

EL DISCURSO DEL DERECHO Y EL LENGUAJE NORMATIVO

*Roberto J. Vernengo**

Equiparar el derecho a un lenguaje es cosa frecuente en la teoría jurídica de esta mitad del siglo. Sin duda, el desarrollo, a partir de la post-guerra, de las llamadas filosofías del lenguaje a partir de Wittgenstein y Austin y, por el otro lado, los avances importantes efectuados por la lingüística con los análisis del estructuralismo y de las gramáticas generativas, sirvieron de modelo para proponer nuevas explicaciones de este antiguo problema: ¿qué ha de entenderse por derecho? O, más categóricamente: ¿qué es derecho? Que el derecho, entendido como las pautas obligatorias impuestas por las autoridades políticas, como un conjunto de normas, estuviera estrechamente relacionado con algún lenguaje era cosa admitida y obvia. Al fin y al cabo, al contar todos los estados modernos con un derecho escrito, y ya no con la vaga referencia a un derecho natural no positivo en el que sólo podía creerse por un acto de fe o por una supuesta actividad de la razón, o a una costumbre inasible representada quizás en los folios de antiguas decisiones, exigían que se atendiera a los aspectos lingüísticos de los textos legales. De alguna manera, el derecho se encarnaba en esos textos y, por consiguiente, en cuanto datos primariamente lingüísticos correspondía atender a los aspectos característicamente lingüísticos. Ello tenía una venerable historia: los juristas, desde los glosadores, se empeñaban en lograr una versión objetiva del derecho positivo mediante una interpretación inicial del texto legal: los jueces afirmaban que cumplían su obligación de sujetarse al derecho aplicando la ley. La ley, en nuestros derechos escritos, es ante todo un conjunto de enunciados formulados en algún lenguaje natural. Los juristas suponían, por ende, que las exigencias que un texto cualquiera plantea, en cuanto segmento del discurso mayor con que los miembros de una comunidad se comunicaban entre sí, debían ser satisfechas sin más, en cuanto también el derecho es parte del sistema de comunicación social: los legisladores, los autores de las normas jurídicas, transmiten con su discurso su voluntad a los súbditos.

Pero el análisis de los lenguajes naturales, al llamar la atención sobre aspectos del uso de los mismos que habían sido pasados por alto por los gramáticos clásicos, puso el dedo en ciertas características con que los juristas estaban bien

* Universidad de Buenos Aires/CONICET.

familiarizados. Que toda expresión lingüística pueda ser difusa e imprecisa, que cualquier oración aun cuando sintácticamente bien formada depende para la determinación de su sentido, del contexto de uso y de las reglas no gramaticales que determinan su adecuación a circunstancias cambiantes, que enunciados bien contruidos pueden ser expresión de sentidos diversos, de suerte que la apariencia superficial verbal de las oraciones no es suficiente para establecer los significados, son características todas ellas que la filosofía del lenguaje natural se complació en destacar unánimemente. Los lenguajes naturales parecían adolecer de una serie de defectos congénitos inevitables que tornaban en azarosa toda comunicación. El lenguaje, que desde Grecia se consideraba elemento esencial de la naturaleza humana, resultaba ser poco confiable cuando la comunicación requería de cierta precisión y cuando los emisores de los mensajes pretendían imponer su voluntad sobre los receptores, como en el caso de los legisladores. Se advirtió, por cierto, que aquellos dominios donde la exactitud y la precisión eran perentorias, como el discurso científico, era menester poner en claro las leyes que determinan las relaciones entre expresiones superficialmente bien formadas y los sentidos que mediante ellas pretendemos transmitir. Pero justamente algunas de las ciencias tradicionales más rigurosas, como la lógica y las matemáticas, pudieron ser pensadas como lenguajes especiales. Estos inconvenientes y ventajas de los lenguajes eran conocidos desde siempre por los juristas en la imprecisión del lenguaje burdo del legislador, los hombres de derecho justificaban una disciplina científica que evitara esos escollos. El derecho, en rigor, era la versión depurada de inconsistencia, ambigüedades y vaguedades, que los juristas elaboraban a partir del material lingüístico producido por los legisladores. Hacer derecho -dictar leyes; resolver conflictos, concertar actos jurídicos- era, a la postre, una actividad lingüística. Por boca de legisladores y jueces, el derecho habla -se decía-. El mensaje transmitido en ese discurso era el derecho mismo. De ahí a sostener, redondamente, que el derecho es lenguaje había poca distancia y la misma fue rápidamente superada en los años de post-guerra. La afirmación de la naturaleza lingüística del derecho se convirtió en un lugar común de la especulación jurídica y filosófica. Baste recordar el temprano ensayo de Bobbio sobre el tema¹ y la extensa literatura sobre el lenguaje jurídico que se ha reunido posteriormente².

