

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO propicia esta encuesta sobre «problemas abiertos en la filosofía del derecho» y nos sugiere encauzar las respuestas alrededor de algunas de las siguientes cuestiones:

1º) ¿Cuál ha sido su trayectoria como investigador y en qué áreas? ¿Qué lo ha llevado a desplazar su interés de una a otra área? ¿Cuáles considera que son sus principales aportaciones?

2º) ¿Cuáles son los problemas que a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro? ¿Cuáles cree que pueden ser las vías más fecundas para abordar dichos problemas?

Comencemos con las vías por las que opté en mis estudios. Al poner en marcha algunos de mis intereses en el campo de la teoría del derecho traté siempre de articular las relaciones entre esta teoría y el dominio más amplio de la epistemología de las ciencias y las sociales en particular. Como todo investigador cuyo perfil epistemológico pretende, dentro del campo de la racionalidad científica y ajeno a la metafísica de los sistemas, reflexionar acerca de esa articulación y de la conexión entre el derecho y la teoría de la historia y la sociedad, tropecé con obstáculos tanto en la región particular del derecho, como en la más general de la epistemología de las ciencias. El pensamiento dominante en una y otra, condicionaba, en efecto, a hacer circular los estudios sobre los criterios de la lógica y la metodología, a atenerse en forma prácticamente monopólica a este tipo de balizamiento y a recoger como respuesta corriente respecto de toda inquietud por analizar el derecho en base a su rol y función como instancia inscripta en el resto del cuerpo social, sugerencias del tipo, «dirijanse a la habitación de al lado», «dejen en paz a la ciencia con la política» y otras de semejante estilo.

Así, en la primera región, la jurídica, la tendencia kelseniana ocupaba todo su espacio académico con su proyecto de una teoría basada en la pureza metódica, *Reine Rechtslehre* incontaminada de todo residuo sociológico o psicológico. Es obvio que este normativismo controlaba con notoria eficacia el legado decimonónico de un Bentham o de un Austin del derecho concebido a la manera de simples órdenes, mandatos o imperativos, eficacia dependiente de sus recursos lógicos; pero eran estos mismos recursos los que configuraban un enrejado que colocaba automáticamente fuera de juego cualquier intento conceptual como el que me proponía. Dichos recursos lógicos son suficientemente conocidos: los aspectos formales y la estructura lógico-imputativa de los enunciados prescriptivos que «usaban» las normas jurídicas, y la estructura descriptiva de los juicios hipotéticos con que las reglas de derecho o proposiciones jurídicas «mencionaban» neutralmente a las normas, eran los mecanismos que garantizaban al método la pureza de sus resultados.

Por el lado de la epistemología general de las ciencias, los obstácu-

los reaparecían prácticamente bajo el mismo ropaje, el de la prioridad de los recursos lógico-metodológicos, visibles en *tres planos* distintos concernientes a ella: a) el modo de construcción de las teorías asociado a la filosofía clásica de la ciencia inspirada en el Círculo de Viena (en la que también se apoyaba Kelsen); b) los objetivos que se adscribían a esas técnicas constructivas; c) la abstracta división que aún los epistemólogos modernos -posteriores tanto al positivismo clásico como al falsacionismo de Popper- de inspiración historicista como Kuhn y Lakatos, habían planteado entre la historia interna y la externa de la ciencia.

