los apestados se los diferencia, se los clasifica. Sus cuerpos están sometidos a un *análisis* integral: distinguidos, numerados, fichados. Los cuerpos se reparten, se jerarquizan, son vigilados de manera constante. Todo lo que se observa se registra, se anota, se archiva. Conforman un conjunto de individuos, un conjunto analítico de cuerpos individualizados.

Resulta claro el blanco de ataque: la confusión, la mezcla, la indistinción, el desorden. No se trata de la separación para evitar el contacto, sino de la ordenación minuciosa para evitar la confusión. No se particulariza un bloque amorfo aunque nítido en sus contornos, sino una colección analítica de individuos.

Todos estos aspectos los sintetiza Foucault en un párrafo a la vez terrible y sugerente:

> "Contra la peste que es mezcla, la disciplina hace valer su poder que es de *análisis*. Hay alrededor de la peste toda una ficción literaria de la fiesta: las leyes suspendidas, los interdictos levantados, el frenesí del tiempo que pasa, los cuerpos que se mezclan sin respeto, los individuos que se desenmascaran, que abandonan su identidad estatutaria y la figura bajo la cual se los reconoce, dejando aparecer otra verdad. Pero hay también un sueño político de la peste, que es exactamente el inverso: no la fiesta colectiva, sino los repartos estrictos; no las leyes transgredidas, sino la penetración del reglamento en los más finos detalles de la existencia, por intermedio de una jerarquía completa que asegura el funcionamiento capilar del poder; no las máscaras que se ponen y se levantan, sino la asignación a cada uno de su 'verdadero' nombre, de su 'verdadero' lugar, de su 'verdadero' cuerpo, de su 'verdadera' enfermedad. La peste como forma a la vez real e imaginaria del desorden tiene como correlato médico y político a la disciplina. Detrás de los dispositivos disciplinarios, se lee la obsesión por los 'contagios', la peste, las revueltas, los crímenes, el vagabundaje, las deserciones, las gentes que aparecen y desaparecen, viven y mueren en el desorden." (*Sp*, 200)

Individualizar: asignarle al cuerpo un verdadero nombre y lugar. ¿Cómo transformar una multiplicidad de cuerpos físicos en una colección de individuos? ¿Cómo deshacer una masa? ¿Cómo transformar un estado de confusión en un orden claro y transparente?

Foucault responde: por medio del análisis. Es decir: por medio de la coerción disciplinaria. Se trata, también y para retomar un término ya usado, de adiestrar al cuerpo físico. El individuo es un cuerpo adiestrado de manera disciplinaria.

Como resultado de la reconstrucción de las normas expresadas en los textos considerados, Foucault destila cuatro técnicas para adiestrar los cuerpos: un arte de las reparticiones espaciales, un control detallado de las actividades, una organización minuciosa de los tiempos y una composición colectiva de las fuerzas. No es cuestión

de entrar en el detalle de estas técnicas, expuestas de manera clara y sistemática por Foucault, sino de visualizar el resultado:

> "En resumen, se puede decir que la disciplina fabrica a partir de los cuerpos que controla cuatro tipo de individualidad, o más bien una individualidad que está dotada de cuatro caracteres: celular (por el juego de la repartición espacial), orgánica (por la codificación de las actividades), genética (por la acumulación del tiempo), combinatoria (por la composición de fuerzas). Y para hacer esto, pone en obra cuatro grandes técnicas: construye cuadros, prescribe maniobras, impone ejercicios y, en fin, para asegurar la combinación de fuerzas, dispone tácticas."

La individualidad, nos dice Foucault, es el resultado de una acción sobre los cuerpos. Ella es fabricada. Confeccionada, construida. Es artificial. Un modo de particularizar, no una evidencia clara. Los cuerpos se encuentran individualizados cuando forman parte de un cuadro:

> "La primera de las grandes operaciones de la disciplina, es la constitución de 'cuadros vivientes' que transforma las multitudes confusas, inútiles y peligrosas, en multiplicidades ordenadas ... Se trata de organizar lo múltiple, de darse un instrumento para recorrerlo y dominarlo, se trata de imponer un orden."

Un cuadro. Un *tableaux* dice Foucault, palabra que no casualmente es la misma que usara Pierre Klossowski para traducir el difícil término *Bilder* del *Tractatus*.[35] En cada lugar un cuerpo. Un cuerpo para cada lugar:

> "Evitar las distribuciones por grupos, descomponer las implantaciones colectivas, analizar las pluralidades confusas, masivas o huidizas ... El espacio disciplinario tiende a dividirse en tantas parcelas como cuerpos o elementos haya para repartir ... táctica de antideserción, de antivagabundaje, de antiaglomeración." (*SP*, 145).

La dogmática civil señaló cuál es el objetivo de la designación: evitar la confusión. Y cuál el de la identificación: asegurar un nexo entre el cuerpo físico y el nombre que lo clasifica. En términos kripkeanos: el sujeto de derecho torna rígida la referencia corporal, abriendo el camino para instrumentar una técnica que dote de certeza a la ruta que los engancha.

Legendre sugirió el tipo de orden que presentan las designaciones y las redes de parentesco: estructural.

35. Ver: Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*, París, Gallimard, 1961; así: 2.1. "Nous nous faisons des *tableaux* des faits". En el original: "Wir machen uns *Bilder* der Tatsachen". En su traducción castellana, Muñoz y Reguera usan el término *figura*.

Bentham, por su parte, indica con precisión la amenaza: el desorden de las muchedumbres, el fuera de lugar del vagabundaje. Su solución, bajo la lente interpretativa de Miller, es idéntica a la propuesta por los civilistas: nombres claramente distinguidos y algún sistema de tatuaje para identificar a los cuerpos.

Foucault agrupa estas líneas, aunque permanece indiferente respecto a las instituciones civiles. Pero indica los mismos elementos: someter a los cuerpos físicos a un análisis. Distinguirlos, clasificarlos, encuadrarlos. Ubicarlos, para emplear un término que Foucault expresamente evita, de manera estructural.

Sí nos incita a sumergirnos en los enmarañados procesos históricos en los que nacen estas técnicas, donde se intersectan mutaciones demográficas, innovaciones tecnológicas, cambios en las maneras de producir bienes. No siempre se distinguió de la misma manera, ni con la misma intensidad, ni con el mismo grado de obsesividad, ni a raíz de los mismos problemas. Hay una historia de la particularización de los cuerpos físicos.

Y Foucault, en su presentación, invita a tener en cuenta no sólo los comportamientos declarados debidos, sino la manera de aprehender a los cuerpos físicos que está implícita en esas declaraciones.

En tal invitación hay, a la vez, una doble crítica. Por un lado: la violencia no está desnuda. No se domina sólo de manera brutal. La fuerza, es obvio, no se reduce al acto de golpear, azotar o martirizar. Por otro lado: la puesta entre paréntesis de los mecanismos ideológicos. Pues ellos remiten, en principio, a poner en primer plano las creencias. Es por ese mismo motivo que el énfasis pasa por el control de los cuerpos y no por la motivación normativa. Ya que en este caso hay una tendencia a interponer una representación entre la orden y la conducta.

Sin embargo, no deja de acudir a alguno de estos aspectos si así lo requiere su indagación. El suplicio se desarrolla como un martirio, calculado pero indudablemente *brutal*. Y, a la vez, él se presenta como una escena ejemplar que refuerza la *imagen* del monarca. La brutalidad es un signo de la violencia; la imagen, de la ideología.

Por lo demás: sería absurdo negar por completo la violencia brutal, la fascinación ideológica, la motivación normativa. Pero en la coyuntura estratégica en la que se encontraba Foucault (auge de las mixturas freudomarxistas) le resultaba oportuno relegar, en el trazo grueso de sus polémicas, esos aspectos. Sus rechazos no son dogmáticos, sino estratégicos, ligados a la ocasión. De ahí, sin duda, que puedan ser o no usados de acuerdo a cómo se evalúe nuestra situación.

Ahora bien, en la expresión: la coerción disciplinaria *fabrica* al individuo moderno, hay cierto aire extraño. Los cuerpos físicos no se producen, digamos así, teóricamente. El individuo no es algo, una entidad que quepa catalogar de producida. ¿De qué se trata entonces con tal fabricación? La respuesta no es otra que la siguiente: se trata de una manera de imaginar a los cuerpos físicos de cierta clase. Pero tal imaginación no es académica, universitaria, profesoral; ella está encastrada o entretejida con conjuntos de normas eficaces.

El ámbito personal de validez de las normas está afectado por variaciones históricas significativas. Junto a las normas, subyacente a ellas, entretejida con ellas, hay una forma de imaginar los cuerpos físicos a los que ellas se dirigen. Un estilo coercitivo está coligado a un esquema imaginativo.

De manera paralela a los procesos de mutación, tanto en el modo de ejercerse la coerción, como en la manera de especificar las conductas debidas que son resaltados por Foucault, tiene lugar el muy debatido proceso de codificación civil. Es decir: la cristalización de las costumbres, de las pautas consuetudinarias, de las regulaciones dispersas, en *corpus* sistemáticos, escritos y detallados.

En tales *corpus* no sólo se expresan normas. Por el contrario, ellas son bastante escasas en comparación con las definiciones, clasificaciones y especificaciones. Quiero decir: hay una notable conexión tanto histórica como conceptual entre, por un lado, la manera disciplinaria de ejercerse la coerción y de pautar los comportamientos debidos y, por otro, de enfocar civilmente a los cuerpos físicos.

La coerción disciplinaria y la codificación civil, por caminos diferentes, apuntan en la misma dirección. La historia de la coerción se encuentra engarzada con la historia de la propuesta de una versión civil del mundo. Cómo se ejerza *penalmente* la fuerza se vincula con cómo se piensa *civilmente* la realidad.

Doble faz que ya se detectara en las posiciones de Bentham: preocupación por el manejo penal del sufrimiento y, a la vez, obsesión por una designación clara y una identificación incontrovertible. En un caso, el orden se obtiene mediante un sutil arte de manejo de las pasiones (miedo, temor, fascinación). En otro, el orden se obtiene mediante una clasificación analítica.

Y tanto el manejo del temor y la fascinación, como la clasificación de las multiplicidades corporales, se han hecho históricamente de muy diversas maneras. Regular normativamente las conductas, manejar ideológicamente las emociones e imaginar conceptualmente los cuerpos son tareas jurídicas correlativas, complejas e irreductibles. Las normas se dirigen a cuerpos pensados de cierta manera y acompañados por una ornamentación mítica y fabulosa.

Pero mientras Kelsen se pregunta: cómo se puede hablar de todo esto de la manera más abstracta posible, Foucault se interroga: cómo hacerlo de la manera más puntual y localizada posible.

En ambos casos hay riesgos. En la visión abstracta, reducirse al puro momento normativo, como si éste fuese desgajable y susceptible de un estudio autónomo interesante. En la visión local el riesgo es inverso: relegar el momento normativo, como si estudiar las relaciones de poder o las maneras de particularizar a los cuerpos físicos implicara enfocar *algo* diferente al derecho. Por ello la importancia de vincular a Kelsen con Foucault: las normas remiten al poder y éste a las formas de imaginar a los cuerpos. Las variaciones en las formas de ejercer el poder llevan tanto a una historia del normar como a una historia del particularizar. Es decir: a una historia del aparato conceptual mediante el cual el derecho imagina la realidad. Y ambos aspectos, en fin, se conectan con una historia de los aspectos mitológicos del derecho, de su ideología.

Capítulo 56
La clave

"Lo que importa se asemeja más
a la transformación de un punto de vista
que a la demostración de un teorema."

La teoría crítica, en este caso representada por Alicia Ruiz, considera especialmente la particularización de los cuerpos físicos en un breve texto: "La categoría de sujeto de derecho" (M, 189/202), uno de los más sugerentes de esta escuela.

Hay tres aspectos que son destacados de manera preliminar, al ser los que vertebran el conjunto de las apreciaciones críticas.

En primer lugar, el ya mencionado carácter crucial de la cuestión y que se usó para deslizar nuestro hilo conductor del discurso jurídico al sujeto de derecho:

> "La categoría del sujeto de derecho permite formular precisiones en torno al tema del discurso jurídico ...A su respecto efectuamos ya algunas señalamientos que conviene recordar porque constituyen la propuesta desde la cual trabajamos esta categoría: que se trata de la pieza clave que sostiene la estructura del discurso jurídico moderno y que cuestionarla obliga a revisar todos los demás conceptos que lo integran."

Queda claro el foco: se trata de una pieza estratégica. Repensarla tiene consecuencias de largo alcance.

El segundo señalamiento consiste en destacar su historicidad:

> "Ese sujeto de derecho libre y autónomo que el derecho afirma es, en sí mismo, una categoría histórica y también lo son las cualidades que se le atribuyen. Corresponde a una determinada organización social y política, donde símbolos e imaginario social se corresponden con ese sujeto libre para actuar y con autonomía de voluntad para decidir."

El derecho, es decir: el discurso jurídico en alguno de sus sentidos, afirma que el sujeto es una entidad dotada de rasgos del tipo: voluntariedad, libertad, autonomía. La evocación del imaginario social sugiere que esta categoría es de índole ideológica. Juicio que viene a coincidir con el de la teoría pura, en tanto esta peculiar forma de caracterizar al sujeto es semejante a la sustancialización que acaparó, con singular fuerza, la atención de Kelsen.

El agregado notorio es, justamente, el carácter histórico de esta construcción mítica o animista. Mientras que para la teoría pura se trata de un resabio de primitivismo, aquí en cambio jugaría un papel jurídico relevante en función de ciertos requerimientos político-sociales. Este aspecto, sin embargo, ya estaba presente en la cita anterior, al hacerse referencia al discurso jurídico *moderno*. Es decir: a un derecho históricamente encuadrado.

En resumen: el discurso jurídico moderno, entonces, se sostiene en la construcción mítica o ideológica del sujeto de derecho.

El tercer señalamiento:

> "Por último, y éste sea tal vez el punto más difícil, se trata de desmontar la ficción de la libertad y la autonomía mostradas como cualidades que hacen a la 'esencia' de lo humano para proponer, en cambio, que no hay sujeto libre y autónomo. Es más, que no hay sujeto como unidad indivisible, completa y subsistente, fuera de las formas sociales que lo constituyen y de las ilusiones que lo sostienen."

Se enuncia, ante todo, una clara posición: el rechazo frontal del esencialismo. En este punto *todas* las perspectivas seguidas hasta aquí son coincidentes. Otra cuestión es hasta dónde se mantiene de manera consistente semejante postura. El caso de Nino es paradigmático. En un doble sentido. Por un lado, y a pesar de su insistente vocación convencionalista, el conjunto de su periplo se basa en un conjunto de conexiones que él mismo cataloga de esenciales. Por otro lado al rehabilitar, dentro de una investigación supuestamente analítica, la idea de una conciencia moral y deliberativa. Es decir: el esencialismo se rechaza al nivel programático pero se utiliza en la construcción efectivamente desarrollada.

Diferente es el caso de la teoría pura. Y en un punto aquí decisivo: la aparente aceptación del *unum per se* escolástico, que hace de la individualidad un rasgo sustancial de los cuerpos físicos. En tanto la teoría crítica pretende ir más allá de su predecesora pura, cabe conjeturar que coincide con este diagnóstico y que, al menos implícitamente, acusa a Kelsen de no haber mantenido de manera consecuente su crítica al sustancialismo. Todo esto bajo el supuesto, razonable, de que sustancialismo y esencialismo son dos aspectos de un mismo movimiento.

Si se considera al sujeto sustancial como una ficción, se deduce sin vacilar que no *hay* sujeto sustancial. Donde el *hay* vehiculiza los compromisos ontológicos en juego. En favor de la continuidad expositiva, cabe suponer que se trata de cuerpos físicos de cierta clase natural. Es decir: a) hay cuerpos físicos; b) no hay sujetos sustanciales; c) afirmar que hay sujetos sustanciales es una ficción.

Pero aquello que *no hay* se encuentra, ahora, cargado de mayores rasgos esenciales. Los predicados considerados hasta el presente se aglutinaban alrededor de la voluntad, sea libre o autónoma. Es decir: el sujeto posee (en algún sentido bastante extraño, aunque a la vez habitual, de utilizar la idea de posesión) una voluntad y, luego, tal voluntad es libre o, también, autónoma. Tal es, según Kelsen, la sustancialización del sujeto o, de acuerdo a la teoría crítica, su construcción mítica.

No obstante, la ficción es entendida de forma más extensa, al negarse la unidad, la indivisibilidad, la completitud y la subsistencia. Y esto nos permitirá ver el juego simultáneo de los esquemas conceptuales y la ideología.

El citado párrafo dice algo más. Se intenta responder a la siguiente interrogación: ¿de qué manera los cuerpos físicos adquieren unidad, indivisibilidad, etcétera? La respuesta es: mediante una construcción mitológica e histórica. En el caso: el sujeto de derecho. Aquí se introducen dos nuevas piezas que vendrían a traducirlo de forma más extensa: formas sociales e ilusiones. Es decir: el sujeto de derecho se presenta como una forma social *y* como una ilusión. La conjunción parece relevante en cuanto estas dos nuevas piezas harían cosas diferentes. Según el texto crítico: las formas sociales constituyen y las ilusiones sostienen, ¿qué se constituye y sostiene? Pues bien: los cuerpos físicos. Es decir: "no hay *cuerpos físicos* como unidad ...., etc., fuera de las formas sociales que *los* constituyen y las ilusiones que *los* sostienen".

Esto quiere decir que el sujeto de derecho es una construcción que juega de dos maneras: en cuanto forma, sirve para constituir a los cuerpos físicos y, en cuanto ilusión, para sostenerlos.

El vocablo *ilusión* es remitible a la familia que integran términos como mito, ideología, animismo, sustancia, esencia y ficción. *Forma*, en cambio, parece afín a categoría. Mientras que el mito consiste en crear la ilusión del sujeto libre y autónomo, la categoría otorga unidad.

Continuamos la lectura. En el texto hay una serie de señalamientos muy netos en cuanto a la dudosa evidencia significativa tanto del hombre como del individuo.

En cuanto al hombre:

> "La 'humanidad', la 'vida humana', lo 'humano', el 'hombre', no son realidades dadas de una vez para siempre, que se traducen en conceptos generales y abstractos. Son *definiciones* culturales que adquieren significación en tanto estén contextuadas."

O también:

> "El derecho opera por símbolos y mediadores a través de los cuales se alude, directa o indirectamente, a los hombres. Creemos saber algo respecto de lo que el derecho hace con los hombres sobre la base de suponer que está fuera de discusión de qué 'hombre' estamos hablando."

En ambos párrafos el eje de la argumentación pasa, casi silenciosamente, por el entrecomillado que afecta a la familia léxica relativa al hombre. Insertar comillas es un indicador de cautela, de vigilancia, de advertencia ante una evidencia demasiado fuerte y, a la vez, sospechosa. Las comillas son el signo de una acusación. Y el fiscal, por el momento implícito, es Althusser:

> "Esa noción de hombre opera, entonces, de un modo particular al que aludiremos como *formas de humanismo.*"

En cuanto al individuo:

> "Sin embargo, la pregunta acerca de cuál es el *individuo* a quien el derecho interpela no suele presentarse como una pregunta pertinente para la teoría del derecho, o al menos para buena parte de ella. Grave obstáculo que nos remite fatalmente a alguna noción de *hombre* fundante, y al mismo tiempo, oculta, desconocida."

Respecto al individuo, el fiscal es de otra aldea, al hacerse una remisión, aquí explícita a Horkheimer y Adorno. La cita es la siguiente:

> "... el concepto de individuo *se presenta raramente*. La sociología, que se dedica en general al estudio de las relaciones intrahumanas tiende a considerar al individuo *como un dato irreductible.*"

Esto sucede, claro, en gran parte de la tradición sociológica. Así, por ejemplo, podemos considerar las investigaciones de Jon Elster, paladín de un enfoque cuyo punto de apoyo está, precisamente, en la noción de individuo como dato irreductible:

> "Por individualismo metodológico entiendo la doctrina según la cual *todos* los fenómenos sociales –su estructura y su cambio– son en principio explicables de maneras que implican sólo individuos con sus cualidades, sus objetivos, sus creencias y sus acciones. El individualismo metodológico así concebido es una forma de reduccionismo. Pasar de las instituciones sociales y de los modelos agregados de comportamientos individuales a los individuos es una operación análoga a aquella que lleva de las células a las moléculas."[36]

36. Ver: Elster, J., *Karl Marx. Una interprétation analytique*, París, Presses Universitaires de France, 1989, p. 19.

La noción de individuo no sólo está presente, sino que se ofrece como piedra angular de las ciencias sociales. En términos aún más tajantes, aunque también provocativos:

> "La unidad elemental de la vida social es la acción humana individual. Explicar las instituciones y el cambio social es demostrar de qué manera surgen como el resultado de la acción y la interacción de los individuos. Esta visión a la que se suele hacer referencia como individualismo metodológico es en mi opinión *trivialmente* cierta."[37]

Sin embargo, también hay enfoques sociológicos alternativos que disuelven el concepto de individuo en el sistema. Así, por ejemplo, en un tono por completo diferente al de Elster, aunque no por ello menos radical, podemos considerar a Niklas Luhmann un engolado discípulo de la sociología parsoniana:

> "... es insostenible la tradicional ... idea del carácter de sustancialidad última y ontológica de los elementos. A diferencia de lo que hacía suponer la elección de palabras y la tradición de los conceptos, la unidad de un elemento (por ejemplo, de una acción dentro de un sistema de acciones) no está ónticamente dada. Más bien empieza a constituirse como unidad a través del sistema, el cual recurre a un elemento en tanto que elemento para establecer relaciones."

A los puros efectos comparativos, deviene ejemplar la visión que esta propuesta tiene sobre las reducciones de compuestos a elementos individuales o simples:

> "... esta versión tan complicada del problema de la reducción se hizo necesaria por el hecho de tener que renunciar al concepto ontológico de elemento como unidad de ser (átomo) más simple e indivisible. Mientras se aceptaba una unidad tal capaz de proporcionar una garantía del ser, se podía concebir la reducción de complejidad simplemente como reconducción a dichas unidades y a sus relaciones ... Sin embargo, la base teórica de dichas discusiones debió desaparecer en cuanto se debió asumir que los elementos se constituyen siempre a través del sistema que los incluye, y que adquieren su unidad únicamente a partir de la complejidad de este sistema."[38]

37. Ver: Elster, J., *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 23.

38. Ver: Luhmann, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1990, pág. 61 y ss. Se trata del capítulo primero de *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza, 1991, pp. 31 y ss.

He tomado a Elster y Luhmann como dos ejemplos para mostrar que, efectivamente, como dice Ruiz, por un lado hay versiones sociológicas que consideran al individuo como un dato irreductible. Ellas son dominantes en ciertas áreas de las ciencias sociales como la economía neoclásica, que presenta pretensiones metodológicas ambiciosas, aspirando a ser la única forma científica de abordar todo fenómeno social más allá de la economía. Pero también, aquí el matiz, hay indagaciones que disuelven al individuo en formas de otro alcance, como la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Indudablemente, no es esta última una referencia habitual en la práctica jurídica, donde prima la evidencia sociológica del individuo como dato irreductible. Es decir, la ficción ideológica del individuo.

Continuando con su minuciosa dilucidación del sujeto de derecho, la indagación crítica presenta la situación característica de las teorías jurídicas:

> "La ciencia del derecho alude al hombre desde alguna concepción que lo *universaliza*, lo *generaliza*, o bien lo mienta desde una reducción a una pluralidad de conductas mencionadas por las normas. Este último enfoque sólo aparentemente se opone al anterior. Aquí también se construye *un modelo abstracto de hombre*: el que resulta de la combinación de todos los sentidos en que son regladas esas conductas por el orden jurídico."

Este tramo interpretativo se inició bajo el lema de que *hombre* e *individuo* eran términos afines: ambos sospechosos por evidentes. La cita precedente induce a pensar que ambos términos pueden jugar de manera diferente y, por qué no, antitética.

La noción de hombre se caracteriza por su carácter general, universal o abstracto. Ruiz ratifica esta caracterización:

> "En el discurso del derecho siempre hay un hombre interpelado. Y ese 'hombre', ese universal, esa abstracción, juega su papel desde atrás. Y lo hace de manera distinta en cada nivel del discurso."

Los tres calificativos en juego (general, universal y abstracto) son de diferente índole. Hay dos polos significativos que están concernidos. Tanto *universal* como *general* apuntan a presentar de una manera distorsionada una situación de tipo contextual. Puede entenderse que lo universal se opone a lo histórico, mientras que lo general a lo particular. La noción de hombre está afectada por variaciones tanto en la sucesividad como en la simultaneidad. La noción es histórica en tanto se verifica su mutación a lo largo de cierto decurso temporal. Y, a la vez, es particular, en cuanto diferentes contextos culturales la especifican de diferente manera. Aquello que se estaría diciendo, entonces, es que se hace pasar una noción histórica y particular *como si* fuese universal y general. Se reconoce, en tal hacer pasar ciertas cosas por otras, un mecanismo de transformación ideológica. Es decir, una ficción.

Queda la tercer calificación, el carácter *abstracto* del hombre. Este, en cuanto abstracción,

> "actúa en aquella porción del discurso (primer nivel o nivel normativo) que es formulada por quienes poseen el poder que hace posible que sus actos de voluntad produzcan efectos sobre la conducta de otro en tanto intentan y, en buena medida, logran 'ordenar en determinado sentido' las prácticas de los demás *individuos*".

La noción abstracta de hombre juega su papel al momento de normar la conducta de los individuos. El párrafo aclara de inmediato:

> "El sentido de ese ordenar, el modo en que autorizan o prohiben se liga con el 'hombre' interpelado (receptor imaginado o deseado) que no son *los individuos concretos que existen* y sufren el derecho. Estos padecen la violencia que todo ejercicio del poder supone y brindan su consentimiento, la aceptación, en última instancia la sumisión que se les requiere y se tornan cada vez menos diversos, más indiferenciados en nombre del 'sujeto' que son para el derecho."

Los términos se reordenan; mediante un imperceptible desplazamiento, las fichas cambian de lugar. Esta es la situación: el hombre es la imagen del individuo. El hombre es abstracto, el individuo concreto. El hombre se figura en los papeles, el individuo existe. El hombre es el receptor imaginado, el individuo padece la violencia. El hombre es el receptor deseado, el individuo es el que está sometido.

De acuerdo a las claves de lectura hasta aquí ensayadas resulta plausible, por lo tanto, traducir individuo por cuerpo físico.

Ahora se está frente a un binomio. Por un lado los cuerpos físicos concretos. Por otro, el hombre identificado con el sujeto en tanto construcción mitológica: figuración abstracta de un receptor imaginado o deseado de las normas.

Luego de esta serie de reflexiones con respecto a las normas y a las teorías jurídicas, queda por considerar el tercer nivel del discurso jurídico de acuerdo al germinal esquema presentado por la teoría crítica:

> "Por fin, en el tercer tracto de discurso jurídico, los individuos concretos se miran y reconocen a los demás a partir de ese modelo que han internalizado, que aparece como su propia imagen en el espejo: cada uno es el 'hombre' que el derecho dice que es. Sin identificación no hay identidad."

Cuerpos físicos que se miran. Al mirarse se reconocen a partir de una imagen ideal: la figura ilusoria del hombre, con sus rasgos sustanciales: voluntad, libertad, autonomía.

Muy interesante es la última afirmación de la cita precedente: sin identificación no hay identidad. La identificación remite a la ideología. Al menos en este sentido: los cuerpos físicos se reconocen entre sí por medio de una figura ilusoria: el hombre. La cuestión crucial es la siguiente: ¿qué lugar ocupa en esta argumentación la identidad? Es decir: ¿se trata de una construcción ideológica o mítica? ¿O, de acuerdo a la visión kelseniana, se trata de un rasgo que hace al cuerpo físico en cuanto ser biológico? Este es el núcleo del itinerario: cómo resolver la cuestión de la individualidad. Kelsen propone una reducción biológica. ¿Qué contesta la teoría crítica? ¿Propone una reducción ideológica? ¿Es la construcción de la identidad una tarea mítica o ficcional? ¿Son intercambiables los términos *hombre* y *sujeto de derecho*?

Para responder estos interrogantes cabe internarse en el punto cuarto del sugerente texto de Ruiz, centrado en la interpelación y constitución del sujeto:

> "La complejidad de este tema radica en poder explicar cómo el derecho interpela al sujeto que el propio derecho constituye."

Dos nuevas actividades jurídicas: interpelar y constituir. Se interpela al sujeto que se constituye. Una traducción posible es la siguiente: el derecho constituye a los cuerpos físicos en tanto sujetos de derecho y en cuanto tales son interpelados ideológicamente como hombres: entidades sustanciales.

El *cuerpo físico* como referente básico. El *sujeto de derecho* como categoría civil. El *hombre* como sustancialización ideológica o ficción.

Es mediante una categoría formal que los cuerpos físicos se distinguen. Es por una transformación ideológica que se presentan como entidades sustanciales. Y ambos aspectos son históricos. Es decir: no siempre se individualizó y ficcionalizó de la misma manera.

Esta interpretación traza líneas nítidas entre el referente (cuerpo físico), la estructura simbólica (el sujeto de derecho) y la construcción ideológica (el hombre). O también, entre el cuerpo al que se afecta mediante la predicación existencial, el sistema clasificatorio de individualización y el mecanismo mitológico-ficcional. Incluso, si se quiere un trazado al nivel más básico de los componentes del derecho estricto: se trata de distinguir las normas, el esquema conceptual y las ficciones.

En el desenvolvimiento posterior del texto crítico de Ruiz podemos rastrear estas líneas, aunque tanto para referirse al esquema conceptual como a la construcción ilusoria se utiliza el mismo término: ficción. Es decir, se tiende a una reducción al plano ideológico o ficcional.

Por un lado, ficción es el nombre que se le asigna a todo mecanismo que hace pasar una cosa por otra. A todo *como sí*. Ello supone aceptar algún esquema conceptual a partir del cual lo ficticio se cataloga como tal. Ahora bien, a tal esquema también se lo designa como una ficción. Por ficciones se entienden tanto los esquemas conceptuales como las ficciones propiamente dichas. Una justificación subyacente podría ser la

siguiente: tanto los esquemas mediante los cuales el derecho imagina la realidad, como las ficciones, son ambos contingentes e históricos. Pero que algo sea histórico no significa, de suyo, que se califique de ideológico o ficcional. Salvo suponer, también es plausible, que todo decir sea ficticio. En este caso, decir *ficción* equivale a asumir un antiesencialismo radical. Sin embargo, estas posibles justificaciones capacidad operativa al término ficción. Es posible sostener una postura no esencialista y asumir el carácter histórico y contingente de cualquier aspecto del derecho, sin necesidad de absolutizar el término ficción.

Este doble uso del término ficción se puede apreciar en varios momentos. Luego de hacer referencia a sucesivas interpelaciones (homicida, comerciante, deudor, ciudadano, pródigo), se afirma lo siguiente:

> "Cada una de estas interpelaciones está orientada hacia ciertos individuos que, supuestamente, ya están constituidos como sujetos de derecho. En este supuesto reside la estructura ficcional que mantiene la integridad del discurso. Es 'como si' hubiera en el origen un sujeto al cual dirigirse, al cual calificar, permitir o prohibir ciertas conductas, y porque él está primero es que, en un segundo momento la Ley lo alude; le habla; lo autoriza; lo interdicta; le establece algún lugar en el campo de la legitimidad o lo excluye de él; le otorga la palabra o lo priva de ella."

Es tal *estar constituidos* de manera pre-normativa lo que Ruiz llama, justamente, una ficción:

> "Sin embargo, es necesario insistir en que todo el derecho se organiza a partir de esta *ficción*, y el nivel normativo de su discurso lo exhibe ejemplarmente ... la *definición* misma de persona del artículo 30 del Código Civil expresa la ficción del sujeto que preexiste a los actos que ejecuta. Se trata de un 'ente' que es susceptible de contraer obligaciones y de adquirir derechos. Ya está constituido como 'ente' cuando se lo interpela como persona capaz, sujeto contratante, obligado, responsable acreedor, deudor ...El derecho *dota de identidad* a todo aquel al que simultáneamente instituye como sujeto".

La institución del sujeto, el dotar de identidad a los cuerpos físicos, la definición de persona, *todo* ello se califica de ficción. Y *también* se entiende como ficción algo diferente: la sustancialización de los cuerpos físicos, considerar que son esencialmente libre y autónomos.

Esta identificación del esquema conceptual con la ficción se ve también en las siguientes aseveraciones:

> "El discurso jurídico se convierte así en un *código de interpretación* que dota de significación a la realidad social ... Es todo ese espacio en el que el discurso jurídico produce significaciones sin consecuencias prescriptivas donde la *ficción* del sujeto de derecho cumple más eficazmente su papel".

El código de interpretación que aporta una significación, el aparato conceptual encastrado a las normas mediante el cual el derecho propone una versión del mundo (Goodman), o por el cual piensa (Alchourrón y Bulygin) o imagina (Geertz) o esquematiza (Quine) la realidad, se toma como una ficción en sí misma. El derecho en sentido estricto se compone, reductivamente, de normas e ideologemas.

Quizás la raíz de esta reducción se encuentra en la siguiente remisión a Nietzsche:

> "No hay sujeto antes, fuera o más allá de cada interpelación concreta. Creer que lo hay es, como dice Nietzsche, la *ficción* que se deriva de imaginar que muchos estados iguales en nosotros sean obra de un sólo sustrato."

La expresión "un solo sustrato" apunta, de manera directa, a la cuestión de la individualidad de los cuerpos físicos. Aquí actúa el aparato jurídico-conceptual. Y no, por lo tanto, la ficción, como estaría sugiriendo la referencia nietzscheana. El uso fecundo de la ideología, lo mítico o lo ficcional requiere su recorte y especificación. Y dado que ese uso preciso es propugnado por la teoría crítica, corresponde que él incida en esta cuestión. Es decir: la categoría civil de sujeto de derecho no es de tipo ficcional.

Pero hecha esta distinción, la importancia de este texto es indudable, al destacar el trabajo simultáneo de la práctica jurídica al incorporar un esquema conceptual y generar una estructura ficcional. El sujeto de derecho, entonces, actúa como una categoría y a la vez expresa una sustancialización ideológica. Constituir e interpelar, de acuerdo a los reveladores verbos utilizados por Alicia Ruiz.

Tenemos abierto el camino para profundizar en la idea de interpelación, tal como es desarrollada por Althusser.

Capítulo 57
Rutas
(L. Althusser II)

"Ésta es una insinuación de que una respuesta no bastará, que jamás resolverá todas las dudas que surgen de nuevo en distintos planos y que, sin embargo, se expresan en la misma forma de palabras".

La teoría crítica, al usarlos, remite a los textos de Althusser.

Un primer aspecto a tener en cuenta es la no reducción del derecho a la ideología. En ese punto Althusser es nítido:

> "La ideología jurídica es evidentemente requerida por la práctica del Derecho, luego por el Derecho (un Derecho no practicado no es en sí mismo un Derecho), pero ella *no se confunde* con el Derecho." (*SR*, 98)

De manera simplificadora, pero a la vez sugestiva, Althusser se refiere al derecho mediante una doble designación: los códigos civil y penal:

> "El derecho es represivo en tanto no podría existir sin un sistema correlativo de sanciones. Dicho en otros términos, no hay Código Civil posible sin Código Penal." (*SR*, 95)

Por *código penal* hay que entender conjuntos de normas jurídico-estatales que movilizan sanciones o, de igual manera, que regulan de manera centralizada el ejercicio de la fuerza. Por *código civil*, en cambio, se hace referencia a la forma jurídica de imaginar la realidad. Althusser pone el énfasis en este último aspecto, para luego decir: no hay *código civil* sin una organización jurídico-estatal de la fuerza (normas y aparato represivo) y sin una ideología jurídica (mitos y ficciones):

> "El derecho ... no puede existir solo. Por un lado, se apoya sobre una parte del aparato represivo del Estado; por otro lado, se apoya sobre la ideología jurídica, y un pequeño suplemento de ideología moral." (*SR*, 99)

O también:

> "Es claro que no podemos considerar al 'Derecho' (= los Códigos) por sí sólo, sino como una pieza en un sistema que comporta el derecho, el aparato represivo especializado y la ideología jurídico-moral." (*SR*, 201)

Cuatro aspectos cruciales. El derecho organiza un mundo de cierta manera. El derecho regula el uso de la fuerza. El derecho incluye componentes ideológicos. El derecho está conectado con la ideología moral. En síntesis: afirmación del carácter complejo del derecho en sentido estricto y del carácter irreductible de sus componentes considerados genuinos.

Althusser distingue con nitidez la propuesta de un mundo civil y la ideología que le es correlativa, advirtiendo además sobre su posible confusión:

> "El derecho dice: los *individuos* son *personas jurídicas*, jurídicamente libres, iguales y obligadas en tanto personas jurídicas. En otros términos, el Derecho no sale del Derecho, reduce 'honestamente' todo al Derecho. No es necesario reprocharselo: hace honestamente su *metier* en cuanto Derecho. La ideología jurídica sostiene un discurso aparentemente semejante pero que, de hecho, es por completo diferente. Ella dice: los *hombres* son libres e iguales *por naturaleza*. En la ideología jurídica, es la 'naturaleza' y no el Derecho quien 'funda' la libertad y la igualdad de los *'hombres'* (y no de las *personas jurídicas*). Matiz ..." (los puntos suspensivos son del propio Althusser). (*SR*, 99)

El núcleo de la perspectiva de Althusser está en este conciso párrafo. Aquí están las luces y las sombras que se derraman por los diversos meandros de sus textos.

En primer lugar, ya se percibe la sustitución de *cuerpo físico* por *individuo*. Esta sustitución es constante y, por tal motivo, neutralizable. Hay que admitir que se trata de un lugar común, que sólo encuentra su clarificación en las indagaciones, tan diversas entre sí pero en esto coincidentes, de Foucault (al destacar la historia del cuerpo) y Legendre (al afirmar que la ley pasa por el cuerpo).

En segundo lugar, están claramente delimitados los ámbitos de las categorías jurídicas y las ficcionalizaciones ideológicas. En el primer caso, se trata de las personas jurídicas. En el segundo, de los hombres. Y si bien los términos *parecen* semejantes, ellos funcionan de manera por completo diferente. Sólo es ideológica la sustancialización del sujeto, atribuirle rasgos esenciales de cierto tipo para convertirlo en el hombre.

Esta distinción entre categorías jurídicas y nociones ideológicas está destacada con suficiente claridad:

> "[La ideología jurídica] toma prestado la *categoría jurídica* de 'sujeto de derecho' para hacer una *noción ideológica*: el hombre es por naturaleza un sujeto." (*SR*, 223)

Esta es la base de la perspectiva althusseriana. Hay una categoría jurídica: el sujeto de derecho. Hay una noción ideológica y naturalizante: la ficción jurídica del hombre. Mientras que la primera permite clasificar y particularizar a los cuerpos, la segunda les ofrece una imagen: cada uno es por naturaleza una sustancia libre.

¿Y cuál es el cometido de esa imagen? Althusser repite una y otra vez una frase: hacer marchar a los cuerpos físicos sin recurrir constantemente a la fuerza. Que los cuerpos marchen solos, sin un látigo que azote o sin un arma entre las piernas. Es decir: asegurar la eficacia de las extorsiones normativas, complementando la amenaza coercitiva con un relato mitológico.

Sin embargo, esta aparente claridad rápidamente se disipa. Por tres motivos centrales.

Primero: salvo en los casos indicados, Althusser usa el término *sujeto* de manera indistinta, tanto para referirse al sujeto de derecho como al hombre. *Sujeto* funciona como una abreviatura que engloba tanto a una categoría como a una noción o ficción. O mejor dicho, en algunas ocasiones *sujeto* ocupa el lugar de sujeto de derecho, en otras el de hombre y, en fin, en ciertos momentos el de ambos simultáneamente.

Segundo: Althusser inserta la individualización como el primer paso del juego propio de los mecanismos ideológicos. Esto significa: la construcción jurídica de un esquema conceptual –proponer una versión del mundo– es el primer paso en la puesta en juego de la ideología jurídica.

Tercero: conectando las anteriores indicaciones, se pone de manifiesto por qué se usa de manera ambivalente el término *sujeto*. La introducción de la categoría de sujeto de derecho deviene el primer paso en el complejo mecanismo ideológico que convierte a los cuerpos físicos (en el léxico de Althusser: los individuos concretos) en hombres.

De esta manera se clarifica, retroactivamente, la argumentación ensayada por la teoría crítica, ya que lo que se había enfocado como una vacilación, no es más que el haber asumido con fidelidad el encuadre propuesto por Althusser.

Estas indicaciones muestran la importancia crucial que tienen las categorías que componen el aparato jurídico-conceptual. El valor estratégico de su consideración para darle contenido a la sugerente afirmación de la indagación analítica: el derecho es un conjunto de cosas más heterogéneo de lo que suele creerse.

Los esquemas conceptuales o propuestas de una versión jurídica del mundo fueron puestos de manifiesto al criticarse el reduccionismo normativista, característico de la forma básica del discurso jurídico. De acuerdo al criterio elegido, sólo las normas fueron consideradas como componentes jurídicos genuinos. Al seguir las sugerencias de Alchourrón y Bulygin relativas a las definiciones, fue percibida la posibilidad de considerar como ingrediente jurídico, también genuino, un aparato conceptual para pensar o imaginar o esquematizar la realidad.

En el curso de la lectura de la perspectiva kelseniana, surgió un problema al interior del normativismo. Un dilema planteado por la propia teoría pura, como consecuencia de la dura crítica a todo sustancialismo mitológico. Fue al haber detectado y luego puesto entre paréntesis un mecanismo ideológico (una ficción,

un mito, una sustancialización), que surgió una interrogación. ¿De qué manera se unifican los conjuntos de normas sin apelar a un ente sustancial? Al considerarse insuficiente la respuesta aportada, se perfiló la siguiente conjetura, que retoma la sugerencia analítica: tal unificación se logra gracias a una categoría jurídica que se encuentra inserta en el aparato jurídico-conceptual. Es decir: la categoría de sujeto de derecho, propia de la versión civil del mundo.

