

Capítulo Quinto

LAS CIENCIAS JURÍDICAS

1. El uso de los criterios teóricos	87
2. El discurso de la ciencia	88
3. Ciencia y política	89
4. La elección de una teoría	93
5. Las ciencias del derecho	95
5.1. Dogmática Jurídica	95
5.2. Sociología Jurídica	96
5.3. Psicología Jurídica	96
5.4. Análisis del discurso del derecho	96
5.5. Análisis de los discursos jurídicos	96
6. La Dogmática Jurídica o Jurisprudencia Normativa	97
7. El reconocimiento del derecho como actividad intelectual	98
8. La Metodología Jurídica	102
8.1. La descripción de normas	105
8.2. La interpretación	105
8.3. El estudio del acto productor del discurso del derecho	106

Capítulo Quinto

LAS CIENCIAS JURÍDICAS

SUMARIO: 1. *El uso de los criterios teóricos*; 2. *El discurso de la ciencia*; 3. *Ciencia y política*; 4. *La elección de una teoría*; 5. *Las ciencias del derecho*; 5.1. *Dogmática Jurídica*; 5.2. *Sociología Jurídica*; 5.3. *Psicología Jurídica*; 5.4. *Análisis del discurso del derecho*; 5.5. *Análisis de los discursos jurídicos*; 6. *La Dogmática Jurídica o Jurisprudencia Normativa*; 7. *El reconocimiento del derecho como actividad intelectual*; 8. *La Metodología Jurídica*; 8.1. *La descripción de normas*; 8.2. *La interpretación*; 8.3. *El estudio del acto productor del discurso del derecho*.

1. *El uso de los criterios teóricos*

Como en el caso de cualquier otra ciencia, el objeto ha sido, en realidad, producido —o acotado— por la teoría que la funda. Sin embargo, luego de haber producido el concepto, toda ciencia que intenta estudiar a su objeto, *presupone* que éste es *preexistente* a la actividad intelectual: el derecho ya estaba allí —es la convicción del científico—, aun cuando para descubrirlo fue necesario un proceso ideal. Normalmente el practicante de una ciencia ignora que el objeto de ella fue construido por una teoría.

Lo que en realidad sucede es que ahora —luego de construido su objeto—, el científico tiene que *identificar*, en el continuo discursivo, alguna parte que, conforme con el concepto, sea *derecho* y ha de ser analizado.

Ahora bien, aun cuando la actividad de los juristas difícilmente puede ser considerada ciencia, de todos modos una auténtica ciencia del derecho debe proceder, en un aspecto, como cualquier otro discurso que pretende decir que un hecho “cae” dentro de las previsiones de un modelo. El enunciado “esto es derecho y esto otro no”, por más científico que fuere, no deja de ser un acto de “nombrar”. Esto es, el científico del derecho, aunque quisiera no hacer lo mismo que hacen los juristas en general, de todos modos debe producir un discurso en el cual reputará que cierto tramo del continuo discursivo circulante es un caso del modelo “derecho”. O, dicho de otro modo, deberá producir un discurso en el cual usará el

signo "derecho" para atribuir su significado a un referente que será un pedazo del discurso total. Estamos, por tanto, frente a una práctica consistente en el *uso* del concepto o la teoría del derecho. Eso son las ciencias jurídicas. Y, desde luego, el *resultado* del uso dependerá de las características de lo utilizado.

Nos referiremos seguidamente a algunos problemas de la ciencia en general, luego a ciertas ciencias jurídicas y finalmente a una disciplina que llamaremos *Análisis del Discurso del Derecho*, en que intentaremos poner a punto algunos conceptos que usaremos en la crítica jurídica que proponemos.

2. El discurso de la ciencia

Las ciencias, todas las ciencias, no pueden ser otra cosa que discursos. Podemos hablar de los *discursos científicos* para referirnos a cierto tipo de discursos que están contruidos de acuerdo con ciertas reglas, además de las gramaticales, que han sido establecidas por los científicos y que se denominan *método científico*. El método científico es también, por su parte, otro discurso que puede ser visto como el *código* que permite descifrar un mensaje como "científico". Si el discurso no se deja descifrar por el código, entonces no es ciencia.

Este código no es "natural" puesto que, como todos los códigos, es un *texto* producido por alguien. El productor de este código es el conjunto de los individuos de una comunidad dedicada a una práctica especial, que es la producción de discursos descriptivos, cuyo conjunto es la *ciencia* adjetivada con el objeto de esos discursos: antropológica, jurídica, sociológica, económica.

Los corifeos de la ideología científicista ocultan este rostro humano —por "histórico" y "social"— de la ciencia. Pretenden que adoremos un nuevo fetiche: el *método científico*. Fetiche porque, siendo creación humana, como dios o el estado, pretenden —pretenden quienes hacen hablar al fetiche— que se vuelva contra su creador para exigirle adoración y dominarlo. Antes se pretendía que se adorase a *la* verdad. Ahora solamente al *método* que, aseguran, conduce a la verdad. Pero la ciencia no es más que otro discurso o ideología formalizada, que se diferencia de los demás sólo en que está contruido conforme con las reglas del código —método

científico— que pretende identificarlo, comprenderlo y aceptarlo como “palabra autorizada”.

Según una de las reglas de este código, el discurso científico debe estar compuesto por enunciados descriptivos que permitan una virtual —actual o futura— comprobación empírica. Más exactamente, el discurso de una ciencia debe estar formado por enunciados que guardan entre sí una coherencia lógica por una parte, y por otra que permitan, cuando menos algunos de esos enunciados, diseñar experimentos que comprueben o falsifiquen los asertos. La cuestión de establecer la estructura lógica de estos enunciados, el tipo de experimentos a que dan lugar y su conexión con esos enunciados, y otras muchas precisiones, constituyen la tarea de la *Teoría de la Ciencia*, disciplina que posee otras varias denominaciones (*Filosofía de la Ciencia, Epistemología, Teoría del Conocimiento*). Esta discusión no es objeto de esta investigación, aun cuando, sin duda, se ha adoptado aquí una posición filosófica específica. Pero no hay ninguna justificación científica para adoptar una y no otra posición epistemológica, puesto que ésta es una posición teórica que *funda* la tarea del científico, y como tal es *previa* a la práctica de la ciencia. La posición epistemológica aquí aceptada, inspirada en la filosofía de Hume, es una asunción filosófica cuya justificación está más allá de esta investigación. De cualquier manera, es posible decir algo sobre la razón por la cual el presente es un intento de fundar la crítica del derecho sobre criterios científicos plausibles.

3. Ciencia y política

Como la política es una actividad humana por la cual alguien intenta imponer a otro su voluntad, cualquier cosa que esto sea, la ideología científicista ha intentado separar la ciencia de la política. Este ha sido el intento del pensamiento de derecha en América Latina, aunque sin duda que no es un invento de los reaccionarios americanos: no tienen tanto talento. Es más bien el intento sobre el cual se funda el mundo burgués: la ciencia, que funda la técnica que permite la producción de plusvalor, es “verdad” porque sus resultados permiten el desarrollo de las técnicas fabriles que son resistentes a los embates de la política: después de todo las bombas y los automóviles sirven a unos y otros, y

ninguno ha podido evitar uno de los evidentes resultados de la ciencia, que es haber convertido al mundo en un basurero.