En cuanto a la construcción de las teorías todo el período clásico las concibió sobre métodos axiomático-formales, absorbidos de la axiomática de Peano y D. Hilbert y de la lógica matemática de Frege, Russell y Whitehead. De este modo las teorías se expresaban en un lenguaje matemático y lógico de primer orden con un vocabulario lógico y otro no lógico comprensivo este último de dos clases: el observacional compuesto de términos referidos directamente a objetos físicos o a sus características observables (a partir de los datos de la experiencia), y el teórico compuesto de postulados teóricos y de términos teóricos que se transforman y traducen en observacionales mediante definiciones explícitas y reglas de correspondencia. El procedimiento constructivo se instituyó, entonces, de un mecanismo lógico-formal (conjunto de axiomas y postulados) y de una base empírica integrada por datos de contrastación neutrales a la teoría, conectados entre sí por reglas de correspondencia que suministraban la semántica al cálculo no interpretado, estipulando las aplicaciones permitidas de la teoría a los fenómenos (No había llegado todavía el turno para la impugnación de los categorialistas Sellars, Hanson y Kuhn, a la neutralidad de los datos por considerarlos «cargados de teoría»).

Este tipo de construcción era estimado compatible con cualquiera de los dos grandes objetivos que se asignaban a la ciencia: el objetivo «realista» de descripción adecuada de los fenómenos, o «el instrumentalista» de predicción confiable y futura de esos fenómenos. El vínculo entre este montaje constructivo y los objetivos de la ciencia así limitadamente concebidos (descripción o predicción) me generaba obstáculos adicionales *en este segundo plano*, ya que desde mi óptica visualizaba por un lado a la ciencia como un discurso racional generador de claves explicativas e interpretativas de la naturaleza y la sociedad, munido de un potencial retransformador de una y otra, y por otro, «el lado penoso de las circunstancias», me resultaba sospechoso que la epistemología se negara a producir cualquier análisis que hiciera inteligible y crítica la conexión entre la ciencia y su uso ominoso y siniestro por el poder.

Por último, y en el tercer plano, aún después de superado el período clásico, en plena vigencia del popperianismo, las teorías científicas eran concebidas como «productos» separados de las «condiciones históricas» de su producción, privilegiada la lógica de la investigación (desde

la Logik der Forschung, dada a conocer en Viena en 1934, el mismo año en que Kelsen produjo su Teoría Pura) y remitidas años más tarde a un mundo neoplatónico, el mundo tercero objetivo, de las ideas. Y en cuanto a los filósofos de la ciencia que vinieron a cuestionar esa lógica de la investigación con criterios más historicistas que Popper, trabajando sobre ciencia real y no sobre términos como falsación y refutación extraídos de la lógica y la matemática formal donde sí las cosas ocurren apodícticamente, reintrodujeron el predominio de lo lógico-metodológico al plantear la distinción entre historia interna y externa de la ciencia, acordando a la primera, la de los instrumentos y las operaciones lógico-metodológicos, prevalencia sobre la segunda, la de las circunstancias sociales y psicológicas en que aquéllos se instrumentan y estructuran.

De este modo me encontraba ante un modelo de ciencia (incluida la jurídica) pensado desde un trasfondo filosófico, el positivismo, que bloqueaba todo análisis de esa ciencia como instancia en el conjunto de las otras instancias sociales e inhibía todo un cuerpo de efectos: identificar en ese conjunto el rol y la función de la ciencia, especificar su factura y el orden de las correlaciones mutuas, señalar las condiciones de su existencia, discriminar sus límites, fijar las reglas de formación y transformación de sus enunciados concebidas no como reglas de un cálculo sino claves interpretativas para ciertos interrogantes. A saber: cuáles son las condiciones, los requerimientos y demandas sociales, según sus diferentes tipos, que hacen que la ciencia ocupe un lugar en un momento dado entre las otras instancias vedado al mito, a la religión, a la metafísica y a las ideologías, cambiando en otro momento las correspondencias, e incrementándose la influencia de estos otros discursos. Dentro de esta mutación, qué mecanismos y procedimientos conscientes o inconscientes pone en juego el poder social para movilizar a los hombres por medio de las normas jurídicas, normalizarlos y controlarlos. Por qué, en fin, una sociedad percibe orden y ley en un caso y regulariza determinados enunciados productores de verdad y, otra, cancela esos procedimientos y modifica en términos de legitimidad el estatuto de los que tienen a su cargo administrar la verdad de las teorías.