Dicha respuesta implicó un encuadramiento histórico. Mientras que el normar parece susceptible, al menos hasta cierto punto, de ser analizado de manera general, no sucede lo mismo con la versión del mundo que cada derecho propone. El problema abstracto del particularizar se vislumbró a través del específico individualizar. Se consideró un derecho históricamente determinado y, por ende, una manera específica de resolver el problema normativo. En el caso, se trata del derecho moderno y, en particular, de un grupo de textos muy específico: los textos civiles. De ahí que se haya usado más la expresión mundo *civil* (reconstruible a partir de los *textos civiles*), que la de mundo *jurídico*, de mayor envergadura y de dificultoso manejo.

Estas dos vías, afines y dispuestas a conjugarse, llevaron a enfocar la cuestión de la siguiente manera: las normas se encuentran encastradas, de alguna manera a desentrañar, con un aparato conceptual mediante el cual se piensa, imagina u ordena la realidad. En una fórmula: el *normar* está encastrado con el *proponer* una versión del mundo.

El punto decisivo a destacar es éste: la indagación se centró en la relación que pudiera entablarse entre el orden normativo y el aparato conceptual. Es por esta vía que llegó al problema, mal o bien resuelto, del sujeto de derecho.

La teoría crítica, en cambio, llega al sujeto de derecho por una vía por completo disímil. Su énfasis, no cabe duda, está en poner de relieve, incluso hasta llegar al límite del reduccionismo, el aspecto ideológico del derecho. Y ese llegar al límite se justifica en términos estratégicos, al evaluarse que las teorías establecidas eluden, de manera constante, tratar la conexión entre derecho e ideología. Más que intentar dar cuenta de los componentes ideológicos, entendidos como genuinamente jurídicos, se avanzó hacia un vertiente más global. Aun cuando, cabe decirlo, los diversos esquemas propuestos relativos al discurso jurídico, tienden a dilucidar las complejas composiciones que pudieran darse entre diversos aspectos, elementos y componentes jurídicos.

Desde la teoría crítica, el punto decisivo es el siguiente: la vía de acceso al sujeto de derecho es la ideología jurídica (o el derecho en tanto construcción ideológica). De ahí que el énfasis recaiga en aquel elemento que fue puesto entre paréntesis en la lectura de Kelsen: la sustancialización del hombre.

El sujeto de derecho, entendido en variadas ocasiones como categoría, es considerado por la teoría crítica como un *momento* en el análisis de los mecanismos ideológicos. Por tal motivo, el sujeto de derecho no se enfoca en su encastramiento con las normas, sino con las ficciones ideológicas. En el caso: el hombre sustancial. El

análisis del sujeto de derecho, en cuanto categoría conceptual, se encuentra presente al interior de la exposición de los aspectos ideológicos del derecho estricto.

La conclusión que puede extraerse es de peso. Tanto el análisis de los componentes jurídico-normativos, como el de los jurídico-ideológicos, conduce a considerar la propuesta de una versión jurídica del mundo. Tanto las normas como las ficciones conducen a considerar las categorías. Por *diferentes* rutas se llega al *mismo* puerto. Las categorías del aparato jurídico-conceptual funcionan de manera *bifronte*. Encastradas con las normas, por un lado. Encastradas con las ficciones, por otro. Donde también es bifronte la posibilidad reduccionista. En un caso el esquema conceptual se disuelve en el juego normativo; en otro, en la mitología ficcional.

Ahora puede retomarse la lectura de los textos de Althusser con mayor despreocupación. Hay al menos una hipótesis razonable para admitir el uso ambivalente del término *sujeto*. Se trata de una categoría, pero presentada laxamente como el primer paso de la ficcionalización ideológica. Mientras quede claro que esta inserción no implica reducir el esquema conceptual a una ficcionalización, la exposición puede seguir el curso althusseriano de la teoría crítica. Luego de destacarse nuevos aspectos, podrá retornarse a la distinción nítida entre normar, esquematizar y ficcionalizar.

Capítulo 58
El teatro
(L. Althusser III)

"Derriba ídolos. Y la importancia
de éstos es lo que da a
la filosofía su importancia"

Ante todo: la ideología es una fábrica de evidencias. No sólo en cuanto a las sustancialización del hombre, sino también en cuanto a la sustancialización de los significados:

> "Como decía admirablemente San Pablo, es en el *Logos*, entendamos en la ideología, donde nosotros tenemos 'el ser, el movimiento y la vida'. De ahí se sigue que, para ustedes como para mí, la categoría de sujeto es una 'evidencia' primera (las evidencias son siempre primeras): resulta claro que usted es un sujeto (libre, moral, responsable, etc.) y yo también. Como todas las evidencias, ahí comprendidas aquellas que hacen que una palabra 'designe una cosa' o que 'posea una significación' (luego: ahí comprendidas las evidencias de la 'transparencia' del lenguaje), esta 'evidencia' de que usted y yo somos sujetos –y que eso no es un problema– es un efecto ideológico, el efecto ideológico elemental."

Y continúa Althusser, con un humor que invita a reproducir sus dichos:

> "En efecto, es lo propio de la ideología el imponer (sin mostrarlo, pues son 'evidencias') las evidencias como evidencias, el que no podamos reconocerlas, y ante las cuales tengamos la inevitable y por eso natural reacción de exclamar (en alta voz, o en el 'silencio de la conciencia'): ¡es evidente!, ¡es así!, ¡eso es verdad!" (*SR*, 224)

Es así: ¡somos hombres! Qué más evidente, qué más usual, por otra parte, que semejante exclamación, acompañada en el rostro con los gestos de la felicidad. Y, por qué no, con ironía, sobre todo cuando con ello se pretende acusar de formalismo a

la teoría pura e, indirectamente, de insensible al sumo hereje de los juristas. Hay un punto en el cual acercarse a Althusser, como antes a Foucault y a Legendre, no implica alejarse de Kelsen. Todo lo contrario. Las referencias usadas por la indagación crítica se conectan, para continuarlos, con los puntos medulares de la perspectiva kelseniana.

La estrategia argumentativa de Althusser se mueve en varios planos superpuestos, ya que intenta destacar varias cosas a la vez y, por ello, polemizar con varios contendientes. A pesar del esfuerzo en sistematizar las polémicas, enunciando una serie de tesis, la exposición es bastante sinuosa y difícil de aprehender. Por tal motivo, resulta estratégico no seguir el habitual curso de las tesis propuestas, sino la ilación de las diversas *escenas* que teatralmente monta Althusser. Y, al igual que en las argumentaciones de la teoría pura, cuando se trata de ideología siempre es llamada la religión.

Primera escena

Un individuo cree en Dios. Althusser agrega: o en el Deber o en la Justicia. Esta creencia da cuenta de sus ideas, en tanto sujeto dotado de conciencia. Una serie de comportamientos, entonces, se derivarán de estas ideas en las que cree el sujeto, ideas que se formaron o fueron reconocidas libremente en su conciencia. El individuo se comportará de tal o cual manera de acuerdo a las ideas libremente escogidas en tanto sujeto. Si cree en Dios se arrodillará, rezará, se confesará, hará penitencia y se arrepentirá.

En esta escena todo sujeto actúa según sus ideas. Esto es: realiza acciones insertas en prácticas en cuanto adoptó libremente un conjunto de ideas.

Althusser llama a este cuadro, mediante una expresión fatigosa pero no redundante, la representación ideológica de la ideología. Dicho con mayor sencillez: este cuadro muestra cómo se vive al interior de la ideología. Las principales piezas de esta visión son las siguientes: sujetos libres, ideas, comportamientos.

A continuación, Althusser recuerda la siguiente fórmula de Pascal, que *invierte* el orden de las cosas:

> "Póngase de rodillas, mueva los labios para rezar, y usted creerá." (*SR*, 221)

Althusser pretende destacar la primacía, no de las ideas, sino de los comportamientos. Éstos se encadenan en los rituales que son característicos de cada aparato ideológico al cual ingresan los individuos del caso. Sin embargo, en la pequeña escena precedente cada individuo se considera a sí como un sujeto libre. Y tal factor será el núcleo del mecanismo ideológico.

Segunda escena

Un individuo camina por la calle. Es llamado por otro, ubicado a sus espaldas: ¡usted, allá! Reacciona ante el llamado y gira su cuerpo. Al dar ese vuelco corporal, reconoce que el llamado se dirigía hacia él y no a cualquier otro.

A este llamado, término de clara raigambre judeo-cristiana, Althusser lo traduce como *interpelación*. Así: un individuo concreto es interpelado y, en la mayoría de los casos, él se reconoce en esa voz que lo conmina a reaccionar. Según Althusser, este cuadro escenifica la conversión del individuo en sujeto:

> "Sugerimos que la ideología 'actúa' o 'funciona' de tal suerte que ella 'recluta' los sujetos entre los individuos (los recluta a todos), o 'transforma' a los individuos en sujetos (los transforma a todos) por esta operación muy precisa que llamamos interpelación, que se puede representar a través del tipo más banal de la interpelación policial (o no) de todos los días: ¡Eh, usted, allá!" (*SR*, 226)

Althusser, embarcado en estas puestas en escena, nos ofrece varios cuadros diferentes, cada uno de los cuales contiene un matiz peculiar: el llamado policial, la visita hogareña y el nacimiento.

El llamado policial:

> "La interpelación, práctica cotidiana, sometida a un ritual preciso, toma una forma espectacular en la práctica policial de la interpelación (que funciona de formas muy cercanas en la interpelación escolar): ¡Eh, usted, allá! Pero a diferencia de otras prácticas de interpelación, la policial es represiva: ¡Sus papeles! Los papeles son ante todo los de identidad, foto del rostro, nombre, nombre de pila, fecha de nacimiento, domicilio, profesión, nacionalidad, etc. La identidad concentrada en el nombre + nombre de pila permite identificar al sujeto (presumido más o menos sospechoso, *a priori* 'malo' por la interpelación policial), y luego reconocerlo sin confundirlo con otro, sea para dejarlo ir (¡Está bien!), sea para detenerlo (¡Sígame!) con las consecuencias que todos los detenidos de las manifestaciones populares conocen bien: el tuteo y la paliza, la noche en la comisaría y todo el ritual terriblemente material del reconocimiento policial del 'mal sujeto'..." (*SR*, 226)

La visita hogareña:

> "Todos tenemos amigos que, cuando golpean a nuestra puerta y nosotros le preguntamos, a través de la puerta cerrada: '¿quién está ahí?, responden (pues 'es evidente'): '¡soy yo!'. De hecho, reconocemos que 'es ella' o 'es él' y el resultado es el esperado: abrimos la puerta y 'es siempre verdad que era ella quién estaba ahí." (*SR*, 224)

El nacimiento:

> "Todo el mundo sabe cuánto y cómo ... (hay tanto para decir sobre ese cómo) es esperado un niño por nacer. Esto quiere decir, muy prosaicamente, que si convenimos en dejar de lado los 'sentimientos', esto es: las formas de la

> ideología familiar, paternal / maternal / conyugal / fraternal, en las cuales el niño por nacer es esperado, es sabido de antemano que llevará el nombre de su padre, que entonces tendrá una identidad y será irreemplazable. Antes de nacer, el niño es simple-ya sujeto, asignado a serlo en y por la configuración ideológica familiar específica en la cual es 'esperado' antes de haber sido concebido ('voluntaria' o 'accidentalmente')." (*SR*, 228)

Althusser señala de manera básica: es una y la misma cosa la ideología y la interpelación de los individuos en sujetos. Esta interpelación consta de varios elementos: el llamado (o la espera) y el reconocimiento. Se trata de un conjunto de imágenes que capturan a los cuerpos físicos, permitiendo el mutuo reconocimiento. Cada cual se sabe a sí como un hombre y, a la vez, reconoce a los otros como tales.

Estas escenas evocan el mito de Narciso y su lectura por el psicoanálisis: la escena del espejo, donde el cuerpo físico se refleja y se reconoce en la imagen que se le devuelve.

Kelsen pone de manifiesto la sustancialización de los cuerpos físicos, el mecanismo genérico mediante el cual se muestran como sujetos sustanciales. Althusser, en cambio, apunta a la dinámica cotidiana de ese mecanismo. Es decir, que lejos de tratarse de una cuestión teórica, erradicable mediante la labor teórico-crítica, hay que admitir su funcionamiento práctico, que no se esfuma por el hecho de indicarla.

Althusser también señala que este *re-conocimiento* implica, de suyo, también un *des-conocimiento*. Esta implicación está implícita en los términos en que se plantean las escenas. Si los cuerpos se reconocen como hombres sustanciales, y esto es calificado de una ficción, el reconocimiento se realiza a través de esta ficción que distorsiona las cosas.

Pero sólo hay una distorsión respecto a algo que se supone no distorsionado. Hay ficción respecto a un plano no ficcional que permite la comparación. El reconocerse en tanto sujeto libre o sustancial se interpreta como un desconocerse, sí y sólo sí, previamente se admite la no sustancialidad. Es gracias a una perspectiva ya admitida que una distorsión se muestra como tal.

Por ejemplo: es porque no se aceptan derechos subjetivos esenciales a la naturaleza del hombre (al ser todo derecho subjetivo una manera de hablar respecto a un orden normativo positivo), que se califica como mítica o ficcional a semejante atribución. Sólo es gracias a la perspectiva asumida por la propia teoría pura que la ficción puede ser mostrada como ficción.

En ese sentido, siempre resultan acertadas las indicaciones de Quine:

> "Contempladas desde el esquema conceptual fenomenista, las ontologías de objetos físicos y objetos matemáticos, son mitos. Pero la cualidad de mito es relativa; relativa, en este caso, al punto de vista epistemológico. Este punto de vista es uno entre varios, y corresponde a un interés entre nuestros varios intereses, a una finalidad entre nuestras varias finalidades."[39]

39. Ver: Quine, W., "Acerca de lo que hay", *op. cit.*, p. 47.

Pero las escenas de Althusser indican otra cuestión: la interpelación supone la fijación de la identidad. En el caso policial, el reconocimiento del llamado está suponiendo la identidad plasmada en la cédula homónima. O en el caso del nacimiento, su asignación a determinado lugar o posición no se confunde con la ideología familiar. La espera está presentada doblemente: al nivel estructural y al nivel ideológico.

En la primer cuestión, la ficción se revela gracias a la perspectiva angular que de hecho se está usando para explicitar los fenómenos. Es a partir de cierta perspectiva que se asume como correcta que las sustancializaciones se revelan como tales. En la segunda, la interpelación ideológica está suponiendo una individualización aportada por un esquema jurídico-conceptual ya en acción. La sustancialización supone, ahora, una específica particularización.

La siguiente es la última escena que monta Althusser, la cual nos reintroduce en el mundo religioso cristiano.

> "La ideología religiosa cristiana dice más o menos esto: Yo me dirijo a vos, individuo humano llamado Pedro (todo individuo es llamado por su nombre, en sentido pasivo, jamás es él mismo quién se da un Nombre), para decirte que Dios existe y que vos debés rendirle cuentas. Ella añade: es Dios quien se dirige a vos por mi voz (la Escritura recogió la Palabra de Dios, la tradición la transmitió, la infalibilidad Pontificial definió para siempre los puntos 'delicados', por ejemplo la virginidad de María o ...la infalibilidad Pontificial misma). Ella dice: ¡he aquí quién sos vos: sos Pedro! He aquí cuál es tu origen, ¡fuiste creado por Dios desde la eternidad, aun cuando hayas nacido en 1928 después de Cristo! ¡He aquí cuál es tu lugar en el mundo! ¡Esto es lo que debés hacer! Gracias a lo cual, si observás la 'ley del amor', ¡serás salvado, vos Pedro, y formarás parte del Cuerpo Glorioso de Cristo!" (*SR*, 230)

Esta escena agrega muchos elementos.

Uno, fundamental, es el elemento normativo. Aquello que se pretende obtener, en definitiva, es la obediencia a ciertos mandatos. Es para obtener esa obediencia que se arma este complejo juego ideológico. A la pregunta: ¿cómo se asegura la eficacia de las amenazas normativas?, se responde: mediante la puesta en juego de una construcción ideológica.

Dos: cobra inusitado relieve el lugar de Dios. Es sobre este punto que recae el mayor interés de Althusser:

> "... todo este procedimiento que pone en escena sujetos religiosos cristianos, está dominado por un fenómeno extraño: no existe tal multiplicidad de sujetos religiosos posibles sino bajo la condición absoluta de que haya un Otro Sujeto: Único, Absoluto, a saber: Dios." (*SR*, 213)

Dios es el Otro Sujeto, aquel en nombre del cual la ideología religiosa interpela a los individuos. Señala Althusser, ahora retomando la escena bíblica de Moisés:

> "Dios se define él mismo como el Sujeto por excelencia, aquel que es por sí y para sí ('Yo soy el que soy') y aquel que interpela a su sujeto, el individuo al cual asujeta por su interpelación misma, a saber: el individuo llamado Moisés. Y Moisés, interpelado-llamado por su Nombre, habiendo reconocido que era él el llamado por Dios, reconoce que él es sujeto, sujeto de Dios, sujeto asujetado a Dios, sujeto por el Sujeto y asujetado al Sujeto. La prueba: él le obedece y hace obedecer a su pueblo las órdenes de Dios. ¡Y en ruta, Señoras y Señores, hacia la Tierra Prometida! Pues Dios interpela, ordena, pero al mismo tiempo promete la Recompensa, si se reconoce su existencia como Gran Sujeto, sus órdenes y si se las obedece. Si se desobedece, él deviene el Dios terrible: ¡Cuidado con su Santa cólera!" (*SR*, 231)

Este texto muestra un desdoblamiento: entre los sujetos y el Sujeto. Así como una relación entre ambos: especular, de reflejo. También un efecto: la obediencia de los sujetos a las órdenes impartidas por el Sujeto. Éste es el resultado: que los cuerpos marchen solos, sin apelar a la presencia constante de la fuerza. Y así remata Althusser su escena religiosa:

> "Constatamos que la estructura de toda ideología, interpelando a los individuos en sujetos en nombre de un Sujeto Único y Absoluto es especular, es decir en espejo, y doblemente especular: este redoblamiento especular es constitutivo de la ideología y asegura su funcionamiento. Esto significa que toda ideología es centrada, que el Sujeto Absoluto ocupa el lugar único del centro, e interpela a su alrededor la infinidad de individuos en sujetos, en una doble relación especular que asujeta los sujetos al Sujeto, dándoles a la vez, en el Sujeto donde todo sujeto puede contemplar su propia imagen (presente y futura), la garantía de que se trata de ellos y de Él y que, sucediendo todo en familia (la Santa Familia: la Familia es por esencia santa), 'Dios reconocerá a los suyos', es decir: a todos aquellos que hayan reconocido a Dios y que serán reconocidos por él, los que serán salvados." (*SR*, 232)

Muchos hilos se engarzan en este punto.

En el vocabulario de la teoría pura: la sustancialización del hombre es correlativa a la sustancialización del Estado. Las normas se establecen en nombre de una trascendencia, *como si* ellas fueran producidas, de conformidad al ingenioso léxico de Kelsen, por un macroántropos todopoderoso. Y se dirigen a hombres, no a meros

cuerpos físicos individualizados, sino a éstos enfocados de manera animista y religiosa. En el léxico de Legendre, adoptado por la teoría crítica: la ficción fundadora (matriz) que se expone como fundamento del orden es correlativa a la ficción ordinaria del hombre sustancial.

Es decir: hay un vínculo entre el momento legitimador del orden y la presentación ideológica del hombre. El orden está garantizado y, a la vez, pone en juego una imagen del hombre. Se trata, así, de dos mitos correlativos. El mito de la Persona y el mito de la persona. No hay orden normativo sin una narración legitimante. Y esta narración se organiza alrededor de un Sujeto último y sustancial. Pero a la vez: no hay normas que no apelen a una imagen del hombre al momento de dirigirse hacia los cuerpos físicos que también se particularizan.

Tal como señala Kelsen:

> "Una y otra vez el 'Estado' que se busca detrás del orden jurídico muestra ser este mismo orden jurídico; de modo parecido a lo que sucede con Dios cuando se lo busca detrás de la naturaleza ... Y así como Dios, considerado como Persona...sólo es una personificación de la naturaleza, la expresión antropomórfica de su unidad, así el Estado, pensado como Persona, sólo es la personificación antropomórfica de la unidad de un orden jurídico. Estos paralelos no son, en modo alguno, los únicos que existen entre el concepto de Dios y el de Estado. El concepto de Estado es un producto típico de Teología Política."

O también:

> "El gobernante, para justificar el poder ilimitado del que goza y la sumisión incondicional de todos los demás, debe considerarse directa o indirectamente autorizado por el único absoluto posible, por el Ser supremo suprahumano, por ser su descendiente o enviado, o por estar místicamente enviado, o por estar míticamente inspirado por él ... el Estado no es simplemente un grupo de individuos, sino algo más que la suma total de los súbditos. Es un cuerpo colectivo, y colectivo significa aquí supraindividual, más real que los miembros que lo componen; es un organismo místico y, como tal, para a ser una autoridad suprema superhumana cuya encarnación o representante visible es el gobernante."

Por su parte, la vinculación entre el Sujeto y los sujetos también es puesta de relieve por Kelsen. Al dilucidar las diversas mutaciones de la noción de alma, desde su presentación metafísica hasta su evaporación en la psicología racional, Kelsen ofrece la siguiente pintura, que merece ser expuesta en su globalidad:

> "Este abandono de atributos metafísicos, este cambio de significado que cierta noción debió experimentar al pasar de la metafísica a la ciencia, pudo ser observado con toda claridad en ocasión de otro fenómeno íntimamente ligado al *alma* de la que, en el fondo, no es sino una de sus cualidades: a saber la voluntad que, en el alma inmortal, no existe más que como *'voluntad libre'*. La psicología empírica –ubicada bajo el signo de la causalidad– despoja a la voluntad de este atributo de libertad, como despoja al alma de inmortalidad. La enfoca como un elemento de la realidad que, por lo demás, sólo tiene el nombre en común con la voluntad de la metafísica ... El carácter profundamente religioso de esta metafísica se presenta en el hecho de que estos dos dogmas en cuestión, no podrían ser concebidos más que en función de un tercero; el de *la existencia de Dios*. Estos tres dogmas constituyen un todo orgánico, cuyas partes están íntimamente ligadas las unas a las otras. Toda metafísica es una religión, sin que debe necesariamente identificarse con las religiones existentes."

El dogma de la voluntad libre del alma requiere del dogma de Dios. En el reiterativo lenguaje de Althusser: el dogma del sujeto requiere del dogma del Sujeto. No hay orden normativo sin una metafísica religiosa, que convierta a los cuerpos físicos en hombres (almas) y sin que se legitime mediante una ficción garantizadora (Dios).

Pero tanto Althusser como Kelsen parecen dejar pasar el momento intermedio entre la norma y la ficción: el esquema conceptual. En un caso por un reduccionismo normativo; en el otro, por un reduccionismo ideológico. El sujeto de derecho o se convierte en una metáfora de las normas o se identifica con el alma mitológica.

En los párrafos precedentes se revela una nueva razón para ello. El momento ideológico se cataloga de religioso, pero también de *metafísico*. Ahora bien, cuando en su momento se siguió la indicación de Alchourrón y Bulygin, la primera forma de contextualizarla fue apelando al léxico strawssoniano. En él, el esquema o aparato conceptual también recibe el calificativo de *metafísico*. Tanto las construcciones ficcionales como la versión del mundo propuesta reciben, en diversos sitios, la misma designación: metafísicos. Lo cual no deja de tener semejanza con la extensión del término *ficción* en la perspectiva crítica.

Pero la propuesta de un mundo no es una metafísica, sino aquello mismo que permite aprehender lo físico. Tampoco es una ficción, sino un esquema básico encastrado a las normas y al que se suman las ficciones.

En fin, así sintetiza el propio Althusser su indagación:

> "La estructura especular redoblada de la ideología asegura entonces a la vez: 1) la *interpelación* de los individuos en sujetos; 2) el *reconocimiento* mutuo entre los sujetos y el Sujeto, entre los sujetos mismos y el reco-

> nocimiento del sujeto por sí mismo; y 3) la *garantía* absoluta que todo está bien así: Dios es Dios, Pedro es Pedro, y que si el asujetamiento de los sujetos al Sujeto está respetado, todo irá bien para ellos: serán recompensados. Resultado: tomados en este triple sistema de asujetamiento, de reconocimiento universal y de garantía absoluta, nada de sorprendente: los sujetos marchan. Ellos marchan solos, sin *flic au cul*." (*SR*, 233)

La ideología hace varías cosas a la vez. *Sustancializa*, ya sea por la vía del alma, ya sea por la vía de Dios. También *naturaliza*: hace del hombre un sujeto voluntario por naturaleza. *Legitima*, al proponer una garantía y un fundamento. *Generaliza*, al erradicar la historicidad.

Estas indicaciones se ajustan, punto por punto, con el acotado significado que la teoría crítica, a través de Marí, le asigna a la ideología. Uno: un conjunto de mecanismos de transformación. Dos: legitimación de ciertas y particulares relaciones de poder. Tres: puesta en escena de una ficción fundadora.

Por supuesto, siempre está presente el ejercicio de la *ultima ratio regni*. Aspecto nuclear, decisivo, que muchas veces queda descuidado al tratarse los mecanismos ideológicos o legitimantes o ficcionales.

Pero, en este aspecto, ni Kelsen ni Althusser fueron parcos. El primero, al centrar su posición en la sanción, la coacción y la fuerza. El segundo, al destacar una y otra vez el momento violento o represivo.

No hay ni normas ni poder sin ficción, no hay duda. Pero no tiene sentido una ficción desgajada de las normas y del poder al que sustentan.

El blanco, común, ya se destacó: la sumisión, la obediencia, el arraigo de un hábito. Realizar el sueño de una dominación puramente causal. Reproducir la forma social establecida y evacuar, en el límite: erradicar por completo, la sombra perturbadora de los procesos políticos. El sueño de la dominación es idéntico a la eliminación de la justicia.

Capítulo 59
El pliegue
(P. Legendre II)

"Decir que la metafísica
es un sinsentido,
es un sinsentido."

Para la teoría pura, las funciones orgánicas establecidas por el orden normativo se presentan ficcionalizadas. Cada acto se exhibe como si fuera realizado en nombre de la comunidad. O, también, en nombre de esa entidad teológica-jurídica que es el Estado. Señala Kelsen:

> ¿Cómo distinguimos los mandatos emitidos '*en nombre del* Estado', de otros mandatos? Difícilmente de otro modo que no sea recurriendo al orden jurídico constitutivo del Estado ... El gobernante de un Estado es el individuo que ejercita una función determinada del orden jurídico ... Decir órgano del Estado es lo mismo que decir órgano del derecho." (*TG*, 197)

Kelsen insiste en que ejercer una función orgánico-estatal y hacerlo en nombre de alguna entidad que estuviera más allá del orden normativo, no es más que una ficción. De igual manera, para la teoría crítica, siguiendo en esto los pasos de Althusser, la obediencia se logra mediante la construcción ideológica de un Sujeto mítico, en nombre del cual el ejercicio del poder se hace transmisible. Señala Althusser:

> "Parece, entonces, que la interpelación de los individuos en sujetos supone la 'existencia' de un Otro Sujeto, Único y central, *en Nombre del* cual la ideología religiosa interpela todos los individuos en cuanto sujetos." (*SR*, 231)

En ambos casos se incluye la cláusula *en nombre de*. Poner de relieve las características de esta conexión es otro de los objetivos de la indagación de Legendre. Esta última remisión adquiere importancia en la medida que Legendre intenta vincular

la ficción fundadora, indicada por la cláusula *en nombre de,* con el ámbito de las clasificaciones jurídicas.

Legendre, sin embargo, manifiesta una clara desconfianza por el término *ideología*, prefiriendo usar expresiones como dogmatismo, religión, legitimación, mitología:

> "Bajo la noción *flou* de ideología o de sustitutos científicamente más relucientes no se percibe que se trata de investir algo intocable –en las sociedades modernas, un intocable siempre provisorio pero siempre reconstruido–, o para utilizar el vocabulario antiguo, de poner en palabras los *sacra*, es decir las cosas sagradas del sacrificio y del culto dirigido a la Referencia." (*LVII*, 262)

No hay duda que la ideología ha sido un término vapuleado, lo que justificaría desecharlo. Sin embargo, puede resultar fructífero si se lo recorta y especifica con cierta minuciosidad. Tal es la explícita propuesta de la teoría crítica.

En todo caso, no deja de aflorar en la prosa de Legendre cierto desprecio por el marxismo, terreno diríase casi natural en cuanto al empleo del término. Dado que la teoría crítica del derecho no comparte semejante desprecio, no hay motivo alguno para renunciar al léxico de la ideología. Lo cual no significa dejar de lado a Legendre. Por lo demás, muchas de sus proposiciones pueden traducirse sin problemas usando la palabra *ideología* y afines.

Ya se señaló el valor que Legendre le otorga a las clasificaciones jurídicas: tal el caso de las nomenclaturas y de las estructuras genealógicas. La expresión *orden dogmático* apunta a destacar ese aspecto. Pero la función dogmática resulta más complicada. Como imagen de dicha complicación, Legendre usa la metáfora del pliegue (*le pli*). El orden dogmático se encuentra plegado:

> "Se trata de percibir por qué, según la metáfora del pliegue, un sistema normativo se presenta como la superficie plegada, ... encontrándose una de las partes vuelta contra la otra." (*LVII*, 132)

¿Cuáles son esos planos desdoblados? Señala Legendre:

> "Las construcciones del Estado y del Derecho son la parte N° 1 del conjunto, cuyo doblaje –la parte N° 2– lo constituye el sostén mitológico." (*LVII*, 132)

La parte N° 1 consta de varios componentes. Por comodidad cabe limitarse a las normas y al aparato conceptual. Tanto las normas como las versiones del mundo están ligadas a un segundo plano, al que Legendre califica de mitológico.

Este doblez puede entenderse como la traducción peculiar de una distinción que en su momento hiciera Lacan entre el Otro y el Gran Otro. El primero se refiere, sencillamente,

al orden. Entendido de manera más o menos compleja, él alude en este contexto al orden jurídico, al enmarañado *collage* de los componentes jurídicos genuinos. El segundo, en cambio, apunta a la ficción que se presenta como garantía de dicho orden. El relato fundador, la narración legitimante o, como señala Marí, la ficción matriz del orden.

Ahora bien, respecto al componente normativo, Legendre señala netamente su posición:

> "No hay normas, en una sociedad, sin una religión del poder." (*LVII*, 15)

El orden normativo requiere de una narración que lo legitime. En el propio léxico de Kelsen: hay una conexión entre los diferentes órdenes normativos, jurídico y religioso. O de acuerdo a una fórmula recién apuntada: no hay normas sin una teología política.

Pero es respecto al esquema jurídico-conceptual que la indagación de Legendre se explaya con mayor continuidad:

> "... todas las *categorías* jurídicas proceden de un principio supremo de clasificación, en relación al cual toman *status* en el orden político de la verdad." (*LVII*, 259)

O también:

> "El principio fundador es la artificialidad de la instancia tercera que permite funcionar a las nomenclaturas binarias. En otros términos, lo que le falta a la antropología contemporánea es el poder salir de una utilización analógica del psicoanálisis a fin de poder afrontar el artificio del *tres*, la cuestión de la causalidad institucional en el corazón de la interrogación de la estructura." (*LIV*, 125)

Dicho de una manera más lata: tanto el orden normativo como, de acuerdo el léxico de Legendre, el orden dogmático, se presentan *en nombre de* otra instancia. Ambos remiten a otro lugar o ámbito: a un segundo plano.

El conjunto de las indagaciones de Legendre tienen como uno de sus blancos principales delinear ese segundo plano. Ello se hace de maneras muy diversas y, también, enmarañadas. Se multiplican los términos, las indicaciones y las formulaciones. Pero el núcleo de la argumentación es nítido: normas, categorías y ficciones (particulares o locales), por un lado; una construcción mítica, fabulosa, fundadora, religiosa, por otro.

Un enunciado básico es el siguiente: el orden se presenta en nombre de una Referencia. Este es un término clave que puede utilizarse como guía expositivo.

Se trata, ante todo, de fundamentar el orden:

> "Cuando se trata de imponer un orden, la primer cosa para hacer es fundarlo, de justificar todo lo que va a seguir, contar por qué es verdadero." (*LII*, 156)

Fundamentar es legitimar, es decir: aportar un relato que justifique el orden. Y tal justificación se asume a sí misma como verdadera. O también: la afirmación de un orden implica un acto de poder, el cual se verificará en su eficacia. Pero esa imposición se presenta a sí misma revestida del valor de la verdad. Se presenta como el poder verdadero. Es decir: justificado, legítimo, fundado. En términos de Legendre, siempre afecto al énfasis de las mayúsculas:

> "La función dogmática, en cada sociedad, consiste en vehiculizar la Verdad, en maniobrar sabiamente el poder hasta que hable y diga la verdad. A este nivel de las cosas humanas, el poder no puede no decir la verdad. En otros términos, entramos en el absurdo, pero en el absurdo más constructivo, por el hecho de que un arreglo social se deriva. El dogmatismo consiste en hacer como si el poder existiese, como si fuese un cuerpo munido de una boca, como sí, a partir de tal ficción, ese ser-ahí hablase para producir el único efecto esperado: decir la verdad." (*LII*, 17)

Legendre no disuelve lo extremo de la cuestión. Un supuesto lugar al que se califica enfática, esencial y sustancialmente como el de la Verdad, está teñido por lo absurdo. ¿De *qué* podría tratarse? Y sin embargo, se trata de poner de manifiesto este absurdo, pues él es constructivo. En el siguiente sentido: está en la médula del desenvolvimiento de los órdenes jurídicos.

Entre las diferentes facetas de este absurdo, se destaca la siguiente: cada orden se presenta a sí mismo en tanto fundado en una verdad absoluta. El punto a destacar es el último adjetivo: absoluto. Legendre pretende mostrar que en cualquier orden jurídico hay un punto *anti-relativista*. Es decir: la ficción de un fundamento último e incontrovertible deviene un factor inerradicable. Más allá de las diferentes teorizaciones y escepticismos que puedan argumentarse, ellas no están en condiciones de diluir ese punto. Una roca dura de primitivismo.

Señala Legendre:

> "La dogmática –toda dogmática– manifiesta la relación humana al saber absoluto y funda la certeza mitológica de una instancia –llamémosla el gran A– de dónde procede socialmente la palabra. Cada sistema social tiene que enfrentarse con este asunto. Diré, para resumir, que una humanidad no puede ser organizada ... sin la institución de un espacio donde eso sabe, donde eso sabe absolutamente ... En el fondo, las vastas elaboraciones que llamamos mitos sirven para ello: fabricar el lugar referente, garante de una legalidad de sentido." (*LII*, 32)

Es una manera falaz de decirlo, pero ilustrativa: todo orden jurídico pone en juego un punto de irracionalidad. Y aquí es donde se torna crucial el itinerario kelseniano. Por lo siguiente. Kelsen rechaza el esencialismo metafísico, pues conduce a un absolutismo filosófico. Es decir: a suponer una existencia absoluta más allá del conocimiento humano y, por ende, una verdad absoluta. Ambos aspectos a su vez conducen a la personificación del absoluto: creador del universo, omnipotente y justo. El paralelo con el absolutismo político es claro: un gobernante despótico gobierna a su gusto, encarnación de la personificación imaginada por el absolutismo filosófico. Por el contrario, Kelsen se asume a sí mismo como relativista, en filosofía y en política. Para la teoría pura, el gobernante no es más que un individuo, o grupos de individuos, que ejercen una función orgánica. Cualquier otra autopresentación es mística y, por tanto, ajena al derecho en cuanto orden normativo.

De ahí un sueño implícito de Kelsen: si se asume que la democracia es la expresión política del relativismo, el orden normativo democrático podría presentarse *sin* ningún aditamento mitológico o absolutista. Esta posición revela el ímpetu kelseniano, pues la propagación de la teoría pura, en cuanto ejercicio de demolición de sustancias, permitirá depurar al derecho de sus rémoras absolutistas. El derecho podrá presentarse a sí mismo *sólo* como derecho en su especificidad kelseniana: un orden normativo.

Si lo metafísico es lo irracional, la meta de la teoría pura es la completa racionalización del derecho. Objetivo al que coadyuva la prédica relativista del jurista. El derecho deviene, en lo efectivo, aquello mismo que constituye el objeto genuino de una ciencia del derecho. Pero lo genuino es aquello que coincide con la posición filosófico-político asumida.

Kelsen pretende triunfar en todos los frentes: en filosofía y en política. Pero a un extraño precio: la justificación de la pureza de la teoría es, al fin de cuentas, un asunto político. Lo metafísico o irracional o ideológico es tanto lo que hay que desgajar del objeto como la tonalidad filosófica del repudiado absolutismo político. La tarea teórica de depuración es un momento del combate kelseniano por el relativismo democrático. Más aún, la teoría pura forma parte de un movimiento histórico de esclarecimiento: la cultura al ilustrarse se depura de los mitos que la ciegan.

Semejante ímpetu coincide, no casualmente, con el de algunas lecturas de Max Weber. Son conocidos sus tipos ideales de dominación, en cuanto a las diversas pretensiones de legitimidad: legal-racional, tradicional, carismática. Cierto aspecto del sueño de algunas lecturas racionalistas es similar al de Kelsen: una dominación que pudiera estar depurada de sus elementos tradicionales y carismáticos, que aparecen irracionales en su contraste. Es decir: el sueño de hacer efectivo de forma exclusiva el tipo ideal de legitimación legal-racional, sin aditamentos religiosos.

Aún más, el mismo sueño es el que sustentó a muchos seguidores de Marx, al imaginar el comunismo como una sociedad liberada de toda ideología: la organización racional de la producción por parte de los productores mismos. Donde la enunciación de una ciencia de la historia depurada de ideología es un momento de la realización de la sociedad no mistificada.

En este contexto, la idea de Legendre se percibe con nitidez. En todo orden, el elemento absolutista está presente, cualquiera sea su organización. No hay teoría anti-ideológica o desmitificadora que tenga la suficiente fuerza como para expurgarlo. Mostrar lo ideológico, mítico, religioso o irracional no implica su eliminación práctica.

Resulta inadecuada, sin embargo, la distinción entre el racionalismo y su contrario. La construcción mitológica no es irracional. Sencillamente: se trata de una pieza propia de cualquier orden. Lo cual no significa que haya variadas maneras de presentarlo, organizarlo e, incluso, manejarlo. No todos los fundamentos son semejantes ni tienen las mismas consecuencias:

> "Pronuncié la palabra legalidad. Aquí es esencial. Ella señala la diferencia entre un Estado y Drácula. Ya volveré sobre el tema, pero adviertan que entramos en la zona de las fábulas y los monstruos. Hay monstruos y monstruos: Leviathan y Drácula no son los mismos monstruos." (*LII*, 18)

Es por tal motivo que la indagación crítica no pretende erradicar los mitos por el mero hecho de señalarlos. Sigue, a su manera, la divisa de Benjamin: a la estetización del poder le responde con la politización de la acción, incluso la del arte.[40] No es cuestión de depurar la forma social, hegemónica y consolidada, de sus ornamentos estéticos, míticos o ficcionales, sino de asentarse en la posibilidad de un proceso político innovador y de ruptura, esto es: en una acción que implique otra visión de la justicia, sostenida en la promesa irrenunciable de la emancipación humana.

El orden jurídico se fundamenta, según Legendre, en una Verdad. Es más, en una voz, un autor, un legislador que la pronuncia. Tal absurdo es una ficción, pues no hay nada detrás del derecho:

> "Lo que nosotros denominamos sabiamente fundamentos del Derecho se presenta ante todo como un relleno necesario, un discurso de puesta en escena destinado a autentificar un lugar vacío. Ninguna sociedad humana, siendo confrontada a la palabra, puede dejar de hacer la economía de este trabajo de representación. Comprenderlo consiste no en descubrir que detrás del sistema institucional no hay nada, ningún sujeto de carne y hueso, sino en reconocer que esa Persona (*Personne*) es un nombre." (*LVII*, 20)

El término *Personne* es sugerente. En lengua francesa significa persona, en el sentido de persona civil (*personne civil*). Pero también se refiere a *nadie*, pronombre indefinido que se usa en expresiones del tipo *personne n'est venu* (nadie ha venido) o *personne d'autre* (nadie más).

40. Ver: Benjamin, W., "La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica", en *Discursos interrumpidos I*, Buenos Aires, Taurus, 1989, pp. 15-60.

La Referencia no es más que un lugar vacío. Dirá Legendre: una función, que puede desarrollarse de muy diversas maneras. Cada contenido particular que se presente como Referencia, dará lugar a una forma también particular de pliegue.