En realidad esta ideología es inconsecuente con el fundamento filosófico de esa misma ciencia que intenta poner a salvo de los embates políticos. En efecto, la ciencia de la que hablamos tiene su fundamento en una filosofía que, al revés que la antigua, privilegia la comprobación experimental por sobre la "especulación" que no consigue probarse "en la realidad". Pero la ideología de la comprobación empírica tiene su fundamento precisamente en la idea de que los enunciados son siempre provisorios e inseguros: todo depende de futuras experiencias. Precisamente la ciencia moderna se funda en el *escepticismo filosófico* cuya figura central, según interpreto la historia de la filosofía, es Hume.

Ahora bien; si todos los enunciados dependen de experiencias históricas, en el sentido de que son producidas en el tiempo y el espacio, entonces no existe *la* verdad, sino sólo enunciados a los cuales, a través de otros enunciados, y siempre provisoriamente, adjudicamos verdad. Y si esto dejaba a dios fuera del juego —puesto que no hay experiencia de este personaje—, de todos modos era también todo lo que necesitaba la sociedad burguesa: una ciencia que se ocupara exclusivamente de proporcionar, no "verdades", sino la base de la técnica que permite generar plusvalor: las verdades son absolutamente innecesarias para el mundo capitalista.

La contrapartida de este mundo sin verdades, es el estado. El capitalismo necesita normas jurídicas y una policía eficaz mucho más que verdades. O, mejor, las verdades están a cargo del estado, que educa y reprime. La verdad absoluta es reemplazada por la técnica útil y el método científico, mientras que por otra parte la verdad ha quedado convertida en normas. La ciencia, por lo tanto, al servicio de la técnica, no tiene nada que hacer con la política, a cuyos actores les corresponde establecer las normas que rigen el uso de la técnica y los reglamentos de los institutos en que se hace ciencia. Y entonces toda reflexión que tiende, expresamente, a la crítica de la sociedad y a su transformación, es, por definición "no—científica". El argumento consiste en hacer creer que la intención política impide la "objetividad". La ciencia crea con ello su contrapartida: la *ideología*; que, o bien consiste en el error, o bien consiste en normas. De modo que toda "valoración" resulta *no científica*. Mientras las normas, el estado, que dejan de ser verdaderas o falsas según la lógica, ahora son, precisamente por ello, verdades absolutamente inviolables: las que pueden ser desmentidas son las leyes que enuncia la ciencia; jamás las que

enuncia el estado, observó Kelsen.¹ Y así, de una filosofía de intenciones democráticas se ha obtenido una ciencia que condena a toda crítica inconveniente, a ser lo otro, "ideología" ¿Qué más puede querer el poderoso, como servicio, de parte de la *Epistemología*?

Mientras tanto, el relativismo ético se ha trastocado en razón de estado: la crítica, convertida en ideología, expulsada del espacio del discurso científico, condenada a instalarse en el espacio discursivo del poder, es ahora reprimida ¡por no ser científica! La crítica es, servicio de la "Epistemología" mediante, valoración acientífica, y su lugar es la política. Pero cuando está en ese lugar, dispuesta a competir con el discurso del poder, resulta que éste puede reprimirla *precisamente porque es mentira*, porque no es ciencia, porque es ideología.

El auténtico corolario de la filosofía moderna debió ser otro: la ciencia se compone de enunciados descriptivos provisorios y siempre relativos respecto de las experiencias limitadas que los apoyan, enunciados que, en su vida social, se encuentran frecuentemente en *competencia* con otros que son contradictorios con ellos y que también se presentan con pretensiones científicas. ¿Quién es el árbitro o el dios encargado de zanjar las diferencias? "La experiencia" contestan los corifeos del cientificismo. Si, pero ¿acaso no tiene límites la experiencia? ¿No es acaso la experiencia *de alguien*? ¿No son las experiencias, acaso, limitadas en el tiempo y el espacio? Y, finalmente, ¿qué es una experiencia sino un discurso con el cual "alguien" dice que *su* experiencia "comprueba" un enunciado porque *su* experiencia estaba prevista en el enunciado? ¿Si hay algo que es intransferible es una "experiencia"! A menos que se haga el supuesto, bien metafísico, de que todos los humanos disponemos del mismo mecanismo sensorial en virtud del cual las experiencias son idénticas, como antes hicieron los griegos el supuesto, el metafísico por excelencia, de que existe el *Logos* que todos compartimos.

Los que argumentan sobre el absolutismo de la experiencia, parecen creer, o quieren hacer creer que creen, que la "objetividad" de las experiencias, o sea su *intersubjetividad*, no es producto de la *convención* entre los científicos; es decir, producto del enunciado, aceptado por la comunidad científica, de que ciertas experiencias personales son convencionalmente aceptadas como extensibles a otros, y que constituyen los hechos que comprueban ciertos enunciados. Pero *en ningún momento hemos salido*

1 Kelsen, H., *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1945.

del mundo de los enunciados, del mundo del sentido atribuido al mundo por los hombres, en este caso los científicos. ¿Por qué razón, entonces, tanto revuelo con la ciencia y su apoyo empírico, esencialmente distinta de la ideología, esto es, de la política? La única explicación es que los científicos y los filósofos que los "fundamentan" con sus epistemologías están plenamente instalados en la división del trabajo entre ciencia y normas, entre lo que fundamenta la técnica y lo que permite su aprovechamiento: el estado.

Pero esto es sólo una cara de la cuestión. La otra cara es que la división entre enunciados científicos y normas es un artificio que oculta el poder que se ejerce en el espacio supuestamente anodino de la ciencia. Precisamente porque los enunciados científicos están siempre en competencia con otros que también se presentan con la misma pretensión, y precisamente porque la ciencia está al servicio de la técnica y ésta al servicio de la producción de plusvalor, *la ciencia es un espacio férreamente normado*. Y, desde luego, como precisamente se han ocupado los positivistas de hacer notar, *las normas son siempre positivas*, es decir, las produce "alguien" y las obedece otro "alguien". El resultado es que la famosa ciencia no difiere del "lugar" en que ella sucede: los institutos científicos a quienes el poder —el estado, las universidades, las editoriales, las revistas— otorga la palabra. La ciencia no puede ser "descontextualizada"; no existe sino en los lugares designados por el estado para su desarrollo; y tampoco existe sino prisionera de las normas —y ya no me estoy refiriendo a las reglas del método sino a las jurídicas que rigen esos lugares—, establecidas por quienes dirigen esos espacios y ocupan tales puestos no siempre por razones relacionadas con sus aportes científicos. Las normas de la actividad científica crean, como las normas jurídicas crean el espacio del estado, el lugar y los funcionarios de la palabra que dice qué es ciencia y qué es ideología, qué es lo que puede aceptarse y qué lo que puede reprimirse. Este espacio, estas normas, estas reglas del juego, existen, por lo demás, a pesar nuestro. Por lo tanto, estamos autorizados para elegir el campo de la confrontación: el de la ciencia y el de la política. Tenemos derecho a elegir instalarnos en el primero al tiempo que denunciamos su radical sentido político. No creemos en la pureza de la ciencia, pero no por ello hemos de renunciar a medirnos con otras posiciones científicas, aun aceptando sus condiciones. Este es el intento. No tiene por qué ser definitivo, el último. Los únicos que tienen la última palabra, hace mucho pronunciada, son ellos: los juristas tradicionales.