En 1974 intenté despejar algunos de estos interrogantes y contribuir al examen crítico de la ratio filosófica que servía de sustento a los modelos que creaban el corset y produjo *Neopositivismo e Ideología* (Buenos Aires, Eudeba). Casi todo el peso de este texto recayó en el estudio de las corrientes específicas del positivismo vienés, incorporando la consideración de algunos rasgos de la filosofía de Popper y de la escuela analítica del lenguaje. Estudio previo al abordaje del derecho -sobre el que hice mínimas alusiones- pero relativo al campo de inscripción de su tendencia dominante, el positivismo jurídico lato sensu. Como se desprende del título de la obra, el eje del análisis pasa por el problema del vínculo entre la ideología y las ciencias sociales

visualizadas con esa impronta filosófica. Por aquel entonces habían dado comienzo en la Argentina intensos debates sobre el tema de la ideología y la ciencia, tema que paradójicamente permanecía ausente del marco académico de la Facultad de Derecho cuyo nombre completo, según se sabe, es «... y *Ciencias Sociales* » (UNBA). Facultad ligada a la dogmática tradicional, aunque fuertemente modernizada a la sazón por la apertura promovida por Ambrosio Gioja desde su cátedra de Filosofía del Derecho. Con Gioja, por cierto, ingresaron nuevos y ricos análisis, si bien éstos se inclinaban en su mayoría, a favor de los modelos de ciencia que precisamente me generaban dificultades. Mi contribución, frente a este panorama de los estudios, era una propuesta articulada alrededor de la crítica materialista de Louis Althusser y la epistemología de Gaston Bachelard. Básicamente encontraba en ellos la posibilidad de pensar un concepto distinto de ciencia al que, desde los primeros pasos, descartaba con sus mecanismos (separación entre teoría y práctica; abstracta distinción entre contextos de descubrimiento y justificación; distancia entre cuerpo lógico conceptual y banco neutral de datos de corroboración) los elementos externos revalorizables y sujetos a unidad teórica según mi juicio. Para ello, tanto Althusser como Bachelard -en una operación que anticipaba en cierto sentido la actual concepción estructuralista de las teorías (o non-statement view) de Joseph D. Sneed, Stegmüller, Banzer y Moulines- proponían reconstruir conceptualmente los modelos científicos incluyendo la teoría el conjunto de sus aplicaciones, aplicaciones no meramente tecnológicas sino formales y no formales. Y esto, se me presentaba como un punto de partida y renovación, como una nueva óptica para abrir espacios de científicidad alternativos. Lo cierto es que estas posiciones y discusiones sobre nuevos standards de reconstrucción de las teorías y sobre el lazo ciencia-ideología, desaparecieron abruptamente de los medios académicos de la Argentina, como consecuencia de la nueva coyuntura autoritaria comenzada con el golpe militar de 1976 y entre el vendaval generador de múltiples ausencias y «desapariciones» teóricas y no teóricas, debí computar en lo personal la frustración de la censura por Eudeba y retiro de la venta de *Neopositivismo e Ideología*, que ingresó así en la fila de los textos excluidos de toda confrontación.

Ahora bien; si retornamos al modelo general de ciencia que, según digo, pretendí discutir sin éxito, y lo ponemos en relación con el campo específico del derecho, esta conjunción funciona para mí como artefacto productor de una serie autocontrolada de preguntas. ¿Qué tipo de preguntas? Creo que una excelente muestra está dada por las que en un coloquio o mesa redonda para teóricos del derecho se nos propuso por la Sociedad Argentina de Filosofía Analítica hace aproximadamente unos cuatro años. Veamos:

- 1) ¿Considera Ud. que la ciencia jurídica puede ser concebida como ciencia empírica? En su caso, cuáles serían los hechos relevantes para verificar sus proposiciones?