¹ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Saggi di critica delle scienze*, Turín, Da Silva, 1950, pp. 23 y ss. Entre nosotros, el libro de G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, publicado en 1965, llamó la atención sobre los usos lingüísticos del derecho en contraposición al enfoque normativista de la teoría kelsiana o a la postura ontológica de la teoría cossiana. En España, el libro de J. R. Capella, *El derecho como lenguaje*, de 1968, presentado como un *análisis lógico* del derecho, puso el tema sobre el tapete. Por mi parte, publiqué una breve nota sobre *Rechts und Sprache* en 1964 (en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*) donde destaqué algunos aspectos de esta riquísima problemática. Volví sobre el tema en *Ámbitos de validez y reglas de formación* y en *Algo sobre la semántica de las normas*, trabajos publicados en *Notas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1965 y 1966.

² Cfr. U. Scarpelli y P. Di Lucia, *Il linguaggio del diritto*, LED, Milán, 1994.

El pensamiento teórico jurídico ha recurrido desde una ingenua identificación entre lenguaje y derecho, hasta relaciones mucho más complejas. Ya en Savigny aparece la idea de la analogía entre derecho y lenguaje en cuanto productos de la conciencia del pueblo; en su elaboración teórica, la ciencia jurídica se asemejaría a las gramáticas elaboradas por los lingüistas para explicar los lenguajes desarrollados espontáneamente por la conciencia popular. Hume había destacado que los lenguajes y los derechos positivos son producidos por convenciones humanas y examinado ciertas funciones rituales del lenguaje semejante a los usos jurídicos del lenguaje para constituir fenómenos jurídicos específicos. Es sólo con los desarrollos de la filosofía analítica del lenguaje que se postula la tesis de la identificación del derecho con un lenguaje, propuesta tempranamente por un discípulo de Kelsen, F. Oppenheim³. Pero es la aparición y desarrollo de las lógicas normativas, a partir del ensayo sobre *Deontic logic* (1951) de G. von Wright, lo que da pie a una toma de conciencia de los problemas lingüísticos de los discursos normativos.

Por lo común, los desarrollos tempranos de las lógicas normativas y de los análisis lingüísticos del derecho parten de una abstracción: el derecho es un conjunto de normas, como solía definir Kelsen, y estos conjuntos están compuestos por normas. La unidad de análisis es la norma, sea en sus aspectos gramaticales, sea en alguna formalización apta para algún cálculo lógico. Tradicionalmente, las normas eran vistas, desde el punto de vista gramatical, como imperativos o como oraciones modales. Se trataba de una transformación gramatical corriente cuyas reglas generativas variaban de lenguaje natural a lenguaje natural: en algunos existen verbos modales especiales, como el *sollen* alemán, o el *deber* castellano, que alteran, decían las gramáticas tradicionales, la modalidad del enunciado. En otros se recurre a expresiones adverbiales, del tipo *es obligatorio que...*, o a construcciones insólitas, como el *officium* del latín o el *ought to* del inglés. Aunque estos recursos lingüísticos difieren grandemente y hacen problemática la traducción de un lenguaje a otro, los lingüistas aceptaron que se trataba de una transformación básica en los lenguajes modernos, que permite obtener normas a partir de oraciones modalmente neutras. Los lógicos, que pretenden recurrir a cosas diferentes de las contingentes oraciones que usamos en la comunicación corriente, tuvieron que postular la existencia de proposiciones normativas, para identificar el sentido normativo de actos lingüísticos imperativos o prescriptivos. En un lenguaje formal, como los propuestos en su momento por G. von Wright y J. Kalinowski, aparecieron operadores capaces de producir proposiciones normativas a partir de proposiciones declarativas. Dichos operadores, sin embargo, suscitaban dificultades en cuanto a su interpretación semántica, pues parecía notorio que las propiedades semánticas características, como los valores de verdad, no podían predicarse de las proposiciones normativas en sus usos prescriptivos efectivos.

³ R Oppenheim, *Outline of logical analysis of law*, 1944.