Se trata, para retomar el vocabulario kelseniano, del Estado por detrás del derecho. Una mera palabra que no designa nada, pues nada hay detrás. Si se ponen entre paréntesis las fábulas, qué queda pregunta Legendre. La respuesta es nada, es decir:

> "Exactamente esto: eso que todo el mundo entiende, un signo lingüístico que sería vaciado de su significado y que subsiste como significante –un significante cuya función es la de referir. Dicho de otra forma, el Estado en su principio se da como forma vacía. Al vacío, al cual el Estado le da consistencia, cada uno puede tener acceso a través de los objetos emblemáticos, objetos que tienen a su cargo hablar la Referencia como tal, el *En nombre de* que caracteriza el lugar estructural donde se sitúa lo que llamamos, nosotros los sostenedores de la dogmática a la europea, precisamente el Estado." (*LVII*, 57)

Pero esa nada sí está revestida de fábulas. No sólo de relatos, sino de un acompañamiento estético. Ese conjunto de prácticas escenográficas y artísticas que Marí y con él la indagación crítica califican de imaginario social:

> "Entrevemos acá una radicalización de la interrogación sobre el poder: no se ha visto jamás gobernar una sociedad, hacer marchar una humanidad, sin utilizar la metáfora estética de los emblemas." (*LVII*, 86)

La serie: justificación del poder, verdad absoluta y referencia lógica, está ligada a la estética. A la presentación artística, a las imágenes, a los decorados. A todo aquello que sea capaz de fascinar a los cuerpos físicos:

> "Todos los sistemas de instituciones trabajan el cuerpo de sus sujetos, a fin de obtener de ellos no una adhesión blanda de modo racionalista, sino el grito del corazón, incluso hasta el odio, ese odio tan difícil de identificar puesto que se resguarda en el amor. Para poder decir de un sistema que marcha, es necesario contar con los individuos. Ante todo, la organización consiste en maravillar a los individuos, maniobrar su culpabilidad, y ello trae como consecuencia tanto el terror como la seducción. Sería impensable el poder desprovisto de las técnicas de la fascinación." (*LII*, 58)

Que se trate, entonces, de un lugar estético implica que su acceso está mediado por metáforas, representaciones e imágenes que capturan y que producen fascinación.

No hay sólo un lugar lógico sino, también, un lugar de veneración, que inspira elaboraciones ceremoniales y cultos religiosos, espectáculos, adoraciones y rituales. Se trata de un lugar que tiene que presentarse de manera visible, donde se requiere de un embalaje: emblemas y mascaradas estéticas. Es decir: para funcionar de manera armónica, el poder tiene que ser mostrado.

Se fascina para obtener la sumisión, para sostener el hábito de obediencia (Hart), para asegurar la eficacia (Kelsen), para garantizar la continuidad de cierta forma de producir (Althusser) o para estabilizar ciertas formas de ejercer el poder (Foucault). En este aspecto adquiere relevancia otro sentido del pliegue. Ya se señaló la distinción de dos planos: la ficción fundadora, el lugar mítico de la Referencia, por un lado; el orden jurídico o *collage*, por otro. Legendre también apunta hacia otra dirección:

> "La lengua latina, de la cual tomamos prestado el término *simple*, da originariamente a *simplex* el sentido de estar plegado una sola vez. Benveniste ha mostrado el alcance de esta noción, situando con precisión ese sentido de plegar en la lexicografía del rezo y de la súplica. Aquél que reza es descripto como *supplex*, él se encuentra plegado a los pies de, etc. ... Es a esta puesta en perspectiva de la política y de la normatividad, por el juego de la dirección a la divinidad, que se liga la comunicación dogmática, de la cual la Referencia constituye el elemento clave. Evocando la simplicidad de la estructura, no hago más que insistir sobre un punto esencial, alrededor del cual la teoría de los fundamentos del Derecho a menudo se pierde, no osando exhibir la base antropológica del *tú debes* del Derecho, dicho de otra forma: el mecanismo que hace plegar al sujeto." (*LVII*, 131)

Plegar al sujeto significa: obtener su genuflexión. Lograr que se arrodille. Lisa y llanamente: fascinarlo para que obedezca. Todo lo cual supone lo siguiente: el cuerpo físico es afectable por las palabras y las imágenes. Indicación que se encuentra en el inicio mismo de la historia del psicoanálisis. En sus primeros tratamientos de histéricas, Freud comprobó el valor pragmático del lenguaje al ser capaz de disolver los síntomas físicos de sus pacientes. Nacimiento de la *talking cure*, de la cura por medio del arte de la palabra, conjunción transferencial de la asociación libre del paciente y de la interpretación del analista. La palabra ocupa el lugar del producto farmacológico, de la droga.

El orden se sustenta en una ficción fundamental que le da contenido a la Referencia. En ese juego, se trata de presentar la Persona que dice el derecho. Es decir: la presentación mítica del Estado. El macroántropos de Kelsen o el Sujeto de Althusser. En los términos de Legendre:

> "Una sociedad debe ser fundada para hablar, es decir, para sostener un discurso que sea de la sociedad como tal y no de los individuos

> particulares. Establecer ese sujeto de ficción, es el fin primero de los montajes monumentales. Desde el momento que esta marcha lógica está planteada, el Derecho se deriva como un efecto, en tanto discurso remitible al Sujeto monumental." (*LVII*, 141)

El despliegue de ese Sujeto es correlativo a la constitución de cada sujeto de derecho en particular:

> "el principio del poder ... concierne a la vez a la sociedad como Sujeto jurídicamente constituido (así, bajo la forma del Estado) y a los individuos asignados a su lugar de derecho." (*LVII*, 279)

Pues en definitiva, la ficción que funda lo hace con respecto a un orden. Y Legendre, por lo visto, pone el énfasis más en la manera de proponer jurídicamente un mundo, que en las normas. Mientras que la versión del mundo remite a una construcción mítica, ésta cobra sentido en cuanto fundamenta a aquélla:

> "No terminamos con el funcionamiento de la Referencia, puesto que la cuestión de la división no se juega sólo entre categorías, sino entre categorías jurídicas y el fundamento de toda división, es decir: la representación que la comanda." (*LVII*, 211)

A pesar de su visión tajante y genérica, plagada de mayúsculas, de *siempres*, de *todos* y de *nuncas*, este último recorrido permite, quizás paradójicamente, introducir matices y evitar las distinciones drásticas. Y esto, básicamente, por la diversidad de maneras que Legendre propone para acercarse a las cuestiones jurídicas. Diversidad que, al fin de cuentas, tiene mayor peso que su tono afectado y, por momentos, profético.

Luego de este itinerario un poco anárquico, cabe distinguir. La crítica lleva al análisis. Pero no se distingue para expulsar o depurar, sino para ensamblar. Así como la crítica es proliferante y no sólo desmitificadora, el análisis es constructivo, no sólo depurador. El distinguir matices (análisis) y el continuar pistas (crítica) tiene un valor constructivo, son un momento del asentamiento de una posición.

El orden jurídico-estatal remite a la ficción de un Sujeto. En términos de Kelsen: se trata de la entificación del Estado. Suposición de un mitológico creador del derecho, ubicado más allá de éste. O de acuerdo a otra imagen, por detrás de él.

El Estado, en este sentido, no es más que una palabra. Y ella no designa nada. Si se la trata como un nombre propio, él es bastante extraño, pues no individualiza ningún cuerpo. En el léxico de Legendre, se trata de un Nombre. O, si se quiere, de un significante sin significado. El Estado en cuanto Persona es nadie. Es decir: nada. Como señala Kelsen: presentación ficticia del Estado; también primitiva y teológica.

Dicha ausencia de significado puede aprehenderse, apunta Legendre, como un lugar vacío. A dicho lugar cabe designarlo como la Referencia. Destacarla en cuanto tal tiene la utilidad de poner de manifiesto la ausencia de fundamento y de garantía última. Advertir enfáticamente que se está en presencia de una ficción, de un absurdo. Pero al aprehenderla como lugar vacío se pone entre paréntesis los relatos que la rellenan. Se la capta como pura forma o, laxamente, como función lógica.

Esta ficción ocupa el centro de la construcción mitológica, pero no la agota. Ella es compleja. Por lo menos hay que señalar tres piezas fundamentales que se encuentran ligadas.

A la ficción del Estado se la acompaña con una fábula sobre sus *orígenes*. Tal fábula responde a la pregunta: ¿de dónde viene el Estado? En términos de Legendre: son los relatos que responden a la pregunta *Unde*? Se trata de narrar los eventos acaecidos en una supuesta escena originaria. El punto cero de la historia, inicio del progreso o de la decadencia, punto celebrado como caída o elevación. Y aquí hay muchas variantes, pues en tal origen puede encontrarse la gracia de una obra divina, una historia natural, la realización de un acuerdo, la peripecia de una raza desde el fondo de la historia, un cataclismo o la comisión de una acción pecaminosa.

Cada fábula sobre los orígenes, a su vez, se encuentra comandada por un término que cumple un rol fundamental. Es decir: Dios, Pueblo, Contrato, Raza, Mercado o Naturaleza.

Pero hay una segunda fábula en juego. Ya no la que relata el origen mitológico, sino la que narra los *fines* del Estado. En un caso se responde a la pregunta: ¿de dónde viene? En éste: ¿hacia dónde va? O también: ¿para qué?

Aquí también hay muchas variantes: la salvación del alma, la pureza de la raza, la manifestación de un pueblo, la gloria de la nobleza, la defensa de la propiedad, la efectividad de derechos individuales, el respeto de la ley en cuanto tal, el crecimiento de la riqueza, el bien común, la felicidad universal.

Y junto a estos elementos hay que considerar la puesta en escena del plano mitológico en cuanto tal. Su presentificación visible. La nada designada por el mero nombre del Estado pasa de lo invisible a lo visible, de la abstracción formal a su presentación artística. Los decorados estéticos, los rituales, todo ese conjunto de artificios que Marí reúne bajo el título de imaginario social, son los aquí concernidos.

Una manera sencilla de sistematizar estos aspectos de la construcción mitológica es apelando, de manera analógica, al léxico aristotélico de las causas. Analogía irónica, más bien humorística. Es conocida la obsesión redundante de los juristas por encontrar *causas* en cada paso de su recorrido: la causa de las obligaciones, de los contratos, la causa de la causa.

La analogía es la siguiente.

La construcción mitológica está centrada en el Estado. Para Kelsen: el macroántropos todopoderoso. Para Althusser: el Sujeto. Para Legendre: el Gran Otro. Tal es la clave de bóveda de este plano fantástico, religioso, místico, primitivo o como quiera llamárselo. El Centro.

Su causa *formal*, su contorno figurativo es claro: se trata de una ficción. Si se corre el abigarrado corpus de imágenes y relatos queda un nombre vacío. Si se gustan de las grandes palabras, se trata del nombre del *Abgrund*. Si la pasión es más sobria, puede acudirse al signo nórdico empleado en teoría de conjuntos: Ø, el conjunto vacío. La Referencia.

Su causa *eficiente*, aquello de donde proviene el Estado, lo aporta la fábula sobre los orígenes, el relato sobre los comienzos. Es el cuento, más o menos sofisticado, que narra un momento inaugural. El Origen. El punto de partida.

Su causa *final*, el punto teleológico, lo despliega la fábula sobre el para qué. Aquí se trata de narrar el sentido último de la construcción jurídica. O, si se quiere, poner de manifiesto el sentido primero de los sentidos jurídicos. El Sentido en cuanto tal.

En fin, su causa *material*, aquello que efectivamente se presenta, es la puesta en escena, el conjunto de artificios que muestran estéticamente a la ficción. La Imagen.

Reducido a su esqueleto elemental, a sus signos despojados y sublimes, la construcción mitológica engarza un centro, una referencia, un origen, un sentido y una imagen. Una acumulación de palabras tradicionales, veneradas y venerables. Las que perduran a pesar de nuestro tenaz escepticismo, pero que gracias a él se presentan con despojada nitidez. Con distanciamiento, para usar el término forjado por Brecht.

No cabe duda: este esquema tiene tanto un aroma paródico como un aire de claridad. Es un gesto que destaca la ligereza que tienen en común tanto la actitud crítica como analítica. Pero su valor es en definitiva pragmático, en cuanto imagen tentativa de la construcción mitológica.

Se dirá sin embargo que todo esto es absurdo, una maquinación asombrosa y carente de asidero. A lo que cabe responder: si se pretende decir algo verosímil sobre el derecho, si toda una peripecia argumentativa lleva a considerar, al menos como conjetura plausible, esta narración absurda, ¿por qué negarla en cuanto tal? Es decir: ¿no sería lo propiamente absurdo, el mismo negarse a ver lo absurdo? ¿Y qué particular móvil conduce a ese no ver? ¿O hay que suponer que una indagación razonable sólo debe ocuparse de cosas razonables? ¿Pero de dónde surge ese extraño deber investigativo? ¿Acaso de un secreto código penal filosófico? ¿Pero no es una regla, incluso de epistemologías parcas como la de Popper, el prestarle atención a las conjeturas audaces y presumidas fecundas?

Al margen de estas interrogaciones belicosas, cabe retomar, en fin, la idea crítica del *collage*. Ella permite captar la enrevesada composición del derecho en sentido estricto de manera más adecuada que la estratificación en niveles, reservada para referirse al discurso. Ahora cabe engarzar el *collage* con la metáfora del *pliegue*.

Seguir el curso de las indagaciones crítica y analítica lleva a presentar el derecho estricto o derecho-objeto, el texto jurídico virtual, como un *collage plegado*, compuesto de dos planos, ambos complejos, diversos, no reducibles a un sólo tipo de pieza.

Esta presentación del derecho estricto en dos planos está tomada de Legendre. También la indicó en su momento Marí, aunque referida a las ficciones. Por un lado,

el conjunto de ficciones locales u ordinarias. Por otro, una ficción matriz, que aparece como una especie de foco al que conducen cada una de las ficciones particulares. Y está en germen en la distinción kelseniana de las sustancias (la persona y la Persona) y en la althusseriana de los ideologemas (el sujeto y el Sujeto).

Sin embargo, ella puede generalizarse más allá de los componentes ficcionales, al tomar nota de la complejidad que caracteriza al derecho estricto en cualquiera de sus planos. Usemos imágenes espaciales: el plano de arriba y el de abajo.

Abajo, se encuentra un orden normativo, cláusulas instauradoras de poderes, una o varias propuestas para imaginar la realidad, un conjunto de ficciones ordinarias o ideologemas.

Arriba, la figura del Estado, un vacío referencial, un relato sobre los orígenes, una fábula sobre los fines y una puesta en escena estética.

El arriba y el abajo pueden calificarse de mil maneras. No es cuestión de inventar nuevos nombres. Simplemente corresponde decir que ambos planos se acoplan para dar lugar al derecho en sentido estricto, el *collage plegado* al que se denomina, sin más, derecho. O mejor dicho, se trata de un sólo plano que se pliega, que se dobla, para mostrarse en dos sentidos diferentes. Es la construcción teórica, la objetividad virtual, aquello mismo que las indagaciones crítica y analítica designan como el derecho propiamente dicho. El primer nivel *L1* de la forma extendida del discurso jurídico.

Por cierto, cada vez que se trata de enfocar un sólo aspecto, reduciendo los demás a una única fórmula, comienzan los forzamientos, la vana desesperación para encajar una figura en un molde que le es ajena. La extraña aventura del deseo de uniformidad. La obsesión por la piedra filosofal. La búsqueda del secreto, de la esencia profunda de la juridicidad. *La* fórmula de la teoría.

Nada impide, sin duda, designar como genuinamente jurídico sólo a uno de este abigarrado cúmulo de elementos. Razones coyunturales, de manejo, motivos estratégicos o de interés, todos ellos justifican un recorte. No hay reglas para trazar una línea.

Pero si el trazado es estrecho y, además se lo supone el único, se paga un alto precio. No en cuanto a una supuesta corrección epistemológica, sino en cuanto a la fecundidad de las cosas posibles de decir. Sin duda, se puede estar tan fascinado con el residuo que se desaloja, que al demarcar un ámbito reducido se hable tanto de él como de aquello que se expulsa.

Quizás ese sea, al fin de cuentas, el singularísimo estilo de Kelsen. Obsesionado por distinguir y, a la vez, atrapado visceralmente por los desperdicios que dejó fuera de la pulcritud del *habitat* jurídico. De ahí que logre la fecundidad al traspasar, una y otra vez, el territorio al que supuestamente iba a limitarse. De ahí, también, que sean sus textos los que movilicen con más ahínco a las investigaciones críticas y analíticas.

Capítulo 60
El momento de concluir

De manera coincidente, las indagaciones analítica y crítica conducen a complejizar el derecho en sentido estricto. Partiendo de una crítica al normativismo se hicieron visibles otros componentes. A saber: propuestas de versiones del mundo, cláusulas instauradoras de poderes y construcciones ideológicas. De manera pausada, cada uno de estos componente se hizo más nítido en su especificidad. También en su interna complejidad.

Por cierto, en ningún momento se postularon esencias. Tampoco rasgos generales o desgajados de la historicidad. No hay *un* criterio, sea general, neutro o sustancial, para cualificar al derecho en sentido estricto.

Hay historias, estrategias y argumentos. Narraciones, no descripciones. En fin: posiciones. Líneas que se trazan. Polémicas. Permanece, como horizonte conjetural, la distinción entre dos tipos de enfrentamientos: fuerte y débil. Es decir: la distinción entre formas sociales y procesos políticos. Entre saberes y verdades.

Los diversos senderos transitados llevaron, poco a poco, a destacar un componente en particular: el esquema conceptual. Él se convirtió en el foco del presente texto.

Para ello resultaron decisivas dos indicaciones de Alchourrón y Bulygin. Primero: las definiciones hacen explícito un aparato conceptual. Dos: ellas no sólo son importantes en la ciencia del derecho, sino en el derecho mismo. Esto significa que deviene plausible considerar a los esquemas conceptuales como genuinos componentes del derecho en sentido estricto.

Hay muchas maneras de designar este aspecto del derecho. Aparato o esquema conceptual, si se siguen las indicaciones de Strawson o de Quine. Pero también, en el léxico de Goodman, versión del mundo. Orden simbólico es otra expresión, de proveniencia francesa, que apunta en la misma dirección. Geertz, retomando a su manera el léxico weberiano, se refiere a tramas de significación.

Sin duda, en cada caso el contexto es diferente, así como las estrategias argumentativas, las polémicas protagonizadas y las derivaciones concomitantes. Diferencia contextual que está marcada, de manera enérgica, por los respectivos localismos lingüísticos. También por la incidencia larvada de las aún vivas pasiones nacionalistas.

Pero tales variaciones, en *este* momento y lugar, son secundarias. Cuando el objetivo es resaltar un aspecto que todas estas perspectivas consideran relevante y que, a la vez, no lo es tanto para los cánones jurídicos habituales, resulta inoportuno demorarse en los diferentes énfasis y caracteres idiosincráticos en juego. El ánimo cosmopolita nunca desató una guerra.

Quiero decir: las indagaciones jurídicas consideran crucial otras cuestiones y no ésta. Que el derecho incluya, como ingrediente genuino, una manera de imaginar o pensar la realidad, por lo general ha suscitado una discreta indiferencia. Quizás por tratarse de un obviedad o, a la inversa, por ser un aspecto nimio y hasta irrelevante.

Sin embargo, las peripecias precedentes muestran qué es lo que está en juego: una tendencia, sorda pero sostenida, a operar algún tipo de reduccionismo.

En ese sentido, hay dos caminos o maneras de reducir que se mostraron como paradigmáticos.

Por un lado, el normativismo. La consideración de las normas como único componente jurídico genuino. Incluso si se tienen en cuenta las críticas habituales al normativismo, ellas no implican resaltar la incidencia de un esquema conceptual. En ese sentido, se tuvieron en cuenta varias posibilidades. La ampliación del tipo de reglas llevada cabo por Hart, o la manera peculiar de considerar a las definiciones por parte de Alchourrón y Bulygin. Por cierto, es a partir de sus indicaciones que se vislumbró la cuestión, aunque sin sacarse las consecuencias del caso.

En esta polémica, el énfasis pasa por resaltar, específicamente, dos tareas jurídicas igual de relevantes: normar y proponer una versión del mundo. Un enfoque no reduccionista del derecho en sentido estricto implica considerar tanto un *Ordnung*, un orden normativo, como una *Gestalt*, un orden formativo. Una normación y una simbolización. Una regulación de los comportamientos y la propuesta de un mundo en el que ellos se presentan. Y ambos aspectos jurídicos se encuentran encastrados, soldados, vinculados de alguna u otra manera. De tal forma, enfocar uno conduce, de inmediato, a tratar el otro. Doble vínculo que es requerido para mantener la consistencia del estudio particularizado, sea de las normas o del esquema conceptual del caso.

La otra forma paradigmática de reducción es el ideologismo. La teoría crítica del derecho, en su afán por impugnar las reducciones normativas en ocasiones, tiende a derramar la ideología por todos los ámbitos de la juridicidad. Tal el caso del uso amplio del término *ficción*. De ahí, entonces, las dificultades encontradas a la hora de delimitar el ámbito propio del aparato jurídico-conceptual.

Sin duda, aquí la discusión es otra. Ella es la siguiente: las formas sociales de imaginación no son todas ideológicas. Imaginar no es ni ideologizar ni ficcionalizar.

Por eso, en este otro cuerno reduccionista, el énfasis pasa por distinguir con cuidado la imaginación de una versión del mundo respecto de la imaginación ficcional. No

hay posibilidad alguna de considerar una construcción *ilusoria* sin tener en cuenta, a la vez, una urdimbre *simbólica*. Tal como señala Quine: la asignación de un carácter mitológico es relativa a una perspectiva y no una cualidad esencial.

Destacar al esquema conceptual como un componente jurídico genuino está comprometido con dos estrategias argumentativas diferentes. Polemizar con el normativismo por un lado, con el ficcionalismo por otro. En ambos casos se trata de mostrar la inconsistencia de los reduccionismos. Indicar cómo desde el *interior* de las perspectivas consideradas se hace imperioso reconocer componentes no ficcionales y no normativos. Pues tanto la indagación crítica como analítica están comprometidas con la idea de complejidad. Pero ambas, a la vez, están tentadas por una reducción.

Así como la teoría crítica del derecho continúa el impulso del análisis, el ánimo antirreduccionista sigue las huellas de ambas.

Una conclusión de peso es la siguiente: el deseo de uniformidad está mucho más arraigado de lo que imaginamos. Tiene su propia fuerza. Lo caracteriza una compulsión ante la cual es insuficiente el simple acto de hacerlo consciente.

El punto crucial es que el embate contra las diferentes formas de reducir no se lleve a cabo en nombre de algún nuevo reduccionismo. De ahí la importancia de términos, en apariencia inofensivos o en exceso metafóricos, como *collage* y *pliegue*. En ambos casos está presente el mismo uso pragmático: resaltar el carácter heterogéneo (pero también complicado y enmarañado) del derecho en sentido estricto.

Encastradas al orden normativo, a las cláusulas instauradoras de poderes y a las construcciones ideológicas, se encuentran propuestas una diversidad de versiones del mundo. Esta diversidad sólo es mostrable a través de un trabajo de campo. Sin adentrarse en los textos jurídicos, muy pocas cosas hay para decir.

Aquí cabe notar dos ítems básicos.

Primero: se encuentra perturbado cualquier anhelo de generalidad. Los textos son específicos y fechables. Se encuentran enmarcados en una historia particular. Esto no impide llevar a cabo tareas de estilización. Ellas son realizables tanto al nivel de la simultaneidad, a partir de las semejanzas percibidas en textos paralelos, como en la sucesividad, rastreando afinidades a lo largo de un decurso temporal. Pero, en tal caso, hay que tomar nota de lo siguiente: se trata de un acto, estilizar, no de la captación de una forma de por sí estilizada.

Segundo: las propuestas son de antemano indefinidas. No se tiene ningún juicio previo sobre la cantidad de versiones jurídicas propuestas. Tampoco sobre sus mutuas relaciones o, también, sobre su vinculación con otras maneras de imaginar.

Sin embargo, nada impide forjar hipótesis sobre aquellas cantidades y relaciones. De manera más o menos explícita, se asumió como decisiva la imaginación civil de un mundo. En este aspecto, deviene relevante la sugerencia de Legendre, en cuanto a considerar a los textos civiles como la *matriz* del derecho moderno (*LVII*, 187).

Que se trata de una postura que tiene que mostrar sus virtudes, es algo que va de suyo. Pero ella no surge porque sí, sino como consecuencia de admitir ciertas intuiciones de un peso considerable.

Ante todo, hay un largo trabajo histórico que se remonta, pasando por la ciclópea tarea de codificación y el minucioso labrado escolástico, a las fuentes romanas. Cada palabra de cuño civil encierra numerosos y sucesivos tallados de fina orfebrería. A tal punto, que cada nuevo ámbito jurídico que se va generando, lo hace a partir de las categorías civiles recibidas. Luego vendrá, de una manera tortuosa y no siempre convincente, el deseo o la necesidad de separarse, para así obtener, tal como nos gusta decir a los juristas dogmáticos, la anhelada autonomía de nuestro terruño.

Resulta notorio, además, que los textos civiles trabajan con categorías muy básicas, las más elementales que quepa imaginar. Si no fuera una metáfora gastada y problemática, cabría decir que las categorías civiles funcionan, en muchos aspectos, como una genuina *infraestructura* jurídico-imaginativa.

Por vías diversas y fragmentarias, la atención se detuvo en una de tales categorías: el sujeto de derecho. Pero ella es sólo un aspecto de la manera civil de imaginar un mundo. Un aspecto que, sobrevolando el conjunto, no es más que una pieza entre otras. Aunque, sin duda, ella está, por decir así, al comienzo de la generación de la matriz civil.

Es por tal razón que al seguir el curso de esa matriz, muchos aspectos señalados tendrán que ser eliminados, otros reajustados, otros quizás mantenidos.

En su momento se destacaron las categorías básicas del esquema civil moderno: personas, objetos y hechos. Ya el análisis de los hechos implica retornar a la dilucidación del sujeto de derecho. Fundamentalmente, por la asignación de una interioridad en términos de discernimiento, intención y libertad.

En este aspecto, la construcción civil no se deja reducir, como surgiría a primera vista, a una mera ficcionalización. Lo señala Salvat de manera precisa: estos términos son usados sólo por su practicidad, siendo indiferente para su funcionamiento cualquier disquisición filosófica a su respecto (parágrafo 1757).

Tal como diría Daniel Dennet, se trata de una categorización que, al usarse, permite decir: funciona. Nada más. De alguna manera, toda la compleja visión civil de la responsabilidad, en términos de intencionalidad y de consecuencias causales, está aquí concernida.[1]

Quiero decir: es posible atribuir al sujeto de derecho una supuesta interioridad (la voluntad), sin afirmar su carácter esencial o natural. Que esto último también se hace, es algo incontrovertible. Pero se trata de dos planos diferentes, que juegan de manera diversa.

Por lo demás, los diversos intentos de reducir esta atribución no se han mostrado lo suficientemente poderosos. La clásica propuesta de Hart, en términos de enunciados derrotables, es un ejemplo posible.[2] Sin embargo, tratar de reducir la interioridad supuesta a la superación exitosa de ciertas cláusulas condicionales, nada

1. Ver: Dennet, D., *La actitud intencional*, Barcelona, Gedisa , 1991.

2. Ver: Hart, H., "The Ascription of Responsability and Rights" en *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-49, reimpreso en Flew, A. (comp.), *Logic and languague*, Oxford, Basil Blackwell, 1960 (hay traducción castellana de Iglesias, A. y Rodríguez, J., *mimeo*).

nos informa sobre por qué son *esas* las condiciones y no otras. Si la intención no es más que, por ejemplo, la ausencia de error, hay que explicar por qué es la ausencia o presencia del error lo que se exige demostrar y no cualquier otra cosa idealmente posible. Por ejemplo, puede estipularse que la no intención signifique "presencia de un problema hepático del tipo *x* en un momento *t*" o, también, "disfuncionamientos neuronales, registrables por algún método fiable". Estas condiciones serían, desde alguna interpretación aceptada, bastante razonables para afirmar o negar una intención, pero salta a la vista que no cuajan con la visión civil de las cosas.

Dicho muy rápidamente: la suposición jurídica de una interioridad no compromete en cuanto a la existencia de ciertos hechos mentales correlativos. Se trata, sencillamente, de un esquema que, dentro de ciertos límites, tiene su valor pragmático.

Sin duda, entre dicha suposición y la esencialización mitológica hay una delgada línea separatoria. Delgada línea suyo traspaso no deja de ser realizado cuando la ocasión así lo requiere.

En este aspecto también cabe tomar con cuidado las referencias de la teoría crítica al término *imaginario*. Éste alude, ya sea al conjunto de artefactos estéticos vectorizados hacia la fascinación (Marí), ya sea al propio funcionamiento de la ideología (Althusser). No obstante, tal como es usado por Lacan, tiene un radio de acción más complejo, variado y extenso que el de los citados usos.[3] Uno de ellos, sin duda, puede vincularse a esta interioridad civilmente supuesta.

Estas dos polémicas de diferente proveniencia, aquí sólo evocadas, muestran la constancia que caracteriza a los intentos reduccionistas. Como si, en cada momento de la puesta en manifiesto del esquema jurídico-conceptual, hubiera que lidiar tanto con el normativismo como con el ideologismo.

Si se da algún paso más, es notorio el encadenamiento civil que se presenta entre las sistemáticas contractual y de los derechos reales. Ellas no se deja reducir tan fácilmente, ya sea a una construcción normativa, ya sea a una ficcionalización mítica.

La categoría de propiedad lo muestra con nitidez. No se trata, de acuerdo a la ejemplar tarea crítica de Kelsen, sólo de una serie de normas presentadas de manera ideológica o ficcional. El despliegue civil de la categoría de propiedad implica una manera muy peculiar de enfocar la realidad. Que todo fenómeno sensible, que cada objeto que se presente de manera perceptiva, resulte apropiable, es una visión muy extraña del mundo. Es de notar, si no, la por demás curiosa categoría de *cosa sin dueño* para referirse a aquello que aún no fue tomado en posesión.

No es ésta la situación para detenerse en categorías que merecen largas y detenidas dilucidaciones. Lo que sencillamente deseo destacar es lo siguiente. Un mundo compuesto de personas y objetos susceptibles de tener valor, donde las relaciones entre

3. Ver una breve indicación al respecto en Grüner, E., "El estado de (una) Razón", en *Conjetural* N° 16, agosto de 1988, pp. 90-97.

las personas se piensan bajo la forma contractual, donde las relaciones entre ellas y los objetos adquieren la forma de un derecho real, donde la muerte es un hecho que genera una sucesión, es algo de una peculiaridad indiscutible.

No hay nada de evidente en ello. Ni, tampoco, nada transhistórico o general o mucho menos esencial. No siempre los cuerpos físicos humanos se han visto a sí mismos como sujetos de derechos, ni al resto de lo que se presenta como objetos dotados de un valor pecuniario, ni a sus relaciones entre sí como contractuales, ni a su relación con aquellos objetos bajo la forma de la propiedad o de alguno de sus desmembramientos, ni al hecho de la muerte bajo la óptica de una sucesión.

Todo esto es el fruto de una imaginación desbordante, aunque sin duda también coherente y sutil. Sus efectos son incontables, muestra del arraigo que caracteriza a las categorías civiles. Baste pensar, como ejemplo incidental, en el uso por parte de Locke del vocabulario característico de los derechos reales para mostrar la relación que se presenta entre las personas y los cuerpos físicos. Según Locke, en el estado de naturaleza, las personas tienen un derecho al *uso* limitado de *sus* cuerpos, mientras que Dios es el pleno *propietario* de ellos, el único que tiene derecho a destruirlos:

> "Mas aunque éste sea un estado de libertad, no es, sin embargo, un estado de licencia. Pues aunque, en un estado así, el hombre tiene una incontable libertad de disponer de su propia persona o de sus posesiones, no tiene, sin embargo, la libertad de destruirse a sí mismo, ni tampoco a ninguna criatura de su posesión ... Pues cómo los hombres son todos obra de un omnipotente e infinitamente sabio Hacedor, y todos siervos de un señor soberano enviado a este mundo por orden suya y para cumplir su encargo, todos son *propiedad* de quien los ha hecho, y han sido destinados a durar mientras a Él le plazca, y no a otro."[4]

Uso lockeano de las categorías civiles que, sin duda, tiene una clara procedencia escolástico-medieval, pero que resalta con nitidez la modalidad moderna de entender el reino de este mundo.

Por lo demás, sólo considerar el mero hecho cotidiano de hablar mediante el uso de posesivos, al decir *mi* cuerpo o *tu* cuerpo, conduciría a largas interrogaciones. No todas las culturas significan de ese modo las cosas. Es casi una perogrullada decirlo. Y, también lo es, que se trata de una categorización de neto aroma jurídico.

Para enfatizar este aspecto, cabe observar la siguiente presentación que hace Klossowski de la perversión, al poner de manifiesto una situación contrastante respecto a nuestros hábitos jurídico-civiles:

4. Ver: Locke, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Alianza, 1990, p. 37, parágrafo 6.

> "El lenguaje institucional 'me' ha enseñado que ese cuerpo en el cual 'yo soy', era el 'mío'. El mayor crimen que 'yo' pueda cometer no es tanto quitar 'su' cuerpo a 'otro', sino desolidarizar 'mi' cuerpo de ese 'yo mismo' instituido por el lenguaje ... La representación de tener un cuerpo de una condición distinta del cuerpo propio, es evidentemente específica de la perversión; aunque el perverso sienta la alteridad del cuerpo extraño, lo que mejor siente es el cuerpo ajeno como si fuera el suyo; y aquel que es el suyo en forma normativa e institucional como si fuera realmente extraño a él mismo."[5]

Sin duda, hoy en día se perciben diversos signos relativos a la impugnación de este esquema civil de imaginar la inescrutable realidad, claro que no de la manera imaginada por Klossowski. El caso notorio, aun cuando no se exprese en los términos aquí empleados, es el de los confusos debates ecológicos. El sólo bosquejar que los cuerpos físicos humanos *forman parte* de un organismo biológico de mayor envergadura, la Tierra, Gaia o como quiera que se lo nombre, impone reconsiderar la idea evidente de una relación de propiedad. Lo cual, por cierto, lleva a considerar las maneras de significar que han tenido culturas que no lograron sobrevivir a la expansión europea. Esto es, culturas para las cuales no hay una persona que se enfrenta a una suma de objetos apropiables, sino una naturaleza global que *cobija* innumerables criaturas, entre ellas los hombres.

Todo esto puede catalogarse de sumamente fantasioso. Lo es, sin duda. No hay que negarlo. Pero no lo es menos la manera civil de imaginar la realidad. El mundo civil puede verse como tan absurdo, fantasioso y contraintuitivo como cualquier fábula alternativa. Todo depende desde dónde se hable, se piense o se intuya.

La diferencia fundamental que no es razonable obviar es la siguiente: el mundo civil es efectivo. Él aporta nuestras evidencias más arraigadas, las que subyacen a nuestros hábitos más pedestres. En rigor, él es el entretejido simbólico del modo de producción capitalista. La presentación que hace Marx del capitalismo, es inentendible sin esta versión civil del mundo. Esta afirmación requeriría largos comentarios, pero cabe sugerir que *El Capital* es un ejemplar tratado de derecho civil.

Y aquí resurge una idea de Alchourrón y Bulygin: las revoluciones de mayor envergadura pasan por mutaciones en los esquemas conceptuales. Dicho esto en relación al derecho: quizás no sean sólo los cambios en el normar, o en el ficcionalizar, los que sean reveladores de una ruptura, sino también los que afecten a la forma más básica de imaginar un mundo.

Esta es una línea posible de indagación, pero que no surge *ex nihilo*, sino que está sugerida por el itinerario realizado. Si se la pone de manifiesto es para dejar señalada la conjetural fecundidad de una perspectiva, el hipotético campo que se abre para el futuro. Por supuesto: no hay ninguna línea trazada de antemano. No se trata de llenar una serie de casilleros, que ya estarían armados de manera abstracta y al que

5. Ver: Klossowski, P., *Sade mi prójimo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1960, pp. 41 y ss.

les faltase el contenido. Más bien se trata de un campo virtual, recorrible si se da el interés, la pasión o la curiosidad.

Pero él tiene una vinculación directa con una aspecto clave de la teoría crítica del derecho: la ubicación del discurso jurídico en el marco de la formación económico-social.

Esto significa lo siguiente: entre el énfasis puesto en el marco y el puesto en destacar la relevancia de uno o varios esquemas jurídicos-conceptuales hay un vínculo estrecho y, quizás, indisoluble.

Si se considera al capitalismo como la forma social hegemónica, si él está vertebrado por la versión civil del mundo, entonces los procesos políticos implican *prima facie* rupturas respecto de las categorías civiles de imaginar la realidad: sujeto de derecho, contratos, propiedad, sucesión.

Sostener el carácter complejo del derecho en sentido estricto, poner el acento en la versión civil del mundo, ubicar al discurso jurídico en el marco de la formación social moderna, identificar a la política con procesos de innovación y ruptura: tales son los rasgos que perfilan una historia común y que se resumen con el nombre de crítica. Queda, la justicia, como el punto de apoyo aún desconocido pero ineluctable; el signo de que la emancipación, como promesa, aún perdura. Hoy.

Post scriptum
De las cuestiones técnicas al arte del poder

El presente agregado sólo expone un aspecto técnico pero central de *La guerra silenciosa.*[1] Si bien no se afecta su tenor global, sí se efectúan precisiones conceptuales y de vocabulario, corrigen algunas apreciaciones poco afortunadas y se reconsidera parte de sus conclusiones.[2] En cuanto lectura retrospectiva de conjunto, se reformula y complementa la evaluación final hecha al momento de concluir (capítulo 60).

El eje expositivo consiste en explicitar las diferentes maneras mediante las cuales algunos autores representativos de la teoría del derecho nacional se ubican ante un problema identificado por el término reduccionismo. Los primeros tres parágrafos ("Consideraciones preliminares") delimitan el problema. El resto expone las propuestas ensayadas por aquellos autores. Los parágrafos 4 a 6 ("Versiones del mundo o esquemas conceptuales") se centran en el análisis de las definiciones jurídicas realizado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. El parágrafo 7 ("Cláusulas instauradoras de autoridades") ofrece una lectura de la propuesta de Ricardo Entelman de enfocar al derecho como discurso del poder. En los parágrafos 8 a 16 ("Los enunciados ideológicos") se realiza una serie de indagaciones sobre el concepto de ideología, juzgado crucial por la teoría crítica del derecho. En los tres últimos parágrafos se recapitula lo expuesto, señalándose, en fin, el horizonte político sobre el cual se destaca el debate en torno al reduccionismo.

El énfasis recae en dos cuestiones suscitadas por el problema antes indicado. Por un lado, se le presta atención a las relaciones entre los diferentes componentes jurídicos considerados relevantes. Las dificultades del caso inducen a evaluar el mérito o conveniencia de la estrategia no reductivista. Por otra parte se le dedica especial cuidado a la precisión de los diferentes usos del concepto de ideología. De ahí la mayor extensión de este *post scriptum* a su respecto.

1. De aquí en más: *La guerra ...*

2. No se reiteran aquí, por obvias razones, las citas y referencias bibliográficas ya indicadas.

I. Consideraciones preliminares

1. Uno de los hilos conductores de *La guerra ...* consiste en exponer de qué manera diversos autores argentinos responden a un problema de la teoría general del derecho.[3] Él fue señalado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin mediante los siguientes términos: monismo, normativismo y reduccionismo (o teorías reductivistas).

Alchourrón y Bulygin plantean la cuestión con claridad: "toda teoría monista que sostiene que todas las normas jurídicas responden a un esquema uniforme y que el derecho es el conjunto de normas así caracterizadas debe dar cuenta del hecho de la *diversidad* de enunciados que suelen figurar en los códigos, leyes, decretos, constituciones y demás textos legales. El más leve examen muestra que *no todos los enunciados que figuran en tales textos son normativos* (en el sentido que expresan normas que prescriban acciones o actividades) y los que lo son no siempre prescriben sanciones. De hecho sólo algunos artículos del código penal (en su parte especial) se ajustan directamente al esquema kelseniano. Todo o casi el resto de las disposiciones no responden *prima facie* al esquema canónico y debe ser objeto de reconstrucción. La tarea de la *reducción* de los enunciados jurídicos a la forma canónica es una tarea básica de toda teoría *monista* y Kelsen es bien consciente del *problema*" (*Introducción a la metodología ...*, pp. 104 y pp. 97, 98 y 103; ver también: pp. 440 y 487 de *Análisis lógico ...*).

Monismo significa: el derecho está compuesto por sólo un tipo de enunciados. El normativismo es una variante de monismo: sólo se considera derecho *strictu sensu* a normas de cierto tipo. Reduccionismo significa: acomodar forzadamente una variedad de enunciados a una forma canónica (el esquema uniforme) y desechar el resto (residuo).

Una característica relevante –y quizás típica– de diversas tendencias teóricas argentinas es su común insatisfacción ante el reduccionismo normativista. Además de las investigaciones de Alchourrón y Bulygin, *La guerra silenciosa* considera las posiciones de Carlos Nino, Enrique Marí, Ricardo Entelman y Alicia Ruiz. Para referirme a estos tres últimos autores empleo la expresión teoría crítica del derecho. En cuanto a los dos primeros, indagación analítica.

La raíz de tal común insatisfacción también es señalada con claridad por Alchourrón y Bulygin: "el derecho es un conjunto de cosas bastante más heterogéneas de lo que suele creerse" (*Análisis lógico ...*, p. 463). Esta frase puede entenderse de la siguiente manera: resulta conveniente entender al derecho en sentido estricto como un conjunto de componentes bastante más heterogéneo de lo que suele creer el reduccionismo normativista.

3. Al tener como hilo conductor un conjunto muy restringido de problemas, la exposición difiere de otros relatos más exhaustivos y a la vez panorámicos de la "filosofía del derecho" nacional; ver en ese sentido: Atienza, M., *La filosofía del derecho argentina actual*, Depalma, 1984.

2. El libro precedente intenta mostrar de qué peculiares maneras los autores escogidos le dan contenido a esa heterogeneidad. Para ello se consideran los diferentes enunciados no normativos que proponen considerar genuinamente jurídicos.[4]

Las indagaciones analítica y crítica, si bien enfrentan un problema semejante, difieren en cuanto a los componentes no normativos entendidos como jurídicamente relevantes.

Alchourrón y Bulygin proponen considerar las definiciones jurídicas, a las que entienden no reducibles a normas. La indagación crítica, por su parte, las cláusulas instauradoras de poderes y los enunciados ideológicos.

El desarrollo del texto principal se ajustó al siguiente presupuesto: darle crédito a las propuestas ofrecidas por las indagaciones analítica y crítica. En vez de afincarse en la posición normativista para mostrar las posibles inconsecuencias de los intentos no reduccionistas, se puso empeño en reformular tales intentos de manera razonable y convincente. El énfasis estuvo puesto en los dilemas que enfrenta quien pretende reducir todo lo jurídico a normas de cierto tipo, no en los numerosos problemas que le son inherentes a la estrategia contraria.