- 2) La ciencia jurídica es caracterizada con frecuencia como normativa. ¿En qué consiste según Ud. su carácter normativo?
- 3) Los juristas parecen estar de acuerdo en que el derecho no es un conglomerado de normas, sino un sistema. ¿Qué papel incumbe a la ciencia jurídica en la sistematización del derecho?
- 4) ¿Considera Ud. que la ciencia jurídica es puramente descriptiva o, por el contrario, tienen cabida en ella argumentos de tipo valorativo o moral?

Es notorio que este tipo de preguntas no puede ser descalificado. ¿Cómo podría serlo cuando las respuestas que se entretujan a su alrededor sistematizan las tendencias dominantes en el panorama de la teoría jurídica? ¿Cómo podría serlo cuando para contestarlas habría que poner en juego un repertorio de autores en los que tendrían cabida natural nada menos que los más relevantes jefes de fila del positivismo jurídico, la escuela analítica, la lógica deóntica y el jusnaturalismo?

Pero no es menos notorio que estas preguntas y el recurso de las respuestas a un Kelsen, un Ross, Hart, Dworkin, von Wright, Villey, Kalinowski y Gardies, forman el blanco y el negro, el anverso y el reverso de un cuerpo de discusiones casi seculares, que satisfacen algo así como lo que, tomando en préstamo el vocabulario de Hilar-y Putnam en «What theories are not», podríamos llamar «the received view», «la concepción aceptada» del derecho. Y, en mi perspectiva, la dificultad que plantea «la concepción aceptada» -de cuyo registro no descarto a otros autores más modernos frente a una cuestión como la que propone *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, consiste en que: o el margen que deja para problemas abiertos es escaso, o estos problemas se remiten o realimentan en el orden interno de «lo aceptado» de la concepción. En otras palabras; por respetables que sean las dos vertientes aparentemente contradictorias de «la concepción aceptada» en que puede resumirse ésta (positivismo y jusnaturalismo) creo que el lugar de apertura de los problemas debe darse en un orden externo a ella, si es que se considera deseable sacar a la ciencia jurídica de su crisis de iteración-repetición.

Desearía ahora recurrir a los borradores de mi respuesta, al menos de la primera de las preguntas, para ver cómo intenté eludir el corset y dar a entender ésto con el sesgo de una alegoría o de un símbolo. Recurrí, a tal fin, a una comparación entre lo que le había ocurrido a Gregorio Samsa, el imborrable personaje de «La metamorfosis» de Kafka y lo acaecido a la ciencia jurídica en el momento en que se convierte en «concepción aceptada».

Cuando en una mañana de 1916 -dije- Gregorio Samsa, oscuro viajante de comercio de la calle Charlottenstrasse, después de un agitado sueño se despertó acostado sobre la espalda dura como un caparazón, el vientre convexo, de color marrón, transformado en un horrible bicho, al levantar un poco la cabeza no atinaba a contestar: «¿qué me ha sucedido?» (Es muy posible que en el destino de una ciencia jurí-

dica oscura, apoyada de espaldas sobre su caparazón y transformada en horroroso bicho muy distinto de lo que semeja -de serle dado levantar algo la cabeza-, estuviera también el no poder contestar qué le había ocurrido.) Como en la ciencia jurídica no podía tratarse de un sueño: aunque un poco pequeña su habitación también era una habitación humana y rodeada, asimismo, «por las cuatro paredes habituales». Igual que en nuestra disciplina la colcha de Gregorio, *siempre pronta a caer*, apenas podía sostenerse debido a la altura del edificio y sus patas, lastimosamente delgadas para tan voluminoso cuerpo, se agitaban sin cesar ante sus ojos. En su situación actual (similar a la de «la concepción aceptada») le era difícil adoptar otra posición y, jurista empedernido, cuando lo intentaba violentamente, volvía siempre al estado inicial mediante un breve movimiento de balanceo. En realidad, relata Kafka que ensayó cientos de veces para no ver las vibraciones de sus miembros y sólo abandonó la tarea en ocasión de experimentar un fuerte dolor, exclamando: «¡qué profesión tan sacrificada he elegido!».

