

Capítulo Tercero

EL CONTENIDO DEL DISCURSO DEL DERECHO

1. El derecho como discurso organizador de la violencia . . .	53
1.1. El derecho como discurso que amenaza con la violencia	54
1.2. El derecho como instrumento de resolución de conflictos	58
1.3. El derecho caracterizado por la justiciabilidad	58
1.4. El derecho como modelo para juzgar conductas	59
1.5. El derecho como unidad de dos tipos de normas (Hart)	61
2. La calidad del productor del discurso del derecho	63
3. El derecho como discurso autorizado	66
3.1. El sentido autorizado	66
3.2. La voluntad del productor	67

Capítulo Tercero

EL CONTENIDO DEL DISCURSO DEL DERECHO

SUMARIO: 1. *El derecho como discurso organizador de la violencia*; 1.1. *El derecho como discurso que amenaza con la violencia*; 1.2. *El derecho como instrumento de resolución de conflictos*; 1.3. *El derecho caracterizado por la justiciabilidad*; 1.4. *El derecho como modelo para juzgar conductas*; 1.5. *El derecho como unidad de dos tipos de normas (Hart)*; 2. *La calidad del productor del discurso del derecho*; 3. *El derecho como discurso autorizado*; 3.1. *El sentido autorizado*; 3.2. *La voluntad del productor*.

Podemos aceptar que la caracterización del derecho lograda en el capítulo anterior, es *formal*, en el sentido de que hemos recurrido a un criterio ofrecido por la lógica. Será necesario ahora utilizar otros criterios. El primero es el criterio ofrecido por la concepción según la cual el derecho es un discurso que organiza el uso de la violencia como monopolio de ciertos individuos. El segundo es el criterio ofrecido por la calificación del productor del discurso. El tercero es el ofrecido por la calidad de ser un discurso de contenido autorizado por otro discurso.

1. El derecho como discurso organizador de la violencia

Aceptaremos aquí que de entre todos los discursos prescriptivos el del derecho se caracteriza por organizar el ejercicio de la violencia en una sociedad. Esto constituye sin duda una incursión en la cuestión acerca de la definición del derecho, que no es el objetivo de este trabajo. No obstante ello, la senda nos ha conducido hasta aquí y no es posible eludir al menos una disquisición resumida.

1.1. El derecho como discurso que amenaza con la violencia

Como se sabe, ésta es la concepción de Kelsen y también de Ross. Este criterio de distinción —que es el aceptado en este trabajo—, debe imputarse a la *Semántica*.

Esta es la "semantización de la que hablamos ... y que, en mi opinión, constituye la diferencia esencial entre el concepto del derecho de Weber y el de Kelsen. Esta semantización implica una transformación radical de la ciencia jurídica, pues elementos que eran considerados ajenos al derecho, quedan incluidos en éste.¹

En efecto, según Kelsen, no es que el derecho se valga, o que "use" la violencia, sino que el derecho es la organización misma de la coacción:

Lo que distingue al orden jurídico de todos los otros órdenes sociales, es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica. Si ignoramos este elemento específico del derecho, y no lo concebimos como una técnica social específica y lo definimos simplemente como orden y organización, y no como orden (u organización) coercitivo, perderemos la posibilidad de diferenciarlo de otros fenómenos sociales.²

Por lo tanto,

Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de la normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas (*Idem*, p.34)³

En el mismo sentido opina Ross:

Un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona ... O más brevemente: un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del estado⁴

Esta concepción es contestada actualmente por dos tendencias que son dispares. Por una parte, algunos juristas confesadamente críticos del dere-

1 Schmill Ordóñez, Ulises, "El concepto de derecho en las teorías de Weber y de Kelsen", en O. Correas, (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 188.

2 Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y el Estado*, México, UNAM, 1969, p. 30.

3 Cfr. Bobbio, Norberto, "Derecho y fuerza", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Ed. F. Torres, 1980, pp. 335 y ss.

4 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, p. 34.

cho rechazan esta concepción por empobrecedora respecto de la experiencia jurídica y de las posibilidades de dominación de este discurso. Por otra parte juristas apologetas del derecho ven en esta concepción una que no le acuerda al derecho ninguna posibilidad de ser visto como una ayuda para la vida humana. Volveremos sobre esto al tratar ambas concepciones.

¿Cabe justificar la elección de una concepción acerca del derecho? En todo caso no será una justificación "científica" porque la elección se produce en el nivel de la *Teoría General del Derecho*, que es anterior a la actividad científica. De modo que la única justificación posible es de carácter ético: adherir a la de Kelsen significa adherir a una concepción crítica del derecho en general. Esta elección es de naturaleza ética porque parte de la valoración suprema de la libertad individual de la que toda normatividad es siempre una limitación. Algunos piensan ciertamente, que la *Teoría General del Derecho* no debe obtener sus categorías a partir de ninguna postura política. Esa es una afirmación sostenida por todos los reaccionarios de derecha, que tiende a hacer pasar por apolítica una posición política: la de que la filosofía y la ciencia pueden no tener objetivo político alguno.