La respuesta normativista –su defensa, por así decirlo– se dejó para otro estudio, el cual debiera responder a una diversa forma y estilo de exposición. No obstante, este aspecto tiene mayor incidencia en la presente visión retrospectiva.

La precedente demarcación deja en un segundo plano otros candidatos que también resulta típico contraponer al normativismo: los principios jurídicos y las razones para actuar.[5] El motivo para ello consiste en rehuir, en cuanto sea posible, la estereotipada polémica entre positivismo e iusnaturalismo. De ahí, también, que la lectura de la prolífica obra de Nino no de lugar a ninguna propuesta. Tal como se intentó mostrar en el segundo capítulo, la investigación de Nino tiende a subsumir la controversia relativa al normativismo en la contraposición positivismo *vs.* iusnaturalismo.[6]

No se prestó una debida atención, en cambio, a las relaciones que tales enunciados mantendrían tanto entre sí como con las normas jurídicas. Aduzco como defensa

4. Se emplean de manera indistinta los términos "enunciados", "componentes" o "unidades jurídicas". En el cuerpo del libro se usa generalmente el término componente. Un uso semejante puede verse en Alchourrón, C. y Bulygin, E., "Norma jurídica" en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (comp.), *El derecho y la justicia*, Trotta, 1996. Las expresiones "derecho en sentido estricto" (o *strictu sensu*), "texto jurídico" y "reconstrucción", también son tomadas de Alchourrón y Bulyign.

5. En cuanto a los principios, asumo en líneas generales la clásica exposición de Carrió, G., "Principios jurídicos y positivismo jurídico" en *Notas sobre lenguaje y derecho* (cuarta edición corregida y aumentada), Abeledo Perrot, 1990. Sobre las razones para actuar remito a las pocas consideraciones efectuadas en el cuerpo del libro.

6. Aunque se controvierta la calificación de las posiciones de Nino como iusnaturalistas, puede admitirse, sin embargo, su clara tendencia a subsumir el problema del reduccionismo en la polémica positivismo vs. iusnaturalismo.

que haber considerado esta temática hubiera implicado aumentar la extensión de un texto ya de por sí excesivo.

Se ofreció, sin embargo, una respuesta débil a esta cuestión al introducirse el término *collage*.[7] Su debilidad radica en que sólo transmite la imagen de yuxtaposición entre elementos de diferente índole. De ahí su posible evaluación como pseudo-respuesta: una manera, quizás elegante, de eludir la pregunta. La objeción se agrava aún más de admitirse la conjetura siguiente: al estudiarse tales relaciones alguno o varios de los enunciados propuestos se mostrarían reducibles en términos normativos.

Pero tomar nota de las relaciones entre los diferentes enunciados jurídicos pone de relieve otro tipo de dificultad. *La guerra...* se propone aprovechar estudios que provienen de autores que trabajan a partir de muy diferentes perspectivas. Difieren sus supuestos, la manera de abordar los temas, qué consideran trivial o interesante, las referencias bibliográficas, incluso sus estilos de escritura. Aun cuando se enfrenten a un mismo problema –en el caso: el reduccionismo– no es fácil hilar de forma consistente sus respuestas. De ahí el tono ecléctico de la exposición.[8]

Justamente: preguntarse por las relaciones entre diversos componentes jurídicos deviene semejante a cómo vincular los resultados aportados por estudios tan disímiles. El débil término *collage* puede entonces interpretarse de dos maneras opuestas: como el endeble inicio de una investigación crítica, o como el síntoma de la insuperable dificultad para poner en continuidad indagaciones de suyo incompatibles.

La guerra..., por supuesto, se inclina por la primer respuesta. La razón está señalada en su inicio: el ejercicio de una lectura minuciosa es capaz de mostrar que las diferencias son menos tajantes de lo que aparentan.[9]

Se trata, entonces, de cuestiones distinguibles. El análisis de las relaciones entre los diferentes enunciados jurídicos tiene dificultades propias, en principio ajenas a las disputas filosóficas que subyacen a cada propuesta. Sin embargo, esta óptica puede denotar un exceso de confianza en las capacidades del acto de leer.

Sea como fuese, el presente *postscriptum* incorpora hipótesis respecto a los vínculos entre los diferentes componentes jurídicos. Para ello se le presta mayor atención a la posibilidad de mantener distinciones teóricas de peso sin que ello importe admitir una nueva variedad de componentes jurídicos genuinos. Esto significa que en algunas ocasiones, en vez de aumentar las unidades a considerar estrictamente jurídicas, resulta suficiente profundizar los análisis habituales de las normas.

7. Ver capítulo 33.

8. El predicado "ecléctico" es usado en muchas ocasiones como si fuera de por sí un reproche, situación que comparte con una variedad de términos, tales como positivista, formalista o marxista. Resulta claro que en cada caso se requieren explicaciones adicionales. En cuanto a las virtudes de una actitud ecléctica, véase la analogía zoológica realizada por Isaiah Berlin en *El erizo y la zorra*, Muchnik, 1981.

9. Esto no significa, es obvio, que no haya diferencias. Éstas existen y son relevantes. Lo que se niega es la división tajante y ya asumida con anterioridad a la lectura de cada texto en particular.

3. Hay un aspecto, ya señalado en el cuerpo del libro, que merece enfatizarse: la discusión en torno al reduccionismo sólo tiene sentido si sus resultados son *útiles* al momento de hacer ciencia del derecho o dogmática jurídica. Si se la toma en sí misma no pasa de ser una controversia entre estipulaciones arbitrarias respecto a qué considerar o no derecho.

Tal utilidad no puede predicarse abstractamente. Hay que *hacer* dogmática jurídica para evaluar los resultados. Por cierto: no es algo claro cómo evaluar la utilidad de una teoría general.[10]

Alchourrón y Bulygin sostienen que una teoría general inadecuada conduce a una distorsión de la función del derecho y a una limitación muy inconveniente de la capacidad expresiva del lenguaje jurídico (*Análisis lógico* ..., p. 264). De manera más laxa, en el curso de *La guerra...*está dado por supuesto que reconsiderar el reduccionismo *daría* lugar a un estudio más fecundo o más rico o sutil del derecho positivo.

Si esta suposición –que también está implícita en los autores estudiados– se mostrase errada, estos debates de teoría general del derecho pueden ser juzgados interesantes pero *prima facie* intrascendentes.

Destacar el factor utilidad es correlativo a rechazar dos manera habituales de entender la teoría general del derecho. Por un lado, como una actividad capaz de señalar la esencia del derecho. Es ésta una vía desacreditada. En este aspecto los trabajos de Nino son de interés al presentar de manera clara la oposición, en su léxico, entre esencialismo y conceptualismo filosóficos. Por otro lado, como una búsqueda de los rasgos universales de algo llamado derecho. Esta tarea es posible. Pero para ello se requiere de hipótesis a ser verificadas mediante un estudio empírico, comparativo e histórico. Es notorio que no es esto lo que hace la reflexión que lleva el nombre de teoría general del derecho.

La teoría general parece tener objetivos variados pero más modestos: especificar una visión actualmente útil del derecho, estudiar problemas comunes a la ciencia del derecho efectiva, aportar criterios para hacer dicha ciencia de manera más rigurosa, indagar la fecundidad de la aplicación de herramientas formales, dilucidar la pertinencia de los numerosos conceptos y teorías utilizadas por la dogmática, ofrecer una imagen fidedigna de qué hacen efectivamente los juristas, efectuar explicaciones sobre los usos, funciones y fines del derecho. Esto no significa que para realizar tales tareas no se requiera, sea de forma explícita o implícita, apelar a muy diversos saberes y explicaciones: históricas, sociológicas, psicológicas, políticas, lingüísticas o lógicas.

En fin, la importancia del debate acerca del reduccionismo fue destacada por Genaro Carrió de manera elocuente hace ya más de tres décadas: "*la obsesión de reducirlo todo* a un grupo pequeño de nociones, que se seleccionan, definen y

10. Por supuesto: las reflexiones carentes de utilidad no pierden su sentido, digamos así, estético. ¿Quizás sea tal el valor implícitamente promovido por el positivismo metodológico: devenir una palabra estética, ajena a cualquier manipulación utilitaria?

estructuran en función de aquellas ideas preconcebidas, conduce a un laberinto de perplejidades y paradojas".

Empleando una expresión de Peter Strawson, señala que tales perplejidades y paradojas son índice seguro de una grave pérdida del equilibrio conceptual. La teoría general del derecho padece de una obsesión que la lleva a aferrarse a un conjunto de nociones que se pretenden eternas, como si pudieran mantenerse inalteradas a pesar de los enormes cambios y mutaciones contextuales.

Para Carrió, las consecuencias de semejante actitud es la pérdida de fecundidad de los conceptos, su inaptitud e inutilidad: "esto se refleja, por lo pronto, en una lamentable incomunicación entre los cultores de la teoría general y los juristas. Éstos ven que el aparato conceptual que se les quiere imponer les sirve de poco; es un mapa demasiado pobre para un territorio de geografía harto complicada. La teoría general del derecho tiene que revisar con urgencia su aparato conceptual y también sus pretensiones. En vez de encerrarse en un recinto hermético de pre-conceptos (o de prejuicios) los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna, lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad".[11]

Por cierto, siempre resulta posible descargar la responsabilidad de dicha incomunicación en el otro y calificar a quienes efectivamente hacen ciencia del derecho con los más variados atributos: obtusos, arcaicos, arrogantes, interesados, inactuales, primitivos o, en definitiva, pseudocientíficos. Es una estrategia disponible, aunque se mueve en dirección contraria a la sugerida, con indudable modestia, por Carrió.

II. Versiones del mundo o esquemas conceptuales

4. Alchourrón y Bulygin destacan la importancia de las definiciones jurídicas en cuanto componentes jurídicos irreductibles en términos normativos.

Su relevancia radica en poner de manifiesto un aparato conceptual para pensar la realidad. Para entender este aspecto *La guerra ...* remite a diversas fuentes, en su mayoría anglosajonas y de inspiración analítica: filosóficas: Peter Strawson (esquema conceptual, *stock* de categorías, plano organizador de la experiencia), Willard Quine (red de coordenadas, esquema de referencias), Nelson Goodman (versiones del mundo); antropológicas: Clifford Geertz (maneras de imaginar lo real, estructura de la realidad sociales); psicológico-cognitivas: Jerome Brunner (formas simbólicas).

La idea central es la siguiente: el derecho no sólo norma las conductas, también incluye una manera de pensar o imaginar o construir o presentar la realidad.[12]

11. Ver: Carrió, G., "Sobre el concepto de deber jurídico", en *op. cit*., pp. 169 y ss.

12. Los tan disímiles verbos pensar, construir, imaginar y presentar, que requieren de una minuciosa tarea de dilucidación, sólo son tomados como semejantes en virtud de la brevedad de la exposición y a fin de destacar la cuestión central de que se trata.

Si bien Alchourrón y Bulygin destacan expresa y claramente este aspecto, su mayor interés radica en considerar a las definiciones como postulados de significación que sirven para mejor identificar a las normas. El énfasis de nuestra exposición, en cambio, pasa por la manera de aprehender la realidad que revelan tales postulados de significación.

Es claro, por ejemplo, que en el mundo de la vida cotidiana consideramos obvio distinguir entre personas y cosas, que las primeras a diferencia de las segundas tienen intenciones, o que también identificamos de tal o cual manera una acción, un hecho o lo que sea. Por su parte, las diferentes ciencias –así como las artes– proponen otras maneras de distinguir, agrupar y clasificar, de enfatizar aspectos, negar o destacar entidades.

Resulta notorio que las ciencias, artes y visiones cotidianas no coinciden por necesidad entre sí. Para la ciencia del cerebro, por caso, intención puede ser un término absurdo o ajeno a su riguroso léxico. Sin embargo, él es parte central de nuestras visiones cotidianas y de la psicología popular. También para variadas teorías psicológicas que se precian de científicas y compiten entre sí para acceder a dicho título.

De igual manera, las definiciones y clasificaciones jurídicas presentan una manera de entender la realidad que tiene caracteres peculiares. No por necesidad dicha manera coincide con las precedentes. Aunque tampoco, sin duda, diverge por completo: ni total originalidad ni mera copia. El código civil es un ejemplo paradigmático: las nociones de persona, cosa, objeto, hecho, voluntad, vida o acto permiten aprehender la realidad de una manera específica, que no es de suyo evidente ni siquiera razonable. Obsérvese, por ejemplo, cuándo se considera que nace una persona en la realidad civil. Este nacimiento no necesariamente coincide ni con la visión cotidiana ni con la visión científica. No se trata de una ficción, sino de una manera muy peculiar –y tal vez poco obvia– de entender a las personas y su nacimiento.

Para emplear un venerable término: el derecho propone una ontología (ver Quine) o, también, una metafísica (ver Strawson). Es decir que mediante una serie de definiciones y clasificaciones el código civil pone de manifiesto una ontología o una metafísica. En el curso de *La guerra...,* por su parte, el léxico habitualmente usado es el sugerido por Goodman: versiones del mundo y, en otras ocasiones, esquema conceptual.

Sin duda: los autores mencionados continúan, de una u otra manera, la propuesta de la primer Crítica kantiana.[13] Como señala Goodman: un dato no estructurado carece de sentido. Las diferencias –evidentes– radican en si se acepta un único esquema conceptual, cono hace Strawson o, por el contrario, se postula una pluralidad de maneras de aprehender la realidad o de hacer mundos, tal como hacen los autores restantes y es aceptado en el desarrollo de *La guerra ....* Esta vía, en definitiva, no es más que un extenso comentario al pie de algunas indicaciones que hiciera Wittgenstein

13. En cuanto a las raíces kantianas de la filosofía analítica ver, entre otros, Hintikka, J., *Lógica, juegos de lenguaje e información*, Tecnos, 1976.

en sus *Investigaciones filosóficas*. El lema "imaginar un lenguaje significa imaginar una forma de vida", combinada con la tesis de una pluralidad abierta de juegos de lenguaje, resume abruptamente esta posición.[14]

De la lectura de los textos de Alchourrón y Bulygin se concluye, en síntesis, lo siguiente: junto a enunciados que expresan normas que regulan las conductas, hay que tener en cuenta enunciados que expresan una manera de contar o presentar la realidad.

5. En el cuerpo principal se afirmó, con obvia vaguedad, que las normas jurídicas están "encastradas" con la propuesta de una o varias versiones del mundo.

La exégesis precedente intenta mostrar la pertinencia de considerar jurídicamente relevantes las propuestas de una o varias versiones del mundo. Nada dice, en cambio, respecto a qué significa su "estar encastradas". Especificar esto implica interrogarse sobre cuál sería la relación que mantienen entre sí normas y definiciones jurídicas

Alchourrón y Bulygin señalan que las últimas sirven para mejor identificar las primeras. Identificar significa reconstruir: a partir de un texto dado se reconstruye la norma por él expresada. Cada reconstrucción diferente da lugar a una norma diferente, de ahí lo poco adecuado del término identificar (ya que da la impresión de admitir un misterioso reino de significados normativos al que pudiera accederse de alguna también extraña manera). Por lo tanto: las definiciones son entendidas como un medio para mejor reconstruir las normas.

La posición resumida de Alchourrón y Bulygin sobre las definiciones es la siguiente: a. no se reducen a normas; b. son un componente jurídico genuino; c. ponen de manifiesto un aparato conceptual para pensar la realidad; d. su relación con las normas es la de "servir para"; e. son útiles para mejor reconstruir las normas.

Al ponerse en primer plano su función de poner de manifiesto una manera de aprehender la realidad, la respuesta anterior es insuficiente. Claro que, a la vez, no se aprecia cuál podría ser la salida adecuada. En *La guerra...,* además del ya señalado estar encastradas, se utilizan una serie de expresiones: las normas "se destacan a partir de" o "presuponen un" trasfondo conceptual. De alguna u otra manera se transmite la imagen del subyacer: la propuesta jurídica de una versión del mundo subyace a las normas. Pero esta imagen dista de ser conceptualmente convincente.

Esta circunstancia induce a proponer una hipótesis drástica, que implica evaluar críticamente la propuesta anti-reduccionista de Alchourrón y Bulygin. La hipótesis consiste en *mantener* su aptitud crucial de proponer una manera de aprehender la realidad pero *negar* que las definiciones –o al menos su mayoría– sean un componente jurídico no normativo. Esta hipótesis da la impresión de ser absurda

14. Ver: Rorty, R., *Consecuencias del pragmatismo*, Tecnos, 1996, al señalar "que la filosofía analítica culmina en Quine, el segundo Wittgenstein, Sellars y Davidson, lo que equivale a decir que se trasciende y cancela a sí misma. Estos pensadores tuvieron el acierto de borrar las distinciones entre lo semántico y lo pragmático, entre lo analítico y lo sintético, entre lo lingüístico y lo empírico y entre la teoría y la observación".

y merece ser, no desarrollada aquí, pero sí aclarada para que al menos tenga un sentido razonable.

Para ello cabe tomar nota de la concepción sintáctica de las normas propuesta en *Introducción a la metodología*...: enunciados que correlacionan casos con soluciones. El énfasis no radica en el segundo aspecto (el ámbito de las soluciones normativas como respuesta al estatus deóntico de una conducta) sino en el primero: los casos posibles.

Conforme a la exposición de Alchourrón y Bulygin, la individualización de los casos requiere especificar una serie de universos: de discurso (situaciones o estados de cosas), de acciones (aquellas que serán deónticamente modalizadas) y de propiedades (que pueden estar ausentes o presentes en los elementos del universo de discurso). Si se consideran las definiciones y clasificaciones civiles antes mencionadas, se advierte que ofrecen el vocabulario para especificar los tres universos –de discurso, acciones y propiedades– a partir de los cuales se construye el universo de casos. Así, por ejemplo, en *Introducción...* se puede leer respecto a una de las propiedades escogidas, que "para simplificar el modelo *estipularemos que* la mala fe consiste en...".

No se trata, entonces, de enunciados no normativos, sino de una *parte* o *fragmento* de las propias normas sintácticamente entendidas. Por cierto: en cuanto se utilizan para reconstruir una numerosa cantidad de normas, forman parte de variadas normas jurídicas.[15]

Parece razonable sostener que las definiciones no son componentes no normativos sino fragmentos de normas, al menos tal como éstas son entendidas en *Introducción a la metodología...* Esto no significa que la dilucidación llevada a cabo en el texto sea irrelevante, pues el énfasis puesto en su aptitud para revelar un esquema conceptual permite señalar *dos* usos característicos de las normas, no siempre apreciados en su especial magnitud.[16] Por un lado, claro está, motivar comportamientos. Por otro, ofrecer una manera de aprehender la realidad o proponer una versión del mundo.

Esta distinción tiene interés en cuanto se vislumbra como una vía para entender de manera adecuada la labor de los juristas. La dogmática civil, por ejemplo, es muchas veces juzgada como anacrónica, al estar en gran parte dedicada a disquisiciones taxonómicas (es paradigmática al respecto la sección denominada *parte general*) de escasa relevancia normativa. Pero hay aquí una estrecha apreciación, pues la relativa escasa importancia del segundo término de las normas –las soluciones– no significa que se desconsideren las primeras. Simplemente se trata de una materia jurídica

15. Por lo tanto, también queda rechazada la posición reduccionista que da pie a la crítica de Alchourrón y Bulygin en "Definiciones y normas": tomar a las definiciones como normas en sí mismas.

16. Sin embargo, podría argumentarse que ya Kelsen percibió este doble uso de las normas al distinguir sentido y referencia; ver, al respecto, los comentarios de Vernengo, R., "Norma jurídica y esquema referencial" en la obra colectiva *Derecho, Filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio Gioja*, Depalma, 1976.

donde se verifica un desarrollo exuberante de los universos que permiten construir su primer término.

Tal vez las respectivas *partes generales* de las diversas ramas de la dogmática jurídica, y no sólo las dedicadas a los textos civiles, estén dedicadas a este aspecto. De ahí también que muchas veces sean indicadas como no referidas a normas jurídicas y por lo tanto superfluas. Esta ultima indicación, por lo visto, sería desacertada.

Quizás el impedimento para explicitar esta concepción haya sido calificar al primer momento de las normas como descriptivo. A ello se suma el supuesto de que sería posible describir las cosas mismas. Pero es sabido que no hay descripción sin recurrir a un esquema conceptual previo. Y éste justamente es aportado por las definiciones y clasificaciones antes resaltadas. En otros términos: una norma no sólo prescribe ciertas acciones, también define sus sentidos.[17] O también: las normas tienen tanto un aspecto prescriptivo como constitutivo o estipulativo.[18] Lo primero respecto a las conductas, lo segundo en cuanto a sus sentidos.

En tanto se advierte que tales sentidos no coinciden de por sí con los habituales resulta obvia la importancia de su estudio. Para retomar los términos venerables antes usados: ponen de manifiesto una ontología y metafísica que se distingue de las transmitidas implícita o explícitamente tanto por el vocabulario de las ciencias como por ese conjunto de jergas que designamos lenguaje ordinario.

Esta visión también permite clarificar ciertas discusiones de los juristas. Un ejemplo muy simplificado: hoy en día es habitual discutir sobre la legitimidad de la prohibición del aborto. Esta discusión puede entenderse de dos maneras diferentes. Por un lado, y tal como lo manifiesta su enunciación, la controversia radica en cómo cabe modalizar deónticamente una conducta ya delimitada. Por otro, la discusión se centra en cuál es el marco conceptual adecuado del problema normativo. Esto último significa polemizar sobre cuándo nace una persona, qué se designa como nacimiento o vida humana, si tal o cual entidad es o no una persona.

De tal forma, por caso, podría no haber discusión alguna en cuanto la prohibición de matar a otro, pero entenderse de maneras diferentes el término *otro* –o sea: otra persona. En el léxico de Alchourrón y Bulygin: polemizar sobre las situaciones, estado de cosas, acciones y propiedades que definen el sentido del ámbito fáctico de un problema normativo. También es claro que cualquier variación de estos sentidos da

17. Tal como señala Vernengo "el movimiento del brazo que arroja la piedra puede ser, en tanto acción humana, una agresión, una labor agrícola, un movimiento deportivo y múltiples otras cosas", ver: *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

18. "Constituir" tiene variados usos filosóficos, siendo un término básico de la fenomenología husserliana a partir de *Ideas I*. Sin embargo, aquí es empleado de una manera laxa y usual en la teoría general; ver, por ejemplo: "al inventar nombres (o al aceptar los ya inventados) trazamos límites en la realidad, como si la cortáramos idealmente en trozos; y al asignar cada nombre *constituimos* (es decir, identificamos, individualizamos, delimitamos) el trozo que, según hemos decidido, corresponderá a ese nombre", Guibourg, R. y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 51.

lugar a un problema diferente y, por ende, a una solución normativa posible diferente. En el ejemplo expuesto en *Introducción...*: otra definición de persona, buena fe y onerosidad cambia el ámbito fáctico y, por ende, las normas consideradas para sistematizar.

Asimismo, así como la modalización deóntica de la conducta implica algún enunciado axiológico de algún tipo, lo mismo sucede con el léxico que propone una versión del mundo.[19] El cauto escepticismo respecto al fundamento último de tales enunciados se transmite a todos los aspectos de las normas. O lo que es semejante: no hay razones definitivas o últimas para escoger entre plurales maneras de otorgarle sentido –conceptual o deóntico– a las conductas y a la muda realidad en general.

Un carácter notorio de las sociedades seculares modernas es el carácter no vinculante de las tradiciones. No hay una manera de aprehender el mundo que se considere natural, sagrada o sustraída a la reflexión humana. De ahí que se discutan no sólo las modalizaciones deónticas de las conductas, sino el propio sentido a considerar socialmente relevante. De tal forma, las deliberaciones públicas que en una democracia preceden –o debieran preceder– a numerosas decisiones pueden estar referidas a los dos aspectos de las normas jurídicas: conceptual y deóntico.

6. El argumento precedente litiga en contra de la tesis antirreductivista ensayada por Alchourrón y Bulygin y asumida en *La guerra...*: al menos gran parte de las definiciones no son componentes jurídicos independientes, sino fragmentos de normas. Esto disuelve, por obvias razones, el problema de su mutua relación. Semejante, digamos así, fracaso, deja como saldo un beneficio secundario de envergadura: ampliar notablemente nuestra apreciación de la estructura y uso de las normas jurídicas. Y esto fue posible al destacarse las nociones de versiones del mundo, esquemas conceptuales y términos afines.

La importancia que se le concedió a las definiciones en el cuerpo del libro no sufre merma alguna ante la circunstancia –en apariencia importante– de cerrarse esta vía antirreductivista. Pero hay que señalar lo siguiente: una reducción deviene perniciosa cuando, en vez de facilitar, deviene un obstáculo para indagar. En sí mismo el acto de reducir es característico de cualquier investigación, sea ésta cual fuese.[20]

19. "Todo enunciado en que expresamente se diga que un cierto contenido es obligatorio o facultativo o permitido, puede ser redactado sin utilizar este aparato modal y formulado como un juicio de valor, en la medida en que un grupo no obliga, faculta o permite sino lo que puede ser visto como bueno. Y, al revés, lo prohibido puede ser considerado como malo. En ese sentido, toda norma prescriptiva de un comportamiento social implica un *enunciado axiológico*, pero de estructura muy diversa", ver: Vernengo, R., op. cit. supra. Otra forma de señalar este aspecto consiste en decir que las normas expresan *preferencias valorativas*, ver: Vernengo, R., "Interpretación del derecho" en Garzón Valdés, E. y Laporta, F., *op. cit.*, pp. 239 y ss.

20. Tal como señala Alchourrón, las ciencias "comienzan por construir un modelo simplificado en el que sólo se representan los aspectos que interesan, dejando fuera todo lo demás"; ver: "Concepciones de la lógica" en Alchourrón, C. y otros (comp.), *Lógica*, Trotta, 1995. Este tipo peculiar de comienzo exige sea sucedido por una revisión crítica de la simplificación,

La estrategia antirreductiva, en una palabra, no es un fetiche, una idea a la que haya que aferrarse de manera obsesiva u obtusa. Si dicha manera de abordar la teoría general parte de constatar los efectos nocivos de la obsesión por la uniformidad, sería absurdo reproducir la misma actitud al ejercitarla.

Por otra parte, entender a las definiciones como parte de normas recepta tanto una indicación de Alchourrón y Bulygin como una imagen usada en el cuerpo de la exposición. Lo primero, en cuanto los textos jurídicos que expresan definiciones son de suyo relevantes para reconstruir las normas del caso. Pero más que un medio para *mejor* reconstruir las normas, son un *imprescindible* aspecto a considerar para reconstruirlas en cuanto tal. Es gracias a las definiciones que se reconstruyen los universos que permiten especificar el ámbito fáctico de un problema normativo.

Quizás la abundancia de definiciones y clasificaciones, en vez de ser, como consideraba el propio codificador civil, un signo de peligrosidad, sería una variable para evaluar el grado de sofisticación de un sistema normativo. Indicaría un alto grado de reflexión en cuanto a las maneras de aprehender la realidad, concomitante a la secularización de las sociedades europeas. De ahí, es probable, que se haya juzgado al proceso codificador como una pretensión excesiva de racionalización de la vida social. Pero este juicio expresa una de las tantas impugnaciones que el tradicionalismo le imputara al movimiento ilustrado característico de nuestra modernidad.

Lo segundo, por su parte, en cuanto se tornan conceptualmente entendibles las imágenes usadas en la exposición: subyacer o trasfondo. Las soluciones normativas presuponen definir el ámbito fáctico del problema. Es decir: a las posibles modalizaciones deónticas de una acción le subyacen las estipulaciones que delimitan los tres universos considerados por *Introducción...*: de discurso, acciones y propiedades. Y esto se hace manifiesto gracias a la propia visión sintáctica de las normas.

En resumen: en ocasión de modalizar deónticamente una conducta, las normas estipulan una manera de aprehender la realidad en la que tales conductas acaecen. Como se expresó en el cuerpo del libro, las conductas no se ofrecen a las normas como un dato en bruto, *ex structura*, sino que ellas ya están previamente filtradas por una manera de pensarlas, esquematizarlas, imaginarlas, conceptualizarlas o simbolizarlas (capítulo 14). Simplemente cabe precisar que dicho filtro forma parte de las normas mismas.

---

los intereses y aquello que se deja afuera. El reduccionismo consiste en separar ambas tareas, valorándose más el modelo adquirido que las posibilidades prometidas por la revisión crítica. Prima el temor a perder lo ya conseguido sobre el ansia de extender las capacidades cognitivas. Cuando, por el contrario, se valora en exceso la revisión crítica surge la ilusión de "cortar en dos" la historia de la ciencia, como si el modelo simplificado existente no tuviera importancia alguna. Estas dos actitudes, quizás subjetivamente inevitables, se tornan perniciosas si no son objeto de una reflexión por parte de los propios científicos involucrados. Por cierto: cuando así reflexionan dejan de hacer ciencia.

Semejante manera de enfatizar este aspecto de las normas, por lo general desdeñado, permite efectuar numerosas reflexiones o, al menos, ser su punto de partida. De ser así, se justifica la utilidad del análisis llevado a cabo por la teoría general.

Entre otras vías cabe señalar, por ejemplo, la posibilidad de refinar la noción de eficacia. Una norma sería eficaz no sólo cuando se verifique la realización empírica de la conducta ordenada o la omisión de la prohibida, pues hay que considerar en qué medida los destinatarios de las normas usan de manera habitual el sentido que se le atribuye a los fenómenos. Este ampliado concepto de eficacia recepta una intuición muy divulgada: una estrategia política es exitosa cuando logra convertir en hábito una manera de aprehender la realidad.[21]

Sea el mentado caso del aborto: cualquiera fuese la modalización deóntica de la conducta, resulta tan importante estudiar su obediencia como el hábito de ver las cosas de la forma que lo hace la norma. Y puede haber una fuerte discrepancia entre ambos aspectos: realizarse la conducta ordenada u omitirse la prohibida, pero captarse el mundo de una manera por completo disímil a la presentada por el esquema conceptual que compone la norma.

Otra vía para explorar se refiere a los cambios de un sistema jurídico. Éstos pueden deberse a una variación en la solución normativa: un cambio en la modalización deóntica de la conducta. Pero también el cambio puede responder a que se haya modificado el sentido del ámbito fáctico del problema normativo.

En *Análisis lógico*..., Alchourrón y Bulygin indican que las grandes revoluciones científicas se deben a un cambio del aparato conceptual hasta entonces aceptado (p. 458). Un juicio análogo podría hacerse respecto a los sistemas normativos. Los drásticos cambios revolucionarios quizás no implican tanto un cambio en las calificaciones deónticas de las acciones, sino una modificación en las maneras aceptadas de aprehender la realidad. Es decir: cambios en los sentidos de los universos de discurso habitualmente implicados en las normas. O en los términos de Guibourg: cambios en los modos aceptados de constituir, individualizar o delimitar la realidad.

Otro ejemplo, voluntariamente extremo: durante los dos últimos siglos las mujeres han exigido igualar su condición social. Un resultado de tal exigencia se encuentra en la erradicación de las diferencias en cuanto a la calificación deóntica de las respectivas conductas de hombres y mujeres (desde comerciar hasta votar). Pero hoy en día se asiste a un fenómeno de otra índole, muy notorio en los países llamados centrales: el cuestionamiento de la distinción misma entre hombre y mujer. Hay individuos que afirman pertenecer a un tercer o cuarto género, otros a ninguno, otros incluso a uno u otro de acuerdo a la oportunidad. De ahí que la distinción binaria sea juzgada ya

21. Tal como señalan Alchourrón y Bulygin, "aunque puede haber diversas razones por las que una definición resulte más conveniente que otra, es claro que, en principio, todo el mundo es libre de adoptar la definición de su preferencia" (*Análisis lógico* ..., p. 387). Pero es claro que las autoridades que crean normas no adoptan cualquier definición; de ahí la posibilidad de efectuar explicaciones que, por caso, vinculen causalmente intereses políticos y preferencias reveladas por un esquema conceptual dado.

no como natural, sino un prejuicio. Y es sabido que el predicado *natural* se le otorga a una clasificación tomada como evidente, mientras que *prejuicio* es el mote habitual para denostar un esquema conceptual evaluado caduco –"lo que era natural"–. En cuanto la nueva manera de ver las cosas se torne socialmente evidente e incida en la conformación de las normas positivas, los cambios podrían ser mucho más profundos que los derivados de modificar las soluciones normativas. La sensatez o razonabilidad de estos cambios es por cierto otra cuestión.

Tal vez una situación semejante esté involucrada en los actuales debates ecológicos. De acuerdo a la versión civil del mundo, las cosas se caracterizan por ser apropiables por las personas que se les enfrenta. De ahí la extraña, pero para los juristas evidente, expresión cosa sin dueño. Pero hoy se propagan otras evidencias, para las cuales no hay personas enfrentadas a cosas susceptibles de apropiarse sino, por ejemplo, sistemas biológicos dentro de los cuales nuestra especie es sólo uno de sus elementos.[22]

III. Cláusulas instauradoras de autoridades: el discurso del poder

7. La indagación crítica, por su parte, propone dos tipos de enunciados no normativos: las cláusulas instauradoras de poderes y los ideologemas.

Los primeros intentan resolver los recurrentes problemas que son inherentes a las llamadas normas de competencia. Al respecto, también Alchourrón y Bulygin manifiestan su insatisfacción ante las tesis reductivas que las presentan como normas de conducta, entendiendo por su parte que resulta más adecuado considerarlas definiciones o reglas conceptuales o, en la terminología de Searle, reglas constitutivas (*Análisis lógico*..., pp. 485 y ss.).[23]

Esta cuestión es introducida por Ricardo Entelman al entender el derecho como organización social del poder. Con esta expresión la indagación crítica quiere decir lo siguiente: una de las tareas más relevantes del derecho es la de distribuir de alguna manera la posibilidad de generar reglas. Así como con las normas se motivan conductas, hay que admitir otro tipo peculiar de enunciados que establecen autoridades (*Materiales para...*, p. 300).

22. Sobre esta controversia ver: Serres, M., *El contrato natural,* Pretextos, 1991, así como su réplica por Ferry, L., *El nuevo orden ecológico*, Tusquets, 1994.

23. Estos problemas han sido recientemente tratados, por Ruiz Manero, J. y Atienza, M.: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, 1996, capítulo segundo "Las reglas que confieren poderes".

Estos enunciados están formulados en los textos jurídicos mediante expresiones del tipo: "*créase* tal autoridad" o "los poderes estatales *son*..." o "*establécese* tal o cual órgano".

Resulta clara la dificultad de efectuar una reconstrucción en términos normativos. Pero también resulta arduo entenderlas como definiciones. En todo caso parecen suponer una definición implícita. Cuando el texto constitucional postula en su artículo primero que se adopta la forma republicana de gobierno "que *establece* la presente Constitución" no efectúa definición alguna. Pero sí la supone; por ejemplo: gobierno republicano "significa...". Se trata, entonces, de enunciados singulares e irreductibles.

Es claro, asimismo, que no se agota de esta manera el contenido habitualmente transmitido mediante el concepto de competencia. Pero basta para abarcarlo tener en cuenta la obvia posibilidad de formular normas –prohibiciones, permisiones, obligaciones– dirigidas a las autoridades *ya* establecidas. Es decir, las llamadas normas de competencias pueden razonablemente entenderse como un conjunto de cláusulas instauradoras de autoridades, definiciones implícitas –o explicitadas– y normas.

Semejante especificación ya estaba insinuada por el propio Kelsen en su *Teoría pura* al decir que "para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de la palabra, es decir: tiene que *instaurar* órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas". En otras ocasiones emplea expresiones como función orgánica *determinada* o *atribuida* por el orden jurídico o del tipo: *creación* o *establecimiento* del órgano por el derecho.[24]

No es fácil entender, por cierto, cómo una norma o un conjunto de normas –el orden jurídico– pudieran crear, establecer, determinar o instaurar una función orgánica. Es cierto, en ninguna circunstancias las normas hacen algo, ya que es una manera figurada de hablar. Son los hombres quienes hacen algo al emitir una norma. Toda la estrategia de Kelsen en denunciar el carácter ficticio de las imágenes antropomórficas se basa en esta sencilla constatación. Sin embargo, aquí nos encontramos ante el mismo estilo expositivo: es como si el orden jurídico fuera un agente que hiciese algo.

Pero aun cuando se depure el lenguaje, la situación no se modifica, pues ¿qué significa que mediante una norma se establece o instaura un órgano? De tal forma es posible decir que Kelsen capta el problema, aporta incluso el léxico adecuado pero yerra al suponer que con las normas podría hacerse algo diferente, es un pleonasmo decirlo, a normar.

Hay que explicitar, a la vez, en qué sentido se emplea el término poder en la expresión "distribución y/u organización del poder utilizada" por la indagación crítica. El

24. Así, por ejemplo, "las constituciones de los modernos Estados *establecen*, casi sin excepciones, órganos especiales para ..." o "en lo que sigue solo se considerará ... un orden jurídico que *establece* un órgano legislativo especial" o "... estos órganos aplicadores de derecho tienen que estar *determinados* por el orden jurídico ...".

término poder no designa ninguna entidad perceptible ni, como apunta Kelsen con razón, alguna fuerza misteriosa ubicada por detrás del derecho. Es el nombre que se le asigna a una relación. De acuerdo a la nítida exposición de Max Weber en *Economía y sociedad*: relación de mando y obediencia. Tener poder no significa, entonces, poseer algo, sino estar en una situación que haga factible dar órdenes con altas probabilidades de ser obedecido. Esto es: posibilidad fáctica de generar normas eficaces.

Una orden es eficaz si, luego de una encuesta empírica, se verifica que es habitualmente obedecida por un número razonable de destinatarios.[25] Pero mientras que el concepto de eficacia da cuenta del aspecto obediencia de las relaciones de poder, la instauración de funciones orgánicas hace visible su aspecto de mando. Distribuir funciones orgánicas es semejante, entonces, a distribuir la posibilidad de mandar; o sea: de ubicarse en una situación que metafóricamente se señala como tener o poseer poder.

De tal manera, quienquiera estudiar las relaciones de poder en una sociedad moderna no sólo tiene que indagar qué intereses están implicados por las normas positivas y cuál es su grado de eficacia relativa, también resulta atinado tener en cuenta qué autoridades son establecidas y cómo.

En cuanto a las relaciones que se presentan entre normas y cláusulas instauradoras de autoridades no parece haber mayores inconvenientes. Las normas jurídicas son generadas por individuos que ejercen funciones orgánicas establecidas por cláusulas instauradoras de autoridades. Estas cláusulas son un modo de hacer posible la actividad de crear normas. Por cierto, ya establecido un órgano es habitual especificar cuáles son las conductas que le son permitidas, prohibidas u obligatorias, así como los efectos que se le asignan a sus incumplimientos.

IV. Los enunciados ideológicos

8. Los enunciados ideológicos son el segundo tipo de componentes jurídicos no normativos propuesto por la indagación crítica.

Como es sabido, el concepto de ideología es mucho más difícil de precisar que el de norma.[26] De ahí las dificultades habituales a su respecto y, por ende, la renuencia de la teoría general en incorporarlo a su bagaje conceptual común. Sin embargo, para la indagación crítica los enunciados ideológicos son de enorme relevancia jurídica.[27]

25. Ver, sobre el descuido de este concepto: Navarro, P., *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

26. La literatura sobre la ideología es más que abundante; para una reseña reciente, ver: Eagleton, T., *Ideología. Una introducción*, Paidós, 1997.

27. Sobre la "insistencia" de la teoría crítica en cuanto a la relevancia del concepto de ideología, ver: Cárcova, C., *La opacidad del derecho*, Trotta, 1998.

Es decir: declararlos prescindibles empobrece la tarea de los juristas y reduce su fecundidad. O también: se limitan sus posibilidades cognitivas por un temor excesivo a perder el control de sus dichos.

Una primera aproximación clarificadora puede partir de uno de los conceptos de ideología señalado por la *Teoría pura...* Kelsen entiende que los enunciados ideológicos deforman, desfiguran, transfiguran o distorsionan la realidad. También la ocultan o la encubren. Mediante tales operaciones se justifica o descalifica un interés. Su finalidad, luego, es motivar una conducta, no brindar conocimientos. Esta última indicación cobra relevancia en cuanto para Kelsen la ideología es una perturbación que aqueja a la ciencia jurídica, cuya pretensión es la de conocer el derecho positivo.

La indagación crítica, en cambio, asume que los enunciados ideológicos se encuentran al mismo nivel que las normas –aun cuando también puedan hallarse en los textos que producen los juristas–. Ambos componentes, en definitiva, son considerados genuinamente jurídicos. En tal sentido, resulta sugerente que tanto a los enunciados normativos como ideológicos se les asigne una idéntica finalidad: motivar o disuadir conductas.

A lo largo de la *Teoría pura*... Kelsen señala una variedad de distorsiones ideológicas a las que por su habitualidad cabe calificar de típicas: entificaciones, sustancializaciones, naturalizaciones, esencializaciones y universalizaciones. En una palabra: se trata de diferentes modos mediante los cuales se hace pasar una cosa por otra. Algo que se considera que *es* de cierta forma se presenta *como si* fuese de otra. La ideología, así, actúa de manera ficcional.

Algunos ejemplos paradigmáticos: una norma contingente se presenta *como si* fuese necesaria, un interés particular *como si* fuese universal, una creación humana *como si* fuese el reconocimiento de una realidad natural o divina, una definición convencional *como si* fuera esencial.

Dado que la realidad no es captable en sí misma fuera de algún andamiaje teórico, los enunciados ideológicos distorsionan la realidad mostrada por algún marco conceptual aceptado. Carece de sentido usar la familia de términos que según Kelsen caracterizan a la ideología sin explicitar dicho marco. No hay transfiguración o distorsión en sí misma, por la sencilla razón de juzgarse absurda una referencia a la realidad en sí misma. Ideológico es un predicado que surge gracias a un acto de contrastación a partir de una teoría dada.