Esta investigación, por lo tanto, tiene dos caras: por una parte quiere disputar sus resultados con los de la ciencia oficial del derecho, aceptando

sus condiciones metodológicas, pero denunciando su mentirosa condición de estar más allá de la política. Por una parte no acepta que los enunciados científicos están fuera del mercado, y por otra pretende instalarse en ese mercado aceptando sus reglas. Por una parte califica a la ciencia de discurso discutible sometido a ciertas reglas, y por otra parte pretende discutir sus resultados sujetándose a esas mismas reglas. Por una parte quiere denunciar que toda ciencia está instalada en la competencia retórica, y, aceptado eso, quiere mostrar que la ciencia oficial es apologética —y no “mentira” — del estado: quiere ganarle, no desmentirla.

Obviamente este intento no pretende reconocimiento por parte de quienes con soberbia infinita se presentan como portavoces divinos de la ciencia del derecho: por el contrario, tiene claramente el objetivo de ganarle el auditorio, y la convicción de que algunas afirmaciones pueden ser plausiblemente refutadas, lo cual obligará a ingresar nuevamente al campo en busca de nuevo consenso.

La mejor prueba del carácter político de la ciencia jurídica, es la resistencia de sus mentores, no ya a aceptar cualquier enunciado que ponga en duda su mensaje principal: “este derecho, este estado, es el que corresponde con estas relaciones sociales, y por tanto es *justo*,” sino su resistencia a permitir que los portadores de la competencia accedan a los centros de investigación que controlan.

4. La elección de una teoría

La ciencia es un discurso como cualquier otro, que pretende ser descriptivo, y al que su autor intenta sujetar a ciertas reglas establecidas por otro discurso llamado “método científico”. Este discurso, según la filosofía moderna, debe poder ser contrastado con otros discursos a los que les atribuye el carácter de “comprobaciones empíricas”. Pero como el objetivo de todo discurso científico es político, muchos más tratándose de ciencias sociales, entonces la ciencia depende de la teoría que la funda. ¿Existe alguna razón más plausible que otra para elegir una teoría, que no sea el convencimiento subjetivo del científico?

En el caso del análisis de la ideología jurídica ¿cuál será el criterio para decir que el derecho es “mentiroso”? No hay otro criterio posible que el de alguna teoría sociológica previa. Y las hay francamente apologéticas del

poder y del capitalismo; y las hay críticas. La elección se produce, finalmente, desde un punto de vista ético. Quienes queremos cambiar el mundo porque lo consideramos injusto, adoptamos teorías del segundo tipo.

Pero siempre partiendo del convencimiento de que el mundo no tiene centro; el mundo, conforme con esta posición ética, no tiene un centro neurálgico productor del sentido. Esto significa que todos los discursos navegan en el terreno de la *política*. Que su prestigio depende de los hombres mismos, no de la naturaleza o de dios. Que aceptar un discurso en lugar de otro es, finalmente, una opción ética.

Muchos marxistas piensan que de lo que se trata es de probar que la única ciencia es la que ellos profesan. Que *la* ciencia social sólo puede ser la inspirada en Marx. Y tratan de desalojar a la apología del capitalismo de su lugar de preponderancia en los institutos universitarios y en la cultura en general. Pero ello parece más bien una ilusión: si pudieran hacer eso sería porque ya dispusieran del poder. Es absurdo, desde el mismo punto de vista marxista, suponer que una ciencia social inspirada en Marx pueda ser hegemónica. ¿Cómo puede ser hegemónica una ciencia basada en una visión del mundo que no es hegemónica? Entonces no puede tratarse de desalojar a los otros del poder cultural. Tiene que tratarse de otra cosa. Tiene que tratarse de una lucha ideológica que sólo puede terminar con la transformación de la sociedad capitalista en alguna otra cosa, que Marx pensaba era el socialismo. Pero mientras eso no suceda no puede haber "demostración definitiva" de la verdad acerca de la sociedad y su derecho. Al contrario, en vez del combate por el triunfo final, de lo que se trata es de desmontar el fetichismo del mundo con centro, dirigido por la *razón* de la cual la ciencia es la portavoz. No entiendo por qué algunos marxistas quieren sustituir una *razón* por otra. Que haya una *razón*, pero ahora "marxista", no augura nada bueno para ese mundo que se supone que queremos construir. Lo que debe procurarse es precisamente denunciar que toda *razón* es una construcción que no tiene ningún derecho mejor que otra para proclamarse la única.

Por lo tanto, de lo que se trata es de lograr, no desalojar a nadie, sino obligarlo a competir en la arena política. Se trata de una *lucha ideológica* no de una ciencia que descubre *la razón* mejor que otra. De lo que partimos es precisamente de lo contrario que la ciencia oficial y apologética del capitalismo: partimos de no negar, sino proclamar el sentido ético de la elección. Y de allí en más, la tarea es la competencia con la apología del orden capitalista. De lo que se trata es de bajarlos a la política no de desalojarlos de la ciencia para sentarse allí.

5. Las ciencias del derecho

Aceptado un concepto de *ciencia* como discurso socialmente prestigioso porque respeta reglas previamente formuladas en otros discursos previos, no hay razón para no aceptar que pueden existir discursos acerca del derecho que cumplan con los requisitos establecidos por el discurso previo llamado "método científico", reconocido por la comunidad de estudiosos dedicados a esta actividad.

Ahora bien, siendo el derecho un discurso, puede haber acerca de él discursos científicos —sujetos a las reglas—, y discursos no científicos, es decir, no sujetos a esas reglas. Y dentro de los científicos, discursos acerca de las normas y discursos acerca de las causas y/o la eficacia o los efectos de esas normas. Y podría haber también discursos científicos que tengan como objeto los discursos acerca del derecho, tanto los científicos, como los no científicos. En ambos casos se trataría de ciencias sobre la ideología jurídica. Pero en el primer caso se trataría del discurso acerca de la ciencia del derecho, y en el segundo caso se trataría del estudio de la ideología jurídica no científica.