Las metamorfosis, tanto de Gregorio como de la ciencia jurídica, arrancan de una ruptura lógica de los hechos. La transformación de Gregorio tiene su equivalente en «*El proceso*»: la notificación que se hace al señor K de las actuaciones que le substancian. Ambas tienen lugar en un mismo tiempo y parecen haber sido decretadas por un poder anónimo (La Máquina, el Poder, la Fatalidad, Dios) sin saberse el motivo ni ocurrirse a los protagonistas cómo indagarlo ni a los juristas de «la concepción aceptada», cómo indagar otra cosa que reglas de reconocimiento interno. Aceptado el mecanismo lógico, es decir, dejada atrás y sometida la ruptura lógica de los hechos a un formidable fenómeno teórico de olvido, la realidad intramuros impone sus reglas de juego y la libertad se reduce a un mero vagar por las cuatro paredes de la habitación.

El destino de Gregorio y el de la teoría del derecho difieren por cierto en múltiples aspectos, pero la asociación de ideas que evoca su vínculo, no hace un incontrolable y extravagante abuso de la metáfora, al sugerir que se piense a la segunda bajo el modelo del primero. De lo que se trata es de conducir la atención al hecho esencial de que también la ciencia jurídica inaugura su historia, y abre su continente autónomo del saber, con un proceso de transformación y metamorfosis tan fantástico y no menos pavoroso (en cuanto a los efectos de desconocimiento/encubrimiento que produce) que el de Gregorio: los agentes portadores de relaciones sociales, cuyo lugar y función están predeterminados por la estructura social según un orden de distribución de bienes y roles previo a la formación de las leyes y dependiente de la organización económica, pasan a ser ante estas leyes -se despiertan una mañana de 1916 en Charlotenstrasse sujetos jurídicos formalmente libres e iguales.

A partir de este punto de ruptura en el orden lógico de los hechos, después de ambas metamorfosis, tanto la vida de Gregorio como la de

la teoría jurídica, continúan y se encuadran en la más rigurosa de las regularidades. Greta podrá disimular «el lado penoso de las circunstancias», desempeñar cada vez mejor su papel y no asombrarse ya del aspecto de su hermano. Los filósofos del derecho, a su turno, en búsqueda de las garantías del conocimiento podrán inscribir en el lugar de la metamorfosis una categoría lógico-trascendental kantiana como lo hace Kelsen; una regla de reconocimiento secundaria a la de Hart; un conjunto «de principios» dworkiano como standard social más adecuado que las reglas del derecho y los mandatos de Austin y Bentham; criterios de individualización y pertenencia al sistema basados en los órganos que aplican las normas a los casos particulares como hacen Raz y Ross, o un hecho de fuerza borrosamente calificado, como lo hace Olivecrona.

Acostumbrados «al lado penoso de las circunstancias», sin asombrarnos del aspecto y de los caparazones del derecho, podremos luego de la metamorfosis, entrar a indagar sin extravagancias, o sea intrasistemáticamente, cuál es, en la región de lo prescriptivo, la estructura lógico-imputativa de las normas jurídicas, y, en la región de lo descriptivo o del conocimiento, cuál es la forma lógica de los juicios que mencionan aquellas normas; discutir si hay o no una inconsecuencia o incompatibilidad entre atribuir a una proposición jurídica carácter descriptivo y al mismo tiempo asignarle forma normativa de *Sollsatz*, y otras cuestiones más o menos complejas del estilo.

No hay duda que la comunidad científica del derecho lo hace y, más aún, que permanece cohesionada como tal comunidad al actuar intrasistemáticamente (con el sentido que vengo de dar a esta palabra) pero vale la pena advertir, que al hacerlo, actúa con la misma «naturalidad» con que los familiares de Gregorio procedían, luego de barrer el bicho con la escoba, a redactar cartas de disculpas, detener con un gesto grave a la mucama que intenta entrar en explicaciones detalladas, tomar el sol por la Charlotenstrasse y, como ellos, a consolarse con que al fin y al cabo todavía tenemos buenas oportunidades de empleos.