En los casos precedentes: es porque desde el marco aceptado no se aceptan esencias sustanciales y necesarias o intereses universales que aquellas presentaciones se califican de ideológicas. Si cambia la teoría aceptada, cambia aquello que se toma como la realidad y, por ende, también se modifica el criterio que permite emplear el predicado ideológico.

Se obtiene, de esta forma, un concepto manejable de ideología. Queda por analizar cuál es su utilidad. Pero también dilucidar si esta visión kelseniana agota los usos que de él hace la indagación crítica.

9. Parece bastante razonable admitir que en los textos jurídicos figuran presentaciones ideológicas en el precedente sentido del término: las referencias a un interés particular *como si* fuese general; la enunciación de un derecho subjetivo *como si* fuese el reconocimiento de una realidad natural; la formulación de una definición *como si* expresase la esencia necesaria de lo definido; el establecimiento de una autoridad *como si* representara alguna entidad, son ejemplos no controvertibles.

Esta serie de enunciados se califican de ideológicos en cuanto a partir de una previa perspectiva aceptada no tiene sentido referirse a realidades naturales, esencias necesarias o entidades sustanciales.

Las normas y los enunciados ideológicos tienen un claro vínculo en cuanto a su uso: motivar las conductas. Estos últimos refuerzan las normas a los efectos de asegurar su eficacia. Dicho refuerzo cobra relevancia al advertirse, como por cierto lo hace Kelsen, que suscitar miedo en los destinatarios de las normas no es suficiente para provocar las conductas pretendidas. Los enunciados ideológicos no apelan al temor, amenazando con hacer sufrir un daño. Intentan generar, en cambio, la creencia en la evidencia de lo jurídicamente dispuesto. También persuadir a sus destinatarios respecto al carácter desinteresado de lo decidido. De ahí que los componentes ideológicos no sólo requieran de un marco conceptual para efectuar la contrastación, también suponen enunciados jurídicos ya reconstruidos. Para hacer pasar por evidente o desinteresado cualquier aspecto de una norma –deóntico o conceptual– se requiere individualizarla en cuanto tal.

Se puede argüir, sin embargo, que esta manera de entender la ideología no da lugar a admitir nuevos componentes jurídicos. Es difícil precisar a qué nos referimos con estos enunciados ideológicos. Resulta entonces factible reiterar la estrategia ya emprendida ante la propuesta de Alchourrón y Bulygin: mantener la relevancia de una serie de distinciones teóricas, pero rechazar la pretensión de estar ante un componente jurídico no normativo.

La hipótesis es la siguiente: considerar a la ideología, sencillamente, como una manera peculiar de presentar las normas –o alguno de sus aspectos, como las definiciones– y las cláusulas instauradoras de poderes. No se trata, entonces, de enunciados jurídicos independientes, tampoco de una parte o fragmento de una norma, sino de un rasgo típico para expresar, sí, componentes jurídicos genuinos. En tal sentido, la realidad desfigurada por la ideología es la propia objetividad abstracta calificada de derecho en sentido estricto y compuesta por los restantes componentes jurídicos.

Por ende, más que aumentar la cantidad de enunciados jurídicos, sólo se afirma que los textos jurídicos habitualmente poseen marcas ideológicas. Y su aparición tiene una regularidad de tal magnitud que permite identificar algunas fórmulas estereotipadas o típicas como las ejemplificadas por Kelsen.

El cuadro resultante es resumidamente el que sigue: a. ideológico es un rasgo de los textos jurídicos; b. su habitualidad da lugar a formas típicas; c. se caracterizan por presentar de manera distorsionada –transfigurada o desfigurada– algún enunciado jurídico genuino; d. hay una distorsión cuando se le atribuye a algún aspecto de los

enunciados jurídicos un predicado ideológico establecido por una teoría aceptada: esencial, natural, divino, general, sustancial; e. tales rasgos son ficcionales y permiten parafrasear el texto insertando la expresión como si; f. su finalidad es suscitar una sensación de evidencia o desinterés; g. el éxito en cumplir dicha tarea refuerza la motivación normativa y acrecienta su grado de eficacia.

Esta visión, al igual que la vía ensayada respecto a las definiciones, no implica pérdida de contenido alguno, pero respeta un criterio epistemológico, frecuentemente aducido para rechazar la pertinencia del concepto de ideología: la economía categorial. Y sin duda: a pesar del fracaso de la empresa antirreductiva, la ideología se incluye en el análisis jurídico de manera relevante, pues los textos jurídicos en cuanto tales lo son.

Cuando el jurista reconstruye las normas expresadas en un texto puede hacer esta tarea –y de hecho lo hace– cualquiera sea la forma literaria de dicho texto. Por cierto: puede considerar relevante las marcas ideológicas que halle, en la medida que le sean útiles para efectuar explicaciones relativas a la norma reconstruida, por ejemplo: qué intereses están en juego, porqué se dictó esa norma en particular y no otra, qué condujo a presentarla de tal o cual manera, qué se pretendió ocultar, qué conflictos de poder están involucrados.

Es notorio que los juristas no sólo dicen "tal norma pertenece al orden jurídico positivo" o "tal norma es válida", también intentan aportar toda la información que consideren pertinente de acuerdo al específico interés que motiva su estudio. Es así que la controversia en torno a la ideología en este sentido del término se refiere más a cuáles son las formas que se consideran fecundas de hacer dogmática jurídica y no a la temática hasta aquí privilegiada: individualizar componentes no normativos y estrictamente jurídicos.

Incluso estas consideraciones conducen a revisar una tendencia muy arraigada de quienes hacen teoría general. Uno de sus mayores intereses radica en dilucidar los criterios para reconstruir adecuadamente el derecho en sentido estricto. Toda la problemática del reduccionismo se mueve en este ámbito. Tal actividad lleva a prestarle mayor atención a los resultados abstractos que se consideran relevantes –normas o el que fuese– descuidando el texto a partir del cual se realiza la tarea reconstructiva.

Pero si el derecho moderno es casi en su totalidad escrito, los textos que expresan normas son particularmente relevantes. Esto significa que los textos jurídicos no son un mero material amorfo, un punto de partida ciertamente inevitable pero al fin de cuentas prescindible. Tienen una importancia en cuanto tal, no resultando indiferentes las maneras muy peculiares mediante las cuales son expresados los enunciados jurídicos.

La ciencia del derecho, entre otras tareas, lleva a cabo una reconstrucción de los textos jurídicos. Así se obtiene el derecho en sentido estricto. El punto de partida son textos; el de llegada una objetividad abstracta: un sistema normativo. La indagación crítica, al poner de relieve las peculiaridades de los textos jurídicos induce a realizar otro tipo de tarea. Ya no reconstructiva, sino de desciframiento. A partir de ciertas huellas detectadas en un texto jurídico, las marcas ideológicas, se trata de explicitar

qué intereses están en juego, qué conflictos llevan a presentar los enunciados jurídicos de esa manera y no de otra, qué estrategia política es inferible de tal específica situación. Si, como señala Kelsen, las marcas ideológicas ocultan, descifrarlas significa mostrar qué es lo ocultado; si ellas justifican un interés, descifrarlas significa mostrar cuál es ese interés.

Pero es justamente el acto de descifrar el texto el que pone de manifiesto sus rasgos ideológicos. Cierto fragmento de texto puede leerse como si dijese una cosa por otra, no siendo parte de él la propia expresión como si. Es la lectura del intérprete la que genera una paráfrasis en la cual sí figura dicha expresión. En otros términos: la ficción no se muestra como tal.

Semejante desciframiento es entendible como una labor crítica en cuanto rompe la sensación de evidencia, obviedad o desinterés que se presume suscitan los rasgos ideológicos del texto. De aquí, por cierto, extrae la indagación crítica una de las razones de su propia designación. Pues uno de los significados de la crítica es ruptura de la sensación de evidencia y desmitificación de los intereses velados. En definitiva, la indagación crítica enfatiza un tipo de lectura a la que Ricardo Entelman designa descríptica. Se distingue, así, la lectura reconstructiva –que pone de manifiesto, por caso, las normas expresadas por un texto–, de la lectura descríptica, que descifra las huellas ideológicas detectadas en dicho texto.[28]

El desciframiento de un texto jurídico requiere, entonces, dos tipos de enfoques teóricos diferentes. Por un lado, un marco conceptual que permita identificar los rasgos ideológicos como tales. En este aspecto fue utilizado hasta aquí una versión laxa de la *Teoría pura...* Por otro, una teoría que suministre los medios para dar cuenta de los intereses, conflictos o estrategias de poder. Sólo a partir de este segundo enfoque teórico resulta posible dar una explicación plausible de la distorsión ideológica.

De aceptarse esta argumentación se disuelve el carácter ignoto de las relaciones entre los componentes ideológicos y los restantes. La razón es trivial: no se trata de un componente jurídico, sino de un rasgo de los textos. Este rasgo resulta jurídicamente relevante: al verificarse su aparición regular en los textos a partir de los cuales se reconstruye el derecho en sentido estricto; al admitirse que coadyuvan a incrementar la eficacia del derecho positivo y, en fin, al insertarse en una explicación de los caracteres y usos posibles del derecho en una situación histórica, política y social dada.

10. Sin embargo, la anterior especificación no agota los significados que la indagación crítica le atribuye al concepto de ideología. Si bien puede resultar clarificadora, no traduce ni siquiera resumidamente las pretensiones de aquella.

28. Dicho sea de paso: los textos se leen, no se describen. Y el derecho en sentido estricto es el resultado de una reconstrucción, que parte de la lectura de un texto; nada entonces que ver con una descripción. Por otra parte, interpretar no es describir.

Enrique Marí, por ejemplo, se refiere a un discurso del orden entendido como paradigma que legitima el ejercicio y organización del poder. Éste requiere, para perdurar en el tiempo de manera continua, de un fundamento, garantía o relato fundador. Se trata de aportar "una justificación global del sistema jurídico y político", esto es: una "fundamentación del sistema" en cuanto tal. En diversos ensayos señala diferentes modalidades históricas de tales matrices simbólicas, desde el modelo cristológico medieval hasta narraciones secularizadas de tipo consensual (*Papeles de filosofía* I, p. 195/247 y *Papeles de filosofía* II, pp. 291 y ss.).

Por su parte, Roberto Vernengo también señala el requerimiento de garantizar las normas jurídicas: "Así como las circunstancias fácticas son inexorables, físicamente necesarias: no se puede navegar contra la corriente, y por tanto están garantizadas por sí mismas, las pautas jurídicas que definen las posibilidades sociales aceptadas y las repudiadas, *requieren de otro tipo de garantía*. De ahí que en el pensamiento de los griegos, fuera una divinidad –Diké– la que pronunciara el derecho: la que dijera qué corresponde hacer a cada caso. Lo que socialmente debe hacerse en cada caso está determinado por la diosa y, por ende, el mortal debe acatar el pronunciamiento divino. De ahí que muchos siglos después y ya en una etapa de relativa desacralización, el derecho –como rezan las líneas primeras de las *Institutas*– fuera una voluntad, sí, pero 'constante y perpetua', como la de los dioses".[29]

De acuerdo a estas consideraciones, las pautas jurídicas –las normas– requieren de algún tipo de garantía en la medida que su cumplimiento no es ciertamente inexorable. En los ejemplos dados, ella se presenta tanto en términos religiosos como seculares, aun cuando los últimos evoquen a los de proveniencia sacra.

Cabe también destacar la posición de Alchourrón y Bulygin, quienes sin duda participan activamente en este debate. En *Análisis lógico*... señalan que, de acuerdo al normativismo, "declaraciones puramente programáticas, que aparecen a veces dentro de textos legales (como *v. g.* el preámbulo de la constitución nacional) no formarían parte del derecho *strictu sensu*, precisamente por no cumplir función normativa alguna" (p. 440).

De manera tajante e irónica, ya en *Introducción*... consideran que "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 normativa 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" (p. 107).

29. Ver: Vernengo, R., "Teoría general del derecho y ciencia jurídica" en Rabossi y otros (comp.), *El análisis filosófico en América Latina*, FCE, 1985.

Las referencias precedentes ponen de manifiesto otro plausible tipo de enunciados que cabe especificar con nitidez. Luego de su análisis corresponderá evaluar si merecen ser calificados de ideológicos y, a la vez, de jurídicos en sentido estricto. Por lo visto, desde la teoría crítica ambos interrogantes son contestados afirmativamente, mientras que para la indagación analítica ni siquiera se trata de una cuestión importante: es razonable eliminarlos del estudio por carecer de consecuencias normativas y jurídicas relevantes. Vernengo, en fin, los considera de interés en cuanto son requeridos para una adecuado funcionamiento de las normas jurídicas, dejando en suspenso si designarlos o no como ideológicos.

11. Si traducimos las anteriores referencias en el léxico aquí usado se trata de enunciados que justifican en última instancia un conjunto de normas y cláusulas instauradoras de autoridades. Tales justificaciones se encadenan para formar un relato que se refiere tanto al origen como a la finalidad de aquel conjunto. Su cometido es legitimar al orden jurídico en cuanto tal, indicando para ello de dónde viene dicho orden (el origen) y, a la vez, hacia dónde va la sociedad así ordenada (el fin).

Cabe designarlos, entonces, enunciados legitimantes. Un indicio plausible de su presencia actual lo aportan, como señalan Alchourrón y Bulygin, los preámbulos de los textos constitucionales. Son sugerentes tanto su inicio, Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, como la serie de verbos que enumeran el objeto que se proponen los constituyentes, desde afianzar hasta promover y asegurar.

Por cierto: este breve fragmento del texto constitucional no suministra de por sí un relato, es demasiado escueto o deshilvanado para hacerlo, pero es el punto de partida para construirlo. En este aspecto hay una semejanza notoria con las normas, las que se obtienen en virtud de una labor reconstructiva. A diferencia de los textos empíricos susceptibles de una mostración ostensiva, enunciados legitimantes y normas comparten un similar grado de abstracción. Su posible relación es bastante clara: los primeros justifican al conjunto de las segundas. La relación "x justifica a y" significa que el primer término le aporta una garantía al segundo. Lo hace aparecer fundado, fundamentado o garantizado.

Es habitual señalar que un orden jurídico no justificado es arbitrario o, figuradamente, basado en la pura violencia. En tal circunstancia, por caso, las normas emitidas no se justifican por algún relato legitimador en tanto el factor causal –tener poder– se manifiesta directamente como razón suficiente. Se trata de un orden al que más bien cabe calificar de cínico, no de arbitrario. Sin embargo, una situación semejante resulta bastante rara en términos empíricos y, de darse, improbable de perdurar en el tiempo de manera continua. De ahí que el adjetivo arbitrario no se refiera en definitiva a la ausencia de justificación (*v. g.* un orden jurídico no justificado), al ser más bien usado para descalificar relatos legitimantes que no coinciden con las convicciones del intérprete.

Cobra pertinencia, al respecto, otra indicación de Alchourrón y Bulygin: la referida a los enunciados que expresan teorías políticas. Claro está que no se trata de teorías

explicativas, que ofrecen argumentaciones sobre el cómo del poder, la política o el orden social. Ellas manifiestan, en cambio, una visión relativa a una buena organización social: presentan un modelo, diseño o paradigma político. En síntesis: exponen los caracteres de una sociedad justa.

En resumen, los enunciados legitimantes *justifican* al orden jurídico en cuanto explicitan el *paradigma* político que lo meritúa de justo. Esto es: de no arbitrario. Y si el orden es reputado justo, él se encuentra justificado y, por ende, merece ser obedecido. En la medida que semejante pretensión se convierta en una creencia socialmente difundida y, a su vez, de lugar a hábitos de obediencia, estos enunciados adquieren una no desdeñable relevancia: coadyuvan a asegurar la eficacia de las normas jurídicas. En otros términos, complementan el cometido disuasorio de las sanciones coactivas. También justifican su aplicación. De lo que se trata, al fin de cuentas, es de salvar la brecha que se designa al predicar el carácter no inexorable del cumplimiento de las normas.

Si la precedente argumentación se considera plausible, resulta apresurado no sólo desmerecer la importancia de estos enunciados, sino negarles relevancia normativa o jurídica. Inciden en la eficacia del sistema normativo y es sabido que ésta es, por lo general, entendida como condición para resolver el problema de su existencia. Pero también permiten ingresar en los análisis de la teoría general del derecho una intuición poco controvertida por las ciencias sociales y políticas: la insuficiencia de la mera fuerza para asegurar la obediencia. Se requiere, así se dice, algo más. En el caso: suscitar creencias. Es más probable esperar la obediencia de una orden percibida como fundada que de la juzgada arbitraria o sostenida por el sólo y desnudo hecho del mayor poder de quien la emite.

Por cierto, también hay otros medios de persuasión. Cuando la amenaza de un daño no es suficiente, cuando las creencias se disuelven en el aire, se torna relevante un mecanismo indicado por Kelsen pero al que no atribuyó excesiva importancia: las sanciones positivas o premiales.[30] Es decir: la incentivación monetaria. Dicho en términos cotidianos: el consentimiento se paga. Esta circunstancia es afín a conocidas explicaciones de las crisis fiscales contemporáneas: obtener dicho consentimiento es caro, causa notoria, según algunos, de los desequilibrios presupuestarios estructurales.[31]

Resulta razonable aceptar a los enunciados legitimantes como componentes estrictamente jurídicos. También que no son un tipo de normas. Ellos justifican al

30. Ver: Bobbio, N., "Hacia una teoría funcional del derecho" en *Derecho, filosofía y lenguaje ...*, *op. cit*, pág. 9. Es sabido que el término "función" es sumamente problemático, sobre todo si da lugar a una explicación funcional, hoy objeto de fuertes controversias como consecuencia de la difusión de las explicaciones intencionales características, por ejemplo, de la economía neoclásica y del individualismo metodológico. Estos debates son de importancia pues los criterios propuestos por la teoría general del derecho para reconstruir al derecho *strictu sensu* requieren, implícita o explícitamente, algún tipo de explicación del derecho. Para una comparación sobre las diferentes modalidades de explicación científica (causal, funcional e intencional), ver, además de los ya clásicos ensayos de Hempel: Elster. J., *Explaining Technichal Change*, Cambridge University Press, 1983. Desde otra perspectiva, von Wright, G., *Explicación y comprensión*, Alianza, 1980.

31. Ver, entre muchos otros: O'Connor, J., *La crisis fiscal del Estado*, Península, 1981.

sistema normativo en cuanto tal, pretendiendo suministrar una razón suficiente de las normas y cláusulas instauradoras de autoridades. Pretenden aportar una garantía al conjunto, indicando hacia dónde apunta en cuanto realización futura. Explicitan el por qué y el para qué del derecho positivo.

Esta última frase tiene un cariz extraño, ya que induce a pensar que la narración legitimante es exterior al derecho. En tal caso resultaría absurdo calificarla de jurídica, pues no resulta fácil percibir cómo un relato que justifica *al* derecho también sea designado *como* derecho.

Pero esta en apariencia extraña situación es característica de las exigencias que se le hacen al derecho moderno: la pretensión de que se muestre justificado. Si tal es caso y la demanda se encuentra satisfecha, no cabe otra salida que dar cuenta de dicha pretensión. Es así que la indagación crítica propone considerar un doble plano jurídico. En el cuerpo del libro se empleó una vaga imagen visual: un arriba y un abajo. También se recurrió a la figura del pliegue. Más sobriamente cabe referirse a dos dimensiones jurídicas: normas y cláusulas instauradoras de autoridades por un lado, narración legitimante por otro. Se trata de dos dimensiones del derecho en sentido estricto, pues ellas resultan de una labor reconstructiva. Se diferencian así de las marcas ideológicas, entendidas como rasgo típico y habitual de los textos jurídicos.

En fin, estos enunciados tienen una relevancia normativa adicional. Cuando el jurista reconstruye, por ejemplo, las normas constitucionales puede ser relevante tenerlos en cuenta –de hecho, tal es el caso–. Es decir: al asignarle significado al fragmento escogido del texto constitucional puede juzgar adecuado referirse a los términos que figuran en el preámbulo. De tal modo, inciden de manera directa en la reconstrucción de las normas jurídicas positivas.

Esta indicación resalta la importancia de las narraciones legitimantes más allá, incluso, de aceptar su aptitud para suscitar las creencias que complementan al carácter disuasorio de las sanciones coactivas. De tal manera adquieren el mismo estatus teórico que Alchourrón y Bulygin les confieren a las definiciones: contribuir a mejor identificar –o sea reconstruir– las normas jurídicas. Si a su juicio esta razón es suficiente para admitir la juridicidad de las definiciones, también tiene que serlo para los enunciados legitimantes.

Tal apreciación es razonable. Cabe imaginar la diferente significación normativa que tiene postular como finalidad constitucional la salvación de las almas, la pureza de la raza, el desarrollo de las fuerzas productivas, la felicidad individual, la creación de una sociedad sin clases o el respeto de los derechos humanos. Son ejemplos drásticos pero sugerentes, pues aluden a muy diferentes paradigmas de bondad política. No es difícil suponer textos jurídicos *similares* en su articulado y que suscitan reconstrucciones normativas disímiles gracias al *diferente* relato legitimante expresado por esos mismos textos.

De una u otra forma el resultado es convergente y abona en favor de la tesis anti-reductivista.

Resulta en fin oportuno efectuar una última consideración. Los enunciados legitimantes presentan un paradigma político. Se podría argüir que al calificarse de políticos, tales enunciados *no* son jurídicos. En tal caso, se supone la posibilidad de trazar una nítida línea demarcatoria entre fenómenos jurídicos y políticos. Los predicados jurídico y político son entonces considerados lógicamente disyuntos: si *x* es político, entonces no es jurídico; si *x* es jurídico, entonces no es político. Tal línea de demarcación es la que justifica, al fin de cuentas, la muchas veces pretendida independencia conceptual entre enfoques jurídicos y políticos.

Es trivial afirmar que las normas jurídicas son una manifestación de poder. De acuerdo a la más sencilla especificación de la política, aportada por Max Weber, ella consiste en la dirección de una asociación estatal; esto es: "aspiración a participar en el poder o a influir en la distribución del poder entre los distintos Estados o, dentro de un mismo Estado, entre los distintos grupos de hombres que lo componen".[32]

Referirse a normas jurídicas implica de suyo referirse al poder y, luego y en principio, a la política. Carece por tanto de sentido alguno distinguir los predicados jurídico y político. De ahí la conclusión banal: si los enunciados legitimantes se califican de políticos, no se aporta ninguna razón para desechar su caracterización jurídica. Pueden aportarse otros argumentos, sin duda, pero no precisamente éste.

Se dirá que este hipotético oponente es un puro producto de la fantasía y que nadie en su sano juicio esbozaría argumentos que tiendan a deslindar el derecho del poder. Es posible, pero no está de más evitar de antemano la aparición de un claro pseudo-problema.

12. Queda en pie una cuestión, quizás puramente terminológica: si resulta conveniente, tal como propone la indagación crítica, calificar a estos enunciados de ideológicos.

El argumento negativo se afinca en una diferencia de peso: mientras que la ideología se refiere a ciertos rasgos de los textos jurídicos, en este caso se trata de componentes jurídicos que se encuentran al mismo nivel que las normas. No obstante, hay también un argumento positivo: rasgos ideológicos y enunciados

32. Ver: Weber, M., "La política como vocación" en *Escritos políticos II*, Folios, 1982. Por cierto, hay especificaciones de la política que exigen caracteres suplementarios, más allá del mero hecho de ejercer o pretender el poder. Las posiciones, disímiles entre sí, de Carl Schmitt o Hanna Arendt son elocuentes ejemplos. De adoptarse alguno de estas visiones de la política, el anterior análisis resulta insuficiente. Sin embargo, la sencillez y claridad del enfoque weberiano, así como su extendida difusión, al punto que nuestro lenguaje cotidiano entiende a la política de tal manera, son suficientes en el *presente* contexto. Es obvio: no hay que olvidar la propuesta crítica –tomada tanto de Gramsci como de Althusser y ambos inspirados en Maquiavelo– de identificar a la política con los procesos colectivos innovadores, germen éste no sólo de una nueva visión de la política, sino de la verdad –diferenciada del saber– y de la justicia. Esta concepción sobre la política de la teoría crítica tiene que lidiar tanto con el enfoque convencional –weberiano– como con las otras variantes "exigentes" (ver, entre otros, el capítulo 41 precedente).

legitimantes refuerzan la motivación normativa, siendo factores comunes para incrementar y/o asegurar la eficacia.

Por el momento es adecuado, al menos hasta donde sea posible, mantener delimitado con nitidez el concepto de ideología. A tales efectos el significado aportado por Kelsen es relativamente manejable y comprensible. Y, a la vez, tampoco genera mayores dudas el término weberiano usado para individualizar a los últimos componentes analizados: legitimación. De tal forma se mantiene distinguida la distorsión ficcional de la justificación que pretende fundamentar; la ideología de la legitimación. También el suscitar la sensación de evidencia y desinterés, de la creencia en lo bien fundado del sistema normativo.

Sin embargo, hay si no una objeción, sí una sospecha inevitable: en los fragmentos textuales que permiten construir narraciones legitimantes figuran una excesiva cantidad de marcas ideológicas. Un ejemplo, notorio, se encuentra en el preámbulo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a los "derechos esenciales del hombre". Esta fórmula puede hallarse en gran parte de los tratados internacionales constitucionalizados. Tales derechos, además, "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana".

La apreciación es correcta, pero no modifica la evaluación. Hallar marcas ideológicas no depende de los enunciados que se decidan reconstruir, pues ellas pueden encontrarse en cualquier texto jurídico juzgado relevante. En el caso, resulta verosímil reconstruir un relato en el cual la finalidad pretendida del orden jurídico sea proteger un conjunto de derechos positivos, sin que ello implique tacharlos de esenciales o inherentes a la naturaleza humana. Aunque, no hay duda, también podría ser el caso que, de acuerdo a los caracteres de la teoría aceptada y al estilo de narración legitimante dada, la totalidad de ésta se encuentre teñida de una fraseología ideológica.

Sin negar estas consideraciones, parece razonable mantener distinguido ambos conceptos, ideología y legitimación, aun cuando haya rasgos en común o, incluso, dificultades empíricas al momento de leer un texto jurídico. En tal sentido, resulta pertinente recordar una cautelosa indicación de Alchourrón y Bulygin, manifestada en ocasión de analizar las definiciones jurídicas pero aplicable al caso: "la línea divisoria entre enunciados analíticos y definiciones por un lado y las normas por otro es, hasta cierto punto, arbitraria, pues no existe criterio que permita decidir en todos los casos frente a un artículo determinado si éste expresa un enunciado analítico (definición) o una norma" (*Análisis lógico*..., p. 461).

Pero tales dificultades no cancelan la relevancia del análisis conceptual y, a la vez, de la propia teoría general del derecho. Un escepticismo en *este* punto sólo conduce a la autoaniquilación de la teoría. Que algo no sea posible en todos los casos no significa que no sea posible en ninguno (una línea carente de nitidez no deja de ser una línea).

13. Los anteriores argumentos reducen ampliamente el razonable ámbito de lo ideológico. Dos son los aspectos destacados.

Por un lado, por ideología se entiende un rasgo peculiar de los textos jurídicos. Su concepto se basa en indicaciones de Kelsen, pero extendidas más allá del ámbito que le asignara la teoría pura. Los términos clave son: distorsión, transfiguración, desfiguración, ocultamiento. Los fragmentos textuales detectados son parafraseables utilizando la expresión como sí. Son relevantes en cuanto generan una sensación de evidencia, obviedad o desinterés. Y permiten explicitar estrategias, conflictos e intereses velados, encubiertos. Por tal razón son de notable importancia para efectuar estudios exhaustivos del derecho positivo.

Sin embargo no es una vía susceptible de traspasar la valla reduccionista. Los rasgos ideológicos quedan, si se quiere, confinados a los textos jurídicos. Esto no les resta significación. Por el contrario, ya que permiten revalorizar la importancia jurídica de los textos y las peculiaridades estilísticas de su escritura.

Por otro lado, sí resulta razonable aceptar como estrictamente jurídicos a los enunciados legitimantes, aun cuando se juzgue inconveniente calificarlos de ideológicos.

Pero la indagación crítica pretende todavía más del concepto de ideología. Se basa, para ello, en la fuente privilegiada para delinear el concepto: el análisis del derecho contractual, los derechos subjetivos constitucionales y la ilusión de la igualdad jurídica, efectuado por Marx al inicio de *El Capital*.[33]

El siguiente es un resumen abrupto y relativamente fidedigno: mientras que en las reglas contractuales los individuos son presentados como iguales, en la realidad no lo son. A la vez, mientras que tales reglas pretenden asegurar la equivalencia de valor entre aquello que se da y recibe (por ejemplo: dinero por fuerza de trabajo), en la realidad no hay equivalencia alguna. El plusvalor es el nombre de la porción de trabajo no remunerado, diferencia que sin embargo no es considerada por las reglas contractuales. Por el contrario, ella es negada. De tal forma, se dice, el derecho contractual oculta o encubre una realidad. Y a la vez la transfigura, pues presenta como igual y equivalente aquello que es desigual y no equivalente. Al deformar la realidad la está encubriendo; y al ocultarla favorece su perduración.[34]

En este rudimentario esquema reaparecen los rasgos señalados por Kelsen como ideológicos: desfiguración, deformación, transfiguración y ocultamiento. Estos aspectos aparecen siempre y cuando se asuma una teoría a partir de la cual aprehender la realidad. Es desde tal marco –en el caso: la teoría de la sociedad moderna expuesta por Marx– que ciertas relaciones sociales se muestran como desiguales y asimétricas.

33. Los autores argentinos de proveniencia analítica no se han interesado mayormente por la obra de Marx. Cuestión de preferencias, sin duda, pues el interés por Marx de sus homólogos anglosajones es más que notable; ver entre otros: Roemer, John (comp.), *Analytical Marxism*, Cambridge University Press, 1989 y Elster, J., *Making sense of Marx*, Cambridge University Press, 1985.

34. Ver: Marx, C., *El Capital I*, Siglo XXI, 1975.

La igualdad es un predicado relacional que requiere dos términos a comparar y un rasgo a distribuir: *A* y *B* son iguales respecto a *x*.[35] En este contexto, que los individuos sean considerados jurídicamente iguales significa que se les atribuyó iguales derechos subjetivos. Dado que éstos son traducibles en términos normativos, una manera de entender lo precedente es decir que las normas del caso no efectúan distinción alguna en cuanto a sus destinatarios. O sea: es obligatorio modalizar deónticamente las conductas de manera igual. Por ejemplo, las de comerciar o trabajar. Si estas conductas, por caso, se califican de facultativas, la obligación de tratar igual significa que es obligatorio considerarlas facultativas para todos los individuos del caso. En este sentido, se trata de una exigencia normativa relativa a la cuantificación de las normas: que éstas sean generales al menos en cuanto al sujeto.

Ahora bien, las normas no brindan información sobre las posibilidades empíricas que caracterizan a las situaciones individuales. Es decir: cuáles sean las conductas fácticamente posibles no es un conocimiento que sea brindado por las normas. Es desde una teoría aceptada e indagaciones empíricas correlativas que resulta posible obtener tal información.

Quizás un posible motivo de confusión radique en las diversas formas de entender la expresión "poder hacer", sea en términos normativos (conductas facultadas) o fácticos (conductas empíricamente realizables). Resulta claramente contingente la coincidencia entre uno y otro poder hacer, jurídico y fáctico. Ambos sentidos le son por lo general atribuidos al término libertad. De ahí que ésta pueda ser vista en función de las normas que se destinan o de las capacidades empíricas de acción.[36]

El sucinto argumento precedente resulta parafraseable en estos términos: es verificable una discrepancia entre las conductas facultadas y las fácticamente posibles. Y por más que los derechos subjetivos sean atribuidos de manera igual, las posibilidades fácticas de acción son desiguales. Luego: el carácter igual del poder hacer jurídico suscita la *ilusión* de que serían iguales los poderes de hacer fácticos. En este preciso sentido, la igualdad jurídica *encubre* la desigualdad fáctica. Es más, desde la teoría aceptada podría agregarse que el desigual y continuo ejercicio de los derechos atribuidos –comerciar, trabajar, etc.– genera a lo largo del tiempo una mayor desigualdad fáctica. De ahí que el obligatorio trato igual sea percibido como la *consagración* de la desigualdad fáctica.

Estas dos conductas tomadas como ejemplo son además paradigmáticas. En un caso, pueden verificarse desigualdades fácticas respecto a las posibilidades de comerciar. En el otro, las desigualdades se refieren a si se está forzado o no trabajar. Muchos individuos, si pretenden sobrevivir físicamente y, a su vez, no cometer ilícitos o dedicarse a la mendicidad, en ciertos contextos se encuentran forzados a trabajar.

35. Para una sencilla exposición sobre los significados de la igualdad, ver: Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, 1993 y Sen, A., *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, 1992, quien designa al rasgo a distribuir como variable focal.

36. Para esta distinción, ver: Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, 1985.

Otros, en cambio, no requieren hacerlo aun cuando comparativamente sus gustos sean onerosos. Estos ejemplos remiten a uno de los núcleos conceptuales de la teoría de Marx: clases sociales en conflicto. Las diferentes posibilidades y restricciones fácticas de los cursos de acción permiten distribuir a los individuos en clases. Y esta distribución desigual del poder hacer fáctico es precisamente la consagrada por el trato normativo igual.

La situación reseñada incluye varios elementos: la reconstrucción de un conjunto de normas; el examen de circunstancias fácticas y un informe sobre los efectos de las normas, sean pasados o previsibles en el futuro. Con estos datos se verifica una muy peculiar discrepancia entre lo jurídico y lo fáctico. Por cierto, ella rebasa ese margen de discordancia que es considerado al aplicar el predicado "eficaz": si eficacia significa que las normas son por lo general obedecidas, hay un margen de ineficacia que se toma como irrelevante. Pero aquí se introduce una nota más fuerte: la constancia, empíricamente constatada, de la discrepancia. De ahí un cambio en las explicaciones, ya no enunciadas sólo en términos psicológicos –por qué no se motiva por completo–, sino político-sociales: referencia a intereses, estrategias y conflictos.[37] A ello se suma la generación de una creencia ilusoria: dado que es jurídicamente posible hacer *x* de manera igual, resulta fácticamente posible hacerlo de dicha manera. Y en el supuesto caso de propagarse y arraigarse tal creencia se afianza la perdurabilidad de las desigualdades fácticas. Por cierto, tal creencia es ilusoria en cuanto se funda en una falacia: la segunda posibilidad no es derivable de la primera.

Sin duda, el reconocimiento social de esta discrepancia ha sido un fuerte incentivo para modificar los sistemas normativos. Por ejemplo: efectuando distinciones en los ámbitos subjetivos de validez, al concederse privilegios compensatorios, generando reglas contractuales particulares, resignificando el término igualdad para referirlo a una igualdad de circunstancias.

Todas estas modificaciones, claro está, no fueron más que el resultado jurídico de acciones colectivas, no siempre pacíficas. Y es una proposición contrafáctica plausible la que afirma que sin esas acciones colectivas la situación jurídica no se hubiera modificado. Al respecto, la indagación crítica señala que sin tener en cuenta el conflicto –las acciones colectivas contrapuestas– los cambios de los sistemas normativos resultan incomprensibles. De ahí su relevancia a la hora de exponer el derecho positivo por parte de la ciencia jurídica, pues un mínimo entendimiento del reemplazo de una norma por otra requiere algún tipo de explicación sobre esa sustitución.

14. Los aspectos jurídicos de la anterior presentación son entendibles claramente en términos normativos. Se requiere correlacionar una reconstrucción normativa con

37. Mientras que un margen de ineficacia es característica de cualquier norma, la presente discrepancia, como se verá, permite identificar un tipo particular de normas a las que se les atribuye efectos peculiares: generar ilusiones o consagrar desigualdades fácticas.

una explicación de las condiciones fácticas. Se trata de un análisis que toma en cuenta normas positivas, efectos empíricos, intereses implícitos y relaciones conflictivas de poder. Este análisis teórico, por lo demás, es realizado habitualmente por la ciencia jurídica al estudiar el derecho positivo.

Es más, dado que las normas expresan relaciones de poder, esta situación no cambia si se expresa en el léxico convencional de los derechos subjetivos. La atribución de derechos es a la vez una distribución del poder. Por supuesto: la discrepancia entre posibilidades jurídicas y fácticas es un signo indirecto y relevante de una distribución desigual del poder. La generalidad de las normas puede ser un medio idóneo para promover, consagrar o asegurar una distribución desigual del poder social. Se mantiene, sí, una apariencia: la igualdad jurídica *parece* expresar una igualdad social de poder, circunstancia que, desde cierto marco teórico, no es el caso. Es este parecer, apariencia o ilusión el que conduce a tomar nota del concepto de ideología. Pues estos términos son afines a los ya considerados a partir de Kelsen: distorsionar o transfigurar. Y tanto la apariencia como la distorsión dan lugar a un ocultamiento.

También cabe referirse a lo siguiente: la evaluación reprochable de la desigualdad efectiva se realiza adhiriendo al enunciado axiológico implicado por la norma criticada: la igualdad. Aquello que entonces revela el análisis es otra discrepancia: entre la norma reconstruida y el enunciado axiológico implícito. En el caso, éste es: "la igualdad es un rasgo social positivo". Sin embargo, la norma tiene efectos que son muy diferentes: consagra y/o genera desigualdades. En otros términos: los habituales efectos empíricos de las normas difieren con las preferencias axiológicas por ellas expresadas.

Si, además, dicha evaluación positiva figura en el relato legitimante que justifica las normas, se verifica tanto una coincidencia (entre el relato legitimante y el enunciado axiológico implícito) como otra discrepancia (entre la finalidad que figura en el relato legitimante y los efectos empíricos de la norma del caso). Si cierto orden se pretende justificado en cuanto asume un fin *x* como legítimo y desde cierta perspectiva se muestra que sus efectos regulares son otros, incluso contrarios a *x*, se obtiene un notable instrumento para juzgar un derecho positivo de acuerdo a sus *propias* pretensiones. Resulta por ello sensato enunciar que tal orden, o al menos parte de él, resulta arbitrario desde sus propios criterios justificatorios y no, por decir así, desde una óptica evaluativa exterior.[38]

La situación, ahora, incluye varios ingredientes a distinguir con claridad: una reconstrucción normativa y del relato legitimante, una explicitación de los enunciados axiológicos implícitos, un examen del contexto fáctico y un informe sobre los efectos empíricos habituales de las normas consideradas.

De lo expuesto, lo ideológico no es un rasgo de alguno de estos elementos tomados aisladamente. Tampoco un enunciado jurídico singular. Se trata, más bien, de

38. Sobre la crítica basada en las propias pretensiones legitimantes, ver: Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995.

una propiedad de la situación en su conjunto, de las peculiares maneras que presentan estos aspectos en una situación en particular. Una situación se califica de ideológica cuando se verifican una o varias de las discrepancias resaltadas: entre posibilidades jurídicas y fácticas; entre efectos normativos por un lado y enunciados implícitos y/o el relato legitimante, por otro. Si se quiere: una situación ideológica presenta incongruencias pragmáticas. Pero no hay riesgo de confusión alguna si aquí se emplea el término ideología, pues se mantiene el concepto ya delimitado a partir de las indicaciones tomadas de la teoría pura. Es decir, se conserva el mismo concepto que permite calificar de ideológicos a ciertos rasgos habituales que suelen presentan los textos jurídicos.

Si bien, entonces, estas consideraciones no conducen a otra variedad de enunciados jurídicos, sí permiten profundizar el análisis de los posibles usos que se le asignan a un derecho positivo. Así, las normas no sólo están en condiciones, de acuerdo al canon kelseniano, de motivar conductas, sino de generar ilusiones y, a la vez, de consagrar y/o acrecentar relaciones asimétricas de poder. No es que siempre y en todo caso den lugar a tales fenómenos: se trata de algunas normas en algunas circunstancias. Es claro que a los juristas no sólo les interesa, si les interesa, aquello que siempre es el caso, sino la particularidad que enfocan. Y para el estudio de tal particularidad puede ser relevante un tipo de análisis como el que antecede. En otros términos, por lo demás banales: caracterizar a una situación como ideológica puede dar lugar a una diferente visión de los enunciados jurídicos escogidos para estudiar. Si estas distinciones, por ende, pueden resultar útiles a la hora de hacer ciencia jurídica, es una razón de peso para que la teoría general del derecho las considere dignas de análisis y objeto plausible de dilucidación conceptual.

Por cierto, puede esbozarse otro tipo de escepticismo: negar la relevancia de estas creencias. Es decir: las ilusiones generadas no tienen relevancia social. Desde tal óptica la reiteración continuada de relaciones asimétricas de poder o, si se quiere, la reproducción de las desigualdades sociales, es asegurada por los medios más tangibles de la amenaza física y la motivación económica.[39] Esta crítica no rechaza los argumentos precedentes, pero cuestiona el tenor de las explicaciones políticas y sociales involucradas.

A pesar de la importancia del reproche, que permite no sobredimensionar la relevancia de lo ideológico, basta una indicación contrafáctica para neutralizar la crítica: sea una situación donde los individuos en una situación empírica privilegiada manifiestan públicamente su derecho al privilegio.[40] Hace así reaparición el cinismo señalado al tratar los relatos legitimantes. Y es justamente al mismo nivel explicativo en que se

39. Ver, entre otros, Abercrombie, N., Hill, S. y Turner, B., *The dominant ideology thesis*, George Allen und Uwin, 1980.

40. Sobre las dificultades de este tipo de ejemplos, ver: Hawthorn, G., *Plausible worlds*, Cambridge University Press, 1991.

enuncia la crítica que cabe atacarla: la exhibición cínica puede no resultar un medio idóneo para asegurar la requerida perdurabilidad de ciertas relaciones sociales.