Es decir, y esto es lo que interesa aquí, podría haber meta-discursos científicos —ciencias— acerca de los discursos jurídicos no científicos. Esto nos permitiría dibujar el siguiente panorama de las ciencias "jurídicas", es decir, de los discursos que tienen como objeto el derecho, el discurso jurídico y/o sus causas y efectos:

5.1. Dogmática Jurídica

La *Dogmática Jurídica* o *Jurisprudencia Normativa* como le llamó alguna vez Kelsen para diferenciarla de la *Jurisprudencia Sociológica*.² Este sería un discurso, prestigiado por su sujeción a las reglas producidas por la *Teoría General del Derecho*, cuyo objeto estaría constituido, específicamente, por el sentido deóntico del derecho.

² "La jurisprudencia normativa describe su objeto particular como cualquiera otra ciencia empírica. Pero su objeto está constituido por normas y no por tipos de comportamiento real", *Teoría general del derecho y el estado*, México, UNAM, 1969, p. 194.

5.2. Sociología Jurídica

El objeto de esta ciencia es, no el discurso del derecho, sino sus causas y/o efectos, ahora sí "comportamientos reales" o *conductas*. Si en lugar de buscarse las causas del derecho conforme con métodos sociológicos —de alguna teoría sociológica admitida previamente—, sino con métodos propios de la *Historia*, entonces estaríamos en presencia de la *Historia del Derecho*.

5.3. Psicología Jurídica

Esta ciencia sería una variante de lo anterior si la búsqueda de causas y/o efectos del discurso del derecho se realizara a partir de teorías y conforme con procedimientos propios de alguna tendencia de la *Psicología* previamente aceptada.

5.4. Análisis del discurso del derecho

Esta disciplina consistiría en un estudio del derecho como discurso. Al parecer ésta debe ser considerada una disciplina que apela a distintas ciencias y paradigmas teóricos.³ Resulta prematuro calificar este tipo de trabajo, en el cual se enmarca la presente investigación, como *Semiología del Derecho* o *Semiótica Jurídica*, debido a la propia indefinición de estas disciplinas de reciente aparición.⁴ Lo cierto es que parte del objeto de este trabajo es la producción de elementos metodológicos para un análisis *crítico* de lo que llamaremos sentido ideológico del discurso del derecho.

5.5. Análisis de los discursos jurídicos

Esta disciplina, como la anterior, sería una investigación científica, pero ahora acerca de los discursos producidos por quienes *hablan* del derecho, sea o no científicamente y respecto de lo cual valen las mismas

3 Véase Maingueneau, Dominique, *Introducción a los métodos de análisis del discurso*, Buenos Aires, Ed. Hachette, 1980. En la "introducción" encuentro elementos para ser prudente en la calificación de esta tarea intelectual.

4 Las indecisiones metodológicas de estas disciplinas pueden verse en un resumen de sus distintas tendencias de Carrión Wam, Roque, *Semiótica Jurídica*, México, UNAM (Coord. de Difusión Cultural), 1989.

precauciones que respecto del análisis del discurso del derecho. Esto constituiría el análisis *crítico* de la ideología jurídica. Para ello produciríamos la distinción entre ideología del derecho —o sentido ideológico del derecho—, e ideología jurídica. El interés en el estudio de estos meta-discursos acerca del derecho radica en que constituyen también formidables instrumentos políticos para quienes los producen, pero sobre todo, para quienes los utilizan en la diaria tarea de reproducir la hegemonía que detentan. De modo que el estudio de estos meta-discursos, sean o no científicos, constituye estudio del ejercicio del poder en una sociedad.

De entre estas ciencias, nos interesan por el momento la *Dogmática Jurídica* y el análisis del discurso del derecho. Veamos por qué.

6. La Dogmática Jurídica o Jurisprudencia Normativa

La *Dogmática Jurídica* usa el concepto "derecho" para señalar, en el continuo discursivo, la fracción que puede así denominarse. Pero si el derecho es tal sólo cuando es reconocido, y el reconocimiento es un *hecho*, igual que la producción del discurso, al parecer estamos ante una ciencia de vocación empírica. Porque, hemos dicho, el reconocimiento es la aceptación de que el discurso autorizante o normativo es a su vez autorizado. Ahora bien, ¿cómo percibimos la aceptación del discurso autorizante previo? El único dato empírico que nos permite tal percepción es la obediencia a la norma autorizada, y eso es la *eficacia*: el signo, empírico diríamos, el *índice*, de que el que produjo la norma es aceptado como autorizado por el dominado, es decir, como índice de que el dominador ejerce el poder, tiene hegemonía, sobre el que obedece. Finalmente, el discurso del derecho, su reconocimiento, su diferenciación respecto de otros discursos, depende de observaciones de conductas. Aquí es donde el normativismo y el realismo se dan la mano.

Todo lo anterior es un conjunto de criterios producidos en esta sede teórica. Pero ¿cómo procede, o utiliza esos criterios, el científico del derecho o el analista del discurso jurídico, o finalmente, un crítico del derecho con pretensiones científicas?

7. El reconocimiento del derecho como actividad intelectual

Ya hemos analizado la cuestión del reconocimiento del derecho. En primer lugar, el reconocimiento por parte de los receptores del discurso y la generalización de ese reconocimiento. Vimos que el derecho lo es porque, como discurso, es aceptado por alguien: los ciudadanos, los funcionarios y, especialmente, esos órganos estatales que tienen el mando de las fuerzas represivas. En segundo lugar vimos la cuestión del reconocimiento del derecho por parte de los juristas, que adoptan el punto de vista interno. Veamos ahora la cuestión del reconocimiento del derecho desde el punto de vista científico que no es lo mismo. Aquí adoptamos expresamente la actitud de negar que el reconocimiento que del derecho hacen los juristas sea científico. Pero veamos cual es la consecuencia social del reconocimiento intelectual —o “científico”— del derecho

El científico del derecho tal cual le interesa a quien tiene el poder y quisiera seguir siendo hegemónico, tiene como objetivo establecer “científicamente”, cuál es el derecho “válido” —el que *debe* acatarse—. Mas para decir cuál es el derecho válido debe decir o *señalar* tanto al funcionario —individuo “autorizado”— como al sentido “autorizado”. Con ello señala el *texto* donde está “lo que debe hacerse”. Ya después vendrá alguien, si no lo hace el mismo “científico”, que se encargue de decir que lo que “debe” hacerse es además moralmente debido o “bueno”.

El *analista del discurso jurídico*, que quisiera escapar a la trampa apolo-gética, debería proceder como un antropólogo que observa un grupo social al cual él no pertenece, para averiguar cuáles son las normas válidas. Adoptará, según creo entender a Hart, el *punto de vista externo*.

Pero el *crítico del derecho* procede como el jurista, aunque su intención es precisamente no apologética, es decir, *crítica* tanto del derecho como de la sociedad que lo genera. No se supone que el crítico del derecho adopte una posición externa porque, a diferencia del científico que se autoerige en productor de verdad “objetiva”, se piensa a sí mismo como quien sí está sujeto a las normas que quiere denunciar porque considera moralmente perversas. No hay engaño aquí. Pero, de todos modos, para identificar el discurso sometido a crítica, es necesario que haga el esfuerzo de adoptar la posición del observador que no es ni productor ni receptor del mensaje.