Esta cuestión pertenece al tipo de reflexiones que se realizan en el nivel de la *Filosofía Política*, la cual a su vez depende de lo que se denominaba *Antropología Filosófica* y que, sin mayores razones, ha desaparecido de la reflexión contemporánea, tal vez por "metafísica". Pero sea o no cierta su característica de ser una filosofía de las peyorativamente denominadas "especulativas", lo cierto es que todos, lo confiesen o no, tienen una concepción de lo que es el hombre y, por lo tanto, de cómo *debe* considerarse al estado —o al derecho. Quienes piensan que el hombre es un animal originariamente gregario (el cristianismo por ejemplo), no tienen dificultad en aceptar que la sociedad y sus normas son el lugar y el modo en que puede producirse la plena realización humana. Quienes piensan que, por el contrario, el hombre es un individuo cuya más prístina esencia es la libertad, no pueden menos que ver con toda la desconfianza posible cualquier forma de normatividad, y mucho más si se trata de esa deleznable forma llamada "estado". Entre estos se encuentran los anarquistas y el género de libertarios entre los que hay que colocar a Kelsen. Marx, y sobre todo Engels, evidenciaron una violenta repulsa contra el estado, aunque hay que reconocer que su ideal comunista pertenece al mismo ideal del cristianismo (desde luego no me refiero al cristianismo abiertamente capitalista de Juan Pablo II), y por ese lado pueden ser vistos como quienes piensan que la verdadera realización del hombre sólo puede darse en

sociedad, lo que presupone algún tipo de normas. Por otra parte, quienes piensan que el hombre es originariamente un ser bondadoso, pero corrompido por la sociedad (u otras formas de pecado original), como Rousseau, Marx, los anarquistas o el cristianismo, mantienen la esperanza de un regreso al estado anterior a la caída. De éstos, quienes privilegian el instinto de libertad sobre el instinto societario, como los anarquistas y algunos marxistas —Lenin lo dijo expresamente—, conservan la esperanza de que, en ese regreso, se fundará una sociedad humana sin estado. Mientras que los que piensan que el hombre es un animal individualista, libertario, pero belicoso y antisociable, como Kelsen, Frued o Nietzsche, están incapacitados para mantener la esperanza en la utopía de los hombres sin normas, y sostienen desesperanzadamente la necesidad de la represión, ubicando la utopía más bien en una forma de derecho, el producido democráticamente, como única forma posible de convivencia humana. Es inútil escapar a este fatal y residual jusnaturalismo que todos profesamos. Nuestra concepción del derecho, la simpatía o rebeldía que nos inspiran el derecho, proviene de esa nuestra escondida *Antropología Filosófica* que no queremos reconocer. En el fondo del fondo, la concepción del derecho que adjudicamos a la *Teoría General del Derecho* que aceptamos, en realidad proviene de nuestras concepciones éticas. Los espíritus libertarios no pueden aceptar ninguna aserción que adjudique ninguna bondad inmanente a las normas. Lo máximo posible es una resignada y vigilante aceptación de la menor normatividad posible, y siempre que sea consentida por los dominados. De allí que la concepción que ve en el derecho la organización de la violencia, que no permite ver en él ninguna bondad intrínseca, que nos pone en guardia contra toda forma jurídica, que reivindica para el hombre el máximo de libertad posible, es una convicción filosófica que tiñe irremediabilmente nuestra concepción del derecho.

Este jusnaturalismo silencioso no implica ninguna afirmación de ninguna bondad de algún contenido normativo, como es el caso del jusnaturalismo que ha proporcionado la base filosófica de todas las dictaduras que han existido. Implica solamente que, de acuerdo con nuestra concepción del hombre, creemos, o no, que la vida social requiere de alguna forma de represión. Las conciencias libertarias y democráticas sostienen que, desde el punto de vista ético, el único *contenido* de normas aceptable es el producido democráticamente, con el agregado, que no tiene nada de jusnaturalista porque es muy histórico, de que ni siquiera las normas producidas democráticamente pueden atentar contra los hoy llamados

“derechos humanos”, entre los que no colocan el de la apropiación privada de los medios de producción.