15. De forma oblicua y con otro vocabulario, esta cuestión ha sido tratada por von Wright en ocasión de despejar sus perplejidades respecto a las normas contradictorias, siendo que a su juicio carecen de valores de verdad.[41] Su salida consiste en proponer que la lógica deóntica no se ocupa de las relaciones lógicas entre normas, sino entre las descripciones de los estados ideales que le son implícitas. De tal forma, las aparentes contradicciones entre normas lo son entre enunciados que describen el mundo ideal implícito en aquellas. Un orden jurídico que implicase contradicciones es empíricamente posible de hallar pero, según von Wright, cabe calificarlo irracional. Según sus estipulaciones, irracional significa: imposibilidad lógica de realizar el estado de cosas ideal que le es correlativo a una norma.[42]

Junto a la irracionalidad en el sentido precedente, von Wright sugiere otros significados, que exigen condiciones más fuertes en cuanto a la delimitación de la imposibilidad: "todo lo que es posible es lógicamente posible pero no todo lo que es

41. Ver: von Wright, G. H., "Ser y deber ser" en Aarnio, A. y otros (comp.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, 1997.

42. La posibilidad de contradicciones normativas es innegable. Ello no implica que su reconstrucción también lo sea. En una reconstrucción pueden figurar dos normas contradictorias que pertenezcan a un sistema dado. En tal caso, deviene trivial el sistema reconstruido, no la propia teoría. Tal como señala, entre muchos otros, Ota Weinberger en una entrevista que le realizara Eugenio Bulygin: "Ordenar y al mismo tiempo prohibir una misma conducta es claramente un caso de inconsistencia del sistema. Supongamos que Sn contiene las dos normas 'p debe ser' y 'p no debe ser' (esto significa que Sn es inconsistente); en tal caso las correspondientes oraciones descriptivas de las normas serían 'en Sn vale p debe ser' y 'en Sn vale no-p debe ser'. Estas dos oraciones son, de acuerdo a nuestra hipótesis, ambas verdaderas y por lo tanto lógicamente consistentes", ver *Doxa* 11, p. 316. La situación en este aspecto no se modifica de aceptarse la propuesta de von Wright en términos de descripción de estados de cosas implicados por las normas. En otras palabras: admitir la irracionalidad del legislador no significa que se convierta en irracional el teórico. O si se quiere: la irracionalidad del sistema no convierte en irracional a la teoría que lo construye. Por otra parte, no siempre el científico del derecho pretende reconstruir el sistema de forma tal que la contradicción se disuelva en favor de la consistencia. Imagínese, por caso, que se pretenda mostrar cómo, a lo largo de un período de tiempo dado, fue aumentando la cantidad de normas irracionales. Eliminar la contradicción por vía interpretativa es una opción posible que depende del interés del científico. En fin, siempre cabe la posibilidad de cambiar de lógica para formalizar; ver: Newton da Costa y Renato Lewin, "Lógica paraconsistente" en Alchourrón, C. y otros (comp.), *Lógica*, Trotta, 1995, quienes al enumerar las razones que originaron el surgimiento de tal tipo de lógica mencionan las situaciones en las cuales "se trata de sistematizar lógicamente códigos éticos o jurídicos, que en general son inconsistentes, sin intentar desfigurarlos haciéndolos consistentes" (p. 187).

lógicamente posible es también físicamente posible, es decir, posible de acuerdo con las leyes de la naturaleza. Y no todo lo que es físicamente posible es humanamente posible, es decir, alcanzable a través de la acción humana. Dado que el hecho de que casi todas las normas son reglas de acción, parece razonable exigir que el mundo ideal que tiene en mira un sistema de normas deba ser no sólo lógicamente posible sino humanamente realizable; pero no necesitamos considerar aquí estas exigencias fuertes".

Son distinguibles, así, sucesivas maneras de entender la racionalidad al sumarse exigencias cada vez más fuertes: posibilidad lógica, física y humana. La primera da cuenta de las llamadas contradicciones normativas; la segunda se refiere a una circunstancia habitualmente juzgada de absurda: ordenar una conducta imposible de acuerdo, por ejemplo, a la estructura física de sus destinatarios. La última distinción, que cabe designar irracionalidad fuerte, es la aquí relevante: normas que implican estados de cosas ideales que son humanamente imposibles de acuerdo a cierto contexto dado.

Un orden jurídico racional en sentido fuerte tiene implícitamente en mira un estado de cosas ideal esperado en donde toda obligación es cumplida, ninguna prohibición transgredida y todo lo permitido puede ser el caso. Sin duda, tal como señala von Wright, la descripción del estado ideal querido no coincide completamente con la realidad, con el estado fáctico de las cosas. Pero se trata de "un mundo alternativo, ideal, constituido por los contenidos normativos de un código o un orden normativo dado. Esta descripción puede ser comparada punto por punto con la realidad y normalmente se encontrará que es una descripción parcialmente falsa y parcialmente verdadera de nuestro mundo real. Calificar a la descripción de falsa no significa que describa lo que a veces es llamado un falso ideal. Significa que el mundo real no es perfecto, que el ideal no se ha realizado". De tal manera "la función de las normas, podría decirse, es instar a la gente a que realice el ideal, hacer que actúe de forma tal que la descripción de lo real se aproxime a la descripción de lo ideal. En un sentido importante podríamos decir que el propósito de las normas es franquear el abismo entre el ser y el deber ser, aunque no en el sentido de establecer un vínculo de inferencia entre ambos".

Un orden normativo implica la descripción de un mundo ideal. Von Wright aporta un criterio débil de racionalidad al exigir que dicho mundo sea lógicamente posible, es decir: carente de contradicciones. Un criterio más fuerte pero razonable exige que sea humanamente posible: se trata de un mundo *accesible* de acuerdo a una descripción aceptada del mundo real en el cual el orden normativo es puesto.[43] Esta exigencia fuerte puede ser razonablemente morigerada para acoger la visión habitual de eficacia: en vez de exigirse, por caso, que se cumpla toda obligación, se requiere su cumplimiento en la mayoría o generalidad de los casos.

Es razonable considerar que una característica definitoria de las situaciones ideológicas es la presencia de normas irracionales en sentido fuerte. Así, por caso, la norma

43. Para una utilización de la lógica modal en las ciencias sociales, ver: Elster, J., *Lógica y sociedad. Contradicciones y mundos posibles*, Gedisa, 1994.

general respecto a sus destinatarios que califica de facultativa la conducta comerciar, implica un mundo ideal en el cual lo facultado pueda ser el caso de manera igual. Dado que de acuerdo a los caracteres exhibidos por una descripción aceptada del mundo real, aquel estado de cosas resulta inaccesible, la norma deviene irracional en esa situación.

Si se toma una conducta menos trivial, también lo será menos el mundo ideal implicado. También de mayor gravedad la irracionalidad. Considérense, por ejemplo, derechos constitucionales atribuidos de manera igual y que se traducen en obligaciones dirigidas a los órganos estatales para que realicen prestaciones positivas. El derecho igual a la salud, la educación o a una vivienda digna son ejemplos elocuentes. Así, por caso, el primero puede entenderse de la siguiente manera: derecho subjetivo igual al acceso de servicios médicos y hospitalarios adecuados. Derecho igual significa: atribuido a todo habitante del territorio sin distinción de sexo, religión, creencia, etnia o condición social. En fin, se considera a ciertos órganos estatales como los sujetos obligados a garantizar ese acceso no discriminatorio.

La norma así reconstruida implica un mundo ideal en el cual esa obligación es cumplida en la mayoría o generalidad de los casos. Sin embargo, de acuerdo a los caracteres exhibidos por una descripción aceptada del mundo real, dicho estado de cosas ideal puede resultar inaccesible. En tal caso se verifica la irracionalidad fuerte de la norma. A un resultado semejante se llega si el análisis se realiza de acuerdo a la exposición bosquejada en el parágrafo precedente. Claro que en vez de indicar una norma irracional, se habría individualizado una situación jurídica ideológica.

Es de interés señalar que ante una norma jurídica irracional la racionalidad puede recobrarse de dos maneras diferentes: adecuando la norma a los mundos posibles accesibles desde el mundo real o, por el contrario, modificando los caracteres del mundo real para que el mundo ideal se convierta en accesible, o sea: fáctica y humanamente posible. La primera vía, en el caso, es típica de los críticos conservadores de la ilustración, a la que imputan haber difundido una serie de ideas incumplibles, tal como la igualdad de derechos. Las propuestas de los años setenta de reducir expectativas y demandas para solucionar las crisis de gobernabilidad de las administraciones estatales son un ejemplo de despiadada aunque eficiente actualidad. La segunda vía, en cambio, es característica del liberalismo democrático reformista.

Sea cual fuese la posición que se tenga al respecto, queda nítido el interés que tienen los análisis que anteceden. Y, sin duda, el predicado irracional es tan litigioso y controvertido como el de ideológico. Pero especificados con claridad en ambos casos se llega a las mismas conclusiones.

Complementariamente, esta exposición también incorpora otros aspectos de la ideología que fueron considerados relevantes por Marx en sus escritos juveniles.[44]

44. Ver: "Crítica del derecho del estado de Hegel" y "En torno a la crítica de la filosofía del derecho de Hegel. Introducción" en Marx, C., *Escritos de Juventud*, FCE, 1982; al respecto, ver los comentarios de Ricoeur, P., *Lectures on Ideology and Utopia*, Cambridge University Press, 1986.

Es sabido que en estos últimos el paradigma de la ideología es la religión cristiana, siendo el derecho moderno una versión secularizada de aquella. La religión expresa una conciencia invertida del mundo. Se trata de una realización fantástica en otro mundo de aquello que es negado en éste. Se vive en la mitología y no en la realidad.

Sueño místico, satisfacción irreal, son expresiones de Marx para indicar cómo los hombres viven en su imaginación lo que no viven en la historia presente: "la religión es la fantástica realización del ser humano porque el ser humano no ha alcanzado una verdadera realidad. De manera que la pugna contra la religión es indirectamente la pugna contra ese mundo del cual la religión es la atmósfera espiritual". Y donde dice religión puede decirse derecho. De acuerdo a un conocido pasaje, "es tarea de la historia una vez desvanecido el otro mundo de verdad, establecer la verdad de este mundo... una vez desenmascarada la forma sagrada ... la crítica del cielo se transforma en crítica de la tierra, la crítica de la religión en la crítica del derecho. La crítica del derecho en la crítica de la política".

El sentido de estas referencias es comprensible: los hombres realizan en su imaginación lo que no llevan a cabo en esta tierra. Y esta realización, como dice en otro pasaje, es un consuelo y una justificación, una sanción moral de lo no realizado en el presente.

En los términos más sobrios de von Wright: el mundo ideal implicado en las normas jurídicas resulta inaccesible desde la descripción aceptada del mundo real. Importa, de alguna manera, una realización ideal de lo fácticamente no realizado y, de conformidad al contexto dado, no posible de realizar. Se trata, en suma, de un sueño que consuela y que, a la vez, justifica el mundo real presente. No obstante, a diferencia de lo afirmado por von Wright, se torna controvertible que la función de las normas sea instar a sus destinatarios para que actúen de forma tal que el mundo real se aproxime al ideal en ellas implicado. Pues hay normas que, en este sentido, parecen carecer de seriedad, al actuar más como suscitadoras de ilusión o compensación onírica que para franquear, como escribe von Wright, el abismo entre ser y deber ser.[45]

Marx intenta destacar que en las sociedades de su época, en muchos aspectos poco diferentes a las actuales, en vez de modificarse el mundo real los cambios se producen ideal o abstractamente. Esto es: al modificarse el mundo ideal implicado por ciertas normas es *como si* hubiera ocurrido un cambio concomitante en el mundo real. De ahí las comparaciones con los sueños: se sueña haber hecho un cambio cuando en realidad nada se ha modificado. Mientras se es igual en algún mundo ideal se preserva la desigualdad en el real. Es en este sentido que Marx califica al derecho de ideología y a ésta como una inversión. O de acuerdo al célebre comienzo

45. De tal forma y en cuanto técnica social, las normas jurídicas no sólo pueden usarse para motivar las conductas que explicitan su ámbito material de validez (Kelsen) o contenido (von Wright), sino para otros cometidos. En este punto se revelan los problemas de un empleo no clarificado del término "función" así como, en definitiva, la distinción kelseniana entre única función necesaria y plurales fines contingentes.

de "Tabaquería" de Fernando Pessoa: "No soy nada / Nunca seré nada / No puedo querer ser nada / Aparte de eso, tengo en mí todos los sueños del mundo".

Numerosas han sido las críticas a esta concepción. Pero si en algo yerra es por identificar demasiado rápidamente derecho e ideología en su totalidad, no por lo medular de su enfoque. Con la suficiente cautela, se trata de una visión que permite analizar de manera fecunda situaciones jurídicas particulares, las que merecen designarse de ideológicas.

16. La exposición que antecede clarifica de manera razonable el concepto de ideología y, a la vez, recepta las diversas pretensiones que manifiesta a su respecto la indagación crítica.[46] Se impone recapitular las diversas consideraciones para mostrar un cuadro de conjunto.

El núcleo básico del concepto de ideología lo aporta Kelsen: distorsión que oculta un interés o suscita una sensación de evidencia.

El primer estudio condujo a entender a la ideología como una serie de rasgos que suelen aparecer en los textos jurídicos. Tales fragmentos de textos son parafraseables incluyendo la expresión *como si*. Se presenta, por ejemplo, un derecho subjetivo como si fuese esencial o una estipulación conceptual como si fuese natural. Las marcas ideológicas cobran relevancia al reforzar la motivación normativa generando una sensación de evidencia o la creencia en un desinterés. En cuanto a su fecundidad teórica, el desciframiento de los rasgos ideológicos permite realizar explicitaciones de intereses, estrategias o conflictos. También se insertan en explicaciones que dan cuenta del por qué de tal distorsión ideológica.

Una segunda reflexión condujo a considerar genuinos componentes jurídicos a los enunciados legitimantes. Estos dan lugar a un relato que pretende justificar al sistema normativo en cuanto tal. Expresan un paradigma de bondad política y social que incluye la enunciación de fines deseados y la narración de un origen. Intentan suscitar la creencia en el carácter no arbitrario del sistema normativo. El éxito de esta tarea también incrementa la eficacia de las normas a las que pretenden justificar.

46. Dejo de lado, aquí, otro concepto propuesto por Enrique Marí: el imaginario social. Al respecto, remito a lo expuesto en el cuerpo del texto (capítulo 32). Resulta claro que para arraigar hábitos de conducta resulta insuficiente una hoja de papel escrita que expresa, de una manera por lo menos difusa, una norma. Con otro léxico, a esta misma circunstancia apunta Vernengo, R., al señalar que "el lenguaje con que se logra lo que otrora los retóricos clásicos atribuían al orador litigioso: distinguir lo que se debe hacer de lo que no corresponde hacer, es hoy monopolio de los medios de comunicación masivos: son ellos los que nos usan al decirnos qué se usa", en "Teoría general ...", *op. cit.*, p. 295. Un ejemplo actual, quizás patético y bastante disímil de la sugerente enumeración realizada por Marí al inicio de "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden" (*Papeles* ... I, p. 219), es el empleo de técnicas publicitarias para disminuir la ineficacia de las normas tributarias, es decir: la evasión (recuérdese, en un contexto por lo demás trágico, la figuración del organismo recaudador como un tanque militar...).

En beneficio de la claridad se los considera de manera independiente, sin calificarlos de ideológicos.

El tercer estudio no condujo a individualizar un rasgo de los textos ni a proponer un componente jurídico no normativo. Su resultado es la identificación de un tipo particular de situaciones sociales calificadas de ideológicas y, a partir de indicaciones de von Wright, la distinción de un grupo específico de normas jurídicas. Una situación es calificada de ideológica cuando se verifican discrepancias regulares: a. entre posibilidades jurídicas y fácticas; b. entre efectos normativos, por un lado, y enunciados axiológicos implícitos o el relato legitimante, por otro.

En otros términos: una situación es ideológica si de acuerdo a los caracteres exhibidos por una descripción aceptada del mundo real, el estado de cosas ideal implicado por las normas del caso resulta inaccesible. Tales normas, de acuerdo al léxico de von Wright, son entendidas como irracionales en sentido fuerte. Este tipo peculiar de normas jurídicas se caracteriza por generar ilusiones y preservar o consagrar relaciones asimétricas de poder. Tales efectos son los que justifican el uso del término ideológico, al estar en juego una transfiguración y un ocultamiento.

V. Consideraciones finales

17. El despliegue de la estrategia anti-reductivista tiene variados resultados y dio lugar a muy diversos comentarios. Lo importante es no haberse aferrado a la crítica del reduccionismo como si se tratara de un fetiche. En tal caso se habría incurrido en la misma falta que se le reprocha: obsesión por fórmulas previas. Por su parte, las reducciones normativas aquí efectuadas no fueron suscitadas por el deseo de uniformidad, sino de una manera razonable. De ahí que la mayor parte de las consecuencias derivadas de cada caso analizado se mantienen, a pesar de entender que la tarea antirreductiva haya fracasado. Pues lo decisivo es ampliar la utilidad de los instrumentos, no atacar el reduccionismo en sí mismo. Esta última tarea, ya se señaló, es vana. Sin duda, puede realizarse, pero sus virtudes serían puramente estéticas, no relevantes para el ejercicio efectivo de la ciencia jurídica.[47]

47. De ahí la trivial diferencia entre quienes realizan indagaciones puramente formales y quienes intentan usar instrumentos formales para mejor formular un saber particular. Mientras que al primero le es indiferente el contexto, pertinencia o utilidad de su indagación, el segundo se encuentra *ab initio* comprometido con los problemas y características (históricas, políticas, sociales) del saber que trabaja. Puede, sin duda, desinteresarse de estos aspectos. Pero este hecho no significa que tales aspectos no incidan en la tarea que realiza. Simplemente se niega a reflexionar sobre los supuestos que admite. Actitud legítima, ligada al carácter o temperamento, pero de índole más tradicional que moderna e ilustrada. Uno de los inconvenientes de tal actitud radica en que tales supuestos no sean más que, como señala Quine, "perogrulladas de sentido común", ver: *La búsqueda de la verdad*, Crítica, 1992.

De acuerdo al análisis de las diferentes propuestas resulta *prima facie* razonable considerar dos componentes jurídicos no normativos: las cláusulas que instauran autoridades y los enunciados legitimantes. Mediante los primeros se establecen las autoridades que, luego, estarán facultados y/u obligados a emitir normas jurídicas. Los segundos justifican al sistema normativo como tal. Pretenden dar razones respecto a la no arbitrariedad del sistema al que legitiman.

En cuanto a las definiciones jurídicas, cruciales al poner de manifiesto un esquema conceptual para aprehender la realidad, se concluyó considerarlas partes o fragmentos de normas. Se amplía, así, la visión habitual de las normas, sin que sea preciso admitir un nuevo componente jurídico.

Respecto al análisis de la ideología, la estrategia no reductivista queda sin nada en las manos, pero a cambio se individualiza un rasgo habitual de los textos jurídicos e identifica un tipo peculiar de situaciones y de normas.

Como ya se señaló los resultados obtenidos no son más que indicaciones que sólo se tornan relevantes al hacerse ciencia del derecho. E incluso cuando se admita que esgrimir argumentos y contraargumentos al nivel de la teoría general tenga su propio valor, el *test* respecto a la fecundidad, importancia o utilidad de tales indicaciones lo aporta el ejercicio concreto de la tarea dogmática.

En tal sentido, los reproches que se le dirigen al reduccionismo, a la obsesión por destilar una fórmula única de la juridicidad, a la búsqueda de los supuestos rasgos singularizantes del derecho o a las propuestas de modelos de ciencia jurídica de cumplimiento imposible, son una sencilla aplicación de un lema enunciado por Kelsen en *¿Qué es la justicia?*: la tolerancia es el alma de la ciencia. También por ello es el ánimo de quien hace teoría general del derecho de forma razonable y admite, por su parte, la diversidad de intereses y metas que pueden instar a los científicos del derecho. Dicha diversidad exige diferentes instrumentos, variadas conceptualizaciones, incluso enfoques alternativos.

Tal es, en definitiva, la idea que subyace a la elección del problema del reduccionismo como uno de los hilos conductores de *La guerra...* Pues por más conjeturales que sean los resultados, las indagaciones teóricas consideradas aportan diferentes opciones para efectuar reconstrucciones jurídicas.

18. Al destacarse la relevancia de la tolerancia se hace manifiesto un rasgo trivial, aunque no siempre aceptado, de la teoría general del derecho y la ciencia jurídica: su carácter político.

En cuanto a la ciencia del derecho, la situación es obvia. Un mismo texto jurídico puede reconstruirse de muy diversas maneras. Esto implica que deviene diferente el derecho que para cada jurista *es* positivo. El texto constitucional es uno. Sus reconstrucciones, el derecho constitucional argentino, son plurales. No hay un procedimiento aceptado para identificar una única ruta entre un texto jurídico y una reconstrucción jurídica del derecho en sentido estricto expresado por aquel. Es claro, por caso, que *una* proposición jurídica se refiere a *una* norma. Pero un texto

jurídico *no* expresa *una* norma, ya que abre la posibilidad de plurales lecturas que den lugar a *plurales* normas reconstruidas.

Como señalan Alchourrón y Bulygin, cada interpretación diferente de un texto da lugar a una norma diferente: "un cambio en la interpretación de un texto legal tiene por efecto el cambio de la norma expresada en este texto... esto significa que sólo se puede hablar de normas una vez que se haya interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas" (*Norma jurídica*, p. 135).

Cada reconstrucción, además, es polémica, pues cada jurista pretende que su lectura es la correcta, negándole dicha cualidad a las restantes. Por cierto, para ser convincentes frente a los terceros ofrecen razones de diversa índole sobre la bondad de su lectura. Pero la cualidad de ser convincente no es una propiedad lógica de un argumento, sino psicológica y política, variable de acuerdo a cada receptor del mensaje dogmático.

Estos dos rasgos, pluralidad y polémica, son muy difíciles de negar. Basta tomar nota de las diferentes reconstrucciones del texto constitucional. Es éste un ejemplo elocuente por cuanto para casi todo jurista el derecho constitucional es diferente.

Al respecto, la ciencia del derecho es de suyo política desde dos aspectos de índole diversa.

Por un lado, cada lectura responde a un interés, por ende: a una estrategia política. Afirmar "tal es la norma expresada por el texto" es una decisión. Las normas no se captan de forma misteriosa, no están ahí, sea que se entienda ese *ahí* en términos empíricos o aludiendo a un oculto reino de significados. Es así que reconstruir una norma –o cualquier otro componente jurídico– siempre supone una decisión del científico, que no es independiente de sus actitudes y posiciones políticas. No otra cosa se dice al destacarse el interés del científico.

Por otra parte, las reconstrucciones que hacen los juristas son susceptibles de incidir –y de hecho casi siempre lo hacen– en las lecturas que hacen los órganos jurídicos: los legisladores, del texto constitucional; el poder ejecutivo, de los textos legales; los jueces, del conjunto de los textos jurídicos. En cuanto esas lecturas, realizadas por quienes ejercen funciones orgánicas, manifiestan de suyo el poder, las reconstrucciones de los científicos influyen en el ejercicio del poder.

Sea por sus motivaciones o sus efectos, los científicos del derecho *hacen* política. Más aún, parece que no pueden dejar de hacerla. Las marcas ideológicas que son posibles de hallar en sus textos –de acuerdo al léxico de Kelsen aquí asumido: referencias a esencias o naturalezas– no son más que recursos retóricos para negar u ocultar la índole de su tarea. Son la apariencia de desinterés que adopta su interés.

Constatadas estas en definitiva banales características de la ciencia jurídica, también resulta razonable admitir el carácter político de la teoría general del derecho. Las reconstrucciones dogmáticas pueden diferir por los criterios que en cada caso se utilizan. Esto es: aceptar diferentes componentes jurídicos genuinos puede conducir a realizar diferentes lecturas de un mismo texto. Dado que una de las tareas habituales de los teóricos generales del derecho consiste en argumentar sobre la plausibilidad de

esos criterios, inciden directamente en cómo se hace o no hace ciencia del derecho. Cómo se delimita el derecho en cuanto objeto teórico, qué aspectos se destacan, a qué se le atribuye o no sentido, qué categorías se consideran o no relevantes, no son tareas inocentes o carentes de consecuencias. Como señala Alchourrón, los modelos que se construyen destacan los aspectos que le interesan al científico, desechándose los restantes. A ello cabe agregar, sencillamente, que los intereses son susceptibles de interrogarse, siendo un signo de cautela racional guardar las debidas sospechas sobre su inocencia.

Por lo tanto, también la labor de la teoría general del derecho es de suyo política. De ahí que sea habitual hallar en sus textos una diversidad de marcas ideológicas: denegaciones de su interés bajo el ropaje retórico del desinterés.

En resumen y sea como sea que se los entienda: el derecho, la teoría general y la ciencia jurídica son todos fenómenos políticos.

19. Cuando está en juego la disputa política y, a la vez, se asume como valiosa la convivencia democrática, la actitud tolerante adquiere una importancia innegable. Tolerancia significa: respetar las posiciones ajenas aun cuando no se las acepte por no coincidir con las propias.

La tolerancia, a su vez, es un rasgo central de la ilustración característica de nuestra modernidad. En la comunidad de los juristas esto se manifiesta de una clara manera: a nadie se le concede la cualidad de expresar proposiciones definitivas e infalibles. No se acepta una última instancia científica que afirme: ésta es la reconstrucción que expresa el derecho en sí mismo. Por tal razón el derecho en sentido estricto no tiene nada que ver con esencialidad alguna. De admitir tal esencia también le damos adhesión a una autoridad capaz de manifestarla.

Estas apreciaciones introducen una dimensión ética al interior mismo de la comunidad científica de los juristas. Pero no por aludir a cualidades misteriosas, supuestos derechos naturales, valoraciones cognoscibles mediante una práctica dialógica o a oscuras discusiones sobre la relación entre moral y derecho. Se trata de una dimensión mucho más banal y que, de nuevo, fue destacada no sin cierto dramatismo por Max Weber: quien hace política, o quien realiza tareas que pueden tener efectos políticos, se encuentra ante una disyuntiva de hierro entre dos actitudes: la convicción y la responsabilidad.

Para la primera hay que hacer lo que se considera correcto, pase lo que pase. Su lema es: yo hablo y debo hacerlo aunque perezca el mundo. La segunda, en cambio, toma en cuenta las consecuencias de la acción y se hace cargo de ellas. Postura dramática, pues las acciones dan lugar a numerosas consecuencias no intencionales. Por cierto, esta última actitud no importa justificar cualquier conducta por el mero hecho de aceptarse sus consecuencias, pues hay que saber cuándo detenerse y decir: no avanzo más allá de esta línea. Y Max Weber no deja de resaltar su admiración por aquel que hace política y es capaz de decir la frase precedente.

Doy, para finalizar, un ejemplo drástico y que, en su momento, no carecía de relevancia pragmática. Para una lectura, mayoritaria, el actual texto constitucional

expresa una norma que le prohibía al entonces presidente de la República presentarse a las próximas elecciones para acceder a ese cargo. Otra lectura, en cambio, sostiene que ese mismo texto expresaba una norma que sí le permitía realizar tal comportamiento. Para una tercera, en fin, se acepta la norma prohibitiva pero, a la vez, se la consideraba contradictoria con la norma que prohibe el trato desigual o discriminatorio. De ahí que se haya utilizado el término proscripción.

A las dos últimas reconstrucciones se les replicó que el texto es claro. Pero como señaló Nino –por cierto que en otra ocasión–: se requiere una decisión para considerar claro u oscuro a un texto. Al respecto, es llamativo el léxico que fue usado para descalificar al otro. No se afirmó que su lectura haya sido falsa, sino irrazonable, incorrecta o forzada.

De una u otra forma hay algo difícil de controvertir: ninguna de las reconstrucciones es inocente. Cuál se entienda *es* la norma expresada, esto es: cuál *es* derecho positivo, no parece ser independiente de las posiciones políticas asumidas por cada quien. Tampoco parece fácil controvertir que la en apariencia anodina proposición que afirme "tal *es* la norma válida" o "tal *es* la norma que pertenece al sistema normativo" tenga consecuencias políticas. Y su importancia permite evaluar la responsabilidad de quien pronuncia tales proposiciones. No se trata, por cierto, de instaurar un imaginario tribunal de la ciencia, sino de ejercitar la más cotidiana práctica de la contienda política pública.

Oposiciones como subjetivo *vs.* objetivo, verdad *vs*. falsedad, interés *vs.* desinterés, opinión *vs*. saber, resultan inadecuadas para entender no sólo el mentado debate sino cualquier controversia de la ciencia del derecho. Usarlos pone de manifiesto una pérdida de equilibrio conceptual, una especie de extraña incomprensión respecto al carácter de la ciencia jurídica.[48] Más sencillo, fidedigno e incluso sensato resulta enfocar el debate como político: las diferentes reconstrucciones revelan una disputa entre diferentes posiciones y estrategias políticas. No cabe la posibilidad de acceder a la visión que no presente dicha cualidad: la mirada de Dios. Negar la politicidad de la ciencia del derecho conduce, parece inevitable, a renunciar a las premisas de la modernidad ilustrada. La tesis de la tajante distinción entre ciencia y política jurídica –definitoria del "positivismo metodológico"–, lejos de ser un imperativo racional, no es más que un *dogma precientífico*, una rémora de las fuentes teologales de la ciencia jurídica y una sutil justificación, quizás inintencional, de las recurrentes aspiraciones absolutistas.[49]

48. Extrañamente, tal vez, el análisis de mayor generalidad imaginable sea el de descifrar las marcas ideológicas que presenta cada una de las reconstrucciones, al ser posible detectar las pretensiones de expresar esencias o naturalidades evidentes. En este aspecto, sin embargo, nadie queda incólume ante la tarea de desmitificación.

49. Si, como sostienen Alchourrón y Bulygin, el escepticismo ético es considerada una propiedad definitoria del positivismo jurídico, es claro que resulta inconsistente sustentar la tesis de la división tajante entre ciencia y política jurídica (*Análisis lógico* ..., p. 623).

Salvo que, bajo la apariencia de una disquisición epistemológica, se propugne una variante remozada de la ética estoica: depurarse de la pasión, olvidarse por completo de sí mismo y acceder a la imperturbabilidad del ánimo. Pero tal es el modelo del sabio, que requiere de una práctica ascética y sólo disponible para los pocos que sepan seguir, no un método de investigación, sino un ejercicio espiritual. Parece, qué duda cabe, una exigencia demasiado fuerte para quien decide hacer, sencilla y humanamente, ciencia del derecho.

Claro que hay otra opción: el olvido de sí mismo, el intento de obtener una lectura ajena a las posiciones propias, incluso la voluntad de desgajarse de toda posición, digamos la práctica de la ciencia del derecho en tanto juego, inutilidad, ejercicio irresponsable, quizás eso sea posible. Se tendría una conversión de la ciencia jurídica en arte, en pérdida de sí, en un no importa quién ni qué. El logro de la neutralidad gracias a la neutralización del quién habla. La purificación de la subjetividad, para emplear un término tan kelseniano. El camino: cómo devenir impersonal; cómo ser nadie. Tal vez sea ésta la imagen humana que el positivismo metodológico intente propagar como modelo de jurista científico.

Éste es, en definitiva y apenas esbozado, el horizonte teórico-político sobre el cual se destaca el debate en torno al reduccionismo.

Por cierto: la política puede siempre ser otra cosa. Entonces los significados y las distinciones efectuadas cambian de dirección.

Queda en pie la pregunta por la justicia y la manera crítica de responderla.

Normas y aparatos conceptuales: dos aspectos del derecho

(a partir de la lectura de una frase de Alchourrón y Bulygin)

I. Presentación de la problemática

1. El texto a comentar: las definiciones jurídicas, reveladoras de un aparato conceptual en el derecho

Este ensayo reflexiona sobre una breve indicación efectuada por Alchourrón y Bulygin, referida a un "aparato conceptual contenido en el derecho", que no parece haber sido objeto de mayor profundización por parte de ellos o sus comentaristas. La expresión se encuentra en un texto de 1983: "Definiciones y normas". Ella es reiterada en un trabajo posterior de Bulygin: "Sobre las normas de competencia" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 439 y p. 485).

Alchourrón y Bulygin relatan que su inquietud por las definiciones se remonta a los años sesenta cuando un grupo de amigos se reunía a discutir la traducción de Carrió de *Sobre el derecho y la justicia* de Ross. Mientras ellos pretendían hacer una distinción tajante entre normas y definiciones, Carrió entendía que las definiciones son una especie de normas.[1] Se introducen así en el debate sobre las definiciones, uno de cuyos hitos es la clase dada por Hart en Oxford en 1953, "Definition and Theory in Jurisprudence" (Hart, 1983, p. 21; Cherot, 2013, p. 2273; Bodenheimer, 1956, p. 1080; Hart, 1957, p. 953; Cohen y Hart, 1955, p. 213; Scarpelli, 1958, p. 127; Morales Luna, 2013, p. 85; Ross, 1958, p. 139; Brunet, 2002, p. 19; Capella, 1963, p. 37).[2]

1. Sin embargo, el trabajo de 1983 no realiza mayores referencias a Ross, salvo en lo relativo a la interpretación y a una discusión incidental sobre una hipotética norma que declara obligatoria las leyes.

2. El ensayo fue traducido por Carrió con el título "Definición y teoría en la ciencia del derecho" (Hart, 1962). Hay una nueva edición con el título "Definición y teoría en la teoría general del derecho", con una instructiva introducción de Martín Farrell (Hart, 2014a).

El hilo conductor de "Definiciones…" consiste en mostrar "que el derecho es un conjunto de cosas bastante más heterogéneas de lo que suele creerse" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 463), idea crítica sobre el sentido común en ciertos ámbitos de reflexión jurídica ya destacada en *El concepto de derecho* al decir que "el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica" (Hart, 1977, p. 41). La uniformidad es entendida como normativismo: la creencia según la cual el derecho solo está compuesto por normas (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 440).

Alchourrón y Bulygin intentan demostrar que las definiciones, habituales en los textos jurídicos (a pesar del lema que postula que son inapropiadas en los códigos y propias de la ciencia), no pueden ser reducidas a normas, deviniendo una pieza jurídica autónoma. El derecho estaría conformado al menos por normas y definiciones. El argumento de Alchourrón y Bulygin parte de la distinción entre la formulación de la norma o enunciado normativo y la norma en cuanto tal. El enunciado normativo es una expresión lingüística, el texto jurídico creado por una autoridad. La norma es el sentido jurídico expresado por los enunciados que componen el texto. La interpretación es la actividad a través de la cual se determina o identifica el sentido de un texto jurídico. Esto implica que "el sentido del texto depende de la interpretación", que "*otra* interpretación significa otro sentido" y que "si se ha cambiado el sentido del texto se ha modificado la norma" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 445).

En este contexto se refieren a las definiciones. Con ellas el legislador fija el significado de una expresión (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 447). Las definiciones jurídicas no informan sobre cómo se usa una expresión (definiciones lexicográficas) sino que fijan su significado (definiciones estipulativas). Dan mayor precisión a un término, restringiendo o ampliando su alcance, o introducen un término nuevo, que no tiene uso en el lenguaje común (*ibidem*, p. 448) y "en todos estos casos las definiciones sirven para identificar las normas en las que figuran los términos definidos y esta es la única función de la definición" (*ibidem*, p. 449).

Dos aspectos deben destacarse: (1) hay una función de las definiciones, que es la de servir para mejor identificar las normas, y (2) esa es su única función. Lo reiteran más adelante: "las definiciones legales no son ni normas de conducta ni reglas técnicas, aunque pueden dar lugar a la formulación de estas últimas. Su única función es la de contribuir a la identificación de las normas" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 453). El ensayo continúa con un punto 4, "Identificación de las definiciones", que contiene la expresión que nos interesa. Según Alchourrón y Bulygin las definiciones dan lugar a enunciados necesarios, "cuya necesidad está basada en el significado del término definido, es decir, se trata de enunciados analíticos" (*ibidem*, p. 457). Mientras que los enunciados sintéticos tienen contenido empírico, los analíticos solo se refieren al significado de los términos.

Luego dicen, punto crucial de nuestro comentario: "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" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 458, énfasis añadido). Encontramos aquí una segunda función de las definiciones: poner de manifiesto el aparato conceptual mediante el cual pensamos la realidad. Si las definiciones forman parte del derecho (no solo de la ciencia), entonces es el propio derecho el que incluye el referido aparato conceptual. Dicho de otra manera: el núcleo del derecho contemporáneo está compuesto por normas (prohibiciones, obligaciones y permisos expresados en enunciados normativos); para llevar a cabo de forma más precisa el pasaje de los enunciados normativos (el texto jurídico creado por una autoridad) a las normas (el significado) aquellos textos han de vincularse a definiciones (otro tipo de textos creados por la autoridad); esa es su primera función. Pero además, según la letra del texto que comentamos, realizan una segunda tarea: vehiculizar un aparato conceptual a través del cual la realidad es pensada. El derecho realizaría dos funciones. La primera: prescribir la conducta, regularla a través de normas. La segunda: proponer una forma singular de pensar la realidad a través de un aparato conceptual explicitado por definiciones jurídicas. El derecho *regula* pero también *estructura* el pensamiento acerca de la realidad.

Deviene pertinente otra cita:

> La importancia de las definiciones y de los enunciados analíticos es muy grande en toda ciencia empírica; baste 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 (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 458).

Como nos referimos al derecho mismo como objeto o práctica, no a la ciencia que lo conoce, podríamos decir, de forma análoga, que el derecho cambia y a veces profundamente (revolución) cuando se modifican tanto el contenido de las normas que prescriben conductas como sus definiciones (enunciados analíticos), es decir, el aparato conceptual a través del cual la realidad es pensada por el derecho.

También vinculan definiciones y nulidad, forma típica de reacción frente a actos o documentos que no reúnen los requisitos exigidos por aquellas:

> la presencia de estas dos instituciones –sanción y nulidad– es un claro síntoma de la existencia en el derecho de dos tipos de reglas radicalmente diferentes: normas de conducta, por un lado, y reglas conceptuales o definiciones, por el otro. Curiosamente, los juristas no parecen haber advertido este hecho: lo muestra la popularidad de la tesis que hemos llamado normativismo (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 463; véase también Aguiló Regla, 1990, p. 273).

Finalmente, cabe aclarar que en el trabajo que reseñamos no hay mayores consideraciones bibliográficas sobre la expresión "aparato conceptual", circunstancia que nos habilita a ensayar un camino exploratorio de interpretación.[3]

2. Nuestra lectura: tesis a defender y camino argumental a desarrollar

El punto que destacan Alchourrón y Bulygin y sobre el que se concentra este trabajo es este: el derecho, además de normas, contiene definiciones y estas ponen de manifiesto un aparato conceptual a través del cual pensamos la realidad. Al respecto, varias tesis merecen consideración.

Sostendré, en primer lugar, que desarrollar esta indicación de Alchourrón y Bulygin permite revelar un aspecto del derecho a la que la teoría jurídica no ha prestado la atención que merece: la red de conceptos o categorías a través de la cual el derecho piensa, estructura, esquematiza o imagina la realidad.

En segundo lugar, si resulta plausible sostener que el derecho contiene esquemas conceptuales y estos no son reducibles a normas, entonces son también posibles otras funciones del derecho, además de regular o motivar conductas. Ahora bien, a la luz de nuestra lectura que pone el énfasis en la expresión "aparato conceptual", la función de las definiciones va más allá de ser solo la de mejor identificar las normas. Aquí sostendré que el derecho, además de regular conductas, estructura significativamente la realidad. Es decir: las definiciones jurídicas ponen de manifiesto un aparato conceptual a través del cual el derecho categoriza la realidad que será regulada por las normas.

En tercer lugar, puede haber muchas maneras de aprehender la idea de un aparato conceptual, desde algunas minimalistas, que lo reducirían a una supuesta (y única) estructura lógica de la realidad, hasta otras, pluralistas, de mayor alcance. Aquí sostendré un enfoque pluralista, ya que el derecho moderno contiene una red conceptual singular, diferente a la construida por la ciencia y a la implícita en la vida cotidiana (aun cuando pueda receptar aspectos de una y de otra).

En cuarto lugar, cabe aclarar que nos referimos al derecho moderno occidental, de proveniencia romana.

Se abre de esta forma un campo posible de investigación: los esquemas conceptuales en el derecho. Y son muchísimos los interrogantes: ¿cuál es la relación entre

3. Los propios autores señalaron la insatisfacción ante el desarrollo del ensayo: "Una idea interesante, pero no muy satisfactoriamente desarrollada, se encuentra en el ensayo número 25. Se trata de investigar el papel que los textos jurídicos (y sobre todo los textos legales) desempeñan las definiciones" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. XXXI). Luego agregan que "es deficiente en varios aspectos" pero sin dar una mayor especificación. El objeto de nuestro ejercicio de lectura no consiste en una crítica a las supuestas deficiencias del ensayo sino en un comentario positivo a partir de una expresión efectivamente dicha y altamente sugerente.

definiciones y categorías?, ¿cuáles son esos esquemas conceptuales en el derecho contemporáneo?, ¿cuál es la relación entre los esquemas contenidos en el derecho y los construidos o supuestos por la doctrina?, ¿cómo clasificar los sistemas jurídicos a la luz de estas nociones?, ¿cómo determinar si estamos ante un rasgo definitorio del derecho? o, paralelamente, ¿cómo determinar el papel que juega la historicidad?, ¿qué relación hay entre definiciones, esquemas conceptuales y normas?, ¿cómo se han ido construyendo las categorías hoy familiares en la larga duración de la historia jurídica occidental?, ¿qué relación hay entre las categorías presentes en las diversas ramas jurídicas?, ¿cuál es la problematización actual de las categorías jurídicas familiares?, etc.

Estas tesis surgirán al interpretar el texto de Alchourrón y Bulygin a la luz de referencias teóricas en las cuales se utiliza la expresión aparato conceptual o alguna expresión análoga. De ahí su elección.