Lo importante es advertir, cualquiera que sea la posición del investigador, de todos modos siempre será la de alguien que *usa* los criterios de

identificación propuestos aquí. Y tratándose del *uso* de los criterios científicos, estamos, siempre, frente a una *decisión* del científico o el crítico.

Esta decisión consiste en aplicar los criterios de reconocimiento a ciertos *hechos*. Estos hechos son: a) La producción de un discurso, y b) La recepción de ese discurso *como* derecho. Y hemos visto que lo que hace un observador es un acto de *nominar* o *adjudicar sentido*. Aquí, lo que hace el observador "independiente" es *decidir* si el hecho de producción de un discurso es uno que "cae" dentro de las previsiones de un discurso previo. Si el observador decide que sí "cae", entonces ha adjudicado al discurso la calidad de haber sido producido por un funcionario, o, lo que es lo mismo, ha decidido que ese individuo es el funcionario que podía producirlo. Si decide lo contrario, entonces, al no adjudicar tal sentido al discurso, ha negado al individuo su pretensión de ser funcionario o su pretensión de, siendo funcionario, haber producido el discurso que le estaba autorizado. Esta decisión, el científico la ha tomado procediendo a una observación y a una adjudicación de sentido al hecho observado. Adviértase que otra cosa distinta es analizar el contenido del discurso, explicarlo, explicitarlo, comentarlo, u otra de las actividades que realizan los científicos.

Además de adjudicar sentido a la producción del discurso, el científico debe proceder a otra observación que es la de la recepción. Si el derecho requiere reconocimiento, entonces es necesario decidir cuáles hechos empíricos serán considerados por el científico como índices de ese acto mental que es el reconocimiento. La mejor posibilidad, hasta ahora, es la de ver a la *obediencia* como el *hecho* que indicará el reconocimiento del discurso *como* derecho. Esto ha sido llamado por la teoría kelseniana como "eficacia del derecho". Lo que aquí quiero señalar es que una ciencia que así procediera sería de todos modos una ciencia que *interpreta*: interpreta ciertos hechos como casos de la clase de hechos descritos en una norma. Y como toda interpretación es un acto político, también el reconocimiento "científico" del derecho es un acto político. O, dicho de otro modo, una ciencia jurídica dogmática, independiente, objetiva, es imposible.

La *Teoría Pura del Derecho* resuelve el problema del reconocimiento de normas con el recurso a la eficacia. Esto es: una norma, por ejemplo la que autoriza al productor del derecho, es válida si pertenece a un sistema eficaz, lo cual devuelve el problema del análisis del texto en sí mismo al contexto de producción.

Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es la regla de base de su producción, es presupuesta como válida

y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas sólo tienen validez cuando (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz.⁵

Es decir, la norma que autoriza al presidente a dictar cierto decreto, norma en virtud de la cual reconoceremos como discurso del derecho el producido por el individuo que ocupa ese cargo, es una norma válida sólo mientras es eficaz el orden jurídico de la que forma parte esa norma autorizadora del discurso del presidente. Ahora bien: ¿cuándo deja ese orden de ser eficaz y por tanto válido? La respuesta parece conducir a una petición de principio: un orden es válido cuando las normas que lo componen son eficaces: "Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas" (*Idem*).

La aparente petición de principios constituye precisamente la crítica del derecho: el derecho no se apoya en nada que no sea la amenaza de utilizar la fuerza. Cuando la amenaza cumple su función estamos frente al fenómeno llamado *eficacia* del discurso del derecho. Y la *eficacia*, desde un punto de vista inspirado en Gramsci, es el signo o índice de la hegemonía. Quien consigue la eficacia para el discurso del derecho que produce, mantiene la hegemonía sobre aquellos que obedecen, ya sean los ciudadanos, ya sean los cuerpos armados cuya posibilidad de violencia —"capacidad de fuego"— es la que coacciona a los primeros. Donde hay eficacia hay hegemonía. Quien da el sentido tiene el poder. "Dar el sentido" es tener un discurso eficaz.

De donde se desprende que el reconocimiento del discurso del derecho, en definitiva, será siempre dependiente de una decisión a cargo del científico, del analista o del crítico, que quedarían a merced de un estudio sociológico acerca de la eficacia del sistema jurídico. Este nuevo y al parecer último criterio a que nos invita Kelsen con su propuesta sobre la validez de un orden jurídico, sería también, al parecer, un criterio pragmático. Y dejaremos a otros resolver al problema de los límites entre la *Sociología* y la *Pragmática*. Lo que sí parece que ciertamente propone Kelsen, contrariamente a lo que suele decirse de la *Teoría Pura*, es que la *Jurisprudencia* depende de la *Sociología Jurídica*. Si lo que es derecho no puede decidirse sino luego de averiguar si un sistema es eficaz, ¿cómo podría hacerse *Ciencia del Derecho* sin hacer antes *Sociología del Derecho*?

5 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho* cit. p. 224.

Pero estas dificultades no son tenidas en cuenta por los científicos oficiales del derecho. Ellos dicen hacer ciencia y además a veces dicen aceptar la *Teoría Pura del Derecho* y describir normas "sin mezclarse en política". Ellos sólo describen. Según ellos. Pero la "ciencia" que denominamos *Dogmática Jurídica*, y con las pretensiones de objetividad que proclaman sus cultores, en realidad no se practica en ninguna parte. Se supone que debería ser una ciencia dedicada, y limitada, a describir normas jurídicas, sin juzgar acerca de ellas, como quería Kelsen.

Pero esta ciencia es imposible por varias razones. En primer lugar porque no es de esperar que alguna vez los juristas renuncien

a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho ... exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor buena fe, aparezcan como el ideal de una religión, de una nación o de una clase.⁶

Además, el propio Kelsen, que postulaba esta ciencia "pura" mostraba en 1934 —fecha del prólogo a la primera edición— su pesimismo acerca de que realmente pudiera desarrollarse tal ciencia: "El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un periodo de equilibrio social" (*idem*, p. 12).

Sin duda por "periodo de desequilibrio" Kelsen pensaba en el nazismo inminente. Pero la situación no parece haber cambiado mucho; cuando menos no estamos en vísperas de ningún periodo de "equilibrio social", cuando el capitalismo parece dedicado a demostrar que lo más lejos que puede llegar es a mantener a más de la mitad de la población mundial en estado de hambre. Por lo demás, los juristas parecen seguir siendo los mismos de entonces, de los que Kelsen dijo, a renglón seguido, que "no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecerse" cosa que conocemos bien quienes hemos visto que a ninguna dictadura, por sanguinaria que haya sido, le ha faltado nunca un buen equipo de sabios juristas listos para asumir el cargo de magistrados, de suprema corte para abajo.

Pero hay algo más. La ciencia postulada por Kelsen es imposible porque decir que un enunciado *es una norma*, es reconocer, en ese mismo acto, que quien la produjo:

- tenía la facultad para hacerlo, y

· 6 *Teoría pura ...*, cit. p. 10.