Esto respecto de la concepción crítica del derecho en general, es decir, de *todo* derecho. Otra cosa, no contradictoria, es sostener que la normatividad es necesaria para mantener el control social, sin el cual sería imposible la pervivencia de la especie. Pero aún otra cosa, no sólo no contradictoria sino complementaria, y que constituye una actitud crítica, no ya del derecho en general sino además del derecho moderno, es sostener que este orden jurídico permite la dominación de las clases poderosas —la burguesía en general, pero más particularmente la financiera— sobre los que trabajan. Esto quiere decir que existe una *Teoría General del Derecho* de concepciones críticas, y una *Crítica del Derecho* moderno, y desde luego que esta última incluye la primera aunque no vale lo mismo para la inversa. A mi juicio, pero se que hay otros, la justificación de la aceptación de unas u otras modalidades en el interior de la *Teoría General* no puede argumentarse mejor.

Cabe agregar que, si bien el derecho es un discurso que organiza la violencia, y por tanto está en primer lugar dirigido a los funcionarios que deben ejercer la fuerza contra los infractores, no sería sensato ignorar que el destinatario del sentido es el individuo amenazado, y esto vale respecto de los ciudadanos pero también respecto de los propios funcionarios. Se trata de un discurso que, si por una parte organiza la violencia indicando cuáles miembros de la sociedad deben aplicarla, cómo, cuándo y en qué medida, por otra parte parece no hacerlo. Y pareciendo no hacerlo, transmite ideologías de aceptación, como justas, de las relaciones sociales descritas en su sentido ideológico. A menos de estar siempre en guardia a partir de una actitud crítica, el derecho puede aparecer como un discurso inocente, organizador de conductas socialmente benéficas, que parece dirigirse a los ciudadanos ofreciendo posibilidades de producción de conductas escondiendo su rostro represivo; pero es sólo una maniobra diversionista: la violencia organizada está allí, al servicio de quien puede hacerla funcionar utilizando la legitimidad que le presta este discurso represivo.

La concepción kelseniana que aquí adoptamos, aparece contestada por otras tendencias contemporáneas, como las siguientes.

1.2. El derecho como instrumento de resolución de conflictos

Según una concepción difundida principalmente entre algunos sociólogos, el derecho es un instrumento de resolución de conflictos. Ya a primera vista resulta imposible pensar en la eficacia del derecho moderno, es decir en el control que se ejerce sobre más de la mitad de la población mundial a la que se mantiene en la miseria, como "resolución" de conflictos. Claro que puede decirse que "conflicto" puede entenderse como incluyente de "lucha de clases", lo cual es cierto. Pero "dominación" no puede entenderse como incluido en "resolución". Esto por una parte. Pero, además, que el derecho "resuelva" conflictos es una caracterización de los efectos de su uso. Es decir, se trata de la definición de un objeto propio de la *Sociología*, no de la definición de un objeto propio de alguna ciencia del discurso. Con ello debería bastar para justificar el rechazo, al menos en este trabajo, de esta concepción.

1.3. El derecho caracterizado por la justiciabilidad

También es propio de la *Sociología* caracterizar el derecho por la justiciabilidad en lugar de hacerlo por la calidad de las normas que lo componen.

L'éventualité du jugement, l'éventus judicii, constituerait donc le trait spécifique de la régulation juridique ... C'est—à—dire que présence de juridicité n'est pas synonyme, au contraire d'une idée très répandue, d'existence de règles préétablies gouvernant en particulier les jugements provoqués par les éventuels litiges et mises en question. Autrement dit, la normativité n'est nullement de l'essence de la juridicité: la règle de droit n'est pas logiquement première dans la manifestation d'une juridicité, pas plus sans doute qu'elle n'a été historiquement première.⁵

Es fácil ver que se trata de una variante de la posición anterior, sólo que además se incluye aquí un ingrediente histórico: la juricidad apareció antes que las normas. En esta variante, se produce un muy sutil desplazamiento desde la "resolución de conflictos", que es con toda obviedad un efecto del uso de las normas, a "la juricidad", que es lo mismo pero, por

5 "Les mutatis des formes du droit", en *Procès* número 9, p. 9. El trabajo aparece firmado por Groupe Stéphanois de Recherches, dirigido en la Universidad de Saint—Etienne por Antoine Jeammaud.

tratarse de un sustantivo, lo que era “efecto” —“justiciabilidad”—, pasa a ser “esencia” merced a la mutación del verbo en sustantivo. Con esto se abre paso a la idea de que “juricidad” es distinto que “derecho” o “conjunto de normas”. En realidad sostener que el derecho es un discurso que amenaza con la violencia, no es contradictorio con una posición que quiere poner el acento en el hecho de que ese discurso se usa, entre otras cosas, como dominar por ejemplo, para zanjar diferendos o juzgar conductas. De la verdad del enunciado que dice que el derecho se usa para eso, no se sigue que en esencia no sea un discurso amenazador. En cambio que el derecho “resuelve” conflictos sí es una distorsión respecto de la verdad del enunciado que dice que el derecho permite ejercer la dominación. La función del derecho es la hegemonía política no la resolución de conflictos. Y si alguien dice que es lo mismo, porque al “resolver” conflictos se “domina”, entonces propongo que se deje de usar “resolución de conflictos” y se regrese a “ejercicio de la dominación”. Si es lo mismo no habrá dificultad.