Veamos entonces cuál es el curso de nuestra argumentación. En la próxima sección, articularé mi reconstrucción de los usos de la expresión "aparato conceptual" en Quine, Goodman, Geertz, Thomas y en el derecho moderno (II). Se trata de un análisis modesto que puede tener derivaciones de mayor envergadura; de ahí la necesidad de delimitar con la mayor precisión posible el problema; para ello el trabajo incluye argumentaciones complementarias para dar mayor solidez a lo dicho. En primer lugar profundizamos la reflexión teniendo en cuenta otros trabajos de Alchourrón y Bulygin (III). En segundo lugar, hago una incursión en la teoría pura y en otras investigaciones de Kelsen, con el objeto de reflexionar sobre las causas del relegamiento de los esquemas conceptuales en la teoría del derecho (IV). A guisa de conclusión hago un último comentario, apelando a las ficciones de Borges, dado su potencial clarificador (V).

En fin, a lo largo de todo el trabajo el ejemplo de la categoría jurídica de persona brindará el contexto ideal para dar forma a las distintas contribuciones teóricas.

En resumen: una indicación incidental de Alchourrón y Bulygin puede tomarse como punto de partida para sacar a la luz un rasgo del derecho que, en comparación a otros asuntos (así el debate en torno a los principios jurídicos), ha permanecido casi desapercibido: los esquemas conceptuales contenidos en el propio derecho. Poner de manifiesto ese aspecto del derecho lleva, entre otras derivaciones, a problematizar sus funciones (pensar la realidad además de regularla), su estructura (los sistemas normativos se encuentran vinculados de alguna forma con un orden significativo de la realidad) y sus variantes posibles (sistemas normativos con esquemas conceptuales singulares o derivados).

II. Los esquemas conceptuales en el derecho: Alchourrón y Bulygin leídos a partir de Quine, Goodman, Geertz y Thomas

Comienzo por destacar su uso en los textos de Quine.[4] En este uso ya hay un indicio sobre la importancia que pueden tener las categorías en el derecho, dado que uno de los ejemplos dados por Quine es el de la persona, término clave en la historia del derecho occidental y que no casualmente aparecerá en todos los autores a los que apelaremos. De acuerdo con el léxico de Quine, sostenemos que el derecho incluye criterios propios de objetivación e individuación. En otros términos: incluye una ontología propia (1).

La visión de Quine es luego complementada por la de Goodman, quien pone el énfasis en la pluralidad de versiones del mundo. A partir de esta lectura profundizamos la idea de que al menos algunos sistemas normativos se refieren a comportamientos conceptualizados por un orden significativo singular, también creado por el derecho (2).

Sentado ese trasfondo filosófico, vinculo la expresión "aparato conceptual" con la antropología jurídica de Geertz, según la cual el derecho incluye "una manera determinada de imaginar lo real". Nuevamente aquí aparece la categoría de persona (3).

Traigo luego a colación algunas reflexiones de Thomas para mostrar cómo también la investigación histórica se ha enfrentado a la realidad de las categorías a la hora de dar cuenta del fenómeno jurídico (4).

Sobre la base de estas lecturas, sostengo que las categorías jurídicas tienen en el derecho contemporáneo una centralidad que no siempre es destacada con la importancia que merece. También propongo considerar algunas distinciones que pueden ser útiles para la descripción del derecho: definiciones expresas e implícitas por un lado; aparatos conceptuales derivados (los receptados de otras prácticas sociales) y aparatos conceptuales singulares del derecho (5).

1. Quine: aparato conceptual y ontología

La imagen de un *aparato* para captar la realidad se encuentra presente en la obra de Quine desde sus comienzos.[5] El prólogo de 1959 a *Palabra y objeto* habla de "la

4. Queda para una elaboración mayor una reconstrucción más exhaustiva, que tenga en cuenta, por ejemplo, los textos de Carnap a partir de los cuales trabaja Quine, así como los posteriores de Davidson.

5. Otra vía de lectura sobre la imagen de un "aparato" debe remitir, además de a Freud, a Louis Althusser. No puede obviarse, sin embargo, que el propio Quine, para señalar tanto su

estructura de nuestro aparato referencial (*referential apparatus*)" (Quine, 2001, p. 13). La expresión "aparato conceptual" se encuentra al inicio de su ensayo "Las cosas y su lugar en la teoría" (Quine, 1986b, p. 9). Allí sostiene que "nuestras expresiones sobre cosas externas, nuestra noción misma de cosas, constituyen solamente un aparato conceptual (*conceptual apparatus*)" (Quine, 2004, p. 229). En otras ocasiones utiliza "aparato de objetivación" (Quine, 1986a, p. 20 y 1969, p. 7) o "aparato de individuación" (Quine, 1986a, pp. 54 y 1969, pp. 34-35 y 39-40); usa también "esquema de referencia" o "sistema de coordenadas", respecto de los cuales "podemos hablar y de hecho hablamos significativa y distintamente de conejos y partes, números y fórmulas", o de "lenguaje de fondo" (Quine, 1986a, pp. 68-69). La fórmula más habitual es "esquema conceptual (*conceptual scheme*)" (Quine, 1986a, p. 21; 1985, p. 25; 2004, p. 177).[6]

Preguntarse qué es lo que hay, qué tipos de entidades admitimos, es una interrogación que Quine denomina, siguiendo una larga tradición filosófica, ontología. Cada ontología depende de un esquema conceptual.

> Creo que nuestra aceptación de una ontología es en principio análoga a nuestra aceptación de una teoría científica, de un sistema de física por ejemplo: en la medida, por lo menos, en que somos razonables, adoptamos el más sencillo esquema conceptual en el cual sea posible incluir y ordenar los desordenados fragmentos de la experiencia en bruto (Quine, 1985, p. 44).

Preguntarse qué hay y cómo distinguir *esto* de lo *otro* es solo posible dentro de dicho espacio. Y hay más de un esquema conceptual posible. De ahí la idea de relatividad ontológica popularizada por Quine, unida a un segundo eslogan, que aquí solo mencionamos: el carácter inescrutable de la referencia, en tanto no hay una referencia absoluta sino una siempre relativa a un esquema conceptual (Quine, 1969, p. 69).[7]

---

coincidencia con Althusser en el uso de una expresión como la radical diferencia de temperamento, deslizó el asunto con ironía para generar una anécdota filosófica. Según relata Dagfinn Føllesdal (prefacio a la nueva edición de *Word & Object*), Quine le dijo a Morton White: "No recuerdo cómo se llama mi enfermedad, Althusser o Alzheimer, pero como no lo recuerdo, debe ser Alzheimer" (Quine, 2013, p. xvi). Usar términos como *aparato* moviliza toda la historia de sus usos y ese murmullo de ecos y resonancias está presente como trasfondo de significaciones, más allá de las intenciones de cada usuario particular.

6. El término esquema (*Schema*) y sus derivados (esquematismo, *Schematismus*) son centrales en la primera crítica de Kant (Capítulo primero de la "Doctrina trascendental de la facultad de juzgar o Analítica de los conceptos. Del esquematismo de los conceptos puros del entendimiento", A 137, B 176).

7. A ello hay que sumar una diversidad de otros aspectos que hacen a la visión de Quine, así el carácter naturalizado de la epistemología.

Mientras que las teorías científicas proponen ontologías precisas y explícitas, "la ontología del hombre común es vaga y desaliñada" (Quine, 1986b, p. 18). El lenguaje ordinario no presupone una ontología delimitada.[8] Son los científicos y filósofos quienes construyen, a partir de allí y en el contexto de sus prácticas, "líneas ontológicas explícitas". De esta manera "diversos giros de locuciones del lenguaje ordinario, que parecen invocar nuevas clases de objetos, podrán desaparecer... En otros puntos pueden surgir nuevos compromisos ónticos. Hay campo para elegir, y uno elige buscando la simplicidad del sistema total del mundo" (Quine, 1986b, p. 19).

De sus múltiples reflexiones destaco una, que pone en juego un concepto jurídico: el de persona.

> Nuestra liberal noción de objetos físicos pone de manifiesto un punto importante relacionado con la identidad. Algunos filósofos proponen rompecabezas: ¿qué decir sobre la identidad personal en los casos de personalidad dividida o en las fantasías sobre la metampsicosis o los trasplantes de cerebro? Pero estas cuestiones no se refieren a la naturaleza de la identidad. Se refieren al problema de cuál será la mejor manera de interpretar el concepto de persona. También hallamos en el archivo el ejemplo del barco de Teseo, reconstruido pedazo por pedazo hasta que no quedó ninguno de los pedazos originales. Que elijamos o no reconocerlo todavía como el mismo barco es una cuestión relativa no a *mismo* sino a *barco*; una cuestión de cómo elijamos individualizar ese término en el tiempo (Quine, 1986b, p. 22).

En la tradición cultural occidental el concepto de persona es una categoría jurídica: que algo cuente como persona o cosa es una distinción jurídica, más allá del eventual uso de esos términos en la vida cotidiana. El derecho parece haber seguido un camino análogo al de la ciencia para establecer sus propios criterios de objetivación e individuación; también sus propias relaciones y clasificaciones. Habría un aspecto teórico *en* el derecho, en la medida en que una teoría implica una ontología precisa y explicitada, que contrasta con la mayor indeterminación del lenguaje conceptual que opera en nuestra vida cotidiana.

8. La sociología fenomenológica reflexionó sobre las estructuras del mundo de la vida cotidiana. Son pioneros los trabajos de Alfred Schutz. Una vía para enfocar el mundo de la vida cotidiana consiste en la referencia a los subuniversos de William James, en cuanto manera de referirse a los diferentes órdenes de la realidad, cada cual con su tipo peculiar de estilo (Schutz, 1974, p. 197; James, 1945, p. 882).

2. Goodman: esquemas conceptuales y versiones del mundo

Un paso más en la senda de Quine la da Goodman, entre otros en su texto *Maneras de hacer mundos* (Goodman, 1990).[9] Dicha investigación

> pertenece a esa corriente fundamental de la filosofía moderna que se inició cuando Kant sustituyó la estructura del mundo por la estructura del espíritu humano y que continuó cuando C.I. Lewis sustituyó esta última por la estructura de los conceptos, por la de los diversos sistemas simbólicos de las ciencias, la filosofía, las artes, la percepción o el discurso cotidiano. Esa transformación de la filosofía lleva desde la concepción de una verdad y un mundo únicos, acabados y encontrados así, a pensar en una diversidad de versiones, todas correctas y a veces en conflicto, de diferentes mundos en su hacerse (*ibidem*, p. 14).[10]

La realidad siempre se da a través de sistemas simbólicos o marcos de referencia o esquemas conceptuales o formas de descripción, sin que a la vez pueda captarse una realidad en sí misma más allá de dichos sistemas, marcos, esquemas o descripciones. En continuidad con la crítica kantiana "la noción de contenido puro es una noción vacía" (Goodman, 1990, p. 23) pero, a diferencia del monismo (según el cual existe un único mundo sobre la base de condiciones de posibilidad inscriptas en el espíritu humano), Goodman arguye en favor de una pluralidad de versiones del mundo.[11] No cabe hablar del mundo en sí o de la única versión verdadera del mundo sino de plurales versiones del mundo.

Las definiciones, según la indicación de Alchourrón y Bulygin, revelan un aparato conceptual mediante el cual pensamos la realidad. Dado que ellos sostienen que el derecho está integrado (además de por normas) por definiciones, el derecho revelaría a través de sus definiciones el aparato conceptual mediante el cual pensamos la realidad. Ellos, quizás, parecen estar pensando en un esquema conceptual único. Ahora bien, el derecho contemporáneo –como he sugerido– contiene una manera singularizada de simbolizar la realidad, un esquema de referencia o lo que podríamos llamar, en los términos de Goodman, *una* versión del mundo entre las plurales versiones que conviven entre sí.

9. Quine reseña el libro de Goodman y señala sus afinidades y discrepancias (Quine, 1986b, p. 121). Una reflexión de Goodman sobre su relación con Quine está en Goodman, 1995, p. 87.
10. A su vez Goodman se reclama seguidor de James (por la referencia a los múltiples sub-universos) y de Cassirer (por la referencia a las múltiples formas simbólicas), del pragmatismo norteamericano y de una de las corrientes neokantianas, la escuela de Marburgo, a la que estuvo justamente ligado Kelsen (Ferraro, 2000).
11. El monismo es defendido por Strawson (1989, p. 14 y 1975, p. 13) y por el primer Wittgenstein, por supuesto.

Las versiones del mundo se hacen y rehacen a partir de otras, circunstancia que lleva a Goodman a reseñar operaciones y relaciones entre ellas a fin de crear ordenaciones y arquitecturas. Hacer mundos consiste entre otras cosas en identificar entidades y géneros, distinguir, separar y agrupar:

> normalmente, la aplicación de determinadas etiquetas, tales como nombres, predicados, gestos, imágenes, etc., efectúa, favorece o consolida tales procesos de consolidación o de descomposición. Así, por ejemplo, pueden reunirse bajo un único nombre propio sucesos que son diferentes en el tiempo o pueden identificarse también como parte de *un objeto* o *una persona* (Goodman, 1990, p. 25).

Determinar si dos entidades son la misma dependerá del marco de referencia, de la forma de individualizar las entidades y de agrupar en ciertas clases.

Un aparato conceptual implica una ontología, una forma determinada de identificar entidades, de ordenarlas en clases y de relacionarlas entre sí. Qué se entienda por cosa o persona, y qué cuenta como cosa o persona son cuestiones que no van de suyo en las sociedades modernas (¿cómo categorizar al cuerpo propio, los órganos, los embriones, los animales?), dependiendo de cómo se objetiva la realidad. Las normas jurídicas al hacer referencia a lo empírico lo harán a través de la ontología que se encuentra revelada por las definiciones y clasificaciones contenidas en los textos jurídicos.

Uno de los intereses que suscita esta referencia a Goodman radica en la noción de *mundo* que plausiblemente puede ocupar un lugar análogo al de *sistema*. Así como las normas componen un sistema normativo, las categorías conforman un mundo significativo. El orden jurídico es simultáneamente un orden de regulaciones normativas (sistema) y de significaciones (mundo).[12]

Las normas actúan en un orden significativo, también jurídicamente creado, que aporta el vocabulario y la conceptualización básica de aquello que ocurre y que será regulado de una u otra forma. No se trata de algunas definiciones dispersas en los textos que se incorporan para reducir las controversias, sino de la puesta de manifiesto de una red conceptual que pretende referirse a todo lo que sucede en la vida social. Hay un imperialismo del derecho, que transforma todas las realidades espontáneas en los términos de su propio marco de referencia.

3. Geertz: esquemas conceptuales y maneras de imaginar la realidad

En *Palabra y objeto*, Quine imagina una situación antropológica paradigmática: la del occidental que toma contacto por primera vez con un pueblo y vive una escena

12. El término *mundo* es usado por Cover (2002, p. 15).

en la que pasa un conejo y un indígena dice "Gavagai" (Quine, 2001, p. 50), breve ficción etnográfica que luego utilizará en "Relatividad ontológica". En la antropología anglosajona será Geertz quien, por vía de Goodman, tomará el convite. Además, se referirá al derecho en su texto "Conocimiento local: hecho y ley en la perspectiva comparada" (Geertz, 1994, p. 195).

El derecho, como cualquier otro oficio, ciencia, culto o arte "propone un *mundo* en el que tengan sentido sus descripciones". Esto significa que "lo esencial es que el aspecto jurídico de las cosas no es un conjunto limitado de normas, reglas, principios, valores o cualquier otra cosa a partir del que puedan plantearse respuestas legales a una serie de acontecimientos destilados, sino parte de una manera determinada de imaginar lo real" (Geertz, 1994, p. 202).

Aquí proponemos trazar una conexión intelectual entre "aparato conceptual para pensar la realidad" (Alchourrón y Bulygin), "esquemas conceptuales" (Quine), "versiones del mundo" (Goodman) y "una manera determinada de imaginar lo real" (Geertz), en tanto diferentes maneras de referirse a las categorizaciones efectuadas por el derecho.

Geertz desarrolló un enfoque de la cultura entendida como una serie de "estructuras de significación socialmente establecidas en virtud de las cuales la gente hace cosas" (Geertz, 1995, p. 26). Apela a Weber, para quien "el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha creado" (*ibidem*, p. 20). La antropología se centra en las dimensiones simbólicas de la acción social, entre ellas el derecho (*ibidem*, p. 40) y se dedica a examinar "las estructuras de significado en cuyos términos viven hasta el fin de sus vidas los individuos y grupos de individuos" así como "los símbolos y sistemas de símbolos por medio de los cuales se forman, comunican, imponen, comparten, alteran o reproducen tales estructuras". En otro pasaje señala que dichas estructuras aportan "una semántica de la acción" (Geertz, 1994, p. 211).

Un aparato conceptual es una manera de imaginar la realidad, una estructura de significación a través de la cual lo real adquiere sentido. En la tarea de dictar normas, reglas de conducta, se generan significados a través de los cuales nos percibimos a nosotros mismos y pensamos nuestro lugar en el mundo en relación con lo otro ante lo que nos enfrentamos. "Las cosas de este mundo y los seres humanos entre ellas, están dispuestos en categorías" (Geertz, 1994, p. 209). ¿Cuáles son las categorías a través de las cuales se presenta lo real? Se trata de una pregunta no solo pertinente para dilucidar un rasgo de la cultura sino para sacar a la luz un rasgo de la juridicidad, en tanto esta consiste en regular conductas a la vez que, podemos decir ahora a partir de la indicación de Alchourrón y Bulygin, aquella genera estructuras de significación que imaginan o conceptualizan lo real a través de ciertas y determinadas categorías.

Geertz es explícito en cuanto a las inspiraciones para lo que él llama *giro cultural*:

> Un enfoque semejante de las cosas, que no es propio de un antropólogo legal o de un antropólogo del derecho, sino de un antropólogo cultural

> alejado por un momento de los mitos y árboles de parentesco para examinar algunas de las cuestiones que los abogados occidentales encontrarían por lo menos evocadoras de aquellas con las que tratan, no centra la atención ni en las reglas ni tampoco en los acontecimientos, sino en lo que Nelson Goodman ha llamado *versiones del mundo* y otros *formas de vida*, *epistemes*, *Sinnzusammenhänge* o *sistemas noéticos*. Nuestra mirada se fija en el significado, en la forma en que los balineses (o cualquiera) dan sentido a lo que hacen –prácticamente, moralmente, expresivamente… jurídicamente– al ajustarlo en marcos de significación, y cómo mantienen, o cómo lo intentan, esos amplios marcos en su lugar, al organizar lo que hacen en esos términos (Geertz, 1994, p. 209).[13]

4. *Thomas: esquemas conceptuales, instituciones y el* ars iuris *romano*

Dentro del pensamiento jurídico continental quien destacó la relevancia de las categorías jurídicas es Yan Thomas en diferentes trabajos de historia del derecho (Thomas, 1999 y 2011). Su hilo conductor es la idea de "institución" en cuanto "formas constituidas de la vida social". Constituidas en el sentido de jurídicamente construidas, en contraste con formas espontáneas surgidas en el devenir de la vida social. Esa construcción es el *ars iuris*:

> Derecho como arte, es decir como ejercicio de puesta en forma de objetos sociales; remodelación de la realidad por medio de artificios verbales ligados a poderes especializados del decir eficaz; puesta en forma y en orden de un mundo social redefinido y recalificado por fuera de la experiencia inmediata, aun por oposición a esta experiencia de un sentido social común en contraste con el cual el derecho, por el contrario, separa lo que aparece como indistinto y separa lo que está amalgamado (Thomas, 1999, p. 9).

Es apreciable la semejanza con el razonamiento de Quine, a pesar de sus diversos ámbitos de conocimiento. Para Quine, la teoría se separa del lenguaje cotidiano para realizar sus propias decisiones ontológicas. Para Thomas, el derecho es una técnica que reordena y recalifica la vida social: "se trata de una tendencia a elaborar de una manera lúcida, consciente, técnica y programada las múltiples separaciones y las

13. Visiones análogas a la de Geertz son expuestas a partir de los trabajos de Boas, quien da inicio a la antropología cultural norteamericana (Stocking, 1966, p. 867; Sahlins, 1988, p. 9).

múltiples disyunciones del lazo social en un mundo racionalizado". Por eso "ya no tenemos inmediatamente que vérnosla con relaciones sociales o prácticas sociales, sino con entidades formales". Persona, sujeto, naturaleza, trabajo y filiación son algunos ejemplos que Thomas analiza. Son objetos institucionales a los que califica de autónomos. Se trata de "fabricar las cosas institucionales de las cuales son formadas las organizaciones sociales" (Thomas, 1999, p. 9).

Se ve también la afinidad con la perspectiva de Geertz, al poner Thomas el énfasis en la cultura como dimensión simbólica de la realidad humana:

> la historia, y las ciencias humanas en general, tienen ciertamente como objeto mostrar que nada de lo que determina el devenir de las sociedades humanas escapa a las elaboraciones muy sofisticadas de la cultura, comprendida ahí, la cultura erudita. Pero el mundo de las instituciones nos hace acceder a un grado mucho más elevado de la conciencia del artificio. Pues la sociedad misma aparece ahí como fabricada desde el exterior (Thomas, 1999, p. 12).

Y continúa:

> En el mundo de las instituciones nada puede tener estatuto de dado. La idea del hecho social (y a posteriori el de hecho social total) no tiene desde este punto de vista ningún sentido. Bajo el ángulo institucional, un hecho social no tiene existencia sino en la medida en que él es calificado y por eso preformado según categorías que revelan de un juicio de valor, es decir de un juicio práctico (Thomas, 1999, p. 12).

Thomas destaca, como todos los autores aquí convocados, las categorías de persona y objeto. "Se trata también de las divisiones a través de las cuales es instituido el sujeto como sujeto de prohibiciones: divisiones entre padre e hijo, entre padre y madre, entre originario y extranjero". Es central aquí el ensayo "El sujeto de derecho, la persona y la naturaleza. Sobre la crítica contemporánea del sujeto de derecho" (Thomas, 1999, p. 81). Uno de sus ejes es poner de manifiesto la falta de identidad entre un ejemplar biológico humano (digamos en este contexto para simplificar: un individuo) y una persona.

> En el derecho romano un mismo individuo concreto puede hacerse cargo, él solo, de varias personas. Varios individuos concretos, al contrario, pueden tener una sola persona como soporte. Tal como está constituida en derecho, la persona es una función abstracta, un continente que se presta a todo tipo de contenidos (*ibidem*, p. 94).

El derecho es una técnica de "desnaturalización". La naturaleza, entendida como cosmos o como realidad metafísica o como objeto de una ciencia matematizada, no impone a lo social sus eventuales categorías, sino que hay una técnica específica, el arte del derecho, encargado de formalizar las realidades sociales con sus propias categorías abstractas. Por eso, "el derecho es instrumento de abstracción" (*ibidem*, p. 99). Dicho proceso de abstracción tiene un fin práctico, pues se categoriza o conceptualiza para regular, para normar.

Una persona puede coincidir con un ser viviente individual humano, pero no es forzoso que sea así (Esposito, 2011, p. 20).[14] A ciertos individuos no se los consideró personas, como en la muerte civil, o se los clasificó de forma tal que resultaban asimilados casi a cosas (esclavos, mujeres, enfermos mentales). Y a ciertos seres vivientes no humanos sí se los podría considerar personas (a ciertos animales que se considere de manera singular por alguna razón) (DeMello, 2012).[15] La distinción entre lo humano y lo no humano, entre la natural y lo humano, no pasa en las diferentes sociedades por el mismo sitio conceptual y el derecho, a la vez, no necesariamente categoriza de acuerdo con otras prácticas sociales que tienen sus propias ontologías como la ciencia física o el lenguaje que constituye la vida cotidiana (Descola, 2012 y 2014, p. 240). Esas categorizaciones implican a su vez juicios de valor que se verán plasmados en las normas que complementariamente se establezcan (Rorty, 2000, p. 219).[16] Todo ello, además, expresa y cristaliza relaciones de fuerza.

En cuanto a las clasificaciones de las personas puede verse el debate, aludido por Thomas y hoy cada vez más significativo, sobre la distinción binaria de los sexos, puesta en juego por la problematización del género, en la que está en cuestión cómo categorizar y distinguir a las personas. No se trata solo de cómo nos regulamos las acciones, sino de cómo nos pensamos a nosotros mismos en cuanto personas y en nuestra relación con los otros.

14. "Persona no solo no coincide en Roma con *homo* (término empleado, sobre todo, para designar al esclavo) sino que constituye el dispositivo orientado hacia la división del género humano en categorías claramente diferenciadas y rígidamente subordinadas unas a otras… solo los *patres*, es decir, aquellos que tienen la facultad de la posesión en virtud del triple estado de hombres libres, ciudadanos romanos e individuos independientes de otros (*sui iuris*), resultan *personae* en el pleno sentido del término" (Esposito, 2011, p. 20).

15. Los animales pueden ser categorizados como *cosas muebles* en tanto cosas que pueden desplazarse por sí mismas; pero también como eventuales *personas no humanas*, o, tal otra posibilidad, dar lugar a nuevas categorías, ni cosas ni personas, por ejemplo *seres vivientes*. A su vez los animales pueden ser clasificados por diferentes rasgos a fin de posibilitar diferentes reglas jurídicas.

16. Rorty se refiere a la violencia que los serbios ejercieron sobre los musulmanes en Bosnia: "los asesinos y violadores serbios no creen estar vulnerando los derechos humanos. Pues esas cosas no se las están haciendo a congéneres humanos, sino a musulmanes. No están siendo inhumanos, sino que diferencian entre verdaderos humanos y pseudohumanos. Están haciendo el mismo tipo de distinción que hacían los cruzados entre humanos y perros infieles, y que los musulmanes negros hacen hoy entre humanos y demonios de ojos azules" (Rorty, 2000, p. 219).

El artificio que se ve actuar en la categoría de persona también se verifica en las relaciones de parentesco, en las categorías que cualifican a los individuos en las diferentes formas de estructurar las relaciones familiares, entre ellas la filiación. La antropología da numerosos ejemplos de estructuras disímiles a las creadas por el derecho occidental. Para los baruya, "todos los hermanos de mi padre son también mis padres y, por lo tanto, todas sus hijas son mis hermanas". Si "todas las hermanas de mi madre son mis madres, sus hijas son también mis hermanas", circunstancias que inciden en las prohibiciones matrimoniales edificadas a partir de dicha clasificación parental (Godelier, 2014, p. 152).

Desafíos de categorización los plantean la ciencia y tecnologías contemporáneas al permitir el trasplante de órganos, la conservación de embriones, la reproducción asistida y el uso posible de un cuerpo para gestar por otro (gestación por sustitución), entre muchísimas otras situaciones.

Lo mismo sucede con la categoría de objeto. El debate sobre el estatus jurídico de la naturaleza es aquí pertinente: "Los objetos pasan de un lugar jurídico a otro –por ejemplo se propone que la naturaleza pase del estatus de objeto a sujeto– y por estos traslados… el mapa del derecho se vuelve a componer y se formulan nuevas preguntas" (Thomas, 1999, p. 91), ante lo cual Thomas plantea sus dudas: "¿estaría la naturaleza mejor protegida si estuviese personificada y representada por unos organismos legalmente instituidos, que si fuera dejada en su estatus de cosa, pero de cosa protegida por un estatuto particular, también por hipótesis de origen legal?" (*ibidem*, p. 88).

Dijimos que muchas de estas categorías se encuentran explicitadas en los textos civiles surgidos del movimiento codificador, pero Thomas nos lleva hacia más atrás, al proceso histórico que va "desde Roma hasta la Europa moderna": "La estructura jurídica fundamental, a muy largo plazo, llegando hasta el Código civil, distingue entre cosas y personas y, dentro de las cosas, las que pueden o no pertenecer a las personas privadas" (Thomas, 1999, p. 90).[17]

Los trabajos de Yan Thomas no son los únicos en avanzar en esta dirección. En la introducción a una recopilación sobre antropología y derecho, Pottage señala "que cada una de las contribuciones a este libro se interroga cómo las técnicas jurídicas fabrican personas y cosas" (Pottage y Mundy, 2004, p. 1). Su punto de partida consiste en tomar

17. Señala Mauss, 2013, p. 350: "la persona es más que un hecho de organización, más que un nombre o un derecho a un personaje o una máscara ritual, ella es un hecho fundamental del derecho". Mauss también destaca el proyecto de la escuela francesa de sociología: "Estamos dedicados muy especialmente a la historia social de las categorías del espíritu humano. Ensayamos explicarlas una a una partiendo simple y provisoriamente de la lista de categorías aristotélicas" (p. 333). Mauss, junto a Durkheim, puso el foco sobre la historicidad de las clasificaciones sociales así como de la idea misma de clasificación (Mauss, 1974, p. 13). En trabajos específicos jurídicos, Dresch y Scheele también utilizan la noción de "categoría": "conceptos (o categorías) explícitas y reglas explícitas coexisten en una diversidad de grados" (Dresch y Scheele, 2015, p. 5).

nota del carácter problemático de dichas categorías en la actualidad, en tanto "en los sistemas jurídicos occidentales las personas y las cosas son más un problema que una presuposición. Podría señalarse a la tecnología y en particular a la biotecnología como el factor principal, pero hay otras razones para la implosión de la antigua división jurídica entre personas y cosas" (*idem*). El enfoque general consiste en destacar la especificidad de la distinción jurídica entre cosas y personas, la importancia del derecho romano, la no conexión necesaria entre las personas en términos jurídicos y la individualidad biológica o social, el carácter contingente de las categorizaciones.

Hay una historia de las categorizaciones, que se basa en su contingencia (podrían ser otras de las que son), en su artificialidad (no se basan por necesidad en distinciones naturales o biológicas) y, al menos en parte de la historia occidental, en su inserción en la propia juridicidad, tanto a través de las definiciones como de las propias formulaciones de normas.

5. El derecho moderno: definiciones expresas y esquemas conceptuales singulares

¿Qué es lo que podemos suponer que hace el derecho moderno en su faceta de pensamiento y/o imaginación social? En los trabajos sobre definiciones se tiende a dar ejemplos excesivamente particulares, pues se menciona, por caso, la definición de hipoteca. Por un lado, se la ve solo como un medio accesorio para dar más precisión; por otro, no se destaca la gran cantidad de otras categorías allí presupuestas. ¿Qué sucede en cambio si consideramos las definiciones y clasificaciones más básicas contenidas en los textos jurídicos, así en los códigos civiles, que de acuerdo con la singular historia del derecho europeo continental desde finales del siglo XVIII expresan las categorías elementales del lenguaje jurídico?

Los códigos civiles modernos, que condensan una larga tradición jurídica, incluyen las categorías y las distinciones más básicas para conceptualizar la vida social: la distinción entre personas y cosas; las definiciones y clasificaciones de ambas, personas y cosas; la división en dos sexos por ejemplo; la definición relativa al inicio jurídico de existencia de una persona, así como al de su fin o muerte; las definiciones de hecho y acto jurídicos, que incluyen una visión de la acción humana y de las condiciones de la voluntad (discernimiento, intención y libertad); las relaciones entre las personas en términos contractuales y las de las personas y las cosas bajo la forma de los derechos reales; las estructuras de parentesco y la filiación; la definición del matrimonio; el concepto de sucesión. Aquello que se presenta actualmente en el mundo social lo hace a través de las significaciones jurídicas, de los conceptos más básicos aportados por el derecho civil, a su vez reelaborados hoy por el derecho constitucional.

Hay plurales maneras de nombrar, de categorizar lo real, de distinguir y de clasificar (Geertz, 1995, p. 301). No creemos hoy en día en la existencia de una definición y

una clasificación que capte el en sí de la realidad, la naturaleza de las cosas, actitud contemporánea que se califica de pluralista y pos-metafísica. Por eso nos referimos a la definición de un término no a la captación intelectual de una esencia a través de una supuesta definición real; lo mismo con las clasificaciones: hay variadas maneras de ordenar lo que se presenta y no un privilegio metafísico de alguna de esas formas.

Es preciso distinguir la libertad que tiene el científico para efectuar una definición o una clasificación del complejo proceso histórico, colectivo y social, de generar las tramas de significación a través de las cuales ese mismo proceso es pensado, imaginado y vivido. Porque estamos ante el aparato conceptual contenido *en* el derecho, no en la ciencia (más allá de que el aparato conceptual contenido en el derecho tiene sus raíces históricas en las conceptualizaciones de la doctrina y que las relaciones entre la doctrina y su objeto, desde este punto de vista, deba ser dilucidado).

Las categorías jurídicas parecen ordenarse de lo general a lo particular. Distinguidas las personas de las cosas, se clasifican personas y cosas, de manera cada vez más particularizada. Hay una diferencia de generalidad entre el concepto de cosa y el de bien mueble. Mientras que las normas forman un sistema jerárquico de creciente particularización, de las normas más generales a los últimos actos particulares de ejecución, las categorías jurídicas forman una estructura de conceptos generales o clases más específicas, subclases.

Es un camino para explorar el de las relaciones que entablan normas y categorías desde esta óptica. Una primera observación: las categorías más generales aportan el vocabulario de una multiplicidad de normas, mientras que las categorías más específicas son usadas solo en pocas o incluso en solo una norma del sistema. Es la diferencia entre la categoría de persona, usada en una multiplicidad de normas de todas las ramas del derecho y la de ganancia neta sujeta a impuesto, solo pertinente en el conjunto de normas que establecen el impuesto sobre la renta.

Siguiendo el léxico de Quine: estamos ante una forma de compromiso ontológico que luego permitirá la formulación de normas jurídicas. La determinación de qué entidades, qué clases de entidades y qué relaciones conforman el mundo significativo que el derecho, en tanto sistema normativo, regula. En la anterior frase dimos casi inadvertidamente un paso teórico más. Alchourrón y Bulygin consideran que las definiciones sirven para mejor identificar las normas. En ese argumento uno tiene *primero* las normas y luego, de forma adicional, puede haber algunas definiciones que sirvan para facilitar el proceso interpretativo de pasar de enunciados normativos a normas jurídicas propiamente dichas. Pero vistas como indicios de un aparato conceptual para pensar la realidad, en la lectura que aquí hacemos de esta frase algo enigmática, ellas son en algún sentido previas a las normas, pues estas regulan las conductas de acuerdo con el filtro o entramado o estructura de significación que aportan los esquemas conceptuales jurídicos. Las normas jurídicas modernas son entonces *dependientes* de un aparato conceptual. O en otros términos: en ciertos derechos las reglas funcionan en un mundo jurídicamente ya significado a través de

un vocabulario o léxico o marco de referencia singular que también es jurídico y que implica una manera de imaginación social (Geertz) o de pensamiento de la realidad (Alchourrón y Bulygin).

Se bifurca así la problemática de la interpretación. Por un lado, es la actividad de pasar de un texto jurídico a su significado normativo. Por otro, el aparato conceptual incluido en el derecho implica ya una interpretación determinada de lo real. Las formas de designar, individualizar, ordenar y clasificar lo real implican de suyo una forma específica de interpretarlo. En los términos fuertes de Alchourrón y Bulygin parece haber propiamente *un* aparato conceptual que nos permite pensar la realidad. No obstante, como venimos argumentando, esta visión monolítica resultaría más razonable sustituirla por una visión pluralista.

Este funcionamiento más profundo de los esquemas conceptuales permite volver sobre la distinción entre normas y definiciones realizada por Alchourrón y Bulygin en términos de enunciados sintéticos y analíticos. Vimos hasta ahora las definiciones. Alchourrón y Bulygin avanzan con la analogía y consideran que las normas son enunciados sintéticos en la medida en que, de acuerdo con su función prescriptiva, es necesario que ellas puedan ser cumplidas o incumplidas en la realidad. Los enunciados sintéticos tienen contenido empírico, se refieren a la realidad: "las normas, aunque no son descriptivas de una realidad empírica, tienen que ser sintéticas, pues tienen que hacer referencia a conductas, es decir, a ciertos hechos" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 459).

Dada la importancia del aparato conceptual jurídico moderno, esas conductas y hechos se presentan a través de su lente. Lo empírico entra a las normas a través del filtro de sus esquemas conceptuales. El destinatario de las normas no es un ejemplar de una especie o alguna forma de particularizar característica del mundo de la vida cotidiana sino una persona o alguna clase de persona según distinciones efectuadas por el propio derecho. Sus conductas son acciones jurídicamente pensadas (por ejemplo como libres o intencionales). Hay que indagar los singulares entrelazamientos que se dan entre normas y aparatos conceptuales. Así, las definiciones parecen tener una función mucho más dilatada que ser simples instrumentos auxiliares en la tarea de identificar normas.

En este sucinto recorrido se perfilan varias distinciones, que se desprenden del texto que comentamos cuando expresa que las definiciones *ponen de manifiesto* un aparato conceptual. Pueden distinguirse las definiciones contenidas en los textos jurídicos positivos del conjunto de conceptos, no expresamente definidos, que categorizan la realidad que será regulada por las normas, alguno de los cuales son puestos de manifiesto por aquellas. Esta distinción permite efectuar dos distinciones subsiguientes. En primer lugar, distinguir sistemas jurídicos con definiciones expresas o solo con definiciones implícitas. En segundolugar, distinguir sistemas jurídicos que generan un aparato conceptual propio, diferente del mundo de la vida cotidiana y de la práctica científica (esquema conceptual singular), de sistemas jurídicos que

solo regulan conductas y no modifican las categorizaciones sociales o científicas (esquema conceptual derivado). En ambos casos con diversidad de grados entre uno y otro polo ideal.

El derecho moderno se caracteriza por conjugar la abundante presencia de *definiciones expresas* contenidas en los textos (sin perjuicio de la presuposición de otras tantas de carácter implícito) y de un *esquema conceptual singular*, fruto de una profunda elaboración histórica.

Resulta claro que podemos imaginar derechos positivos sin definiciones expresas. También sin un aparato conceptual singular.[18]

III. Argumentaciones complementarias a partir de otros textos de Alchourrón y Bulygin

En esta sección, primero nos referimos a "Sobre las normas de competencia", en la que también se utiliza la expresión "aparato conceptual" (1), y luego enfocamos la cuestión desde la visión de las normas expuesta en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (2).

1. Los esquemas conceptuales en "Sobre las normas de competencia"

Las definiciones son objeto de una nueva reflexión de Bulygin en "Sobre las normas de competencia", de 1988. Aquí sigue un objetivo análogo al ensayo ya comentado: criticar el normativismo (reducir la competencia a normas de competencia) y justificar que la mejor forma de reconstruir la competencia jurídica es en términos de definiciones (Ferrer, 1997). Pero aquí se ahonda en la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos reflexionando a su vez sobre la distinción entre reglas regulativas y constitutivas. Las referencias de Bulygin son las reglas determinativas de von Wright y las reglas constitutivas de Ross y Searle (von Wright, 1970; Ross, 1971; Searle, 1986).[19]

Este tipo de reglas define cierto tipo de conducta (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 491). Son reglas conceptuales pues lo que hacen "es definir conceptos". Sus ejemplos

18. Esta distinción permite deslindar la problemática técnico-filosófica sobre las proposiciones analíticas (en las que las posiciones polémicas de Quine ocupan un lugar destacado) de la vía abierta a partir de esta lectura de Alchourrón y Bulygin sobre la conexión entre normas jurídicas y aparatos conceptuales. Si bien incluimos un pasaje superficial por el primer punto, la estrategia de este análisis pasa por enfatizar el segundo.

19. Con posterioridad, Searle ha desarrollado su visión sobre las reglas constitutivas (Searle, 1997).

son las reglas de la gramática y ciertas reglas de los juegos (pues los juegos según Bulygin combinan reglas conceptuales y regulativas).[20] Señala Bulygin:

> las reglas conceptuales son constitutivas en el sentido que Ross y Searle dan a este término. Son constitutivas porque definen modelos de conducta que no existen fuera de esas reglas. Esto es lo que Ross tiene en mente cuando opone los actos constituidos por reglas a los actos naturales, para cuya realización no es necesaria ninguna regla. La misma idea encontramos en Searle cuando dice que las reglas constitutivas constituyen una actividad, cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas (*ibidem*, p. 494).

Estas consideraciones son luego conectadas con la visión expuesta en "Definiciones y normas" formándose dos series de nociones. Por un lado, normas, reglas de conducta o regulativas y enunciados sintéticos. Por otro, reglas constitutivas, reglas conceptuales, definiciones y enunciados analíticos. Y se reitera la idea objeto de este comentario: "La importancia de las definiciones reside en hacer explícito el *aparato conceptual* usado y su papel es igualmente importante tanto en la ciencia como *en* el derecho" (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 495).

Si el derecho moderno incluye un aparato conceptual a través del cual se imaginan o piensan las categorías más básicas de la vida social (la persona y sus clasificaciones; las estructuras de parentesco; las cosas y sus clasificaciones; las relaciones entre las personas; las relaciones entre las personas y las cosas) y si es a través de ese marco de referencia que las normas regulan las conductas entendidas como acciones humanas, estaríamos ante reglas constitutivas que definen conceptos, categorías, actividades, etc., que son empleados en la formulación de normas de conducta.

¿Puede imaginarse un conjunto de normas jurídicas que no esté vinculado con definiciones expresas y con un aparato conceptual singular como sucede en el derecho moderno? En ese caso habrá una práctica social a través de la cual la realidad será aprehendida y las reglas jurídicas estarán adaptadas a esa categorización externa

20. Una misma regla no puede ser constitutiva y regulativa a la vez, crítica que Bulygin hace a Searle. Una definición no puede ser simultáneamente una prescripción (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 494). "Las dos categorías son lógicamente disyuntas y aunque entre las reglas de un juego podemos encontrar diferentes tipos de reglas, ninguna regla puede pertenecer a la vez a más de un tipo" (*ibidem*, p. 495). También destacan la dificultad en trazar una línea de demarcación (*ibidem*, p. 459). La delimitación requiere una visión holística del derecho: "Solo la reconstrucción global de un texto completo permitirá identificar ciertos artículos como definiciones o enunciados analíticos y otros como formulaciones de normas. Pero al mismo tiempo surge que siempre ha de haber tanto normas, como definiciones y enunciados analíticos, aunque las definiciones pueden no estar formuladas explícitamente; de ahí la importancia de trazar una clara distinción entre unas y otras" (*ibidem*, p. 461).