- actuó como lo establecen las normas que le daban esa facultad.

Porque si no tenía esa facultad o no procedió como estaba previsto, (*cfr. supra* capítulo tercero) lo producido no es una norma. Por lo tanto decir que cierto enunciado es una norma, es lo mismo que decir que el que lo produjo podía producir ese sentido porque es el individuo indicado, y que produjo el sentido autorizado a través de unas conductas que eran las previstas por la norma superior. Y eso es justificar el poder de quien pretende tenerlo. Ya vimos esto. Pero los juristas creen que practican esa ciencia por el hecho de que —dicen—, describen normas sin pronunciarse acerca de su justicia o legitimidad. Eso es falso. Con sólo declarar la validez de una norma, están dando por cierto que quien dictó tal norma era el individuo que podía dictarla y que actuó “conforme a derecho” como gustan decir. Y eso significa realizar un acto político de confirmación del *derecho al poder* de quien ejerce *realmente* el poder. Se trata de una *intepretación* del discurso del derecho el cual *es siempre un acto político*.

Una ciencia como la *Dogmática Jurídica* o, más tradicionalmente aún, *Jurisprudencia*, sería una pretendida ciencia que, con ayuda de la *Lógica* tendría por objeto exponer, hacer aparente, revelar, el sentido *deóntico* del discurso jurídico que analiza. Pero quienes dicen realizar esta tarea en realidad no se limitan a eso, sino que también producen discursos acerca de esas normas dando acerca de ellas la explicación que estiman pertinente, incluida la *interpretación* que estiman correcta. Con ello se han ya colocado como objeto posible del estudio de la ideología jurídica en tanto han producido ideologías acerca del derecho.

Tal vez conviene recalcar que, por lo visto, existen dos tipos de *Dogmática Jurídica*: la que se practica y la que *debería* practicarse. O tal vez mejor: existe la que se practica mientras que no existe la que sería casi científica si no fuera porque al señalar las normas válidas, por eso sólo, ya *interpretaría* el derecho.

8. La Metodología Jurídica.

La *Dogmática Jurídica* constituye, o debería constituir, el discurso jurídico *científico*. Pero hay otro discurso, que es el que ha diseñado las reglas a las que debe sujetarse ese discurso, que es el de la *Metodología*

Jurídica, un discurso precientífico que pretende establecer las reglas a las que debería sujetarse la *Dogmática Jurídica*.

Estas reglas, en realidad, son obtenidas de concepciones aun previas, acerca de la ciencia en general y del derecho en general. Es decir, de la *Epistemología* y la *Teoría General del Derecho*. Pero como hay varias concepciones epistemológicas y teóricas, hay varias *Metodologías*.

Puede ser que para algunos, la *Metodología* no sea en realidad una ciencia porque es *prescriptiva* de lo que debe hacerse para producir una *Dogmática Jurídica* realmente científica. En tal caso sería la *Epistemología* la que es "descriptiva" porque se limitaría a estudiar lo que los científicos hacen.⁷ Al menos ésta parece la posición de quienes hablan de la "ciencia del derecho" como siendo lo que hacen actualmente los juristas. Si esto es así, si la *Epistemología* se limita a describir lo que esos supuestos científicos hacen, entonces sí parece ser descriptiva. Aunque bien podría pensarse que si se ocupa de lo que hacen es para poder luego decir *cómo* se hace, y por lo tanto tendría un objetivo prescriptivo. Por mi parte prefiero llamar *Epistemología* a una disciplina que tiene como objeto la reflexión acerca del fundamento de los conocimientos, entre ellos el científico. Y en tal caso se me aparece como un discurso *prescriptivo* puesto que proporciona los elementos teóricos de la *Metodología de la Ciencia*.

Ahora bien: si hay un estudio de lo que los juristas hacen, y si lo que hacen es denominado *ab-initio* "ciencia", entonces parece un estudio dedicado a justificar, dar *status* de ciencia, a los discursos de los juristas. Y eso parece mucho más ser la apología de la función social de estos manipuladores del derecho que una tarea que merezca otra cosa que no sea su crítica.

Porque, en efecto, puede observarse que hay una terca cuanto inexplicable tendencia a buscar la científicidad del quehacer de los juristas. Inexplicable porque no se entiende por qué es necesario ver como ciencia lo que hacen, cuando de antemano se sabe que no existe la clase de juristas interesados en hacerlo. ¿Por qué no limitarse, como Kelsen, a decir *cómo debería proceder* quien quisiera hacer ciencia?

7 "Corresponde a la filosofía del derecho elucidar los criterios de identificación que los científicos usan de hecho para identificar los enunciados válidos, es decir, los criterios efectivamente vigentes en una comunidad dada", Alchurrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1975, p. 121. Los autores denominan *Filosofía del Derecho* y no *Epistemología Jurídica* a la disciplina encargada de describir —"elucidar"— lo que los científicos hacen.

Sin embargo la mayoría de los autores que se ocupan de esta cuestión, comienzan sus razonamientos buscando la ciencia del derecho en el lenguaje de los juristas. Comienzan preguntándose qué es lo que hacen estos personajes, como si de antemano supieran que allí encontrarán la ciencia del derecho. Dicho de otro modo, dan por sentado que los discursos de los juristas son científicos, aserto que no tiene ningún fundamento. Que no conduce a otra cosa sino a mostrar ese conocimiento como científico. Bien podría, por el contrario, establecerse el criterio de la científicidad y luego utilizarlo para evaluar la científicidad de esa tarea de los juristas. ¿Por qué no hacerlo? Tal vez la respuesta es la de Bobbio: es que con ese procedimiento lo que se ha logrado es una separación lamentable entre lo que se hace y lo que debería hacerse:

Se trata de lo que he llamado antes la típica “duplicación” del saber en la esfera de la experiencia jurídica: abierto en un determinado período histórico un contraste —que parece irreductible— entre la concepción de la ciencia y la práctica del jurista, se va desarrollando por un lado una *jurisprudencia que no es ciencia* y por otro lado una *ciencia que en sí misma no tiene ya nada que ver con la jurisprudencia* (y con la que los juristas generalmente no saben qué hacer). En otras palabras, con esto se quiere decir que en el mismo momento en que se reconoce la existencia del contraste entre ciencia y jurisprudencia, este contraste, en vez de conducir al intento de reducir la jurisprudencia a ciencia, tiene como consecuencia el traslado del ideal científico fuera y más allá de la jurisprudencia, lleva a la construcción de una ciencia del Derecho distinta de la jurisprudencia.⁸

Sí; pero ¿por qué a la fuerza lo que los juristas hagan *debe ser ciencia*? ¿Por qué hay que hacer el “intento de reducir la jurisprudencia a ciencia”? Bueno fuera que los juristas lo consiguieran. Pero si no ¿no es mejor la crítica de su práctica apologética que proporcionarles, *además*, el prestigio de la ciencia? ¿Por qué todos esos esfuerzos no son conducidos a mostrar a cada momento que lo que los juristas hacen no es científico, que no hay pureza posible tratándose del estudio del poder? No se entiende por qué tantos esfuerzos para fundar una ciencia que nadie quiere practicar.