1.4. El derecho como modelo para juzgar conductas

La concepción anterior aparece ya no como sociológica sino como parte de la *Teoría del Derecho* cuando el razonamiento parte del análisis de las normas mismas y ya no de su uso. Sin embargo se trata de la misma concepción en otra variante, que de todos modos no es contradictoria con la concepción sostenida en este trabajo. Para algunos juristas el derecho debe definirse por su relación con su utilización, lo cual no es criticable sino cuando tal definición es presentada como perteneciente a la *Teoría General del Derecho* y no a la *Sociología Jurídica*. Ciertamente, el derecho es un discurso amenazador, y se *usa* para mensurar conductas. Pero no hay ninguna razón que haga ver como inconveniente o imposible distinguir entre lo que el derecho es y el uso del mismo, aun cuando se trate del *único* uso posible. Un ejemplo de esta indistinción es el siguiente:

La nature logique d'une règle de droit n'est sans doute, au contraire de ce qui est couramment professé, de prescrire, prohiber ou permettre une conduite (sous la menace d'une sanction maniée par l'autorité sociale). Par son appartenance générique, elle est un modèle idéal, c'est-à-dire un instrument de

mesure, de référence, permettant d'apprécier chaque fois que ses conditions d'application son réunies comment les choses doivent être.⁶

Esta posición aparece también en un texto que para muchos constituyó la *teoría de Critique du Droit*. Posiblemente pueda decirse que es compartida por los juristas que constituyeron esa corriente.⁷ Es cierto que el derecho es una especie del género de los modelos ideales, es decir, de los instrumentos de medir, que permiten apreciar cómo las cosas deben ser. En eso consiste la función del derecho, y de todo discurso normativo, de *dar sentido* a las acciones humanas. Y es precisamente lo que tratamos de dilucidar aquí: el discurso del derecho es un discurso prescriptivo, y uno más entre los discursos normativos. Y de entre ellos, se distingue, como veremos, por estar autorizado, por ser emitido por funcionarios y por amenazar con la violencia. Lo que sucede, es que está siempre acompañado de otros discursos, no normativos, todos incluidos en el mismo *texto*. De allí que parezca que el derecho es *algo más* que normas. En realidad, se trata de normas acompañadas de otros discursos que no es necesario incluir en la misma especie que la de las normas que amenazan con la violencia. Eso es todo.

La posición adoptada en esta investigación ha sido motivada por las mismas razones que han llevado a otros a extender la calidad de "derecho" a muchos otros discursos que no son prescripciones que amenazan con la violencia. Pero la solución ha sido diversa: consiste en aceptar que hay muchos discursos prescriptivos, distintos de los descriptivos, pero reservando el nombre de "derecho" para los textos que incluyen prescripciones que amenazan con la violencia emitidas por funcionarios reconocidos como tales. Es preferible aceptar que existe la "gran división" entre descripción y prescripción, y que, dentro de ésta última puede identificarse

6 Groupe Stephanois, "Les mutations...", cit. p.11. Cfr., porque el propio artículo lo hace en la nota 16, Jeammaud, Antoine, "Norme et Règle de droit", en *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economiques de Lyon*, 1972—II, pp. 105 y ss. El tema ha sido retomado por el mismo Jeammaud en "La règle de droit comme modèle", en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1990.5, pp. 125 y ss., en el que el autor desarrolla estos puntos de vista con mayor detenimiento. La concepción no ha cambiado en este nuevo escrito de modo que podemos atenernos a la citada en el texto.

7 Miaille, Michel, *Une Introduction critique au droit*, París, Ed. Masperò, 1978, p. 103: "Un système normatif, comme le droit, es donc avant tout un système de mesure, ... la norme juridique est instrument de mesure..." El autor cita aquí el trabajo de A. Jeammaud *Des oppositions de normes en droit privé interne*, mimeografiado en Lyon, de 1975, que resulta un estudio aún posterior, sobre la misma cuestión, al citado en la nota anterior. Es decir, esta doctrina se viene manteniendo desde 1972.

un sector producido por cierto tipo de individuos y que organiza la violencia. El nombre "derecho", entonces, queda reservada para esta clase de prescripciones. Ello no niega que haya otras, ni niega que puedan coexistir otros discursos —definiciones, por ejemplo—, en los mismos textos en que existe el discurso del derecho. De allí la utilidad del concepto de "texto" como producto cultural que puede soportar muchos discursos al mismo tiempo. De allí también el esfuerzo por producir el concepto de "sistema signifiante" que permitiría identificar, en el mismo texto, diversos discursos. En definitiva, la cuestión es la definición de "derecho".