Debo expresar ahora que debido al carácter oscuro de la metáfora para la inteligibilidad de juristas empedernidos, o tal vez porque se atribuyó a la misma un signo provocativo que no le asigné de mi parte, esta comparación no produjo en el coloquio ni frío ni calor (como le ocurriera a Lacan, según lo narra, al explicar a los psicoanalistas la teoría de las ficciones de Jeremy Bentham), pero no es menos cierto que, a mis ojos, resulta útil para responder al interrogante sobre posibilidad de problemas abiertos en el derecho.

Mi propuesta de contestación a este interrogante correría pues en el siguiente sentido: el campo para la inscripción de esos problemas abiertos no está en lo intrasistemático de la teoría sino precisamente en aquellas regiones de exclusión que crea lo intrasistemático. Es aquí donde cabe instaurar nuevos espacios para la preferente atención del futuro inmediato.

En base a esta convicción topológica esta propuesta es pues la de emplazar los análisis fuera de los procedimientos y el instrumental lógico-metodológicos de la teoría y dirigir la mirada a lo externo, a la teoría de la historia y la sociedad, la sociología y la economía en particular y luego, desde esta región, volver a lo lógico-metodológico para ver el discurso jurídico no como un producto teórico final sino la retransformación y reelaboración de su instrumental interno desde los modos de existencia y constitución de ese discurso.

Trabajando en este sentido propuse en «Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales» (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N.º 59, texto inc. en *El Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos* (Buenos Aires, Hachette, 1982), las siguientes cuestiones abiertas:

- ¿Con qué categorías conceptuales hay que dar cuenta de la presencia en el campo de producción semántico del derecho, de otros discursos que no obstante ser distintos en su origen y función lo determinan y fijan las condiciones de su aparición material?
- ¿Cuál es el principio de control de la producción del discurso jurídico que hace que esos otros discursos después de haber intervenido como trama o urdimbre en el período de su constitución desaparezcan del producto final formado o se releguen a una esfera evanescente y secundaria de mera «auxiliaridad»?
- ¿Cuál es la regla de formación del discurso jurídico, que al mismo tiempo entrelaza y criba otros discursos; los incorpora y expulsa a una de su dominio; los aplica y debilita; los integra y frustra; organiza su campo semántico con ellos y los desconoce acto seguido para lograr la identidad propia de su especificidad? Si la regla de su formación es al mismo tiempo la regla de su elisión/elusión, ¿qué mecanismos externos la ponen en juego, qué principios gobiernan el tamiz?

Con estos problemas abiertos el campo del análisis, como se observa, se desplaza de las proposiciones jurídicas y la ciencia jurídica, al discurso jurídico en el que es prioritario el papel que éste juega en las relaciones de fuerza frente a otros discursos y formaciones discursivas no jurídicas.

Parte de este análisis, conectado con el problema de las tesis retribucionista y utilitarista de justificación del castigo, lo emprendí en «*La problemática del castigo*», *El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault* (Buenos Aires, Hachette, 1983) y en la intención de conectar psicoanálisis y derecho en un punto concreto: el vínculo y trato de la verdad como «fictio figura veritatis» en Pierre Legendre y la ficción en Bentham y Lacan (Comunicación de 1982 al Congreso Internacional de Filosofía de La Plata).

Si finalmente tuviera que recurrir a una sola frase para resumir el núcleo de mi respuesta a *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, y así

debo hacerlo, diría que las cuestiones más fecundas sobre problemas abiertos, en contraste con la Teoría Pura del derecho, a la que tomo como paradigma de «la concepción aceptada», habría que buscarlas en las regiones de pertenencia de «las impurezas de la teoría».