8 Bobbio, N., “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución ...*, cit. cit. p. 175.

8.1. La descripción de normas.

Se insiste en que la *Dogmática Jurídica* se limita a la “descripción” y “sistematización” de normas. Por ejemplo:

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”⁹

8.2. La interpretación

Pero, además, para algunos la *Dogmática Jurídica* incluye también la *interpretación* del discurso del derecho.

Por lo pronto, parece claro que la descripción del derecho no consiste en la mera transcripción de las leyes y de las otras normas jurídicas, sino que comprende, además, la operación que los juristas denominan vagamente “interpretación” y que consiste, fundamentalmente, en la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas (*idem*).

Pero para otros, empezando por Kelsen, la *interpretación* no puede ser tarea científica porque conlleva un ingrediente subjetivo y por lo tanto es una actividad política:

La interpretación jurídico—científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica ... no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente ... el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única “correcta”, no cumplen una función científico—jurídica, sino una función jurídico—política.¹⁰

Pero como los significados de las palabras son virtualmente indeterminados, la interpretación como exposición de posibilidades de significación es, en el mismo grado, imposible. Por otra parte, según Kelsen la sola elección entre una de las posibles interpretaciones constituye un acto político. En cambio para quienes la *Dogmática Jurídica* incluye la interpretación, de lo que se trata precisamente es de *determinar* las consecuencias de las normas (no se comprendería una tarea científica que no “determine” nada). Y por *determinar* no puede entenderse una mera exposición de posibilidades.

9 Alchurrón y Bulygin, *Introducción ...*, cit. p. 113.

10 Kelsen, H., *Teoría pura...*, cit. p. 356.

8.3. El estudio del acto productor del discurso del derecho

El desacuerdo entre las distintas metodologías jurídicas va más allá: para algunos la *Dogmática Jurídica* incluye el estudio del acto de producción de las normas a describir. Para otros no:

Hay que mantener firme aquella consideración del objeto en base a la cual no hay jurisprudencia fuera de la regla y de lo regulado y todo lo que está antes de la regla (es el fundamento o el origen) no pertenece al estudio del jurista.¹¹

El estudio de ese acto no puede sino ser confirmatorio —o negatorio— de su legitimidad. Estimo que todos los intentos de quitar a la *Dogmática* el cometido de estudiar el origen de las normas, es un intento crítico que desea quitar al poder el auxilio de una ciencia que se dedique a explicar que lo que “alguien” dice que debe ser tiene además el apoyo del derecho (a decirlo).

Sin embargo, a pesar de este intento crítico, el estudio del acto productor de derecho está implícito en el discurso de quienes quieren limitar la *Dogmática* a la mera descripción. Veamos de nuevo por qué.

La *Dogmática* —se dice— debe establecer cuáles son las normas *válidas*. Para ello es necesario contar con reglas de reconocimiento o criterios de identificación de ese objeto científico.

Para identificar los enunciados válidos usan los juristas ciertos criterios, que llamaremos *criterios de identificación*.¹²

Estos criterios de identificación comprenden las llamadas *reglas de admisión* y de *exclusión*, de las que se dice que *definen* la noción de enunciado de derecho válido (*idem*, p. 119). Es decir, un enunciado será considerado objeto de esta ciencia —es decir es una norma válida— si puede ser considerado como subsumible en las “definiciones” que constituyen las reglas de reconocimiento. Adviértase que el criterio de reconocimiento es presentado como *definición* y no como norma de competencia. Esto

porque en la filosofía del derecho existe cierta tendencia a identificar los criterios de validez con las normas de competencia. (*idem*, p. 120)

Pero hay una diferencia importante: las normas de competencia permiten crear nuevas normas, mientras que los criterios de identificación son “definiciones” que no introducen nuevas normas en un sistema.

11 Bobbio, N., “Ciencia del derecho ...”, *cit.*, p. 185.

12 Alchurrón y Bulygin, *Introducción ...*, *cit.* p. 115.

Un ejemplo aclarará lo dicho. Una regla de admisión que instituye la legislación ... como fuente de enunciados válidos, puede tener la siguiente forma: a) Todos los enunciados que pertenecen al conjunto C (vgr. una Constitución) son válidos. b) Si existe un enunciado válido que autoriza (o permite) a una autoridad normativa x formular el enunciado p , y x ha formulado p , entonces p es válido. c) Todos los enunciados que son consecuencia (se infieren de) los enunciados válidos, son válidos ... Como se advertirá fácilmente, la regla b) hace expresa referencia a las normas de competencia; para establecer la validez de un enunciado es necesario, por consiguiente, conocer el contenido de ciertas normas de competencia. Pero las reglas a), b) y c) no son ellas mismas normas de conducta, sino meras definiciones (*idem*)

Efectivamente hay diferencia entre criterios de reconocimiento y normas de competencia. Pero ése no es el punto. La cuestión es que al *usar* el criterio de definición —que es lo que hace el “científico” del derecho— *se reconoce* no sólo la existencia de la norma de competencia, sino lo apropiado de su *uso*. La misma expresión de estos autores lo dice: “si x ha formulado p ...”. Y desde luego, que si p es válido, es porque se cumplió con la condición —“si”— de haber *efectivamente* x formulado p . Y como para que lo haya formulado es necesario que haya cumplido las normas del procedimiento establecido para formular p , —porque si no, p no sería una norma sino, por caso, el intento de hacerse obedecer por parte de un criminal— entonces decir que x formuló p incluye decir que efectivamente cumplió las reglas del acto de formular p . Es decir, hay que aceptar que “la autoridad” hizo lo que había que hacer para formular p .

*Quando il vocabolo “norma” è usato nel primo senso —nel senso di disposizione— l'enunciato significa: primo che quella disposizione è stata prodotta da un soggetto competente secondo la procedura prescritta; secondo, che quella tale disposizione non è stata esplicitamente abrogata.*¹³

Pareciera que esto pasa desapercibido para quienes sostienen que “describir” normas es un acto desprovisto de sentido político. Incluso al propio Kelsen, siempre tan preocupado en que la ciencia no sirva a ningún poder, este asunto parece no habersele presentado. Kelsen dice que producir una norma es un acto de ejercicio de poder. Y dice que una norma es válida si ha sido producido por quien “debía” hacerlo; es decir, por alguien cuyo discurso, en virtud de otra norma, podía ser imputado al discurso del estado. Entonces alguien, cualquiera, que diga que una norma es válida

¹³ Guastini, Riccardo, “Disposizioni e norme nel discorso dottrinale”, en *Lezioni sull'linguaggio giuridico*, Torino, Ed. Giappichelli, 1985, p. 132. El autor se refiere aquí a las disposiciones que contienen normas; pero no cambia el asunto.

está reconociendo que el que la produjo era quien debía hacerlo. Pero el hacerlo, el producir el discurso, es un "hecho" y sólo es productor de normas porque alguien —otro— usa una norma para calificarlo como tal. Es decir, calificar ese "hecho" de *producción de normas* es *usar* la norma para darle ese sentido. Pero todo *uso* de una norma es un acto político. Y, para abundamiento, usarla para dar el sentido de la *juridicidad* al acto de un individuo es lo mismo que revestirlo del prestigio de lo que debe ser "conforme a derecho".