1.5. El derecho como unidad de dos tipos de normas (Hart)

Pero sí hay diferencia, y ahora esencial, entre lo propuesto en esta investigación y quienes definen el derecho como discurso compuesto de dos clases de normas. Existe una diferencia de fondo con quienes quieren extender el uso del signo "derecho" hasta incluir "normas" no amenazantes, pero con la intención de mostrar una parte benévola de este discurso del poder. Quienes así proceden ya no dejan espacio para la definición de un fenómeno social expresamente destinado a organizar la violencia. No habría tal fenómeno sino unificado con otro cuyo objetivo no es la dominación. En este caso sí estamos frente a una concepción contradictoria con la sostenida aquí. Hart sostiene que el discurso del derecho contiene dos tipos distintos de enunciados o normas. Algunas sí, reconoce, amenazan con la violencia. Pero otras no. Por ejemplo, las normas que establecen cómo ha de redactarse un testamento no puede considerarse un discurso que amenaza con la violencia, sino, en todo caso con la nulidad, y nulidad no es lo mismo que coacción. Respecto del ejemplo del testamento, pero también de cualquier otro similar, supongo que en Inglaterra, igual que en América, un juez o un notario que acepte como válido un testamento no confeccionado de acuerdo con esas normas, debe ser castigado con las penas previstas para el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público. Y estoy seguro de que un juez o notario condenado por cometer un delito como ése no diría que le aplicaron una "nulidad". En palabras de Hart:

Pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía de órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testa-

mentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones.⁸

Ciertamente con una concepción así no podría acotarse el discurso jurídico por una apelación a la *Semántica* según la cual el derecho sea un discurso que organiza el uso de la violencia. A Hart le parece más bien que éste tipo de normas “no violentas”, lejos de constreñir a alguien —ni siquiera a los jueces que deben juzgar sobre esos contratos, matrimonios o testamentos—, lo que hacen es acordar a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes (*idem*).

Si: el derecho proporciona las “facilidades” para que los patrones cumplan sus deseos de pagar lo que desean a los trabajadores, para que los terratenientes cumplan sus deseos de transferir la tierra a sus hijos en puntuales testamentos, para que los empresarios engañen a los obreros transfiriendo acciones sanas a compañías fallidas, y, por supuesto, para que los pobres puedan cumplir sus deseos de comer comprando algo cuyo precio no alcanzan a pagar. Por el contrario, con una actitud crítica respecto del derecho, por ejemplo un contrato aparece de muy distinta manera que como otorgando “facilidades” para que los individuos cumplan sus deseos:

Un contrato, pues, puede ser visto como la constitución admitida de un subgrupo social, dentro del ámbito de grupos sociales mayores incluyentes ... en rigor, el contrato no obliga: contratar es una técnica de constitución válida de subgrupos con pautas internas de comportamiento de sus miembros. El control de las mismas —esto es: del desempeño de los roles que las partes se distribuyan y, por ende, de la redistribución de bienes y privilegios que las partes acuerden, así como las modalidades de reproducción del grupo— quedan, en principio, en manos de los miembros del grupo mismo, o sus representantes; pero, a la postre, siempre es el grupo global incluyente el que mantiene el control de sus subgrupos, si es que ha de subsistir como una unidad social.⁹

8 Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo—Perrot, 1977, p. 35.

9 Vernengo, Roberto J., “Obligación y Contrato”, en *Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho*, México, UNAM, 1979, p. 92. Y en p. 94: “De esta suerte, el funcionamiento de un importante mecanismo de control social queda aparentemente en manos de los mismos sujetos controlados, de los ocupantes de los roles socialmente asignados. Conferir la obligación de asumir y cumplir las acciones de roles socialmente necesarios, a la supuesta libre voluntad de los ocupantes, es una excelente técnica mediante la cual una sociedad asegura su subsistencia.”

Vale la pena decir que Hart también habla del derecho desde el punto de vista sociológico. Se refiere al *uso* del derecho, y, en este caso, a la función social: estas normas, como la de los contratos, dice, "cumplen una función social totalmente distinta". Sólo que, en el caso de Hart, distinto que en el caso de la concepción de normas como modelos para los objetos los más diversos, sí se trata de una concepción contradictoria respecto de la aquí sostenida.

Es importante distinguir entre lo que el derecho es y aquello para lo que sirve. Es un discurso amenazador que sirve para dominar. Si esto es así, entonces podemos decir que el discurso del derecho es, entre los demás discursos prescriptivos, uno que, producido por quien está autorizado por el mismo derecho como veremos, amenaza con el uso de la violencia que algunos individuos ejercerán sobre otros.

2. La calidad del productor del discurso del derecho

Sin embargo no todos los discursos que organizan la violencia son discurso del derecho. A menos que encontremos otro criterio de acotamiento, no podría distinguirse cualquier discurso que amenaza con la violencia del que propiamente nos interesa analizar. Este criterio existe y es ofrecido por una consideración pragmática del discurso. Se trata de la calidad social del emisor.