(social pero no jurídica). Tal vez una característica particular del derecho moderno (un rasgo contingente si hablamos del derecho en general pero definitorio de un tipo específico de ordenamiento) sea la de conjugar la presencia de un aparato conceptual *singular* para pensar o imaginar la realidad, fruto de un lento proceso histórico de construcción sobre la base del *ars* jurídico romano, con una gran cantidad de definiciones *expresas* contenidas en textos positivos, que son un indicio de aquel esquema. Como si el desarrollo del derecho moderno se basase en expandir el ámbito de las reglas constitutivas, de manera que todas las normas del sistema (las reglas regulativas) estén expresadas en un vocabulario aportado por reglas constitutivas también jurídicas (reglas conceptuales). A diferencia de otras culturas jurídicas, el derecho moderno sería análogo a un juego complejo compuesto de reglas constitutivas singulares (los conceptos y categorías básicas reveladas por las definiciones expresas) y reglas de conducta (las reglas regulativas o normas).

Por eso el derecho moderno no solo incluye reglas que dicen lo que debe ser (lo prohibido, permitido y obligatorio), sino también una manera singular de pensar y ver la realidad, a su vez expuesta en abundantes definiciones expresas, con la pretensión de formar un arquitectura completa de la vida social.[21]

2. Los esquemas conceptuales a la luz de Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales

¿El asunto podría verse de otra forma si, en vez de utilizar la forma esquemática de entender las normas empleada en el trabajo bajo comentario, volviéramos la vista al estudio primigenio de Alchourrón y Bulygin: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*? ¿Qué sucede si vemos el problema desde la manera deentender las normas en dicho texto? (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 99-100 y 107).[22]

Alchourrón y Bulygin consideran que las normas son enunciados que correlacionan casos con soluciones. Se requiere ante todo especificar una serie de universos: el universo del discurso, compuesto por un conjunto de situaciones o estados de cosas identificados por una propiedad, y el universo de las acciones, que son las que serán objeto de regulación o de calificación como obligatorias, prohibidas o permitidas. En

21. Como ya señalamos hay dos planos en juego: la singularidad del aparato conceptual por un lado, y la presencia de definiciones expresas por otro. En ambos puede haber cuestiones de grado. Así, por ejemplo, puede haber algunas definiciones expresas y otras implícitas. Y también esquemas conceptuales singulares y esquemas conceptuales receptados de otra práctica social, sea la ciencia, o la trama de sentido de la vida cotidiana (que aquí llamamos esquemas conceptuales derivados).

22. Las definiciones son tratadas brevemente como proposiciones que correlacionan casos con casos, reglas conceptuales y postulados de significación (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 99- 100 y 107).

su ejemplo, la propiedad definitoria del universo del discurso es la de ser una enajenación de un inmueble que pertenece a un tercero. Y hay una única acción básica: la acción del tercero adquirente que consiste en la restitución del inmueble al propietario. Ambos universos definen el ámbito de un problema normativo. La pregunta normativa consiste en determinar en qué circunstancias el adquirente está obligado a restituir el inmueble al propietario. Ello dependerá, según los autores, de las propiedades que se tomen en cuenta de acuerdo con cómo se valore el problema. En su ya clásico ejemplo toman tres propiedades: la buena fe del adquirente, la buena fe del vendedor y el título oneroso del acto. Pero es contingente qué propiedad el legislador toma en cuenta: podría haber sido el color de la piel del propietario o el tamaño de su nariz. A partir de estos elementos es posible construir un universo de casos. El conjunto de todos los casos posibles determina el ámbito fáctico del problema. Lo que permite volver al inicio: una norma será la correlación de casos con soluciones normativas. He aquí una norma: "si el adquirente es de mala fe (caso o ámbito fáctico), entonces está obligado a restituir el inmueble al propietario (solución deóntica)".

La literatura posterior da la impresión de haberse preocupado con mayor énfasis del aspecto deóntico del problema y de la idea de sistema; de los operadores deónticos y los sistemas normativos, para resumir. Quedó en un segundo plano una mayor exploración sobre el origen de la selección o el significado del universo de propiedades relevantes que dan lugar al ámbito fáctico del problema; también sobre las tecnologías jurídicas necesarias para construirlos.

La enunciación de los universos (de discurso y acciones) requiere de definiciones y clasificaciones, sean expresas o implícitas. Hay una movilización de categorías para pensar una realidad respecto de la cual, luego, se harán interrogantes deónticos. Están en juego las definiciones de persona en general y de vendedor, comprador, poseedor y propietario; la definición de cosa y de bien, mueble e inmueble, incluyendo la del dinero; la definición de buena fe. Claro que el ejemplo está simplificado, pues ese problema, en la realidad de los textos civiles, pone en juego muchas más caracterizaciones.

Con estos elementos un enfoque posible es el siguiente, que muestra la incidencia de la lectura aquí propuesta en el enfoque más general sobre las normas expuesto por Alchourrón y Bulygin:

a) las autoridades crean textos jurídicos que contienen formulaciones normativas y definicionales.
b) todo el vocabulario de los textos jurídicos revela esquemas conceptuales que categorizan la realidad.
c) los esquemas conceptuales pueden ser singulares (construcción jurídica propia) o derivados (construcción social que el derecho adopta).
d) los esquemas singulares pueden tener un mayor o menor grado de elaboración.
e) las definiciones expresas contenidas en textos revelan un alto grado de desarrollo teórico de los esquemas conceptuales.

f) reconstruir normas (correlación de casos y soluciones) a partir de textos exige reconstruir esquemas conceptuales.
g) las normas implican el uso de categorías (persona, bien mueble, intención, etc.).

Hay dos planos teóricos: los textos (formulaciones normativas y definicionales) y el resultado de la interpretación (normas). Las definiciones y las normas asociadas a ellas revelan esquemas conceptuales. El derecho contemporáneo está concretizado en textos que contienen definiciones y que revelan esquemas conceptuales singulares altamente elaborados, fruto de una historia de larga duración, uno de cuyos componentes es la existencia de doctrinarios profesionales. El orden jurídico estructura de forma singular las realidades que regula a través de las normas. Códigos y constituciones pretenden exponer singulares y sofisticadas versiones del mundo, trasfondos simbólicos de las prescripciones. La doctrina, cuando reconstruye un sistema normativo, también reconstruye un orden significativo.

Las definiciones nos sirvieron como un indicador para sacar a la luz la conexión profunda entre normas y aparatos conceptuales.

IV. Argumentaciones complementarias vinculadas con Kelsen

Una incursión en la obra de Kelsen resulta imprescindible, no solo por su carácter ineludible ante cualquier debate teórico-jurídico, sino además por ser el trasfondo intelectual de las investigaciones de Alchourrón y Bulygin.

1. La posible influencia de Kelsen en el relegamiento de los esquemas conceptuales en la teoría del derecho

Cabe preguntarse por qué este aspecto de la juridicidad moderna quedó en un cono de sombra. Tengo varias hipótesis vinculadas con la incidencia de la obra de Kelsen. Me detengo en una, basada en el dualismo fundamental entre dos perspectivas diferentes del conocer sostenidas en los principios de causalidad e imputación (Kelsen, 1979).

Desde sus primeras obras (así *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, cuya primera edición es de 1911) hasta las últimas (*La teoría pura* de 1960), y a partir de una original relectura de la filosofía kantiana, Kelsen expone un dualismo entre sociedad y naturaleza, cuyo criterio pasa por el principio a partir del cual ambos órdenes son conocidos. El principio de causalidad permite ver la realidad como naturaleza; el de imputación permite verla como sociedad. El comportamiento puede ser

estudiado en términos causales y entonces forma parte de la naturaleza. Pero también puede verse desde la óptica de la imputación, en tal caso "la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano" (Kelsen, 1979, p. 89).

La norma es un esquema de explicitación que permite aprehender el sentido de un comportamiento. La sociedad es un ámbito de sentido pero ese sentido es solo normativo, es un deber ser. Y todo lo que no es deber ser cae del lado de lo natural, del ser y es ajeno al conocimiento específicamente jurídico. O estamos del lado de la norma o del lado de lo natural: "La sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos" (Kelsen, 1993, p. 152). Kelsen trata la ciencia jurídica como un saber sobre significados y esos significados son la sociedad. Pero esos significados solo son normativos.

Lo que queda eludido en la bipartición kelseniana son los significados que hacen a la vida social humana que no son prescriptivos y que no se diluyen en el estudio causal de la naturaleza. Los estudios de Kelsen sobre esta bipartición son tan problemáticos como fascinantes y muestran las derivaciones epistemológicas y sociológicas de sus ideas.[23] En ellos traza una historia del surgimiento y desarrollo de los principios ordenadores, proponiendo que las sociedades primitivas se caracterizan por desconocer el principio de causalidad (desconocen la naturaleza en cuanto sistema causal) y por extender de forma universal el principio de imputación. Lo que nosotros llamamos naturaleza para ellos forma parte de la sociedad. Es por evolución a partir del principio de imputación que se desarrolla lentamente el principio de causalidad (es aquí decisivo el pensamiento griego) y la posibilidad de que exista una ciencia como tal, dejando atrás una cosmovisión metafísica y teológica de la realidad (en la que todavía están presos los partidarios del derecho natural) (Kelsen, 1945).

Kelsen a) simplifica las condiciones del conocimiento expuestas por Kant a solo dos principios (causalidad e imputación); b) elimina la complejidad de esquemas, categorías y condiciones expuestas en la crítica de la razón pura y c) confina la noción de razón práctica al ámbito de lo teológico y metafísico (Kelsen, 1994, p. 89). Además de simplificar el escenario y generar una visión neokantiana de gran austeridad, propone una historia natural sobre cómo se fueron generando esos principios ordenadores, que ya no pueden ser considerados rasgos innatos del espíritu humano o categorías universales del conocimiento.

La elisión kelseniana de la dimensión significativa (no normativa) de la vida social queda de manifiesto en varios pasajes de sus extraordinarias investigaciones. En "Causalidad e imputación" considera:

23. Ulises Schmill, en la presentación de escritos de Kelsen, se refiere con agudeza a la *unificación no primariamente intencionada*: las múltiples consecuencias que tiene en diferentes campos del saber la postulación de hipótesis de gran riqueza (Kelsen, 2004, p. 7).

> el llamado animismo del hombre primitivo supone que no solo los hombres sino todas las cosas tienen alma (son animadas), que existen espíritus invisibles pero poderosos en las cosas o más allá de ellas, lo cual implica que todas las cosas son personas. Este punto de vista implica que las cosas reaccionan frente al hombre según las mismas pautas de conducta que el hombre utiliza con sus semejantes, es decir, según la norma retributiva, el principio de castigo y recompensa (Kelsen, 1979, p. 227).

Agrega que "la esencia del animismo es una interpretación personalista y, por tanto, socionormativa de la naturaleza" (Kelsen, 1979, p. 227).

Kelsen reduce dos fenómenos a uno. Admitamos la hipótesis de que el principio de imputación estructura la realidad de los pueblos salvajes. Pero hay otro aspecto: la afirmación de que las cosas tienen alma y que existen espíritus invisibles. Esto se refiere a cómo es la realidad, qué entidades la componen y qué relación mantienen entre sí, más allá de lo normativo. Por otro lado, la dimensión normativa no necesariamente implica esas categorías. El estudio etnográfico muestra que hay muchas formas de categorizar la realidad. Más aún: hay variadas formas de trazar el límite entre qué se considera naturaleza y sociedad.

El enfoque kelseniano evade la dimensión cultural de la realidad humana, reduciendo lo social a normas o en su defecto a un fenómeno natural. Pero la cultura, entre muchas otras ópticas posibles, es esa dimensión simbólica y categorial de la vida humana a través de la cual adquiere sentido. Parece excesivamente reduccionista confinar el ámbito del sentido al exclusivo significado normativo.

Como lo muestra la última cita de Kelsen, hay un aspecto central de los esquemas conceptuales que es la delimitación de la ontología: cuáles son las entidades que se reconocen, cómo se clasifican y cómo se relacionan entre sí. Otra cita lo ratifica:

> La mentalidad primitiva desconoce el dualismo que consiste en considerar la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo, dualismo que conecta los elementos entre sí de dos modos distintos. El hecho de que este dualismo existe en la mentalidad del hombre civilizado es el resultado de una evolución intelectual durante la cual la diferencia entre el ser humano y otros seres, entre personas y cosas, diferencia que el hombre primitivo ignoraba, quedó establecida" (Kelsen, 1979, p. 227).

Diferencias en cuanto a las ontologías, a cuáles son las entidades que pueblan el mundo y a cuál es su repartición. Diferencias simbólicas, que exceden la idea ordenadora del principio de retribución o imputación. Las culturas difieren en cómo distinguen los componentes del mundo, en la forma de captar, comprehender y categorizar la vida humana y la vida y la muerte en general, en la manera de objetivar aquello que nosotros llamamos entorno y en la manera de relacionarnos

con nosotros mismos, así como con los otros tanto semejantes como diferentes. Una trama singular de significaciones no parece ser un rasgo necesario del derecho pero sí resulta un aspecto clave del derecho moderno, surgido del doble movimiento de codificación y de constitucionalización. Un derecho con códigos y constituciones es un derecho que incluye un modo singular de simbolizar la realidad y del que depende el sistema normativo.

El dualismo de Kelsen puede considerarse desde otros ángulos. Es reveladora la comparación con el dualismo que propone Bruner desde la psicología cognitiva, para quien hay dos modalidades de funcionamiento cognitivo o pensamiento "y cada una de ellas brinda modos característicos de ordenar la experiencia, de construir la realidad" (Bruner, 1994, p. 23). Bruner distingue el argumento bien construido del buen relato, así como las capacidades psíquicas vinculadas con uno y otro. La narrativa se ocupa de las vicisitudes de la intención:

> propongo esta definición no solo porque le permite al teórico cierta flexibilidad sino porque además tiene un *primitivismo* que resulta interesante. Por primitivo quiero decir simplemente que se puede afirmar sólidamente el carácter irreductible del concepto de intención (tanto como hizo Kant con el concepto de causalidad). Es decir, la intención es inmediata e intuitivamente reconocible: no parece requerir para su reconocimiento ningún acto interpretativo complejo por parte del espectador (Bruner, 1994, p. 29).

Causalidad e intención son para Bruner categorías mentales primitivas.

La intención remite a otra serie de nociones que permiten enfocarde cierto modo la realidad: persona, acción, consecuencias de la acción, motivos de la acción, responsabilidad (Ricoeur, 1988).[24] Actos realizados con o sin voluntad: se ve aquí uno de los aspectos centrales de la categorización jurídica de la realidad humana. La voluntad definida como la síntesis del discernimiento, intención y libertad es un aspecto central del derecho civil moderno y de la caracterización de las personas.

Se ve la formalización singular que realiza el derecho, pues la visión de la persona y de las condiciones internas de la voluntad (discernimiento, intención y libertad) no tiene por qué coincidir ni con el sentido común del mundo de la vida cotidiana ni con las explicaciones científicas de los fenómenos físicos, más allá de que no se trata de una esfera cerrada en sí misma sino que mantiene relaciones

24. "La tarea del análisis conceptual consistirá en elaborar las nociones primeras o categorías sin las cuales no sería posible darle a la acción su sentido de acción. Así los conceptos de intención, de fin, de razón de actuar, de motivo, de deseo, de preferencia, de elección, de agente, de responsabilidad… son conceptos que tienen como función abrir a la observación, a la explicación y a la comprensión, un campo de experiencia que sería precisamente lo que llamamos acción" (Ricoeur, 1996).

e influencias con las restantes prácticas sociales (incluidas en estas las reflexiones filosóficas sobre la acción).[25]

2. El análisis de Kelsen de la categoría de persona y los problemas argumentativos de la teoría pura del derecho

Algunos de los ejemplos antes mencionados de categorías son analizados por Kelsen en la estática jurídica de su teoría pura. Allí se consideran los conceptos de persona y propiedad. En ambos casos la estrategia argumentativa kelseniana es semejante y sigue un doble andarivel. Por un lado, la noción tradicional es superflua pues puede ser reemplazada en términos normativos. Por otro, ella cumple una función ideológica para justificar ciertos arreglos jurídicos.

Veamos la disolución que hace Kelsen de la categoría de persona, dejando para un estudio más profundo lo relativo a la función ideológica. Su argumento es el siguiente:

> ¿En qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, la calidad de persona? En no otra cosa sino en que el orden jurídico impone obligaciones y derechos a los hombres. 'Ser persona' o 'tener personalidad jurídica' es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos. La persona, como portador de obligaciones jurídicas y derecho subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones jurídicas y derechos, como cuyo portador es representado. Así como el árbol, del cual en un lenguaje sustantivista, que es expresión de un pensamiento sustancialista, se dice que tiene tronco, ramas, hojas y flores, no constituye una sustancia diferente de ese tronco, ramas, hojas y flores, sino que es su concepto comprehensivo, la unidad de esos elementos. La persona física o jurídica que 'tiene', como su portador obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, *es* esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad (Kelsen, 1979, p. 183).

Se trata de un conjunto de normas, de un conjunto de obligaciones y derechos subjetivos que metafóricamente se convierten en una unidad sustancial llamada

25. Llama la atención la tendencia, visible por ejemplo en la inquietud de Hart ante el "factor mental", a reducir la visión jurídico-positiva de la voluntad a otros términos, como si la forma civil de conceptualizarla tuviera algo diabólico (Hart, 2014b, p. 13). Nino realiza un resumen de las posiciones de Hart y un balance de las reflexiones analíticas sobre la acción; González Lagier un balance actual (Nino, 1987; González Lagier, 2013).

persona. Pero, dice Kelsen, el derecho (las normas) puede describirse sin apelar a la idea de persona. Una persona no es más que un conjunto de normas. Se ve la primera consecuencia difícil de admitir: si cambia una norma, si se modifica, elimina o agrega una obligación o un derecho subjetivo hay otro conjunto de normas diferente del primero y por ende otra persona. Cada cambio en el conjunto de normas nos da otro conjunto de normas y eso significa que estamos ante una persona diferente. Podría decirse, en analogía al enfoque de Alchourrón y Bulygin sobre sistemas y órdenes normativos, que una persona es una secuencia de conjuntos de normas. En ambos casos surge la pregunta de qué es lo que da unidad a ese conjunto de normas llamada persona. Interrogante que se hace Kelsen:

> Persona jurídica es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas –o más concretamente: puesto que esas obligaciones y derechos son normas jurídicas–, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. La cuestión consiste en establecer cuál sea, en uno y otro caso, el factor que *establece la unidad* (Kelsen, 1979, p. 184).

¿Cuál es entonces el elemento que le otorga unidad a ese conjunto? Esta es la respuesta de Kelsen:

> La unidad de las obligaciones y derechos subjetivos, es decir, la unidad de las normas jurídicas que aquí interesan, que constituye un persona física, está dada en cuanto al contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta *de uno y el mismo hombre*; es la conducta de *uno y el mismo hombre* la determinada por las normas jurídicas. La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a *uno y el mismo hombre*. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica (Kelsen, 1979, p. 184, énfasis añadido).

La unidad de un conjunto de normas se logra en la medida en que se dirigen o regulan la conducta de uno y el mismo hombre: "*daß es das Verhalten eines und desselben Menschenist*" (Kelsen, 1992, p. 178).[26] Por un lado la persona física es una

26. En la traducción de Charles Eisenmann se utilizan las expresiones "un seul et même homme" y "un seul et même individu" (Kelsen, 1999, p. 175).

construcción jurídica, artificial, no natural, reducible a un conjunto de normas (y además solo un concepto auxiliar de la ciencia). Pero la unidad de ese conjunto de normas sí se remite a una realidad natural, prejurídica, ya dada: uno y el mismo hombre. Como señala en su *Teoría General del Derecho y del Estado*: "Hombre es un concepto de la biología y la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales. Persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas" (Kelsen, 1949, p. 97). Allí se encuentra el punto complejo, pues ¿de dónde surge esa realidad natural qué le da identidad e individualidad a ese uno y mismo hombre? Parece haber en la teoría pura una remisión directa a una realidad natural, quizás a la identificación que hace la ciencia física-biológica de un ser humano. Pero pueden imaginarse muchas situaciones en las cuales no hay coincidencia entre la identidad de un ser humano en términos biológicos y su identidad jurídica como persona.[27]

Parece más plausible, más ajustado a cómo efectivamente funciona el derecho positivo moderno (y de seguir a Thomas: también el derecho romano), sostener que hay una realidad individualizada jurídicamente como persona (que no necesariamente coincide con la unidad psicofísica de un individuo humano) y luego a esa persona se le atribuyen derechos y obligaciones. Dada *ya* una individualización a través de una categoría jurídica, a ese sujeto que es ya una construcción jurídico-positiva *luego* se le atribuyen o dirigen normas, y que se mantendrá este más allá de la variación de esas normas (de forma analógica a cómo un nombre propio se mantiene rígidamente siendo este más allá de los predicados que se le atribuyen). Es preciso que la persona se mantenga, que sea esta, a fin de que se la considere civilmente responsable por un daño realizado por ella misma o para aplicarle una sanción como reacción a un ilícito realizado por ella misma. Por más que se modifiquen las normas que tengan a esa persona como destinataria, ella se mantiene esta y la forma de operar el derecho moderno exige que se mantenga esta.[28]

Esto no significa recaer en el segundo andarivel de la crítica kelseniana: la suposición de una subjetividad prejurídica, natural, poseedora de suyo de derechos y obligaciones naturales. Puede admitirse el discurso crítico de la teoría pura, pero queda

27. Imaginemos que un cuerpo físico se identifique en términos biológicos como x. Sin embargo, el derecho puede considerar como una única persona H a un conjunto de cuerpos biológicos vinculados por lazos de sangre y que incluye a x. Adicionalmente puede haber reglas según las cuales un cuerpo de H puede pasar a J de la misma forma que se transmite una cosa. El cuerpo biológico x formó parte de dos personas diferentes H y J, además junto a otros cuerpos. Se trataría de un ordenamiento jurídico que no correlaciona un cuerpo biológico con una persona. También puede imaginarse que la categoría de persona sea objeto de un sorteo: un mismo cuerpo biológico x puede ser diversas personas a lo largo de su vida.

28. Ricoeur señala los términos del problema en juego: "Se nombra a la persona como sujeto *indivisible* (tal persona ha hecho tal cosa y no su mano) y como sujeto *idéntico* (el que ha hecho tal cosa es el mismo que ha hecho tal otra) y como sujeto *pre-identificable* (el que hizo eso ayer es el mismo que hoy lo justifica)" (Ricoeur, 1988, p. 61).

la pregunta de si es suficiente la apelación a la naturalidad de ese "uno y el mismo hombre" para otorgarle unidad al conjunto de normas. Avanzar en la hipótesis deque hay una categoría (la persona) que es un instrumento jurídico formal que permite individualizar ciertas entidades y luego clasificarlas en categorías de menor generalidad (menores, mayores, mujeres, personas trans, extranjeros, etc.), correlacionada con la categoría de cosa y sus pertinentes subdivisiones y clasificaciones, parece ser más fructífero que continuar en el camino de la disolución de las categorías en normas.

Se trata de profundizar la propia crítica kelseniana: no solo no cabe admitir la existencia de un derecho natural, tampoco resulta racional aceptar la existencia de entidades naturales, así ese "uno y el mismo hombre" supuesto por la teoría pura. La insuficiencia de la reducción a normas (pues las normas finalmente no se unifican por sí mismas y requieren un factor de unidad) no se subsana con la apelación a entidades naturales, actuando entonces una categorización social, que en el mundo moderno es llevada a cabo por la práctica del derecho.

Como señalan de forma coincidente Thomas, Pottage y Mundy: una de las características de los tiempos que vivimos es la puesta en crisis de las categorías jurídicas tradicionales más básicas, ya sea por las cuestiones de género (que ponen en entredicho la distinción basada en rasgos biológicos entre hombre y mujer), ya sea por la cuestión de la animalidad (que desestabiliza su caracterización como cosa), ya sea por los efectos de la revolución científico-tecnológica sobre las manipulaciones posibles de los cuerpos (situación de los embriones, de la fertilización artificial, etc.), ya sea por los cuestionamientos derivados del pensamiento ecológico, que llevan a interrogarse sobre la caracterización de la naturaleza como objeto a apropiar. No parecen ser solo discusiones sobre normas sino que incluyen un replanteamiento sobre cómo pensar lo que hay, lo que adviene, aquello que se presenta como realidad, así como las categorías y conceptos hasta ahora utilizados para pensar, dar sentido y manipular esa misma realidad.

Se trata de la puesta en crisis de categorías muy básicas, que durante largo tiempo se consideraban naturales, una evidencia, un suelo incontrovertible a partir del cual se debatían las regulaciones normativas pero sin cuestionar ese fondo jurídico-simbólico de la realidad social.

V. Un comentario final, con una vuelta fugaz por las ficciones de Borges a través de Foucault

Nuestro camino consistió en comentar una expresión de Alchourrón y Bulygin (aparato conceptual) que tomamos como base, explorando diferentes ámbitos (filosóficos, antropológicos, históricos) en los cuales son usadas expresiones semejantes. Dicho comentario nos permitió a su vez comenzar a desarrollar varias tesis sobre la

importancia de los esquemas conceptuales en el derecho moderno, que señalamos en un inicio.

Podría realizarse un ejercicio complementario, ligeramente más barroco: suponer que Alchourrón y Bulygin hacen ellos mismos un comentario en segundo grado. Es decir: en su texto comentan (segundo grado) el comentario (primer grado) que otro autor hace de un texto primero (grado originario). La suposición consiste en considerar que el texto originario es de Borges: "El idioma analítico de John Wilkins" (Borges, 1993, p. 84).[29] El texto se refiere al proyecto de Wilkins de crear un idioma capaz de organizar y abarcar todos los pensamientos humanos. Cuando Borges desarrolla esa idea de Wilkins expone básicamente clasificaciones. Esta es la clasificación de la categoría *piedra*: "Wilkins las divide en comunes (pedernal, cascajo, pizarra), módicas (mármol, ámbar, coral), preciosas (perla, ópalo), transparentes (amatista, zafiro) e insolubles (hulla, greda y arsénico)". La clasificación de Wilkins le recuerda a Borges una enciclopedia china ("Emporio celestial de conocimientos benévolos") que divide de esta forma a los animales: "En sus remotas páginas está escrito que los animales se dividen en a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas".

De estos ejemplos Borges extrae algunas conclusiones, la principal es que "no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural". Si el universo fue creado por Dios nos es imposible "penetrar el esquema divino del universo". Sin embargo, podemos "planear esquemas humanos, aunque nos conste que estos son provisorios". En este marco pluralista agrega con el tono zumbón que lo caracteriza: "El idioma

29. Aquí hay dos hipótesis subyacentes. La primera: dado que para Borges la filosofía es una rama de la literatura fantástica, es la propia literatura la que deviene el horizonte de la filosofía. La segunda: que de la extensa filosofía argentina expuesta en su literatura (de Arlt a Aira, para mantenernos en la primera letra del alfabeto) la clave de la lectura de Alchourrón y Bulygin se encuentra en los textos de Borges. Seguimos una sugerencia de Carrió en sus *Notas sobre lenguaje y derecho*, quien se refiere a "Ireneo Funes, filólogo y pensador de Fray Bentos" (Carrió, 1976, p. 27), agregando luego en sus notas y comentarios adicionales: "De la empresa de Ireneo Funes (1868-1889), aludida en el texto, solo se conserva la minuciosa crónica que el Dr. Sean O'Connor trae en sus manuscritos, depositados, desde 1902, en la biblioteca del Trinity College (Dublin). Ni la extraordinaria empresa de Funes ni los prolijos manuscritos de O'Connor, han despertado el interés de los filósofos. Tengo entendido que algún literato sudamericano se ha ocupado superficialmente de la primera, sin mencionar (supongo que por olvido) la existencia de los segundos" (*ibidem*, p. 47). Dado que "Definición y normas" fue inspirado por Carrió (y publicado originariamente en un libro en su homenaje) no resulta inverosímil imaginar que compartían con él, además de su humor, la fascinación por la filosofía de Borges, punto de referencia obligado de la casi totalidad de la filosofía argentina del siglo pasado.

analítico de Wilkins no es el menos admirable de esos esquemas" (Borges, 1993, p. 86; Barrenechea, 2000, y Rest, 2009).

"El idioma analítico…" es un texto de enorme predicamento filosófico, a uno y otro lado del Atlántico. En los Estados Unidos inspiró *Palabra y objeto* de Quine, sus textos subsiguientes y la expansión pluralista de Goodman. En Europa, es el expreso punto de partida de Foucault en *Las palabras y las cosas*. Así da inicio:

> Este libro nació de un texto de Borges. De la risa que sacude, al leerlo, todo lo familiar al pensamiento –al nuestro: al que tiene nuestra edad y nuestra geografía–, trastornando todas las superficies ordenadas y todos los planos que ajustan la abundancia de seres, provocando una larga vacilación e inquietud en nuestra práctica milenaria de lo Mismo y lo Otro (Foucault, 1984, p. 1).

Luego de citar la clasificación de los animales de la enciclopedia china comenta: "En el asombro de esta taxinomia, lo que se ve de golpe, lo que, por medio del apólogo, se nos muestra como encanto exótico de otro pensamiento, es el límite del nuestro: la imposibilidad de pensar esto" (Foucault, 1984, p. 1).

Foucault se pregunta qué es imposible de pensar. Y luego: cuáles son las condiciones para pensar. Según su hipótesis se necesita un lugar común para pensar, un orden que permita distinguir lo que hay, un "cuadro que permita al pensamiento llevar a cabo un ordenamiento de los seres" (Foucault, 1984, p. 3). Ese cuadro es el trastocado por el ejemplo chino de Borges. Su monstruosidad no radica en incluir animales monstruosos sino en el orden mismo que instaura la clasificación, impensable para nosotros. Foucault califica a este ejercicio de *heterotopía*. Frente al espacio maravilloso de las utopías

> las heterotopías inquietan, sin duda porque minan secretamente el lenguaje, porque impiden nombrar esto o aquello, porque rompen los nombres comunes o los enmarañan, porque arruinan de antemano la sintaxis y no solo la que construye frases –aquella menos evidente que hace mantenerse juntas (unas al otro lado o frente de otras) a las palabras y las cosas (ídem).

Hay un orden de las cosas, contingente, socialmente creado e históricamente cambiante. A esos órdenes los califica de *episteme* y a la tarea de sacarlos a la luz *arqueología*.

Borges es un especialista en imaginar escenarios que presentan la imposibilidad de pensar. Esto puede verse en "Funes el memorioso" (Borges, 1993, p. 883), en el que se narra la historia de Ireneo, que luego de caer de su caballo, adquirió la facultad de percibir y memorizar de manera infalible. "Funes no solo recordaba cada hoja de cada árbol de cada monte, sino cada una de las veces que la había percibido o

imaginado". El mundo de Funes carece de categorías generales: "no solo le costaba comprender que el símbolo genérico *perro* abarcara tantos individuos dispares de diversos tamaños y diversa forma; le molestaba que el perro de las tres y catorce (visto de perfil) tuviera el mismo nombre que el perro de las tres y cuarto (visto de frente). Su propia cara en el espejo, sus propias manos, lo sorprendían cada vez". Dice Borges casi como conclusión: "Sospecho, sin embargo, que no era muy capaz de pensar. Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos".

En este punto, justo el señalado por Carrió en sus *Notas…*, arranca el comentario de Alchourrón y Bulygin. A los ensayos y ficciones burlonas de Borges le sigue la risa de Foucault y a esta, podemos suponer, la picardía minimalista de los filósofos del derecho. De acuerdo con nuestra lectura: introducen en el paisaje de las normas jurídicas la idea de un aparato conceptual de carácter singular para pensar la realidad; también detectan la importancia de las definiciones y clasificaciones jurídicas, dando un paso más en el proyecto kelseniano de desnaturalizar, pues ya no solo no habría normas de derecho natural, tampoco entidades y distinciones naturales, inscriptas metafísicamente en la naturaleza de las cosas.

De acuerdo con las tesis aquí defendidas, el derecho, en su desarrollo occidental, parece incluir, entre sus ingredientes tecnológicos, un orden contingente de lo pensable, orden conceptual singular a partir del cual las normas operan y prescriben. Se trata de las categorías positivas que revelan la arquitectura invisible de lo más familiar del pensamiento jurídico y que constituyen el trasfondo muchas veces imperceptible de los permisos, prohibiciones y obligaciones jurídicas.

Y Borges, en particular en sus ficciones políticas, puso en cuestión, en un gesto afín al de Kelsen respecto de las normas, la naturalidad de las categorías jurídicas más elementales. Entre ellas, la de persona. Los textos citables son múltiples. Limitémonos a uno, que imagina una versión singular de la forma republicana de gobierno. En "La lotería en Babilonia" (Borges, 1993, p. 852), la personalidad está sujeta al azar. Cómo señala el narrador, "Heraclides Póntico refiere con admiración que Pitágoras recordaba haber sido Pirro y antes Euforbo y antes algún otro mortal; para recordar vicisitudes análogas yo no preciso recurrir a la muerte ni aún a la impostura". La identidad de un yo que narra no determina la existencia de una única persona. Tampoco de un estatus jurídico: "Como todos los hombres de Babilonia, he sido procónsul; como todos, esclavo; también he conocido la omnipotencia, el oprobio; las cárceles". Babilonia es una república sujeta a otra manera de comprender la realidad, en la que todos sus aspectos, incluidas las formas de particularización de los individuos, es objeto del azar. La identidad jurídica de la persona se modifica por los golpes del azar, más allá de la identidad biológica de los cuerpos, de la identidad psicológica y de la identidad narrativa de una voz que dice yo.

A través de un sofisticado vocabulario que incluye definiciones y clasificaciones expresas el derecho contemporáneo instaura tanto un sistema de normas como un

orden singular de lo pensable. Un sistema normativo conlleva una versión del mundo. Normas y categorías. Tal es el horizonte teórico que hemos despejado para comprender la expresión "aparato conceptual" que Alchourrón y Bulygin han inscripto en su texto y que expusimos como ejercicio de lectura. Ejercicio tentativo, exploratorio, eventual punto de partida de una investigación futura. Finalmente, un interrogante recurrente de quienes nos dedicamos al derecho y a reflexionar sobre él es: *¿qué significa leer?* Aquí realizamos de forma práctica una respuesta posible.

Rerefencias bibliográficas

Aguiló Regla, Josep (1990), "Sobre 'Definiciones y normas'", *Doxa*, núm. 8, pp. 273-282.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

— (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Barrenechea, Ana María (2000), *La expresión de la irrealidad en la obra de Borges y otros ensayos*, Buenos Aires, Ediciones del Cifrado.

Bodenheimer, Edgar (1956), "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104, pp. 1080-1086.

Borges, Jorge Luis (1993), *Obras completas, vol. 2 (1952-1972*), Buenos Aires, Emecé Editores.

Bruner, Jerome (1994), *Realidad mental y mundos posibles. Los actos de la imaginación que dan sentido a la experiencia*, Barcelona, Gedisa.

Brunet, Pierre (2002), "Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit", *Droit et société*, vol. 50, pp. 19-29.

Capella, Juan Ramón (1963), "Notas sobre la definición legal", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, pp. 37-50.

Carrió, Genaro (1976), *Notas sobre lenguaje y derecho*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot.

Cherot, Jean-Yves (2013), "L'analyse des concepts en droit: Sur quatre thèses de Hart et quelques questions", *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, XXXVII (145), pp. 2273-2285.

Cohen, Jonathan y H.L.A.Hart (1955), "Theory and Definition in Jurisprudence", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, vol. 29, pp. 213-264.

Cover, Robert (2002), *Derecho, narración y violencia*, Barcelona, Gedisa.

DeMello, Margo (2012), *Animals and Society. An Introduction to Human-Animal Studies,* Nueva York, Columbia University Press.

Descola, Philippe (2012), *Más allá de la naturaleza y la cultura*, Buenos Aires, Amorrortu Editores.

— (2014), *La composition des mondes. Entretiens avec Pierre Charbonnier*, París, Flammarion.
Dresh, Paul y Judith Scheele (2015), *Legalism. Rules and Categories*, Oxford, Oxford University Press.
Espósito, Roberto (2011), *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires, Amorrortu ediciones.
Ferraro, Agustín (2000), *La* ética *del positivismo jurídico, estudio sobre la influencia de la* ética *universalista de Hermann Cohen en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, *Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba.
Ferrer, Jordi (1997), *Sobre el carácter de las normas de competencia*, Tesis doctoral, disponible en http://www.tdx.cat/.
Foucault, Michel (1984), *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI Editores.
Geertz, Clifford (1994), *Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*, Barcelona, Paidós.
— (1995), *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa.
Godelier, Maurice (2014), *En los fundamentos de las sociedades humanas. Lo que nos enseña la antropología*, Buenos Aires, Amorrortu Editores.
González Lagier, Daniel (2013), *Las paradojas de la acción*, Buenos Aires, Marcial Pons.
Goodman, Nelson (1990), *Maneras de hacer mundos*, Madrid, Visor.
— (1995), *De la mente y otras materias*, Madrid, Visor.
Hart, H.L.A (1957), "Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105.
— (1962), *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma.
— (1977), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
— (1983), *Definition and Theory in Jurisprudence, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
— (2014a), "La adscripción de responsabilidad y de derechos", *Revista de teoría del derecho de la Universidad de Palermo*, núm. 1, pp. 13-32
— (2014b), "Definición y teoría en la teoría general del derecho", *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, núm. 2, pp. 14-40.
James, William (1945), *Principios de psicología*, Buenos Aires, Editorial Glem.
Kelsen, Hans (1945), *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma.
— (1949), *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria.
— (1979), *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.
— (1992), *Reine Rechtslehre*, Wien, Osterreichische Staatsdruckerei.
— (1993), ¿Qué *es la justicia?*, Barcelona, Planeta.
— (1994), *Teoría general de las normas*, México, Trillas.
— (1999), *Théorie pure du droit*, París, LGDJ.
— (2004), *Ensayos de jurisprudencia y teología*, México, Fontamara.
Mauss, Marcel (1974), *Oeuvres 2. Reprentations collectives et diversité des civilizations*, París, Les Éditions de Minuit.

— (2013), *Sociologie et antropologie*, París, PUF.
Morales Luna, Félix (2013), *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli*, Madrid, Marcial Pons.
Nino, Carlos (1987), *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.
Pottage, Alain y Martha Mundy (2004), *Law, anthropology and the constitution of the social. Making persons and things*, Nueva York, Cambridge University Press.
Quine, Willard Van Orman (1969), *Ontological Relativity and Other Essays*, Nueva York, Columbia University Press.
— (1985), *Desde un punto de vista lógico*, Buenos Aires, Hyspamérica.
— (1986a), *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos.
— (1986b), *Teorías y cosas*, México, Universidad Autónoma de México.
— (2001), *Palabra y Objeto*, Barcelona, Herder.
— (2004), *Quintessence. Basic Readings from the Philosophy of W. O. Quine*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.
— (2013), *Word and Object*, Cambridge, The MIT Press.
Rest, Jaime (2009), *El laberinto del universo*. *Borges y el pensamiento nominalista*, Buenos Aires, Eterna Cadencia Editora.
Ricoeur, Paul (1988), *El discurso de la acción*, Madrid, Cátedra.
— (1996), *Sí mismo como otro*, Madrid, Siglo XXI Editores.
Rorty, Richard (2000), *Verdad y progreso. Escritos filosóficos 3*, Barcelona, Paidós.
Ross, Alf (1958), "Definition in Legal Language", *Logique et Analyse*, vol. 1, pp.139-149.
— (1971), *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos.
Sahlins, Marshall (1988), *Cultura y razón práctica. Contra el utilitarismo en la teoría antropológica*, Barcelona, Gedisa.
Scarpelli, Uberto (1958), "La definition en droit", *Logique et Analyse*, vol. 1, pp.127-138.
Searle, John (1986), *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra.
— (1997), *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós.
Schutz, Alfred (1974), *El problema de la realidad social. Escritos I*, Buenos Aires, Amorrortu.
Stocking, George (1966) "Franz Boas and the Culture Concept in Historical Perspective", *American Anthropologist*, vol. 68, pp. 867-882.
Strawson, Peter (1975), *Los límites del sentido. Ensayo sobre La Crítica de la razón pura*, Madrid, Revista de Occidente.
— (1989), *Individuos*, Madrid, Taurus.
Thomas, Yan (1999), *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires, Eudeba.
— (2011), *Les opérations du droit*, París, Gallimard.
Von Wright, Henrik (1970), *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.

Impreso en octubre de 2025
en **Gráfica LAF s.r.l.**, Monteagudo 741/745
(B1672AFO) Villa Lynch - Pcia. Bs. As
Tirada: 200 ejemplares

facultad de derecho
serie tesis

La guerra silenciosa: el entrechocar de los cuerpos, además de aullidos, da lugar al murmullo del Derecho, siempre ágil en silenciar la experiencia física de la que brotan las palabras.
¿Cúales son las historias –filosóficas, científicas, fantásticas– que aquí, en la Argentina de los últimos años, se cuentan sobre el derecho, el poder, la violencia y el Estado?
Desde la visión analítica hasta la teoría crítica del derecho –con un levemente paródico pasaje por las versiones vernáculas del moralismo dialógico–, este libro relata algunas de las enigmáticas historias que prosperan en las instituciones jurídicas.

Horacio Guillermo Corti, ex músico, abogado, doctor en derecho, profesor universitario. Autor de **Derecho Financiero** (Abeledo Perrot, 1997), de numerosos ensayos y de una obra literaria que permanece inédita.

EUDEBA Editorial universitaria de Buenos Aires

ISBN 978-950-23-2849-2