Dicho de otra manera, decir que el acto de *x* es productor de la norma *p*, es *interpretar* que ese acto "cae" o puede ser subsumido, dentro de las previsiones de una norma *y*. Y eso es lo mismo que hace el juez cuando califica como delito la acción de *x*: constituye *aplicación* del derecho, que al ser, en el caso del juez, *producción de derecho*, constituye un caso del acto político por excelencia según Kelsen. Si eso es "interpretar" una norma, entonces no es científico porque la *interpretación científica* requiere, como vimos, que el científico no se pronuncie por ninguna de las posibilidades. Y de un acto de producción de normas siempre cabrá la posibilidad de decir que, o bien el productor del discurso no era el *x* indicado por la norma *y*, o que la acción empíricamente verificable de *x* no era la descrita en la norma *y*. Por lo tanto, al pronunciarse por una de las posibilidades de interpretación, la que dice que efectivamente *x* hizo lo que decía la norma *y* que había que hacer para producir la norma *p*, el "científico" ha incurrido en el menos agraciado de los actos políticos: el que justifica un acto de poder.

Pongámoslo en términos más afectivos. Los juristas "científicos" que durante años se lo pasaron diciendo que los discursos normativos de Videla y sus secuaces eran normas válidas ¿no estaban diciendo que esa banda de asesinos eran *x* que producían las normas *p*, que sus actos eran los que cumplían con los requisitos que establecían las normas *y* para producir las normas *p*? Y luego resultó que no eran más que criminales comunes acreedores a la pena máxima ¿Qué hicieron esos científicos sino acordar juricidad a los actos de esos criminales? Esto se le pasó a Kelsen. Si no habría que pensar en que su obra era más bien un intento de demostrar lo contrario de lo que parecía que quería decir: que no hay ciencia jurídica posible, si de apoliticidad se trata.

Imagino la objeción: es que el derecho dictado por Videla era derecho aunque no nos gustara. Sí, pero si esos criminales no hubieran encontrado ni un solo "científico" que dijera que "aunque no nos guste de todos modos es derecho", si hubieran renunciado todos los jueces y todos los

profesores de derecho, no hubieran podido decir que el de ellos era derecho aunque no le gustare a alguien. Es más: no hubieran podido gobernar un país moderno ni diez días ¿O acaso es imaginable un gobierno de fines del siglo XX sin el concurso de ningún jurista?

Me parece obvio que los científicos que *usan* los criterios de reconocimiento producidos por la *Metodología* (o la *Teoría General del Derecho* o la *Filosofía del Derecho* o lo que sea) producen actos políticos y estoy de acuerdo con Kelsen en que no hay que abundar legitimándolos con cientificidad. Me parece mucho más apropiado decir que se trata de una actividad política, tratarla como tal y respetarla hasta donde debe hacerse. Es decir, hasta donde las conclusiones de otro no la contradigan ¿O habría que condenar como no científico a quienes durante el período de los crímenes de Videla denunciaban la no validez de las normas *p* porque esos criminales no eran *x*?

Otros estudiosos incluyen expresamente el acto de producción de normas entre los objetos de la *Dogmática Jurídica*.

En modo elemental, me permito sugerir que los enunciados jurídicos complejos describen hechos creadores y aplicadores de derecho así como las normas que están relacionados con ellos ... un enunciado jurídico completo ... es verdadero si, y sólo si, los hechos jurídicos creadores y aplicadores del derecho se producen y la norma facultativa (n—F) que instituye a estos hechos como tales existe o existió.¹⁴

Esta concepción de la *Dogmática Jurídica* enfrenta el problema admitiendo todas las consecuencias de la pretensión científica de esa disciplina: para poder decir que un enunciado es una norma *válida* es necesario pronunciarse acerca del acto de producción del mismo. Y sólo es norma si puede decirse, o se acepta decir, que el enunciado fue producido por alguien que tenía las características y siguiendo los procedimientos establecidas por otra norma. De la cual, por supuesto, puede decirse lo mismo. Finalmente, decir que una norma existe es aceptar la existencia de todo el orden jurídico del que se dice que esa norma es parte.

Esta concepción implica también aceptar que la labor del juez es científica, como lo es también la del abogado litigante, a quienes expresamente Kelsen niega el carácter de científicos. En efecto, decir que una pretendida norma es inconstitucional, por ejemplo porque producirla no estaba den-

14 Tamayo y Salmorán, Rolando, *La Ciencia Jurídica y su carácter empírico*, México, UNAM, 1988, 25. Cfr. porque el mismo texto lo hace, Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, p. 259 y ss.

tro de las atribuciones del funcionario que lo hizo, es típicamente lo que arguye un abogado y resuelve un juez. Declarar que un contrato es nulo es igual: tiene el sentido de que no existe esa norma, por ejemplo porque las partes no podían contraer porque uno era menor, o porque no cumplieron con los requisitos establecidos por la norma para producir ese acto.

Finalmente, también es cierto que no todos los teóricos del derecho sostienen que la *Dogmática Jurídica* es una ciencia que puede cumplir con el requisito de la apoliticidad.

La dogmática jurídica es un tipo de saber que cabe caracterizar por las siguientes notas: 1) ... 2) ... 3) La dogmática jurídica, en relación con el sistema jurídico, cumple las tres siguientes funciones: a) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; b) suministrar criterios para el cambio del derecho ; c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos.¹⁵

Finalmente cabe decir que hay otro discurso, que es el expresado en este trabajo, y que habla acerca de esas corrientes de la *Epistemología Jurídica*. Este es aún un *otro* discurso, que, por versar sobre esas epistemologías, es *Crítica Jurídica*. Este discurso pretende decir que esas tendencias son eso: tendencias. Sólo que no lo quieren confesar. Unas son tendenciosas porque incluyen expresamente entre los enunciados científicos, aquellos que adjudican autoridad a quien dicta las normas. Y otras lo son porque pretenden que la *Dogmática Jurídica*, sólo "describe", ofreciendo sutilmente la posibilidad de que al describir "inocentemente", "objetivamente", "apolíticamente", "desinteresadamente", los juristas invistan del prestigio de la ciencia al discurso de quienes ejercen el poder. La *Crítica Jurídica* pretende demostrar que todo intento de hablar del derecho tiene irremediable carácter prescriptivo, es decir, político. Y pretende decir que todo el que quiera hablar del derecho ocultando el carácter prescriptivo de su discurso, es un apologeta del poder.

15 Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 276.