Podremos entonces decir que es discurso del derecho el discurso prescriptivo que organiza el uso de la violencia siempre que haya sido producido por un órgano del estado. Fácilmente se descubre aquí otra vez la adhesión a la filosofía política de Kelsen. Es derecho el discurso producido por quien el mismo derecho autoriza a producirlo.

No deja de tratarse, a primera vista, de una petición de principio. Parece absurdo, en una primera aproximación, sostener que para reconocer el derecho es necesario referirse al derecho que, se supone, aún no reconocemos. Es como si el derecho no tuviera otro soporte que el que él mismo se brinda. Y en efecto así es: el derecho no tiene ningún soporte exterior a sí mismo. Es un discurso tautológico, y por eso mismo la teoría que así lo denuncia es una teoría crítica del derecho.

Para el reconocimiento del discurso del derecho recurriremos entonces a una remisión al productor: si el que produce el discurso tiene la facultad

de producirlo, es decir si está autorizado por el discurso del derecho aceptado previamente, entonces ese discurso es del derecho. La cuestión de cómo se reconoce como "del derecho" el discurso que permite reconocer como del derecho al producido después, constituye el problema de la norma fundante que ha sido teorizado por Kelsen.

Quienes están autorizados por el derecho son los órganos del estado como dice Kelsen, o los funcionarios públicos como aparece en otros autores. Como se sabe Weber habla de *cuadro administrativo*¹⁰ mientras que Engels habla de *funcionarios públicos*.¹¹

Los juristas están acostumbrados a pensar en los jueces como en aquellos funcionarios que "aplican" el derecho. Pero esta costumbre pasa por alto que la aplicación es al mismo tiempo *obediencia* a normas y además *creación* de otras. Y, por otra parte, están acostumbrados a dejar de lado que los jueces son solamente *unos* funcionarios entre muchos otros que también aplican normas al obedecerlas, y crean constantemente otras. En realidad el derecho es una cascada de discursos que "baja" a través de la jerarquía de los funcionarios, que son cientos de miles y no sólo los jueces. Por el contrario, éstos son la minoría. La mayoría de los productores de derecho son los funcionarios de la administración pública y los propios ciudadanos. Esta "cascada", termina su caída en los ciudadanos comunes, algunos de los cuales —los padres, por ejemplo, pero también los contratantes en una compraventa—, están autorizados para producir algunas normas.

Todos estos productores de derecho pueden tipificarse así:

- El legislador: todos los sistemas jurídicos establecen expresamente quiénes son los actores sociales autorizados para producir nor-

10 "Una asociación de dominación debe llamarse asociación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de un *ámbito geográfico* determinado, estén garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su cuadro administrativo": Weber, M. *Economía y Sociedad*, México, FCE, 1983, p. 43.

11 "Frente a la antigua organización gentilicia, el estado se caracteriza en primer lugar por la agrupación de sus súbditos *según divisiones territoriales*... El segundo rasgo característico es la institución de una *fuerza pública*... Dueños de la fuerza pública y del derecho de recaudar los impuestos, los funcionarios, como órganos de la sociedad, aparecen ahora situados por encima de ésta": Engels, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Moscú, Ed. Progreso, s/f, pp. 170—71.

mas de obediencia generalizada para todos o algunos de los miembros de la comunidad.¹² Esta clase de discursos del derecho existe en textos fácilmente reconocibles —textos legislativos, les denominaremos—, como es el caso del *Código Civil*. En casi todos los estados modernos, existe un periódico oficial donde, sin lugar a dudas, o más bien sin dudas relevantes, se encuentra el tipo de textos que, provenientes del legislador, nos interesa analizar.

- Los funcionarios de la administración pública: en nuestro sistema jurídico existe una más o menos clara caracterización de los funcionarios cuya conducta está regida por el *Derecho Administrativo*. Se trata del tipo de órganos que van desde los secretarios de estado o ministros, hasta los humildes empleados pasando por los temibles policías.
- Los jueces: también los jueces están plenamente reconocidos por el sistema jurídico. Las resoluciones que producen en cumplimiento de su obligación de producirlas constituyen, conforme con nuestra caracterización, discurso del derecho.¹³
- Los particulares autorizados: los ciudadanos comunes son, por excelencia, los últimos destinatarios del mensaje del derecho. Sin embargo en un buen número de casos son también funcionarios autorizados para producir un gran número de normas, como en el caso de los contratos, de la delegación de autoridad que el derecho realiza en favor de los padres, tutores y maestros, y, finalmente, en los casos en que incluso pueden convertirse en policías cuanto están autorizados a detener delinquentes *in fraganti*.

12 "Lenguaje legislativo" según Jerzi Wróblewski; *cfr.* "Los lenguajes del discurso jurídico" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1990—14, pp. 357 y ss.

13 "Lenguaje jurisprudencial" le denomina Jerzi Wróblewski. La diferencia de lo propuesto por este autor respecto de lo propuesto aquí, consiste en que el criterio seguido por Wróblewski es exclusivamente pragmático. Entonces, desde luego, todo el cuerpo de una sentencia es lenguaje jurídico. Aquí proponemos que sólo lo es la parte resolutive, porque estamos agregando otro criterio, ahora semántico.

3. El derecho como discurso autorizado

No todos los discursos que amenazan con la violencia —criterio semántico— y que son producidos por personas autorizadas —criterio pragmático— son *derecho*. En un mismo texto pueden aparecer otros discursos además de las normas, como en el caso de la fundamentación de la parte resolutive de las sentencias, de las “exposiciones de motivos” que preceden a muchas leyes, o ciertas justificaciones del negocio que pueden escribirse en un contrato, o las largas peroratas con que los padres se dirigen a sus hijos para culminar ordenándoles lavarse las orejas.

Si el criterio fuera solamente pragmático, la diversidad de discursos del derecho sería: 1) Legal, 2) Jurisprudencial, 3) Científico. 4) Común.¹⁴ Pero en tal caso se incluirían en el discurso jurídico los que hablan *acerca del* derecho, y no podría distinguírseles respecto del derecho mismo. Utilizando sólo el criterio pragmático, resulta, por ejemplo, discurso “jurisprudencial” del derecho, tanto la parte resolutive de la sentencia como todo el resto del cuerpo de la misma que es su fundamentación, a pesar de que en nuestro sistema jurídico sólo constituye *norma* —“vínculo”, dicen los juristas— la parte resolutive. Pero como todo nuestro esfuerzo se dirige precisamente al análisis *de lo que no son las normas*, sino de lo llamaremos *sentido ideológico del derecho e ideología jurídica*, resulta procedente la búsqueda de un otro criterio que permita separar tajantemente el derecho de cualquier otro discurso que aparezca en el mismo texto.

Para ello agregaremos un nuevo criterio que tiene doble cara: por una parte el sentido del discurso debe coincidir con el sentido autorizado, y por la otra el sentido autorizado debe ser especificado por el productor del mismo.

3.1. El sentido autorizado

En primer lugar, derecho es el discurso producido por quien está autorizado para hacerlo, pero *sólo si el contenido deóntico del mismo está previsto como el contenido que ese funcionario puede producir*. En efecto, los ciudadanos no pueden producir contratos obligándose a

14 Como es el caso de la tipología propuesta por J. Wróblewski en el trabajo citado más arriba.

cometer delitos, ni los padres pueden ordenar a sus hijos la producción de conductas inmorales, ni los jueces condenar a muerte si no está prevista esa pena, ni el presidente puede producir reglamentos que abroguen leyes dictadas por el parlamento, ni el ministro de educación producir circulares dirigidas a las fuerzas armadas, ni los legisladores producir leyes contradictorias respecto de la constitución. Aquí ya no se trata de la calidad del productor del discurso —criterio pragmático—, sino del discurso mismo, por lo que es un criterio *semántico*: se trata de si el *sentido* del discurso normativo es coincidente con el sentido del discurso que lo autoriza. Esto sólo puede ser contestado interpretando una norma. Por ejemplo, interpretando una norma que ordena considerar “vinculante” sólo a la parte resolutive de la sentencia, o la que prohíbe contratar sobre ciertos objetos, como piezas arqueológicas por ejemplo.

3.2. La voluntad del productor

Pero lo anterior es sólo *una* de las caras de este tercer criterio necesario. Porque además es preciso conocer cuál es la parte del discurso que su autor produce *como* norma. Si el juez no es preciso en la redacción de la “parte resolutive” de la sentencia, que es lo que él quiere producir como norma, no podríamos distinguir en ese caso el *derecho* de cualquier otro discurso presente en el texto; si los contratantes no “expresan su voluntad claramente” —como decimos los abogados—, no se sabrá cuáles son las obligaciones de las partes; si el padre no es claro sobre lo que quiere que haga su hijo, sólo logrará confundirlo. Y el jurista se quedaría sin saber cuál fue la voluntad del productor del discurso, y el sociólogo sin saber si consiguió o no ejercer su hegemonía. Y nosotros no podríamos conocer saber cuál es la parte del discurso que no es la norma, que apela a otros sectores de la ideología del receptor y no al temor a la sanción.

Esto quiere decir que el derecho, además de amenazar con la violencia y de ser producido por el funcionario autorizado, es un discurso cuyo sentido está preestablecido por otra norma, que deja a la voluntad del autorizado precisar la norma querida. Kelsen se refiere a esta cuestión como a la del *sentido objetivo* de la norma. Dice que un discurso prescriptivo tiene ese *sentido subjetivo* que es el que le otorga el productor del enunciado como hemos visto. Pero este discurso no es derecho a menos

que también su sentido *objetivo* sea el de constituir una norma. Y ese sentido objetivo lo adquiere porque otra norma se lo da:

Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural ... sino en el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico ... a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho...¹⁵

Es decir, la objetividad la otorga una norma. Sin embargo lo que Kelsen denomina aquí "sentido objetivo" no es tan objetivo, si con ello se quiere decir que es evidente para todos. Que un discurso prescriptivo sea derecho depende de que otro, u otros, o todos, así lo consideren. Siempre se requiere una ulterior interpretación, como por otra parte también lo dice Kelsen respecto de la norma fundante, como veremos más adelante. Pero cuando decimos que una norma superior otorga el sentido objetivo, no por ello podemos prescindir de la voluntad del productor, puesto que las normas que autorizan a producir otras, dejan al productor de éstas la facultad de decidir cuál es el tramo del discurso que constituye la parte "vinculante".

Aparentemente, esta tercera aparición de un criterio semántico, tiene distinto aspecto que la primera e incluso que la segunda. En la primera aparición se trataba de una definición *general*: el derecho es uno entre los discursos con sentido prescriptivo. A primera vista este criterio da la impresión de que su utilización permite la identificación del derecho de manera simple y clara: los discursos prescriptivos tienen como objetivo hacer hacer algo a alguien. En el caso de la segunda aparición de un criterio semántico, el que se refiere al sentido de organización de la violencia, también da la impresión de ser un criterio que permite una identificación simple y clara del derecho. Mientras que pareciera que esta tercera aparición de un criterio semántico —sentido preestablecido por otra norma a la vez que especificado por el productor de la nueva— pone a la ciencia del derecho en un tembladeral porque ahora todo depende de la "voluntad" del productor del discurso: de ella parece depender cuál es la parte "vinculatoria" del texto y cuál no. Y, para colmo, parece que todo se complica aún más, porque lo que es "vinculatorio" depende de que otro, que no es el productor, considere que lo producido como "vinculante" por el emisor, es lo que este *podía* —"debía"— ordenar.

15 Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 17.

En realidad no es así. Tanto la primera como la segunda apariciones de criterios semánticos también ponen a la ciencia del derecho en un tembladero. En el primer caso, también la prescriptividad del discurso depende de la voluntad del productor: lo que hace que un discurso sea prescriptivo no es que "no puede ser verdadero o falso", sino que *sea producido con la intención de dirigirse a la conducta de otro para determinarla amenazándolo con la violencia* (Weber y Kelsen) ¿Que eso es introducirse en hoquedades psicológicas? Lamentablemente sí. Entonces ¿en manos de quién queda establecer qué es derecho y qué no? La única respuesta es, hasta ahora, la de Kelsen, con todas las "precisiones" que quieran hacersele: el derecho depende de una *ficción*: la norma "fundante", que consiste en el hecho de que los receptores del discurso del derecho lo aceptan como tal al aceptar que quienes lo producen son los que "deben" producirlo.¹⁶

Según todo lo anterior, el discurso del derecho es:

1. un discurso prescriptivo (criterio semántico)
2. que organiza la violencia (criterio semántico)
3. que es producido por un funcionario (criterio pragmático)
4. pero sólo
 - a) si el discurso tiene el sentido autorizado (criterio semántico)
 - b) en la fracción o texto producido como "vinculante" (criterio semántico)

Hasta aquí tenemos una definición plausible del discurso del derecho. Ahora analizaremos el problema que los analistas denominan "recepción del mensaje". Ciertamente, de nada serviría al poder producir un discurso que no es receptado por nadie.

¹⁶ Que la norma fundante es un "hecho" —o el resultado de un hecho, que no puede ser sino otro hecho—, para Kelsen, véase en *TPD*, cit.: p. 218: "Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante ..." ; p. 219: "La modificación de la norma fundante básica se sigue de la modificación de los hechos que han de ser interpretados como actos de producción y aplicación de normas..." (cfr. p. 209); y que es un hecho existente en la conciencia de la población en general, véase en *TPD*, cit., en la nota 122 de p. 213: "La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la teoría pura del derecho: quienquiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo ...".

Pero no hablaremos de "recepción" sino más bien de *reconocimiento*, porque tratándose del derecho, la ciencia que lo conoce cumple un papel fundamental en su reconocimiento como discurso que prescribe lo que se debe, no se debe o se puede hacer sin temor a una sanción. En este caso el deber pertenece a la política; me refiero a que el poder precisa de la coerción ideológica, de que los destinatarios identifiquen "deber" con "bondad" y "justicia". Precisa de la convicción generalizada de que lo que prescribe el que manda, es lo justo.