En efecto, las normas, en cuanto órdenes o expresión de la voluntad de un legislador, no podían considerarse extensionalmente dotadas de un valor veritativo o, en todo caso, no cabía atribuirles las propiedades semánticas propuestas por la lógica proposicional clásica bivalente. En Kelsen, el problema adquirió un carácter dramático, pues el reconocimiento de la falta de valores veritativos en las normas, lo llevó primeramente a inventar un sucedáneo, las *Rechtssätze*, tanto o más obscuro que los inocentes enunciados prescriptivos que contiene cualquier ley; y, luego, a una suerte de irracionalismo normativo en que, como lo había hecho A. Ross, se decía que las normas, fuera de carecer de valores de verdad, eran alógicas, con la grave consecuencia de que los procesos de creación de normas pasaban a ser puros actos de voluntad no controlados racionalmente. Mucha agua ha pasado bajo los puentes desde las discusiones iniciales sobre la semántica y la sintaxis lógica de las normas, que prosperaron en los años cincuenta. Aún hoy, las lógicas normativas que aparecieron en multitud en las últimas décadas, suscitan preocupación en los juristas que tienen que recurrir a ellas para justificar la racionalidad, ya no sólo de inferencias normativas teóricas, sino de procedimientos tradicionalmente considerados *lógicos*, en algún sentido, como las inferencias que permiten a un juez arribar a una sentencia a partir de ciertas premisas legales⁴.

Por su lado, los desarrollos de las gramáticas generativas y el instrumental matemático que introdujo especulaciones como la gramática de R. Montague, han hecho de la lingüística contemporánea una ciencia sumamente compleja y muy rica, frente al panorama relativamente más pobre de ciencias jurídicas demasiado respetuosas de una tradición en buena parte ya caduca. De suerte que el instrumental de la lingüística actual no ha sido aprovechado suficientemente por la teoría jurídica. La aparición de los problemas de la inteligencia artificial, sin embargo, han vuelto a llamar la atención de los teóricos del derecho sobre la estructura lingüística y lógica del derecho.

Fue el libro de J. Austin, *How to do things with words*⁵, el que llamó la atención a aspectos pragmáticos de los usos del lenguaje -asunto fundamental cuando los teóricos habían destacado los usos prescriptivos de las normas- tema que el ensayo de J. R. Searle, *Speech acts*, puso definitivamente en el centro de la atención de los teóricos del derecho. Frente a las dificultades ofrecidas por el lenguaje normativo para su análisis gramatical satisfactorio, y frente al tembladeral en que incurrieran la gran cantidad de lógicas normativas elaboradas, la idea de que el derecho quedaba mejor representado con un modelo que lo pensaba, no simplemente como un conjunto

⁴ Esta problemática aparece expresamente en los trabajos de G. von Wright, publicados en *Practical reason*, Oxford, 1983. Cfr. T. Mazzarese, *Lógica deontica e linguaggio giuridico*. Cedam. Padua. 1989.

⁵ Publicado en 1962 e inspirado en las ideas sobre lenguajes, juegos de lenguaje, etcétera, que L. Wittgenstein había trabajado, desde los años treinta, en sus cursos en Cambridge, publicados póstumamente en *Philosophical Investigations*, 1953, en versión inglesa.

de enunciados normativos, sino como un discurso, como una secuencia de actos ilocucionarios, ganó terreno entre los teóricos del derecho. El derecho pasaba a ser ahora, no un lenguaje más analizable lógicamente y gramaticalmente, sino un discurso, en cuyo respecto el problema de los valores de verdad dejaba de ocupar un plano privilegiado. Los discursos quedan identificados por sus condiciones de éxito o fracaso; los discursos imperativos o normativos por caso, no son ni verdaderos ni falsos, pero pueden ser efectivos o no. La efectividad y el fracaso de los actos lingüísticos que integran un discurso son datos empíricos que, a primera vista, parecen relacionarse con la característica de las normas de ser obedecidas o acatadas y, por ende, con una propiedad esencial de las normas jurídicas que los juristas han tenido dificultad en concebir claramente; las normas jurídicas no sólo son válidas (i. e. sintácticamente bien construidas y semánticamente pensadas como elementos de un conjunto extensionalmente definido), sino que poseen la contingente propiedad de tener vigencia o eficacia. Para el pensamiento teórico clásico, como en Kelsen, la vigencia o efectividad es condición necesaria (y, por ende, esencial) de la validez, definida a su vez, como la existencia específica de las normas. Vale decir, hay derecho, hay normas jurídicas, si y sólo si los actos ilocucionarios normativos (ordenar, imperar, promulgar, regular, etcétera) son empíricamente satisfechos, si adquieren un efecto perlocucionario satisfactorio, entendiendo por tal el efecto que el acto lingüístico emitido produce sobre el receptor del mensaje⁶.

El legislador no pretende sólo, y a veces ni siquiera, que lo entiendan, aspira a que lo obedezcan y acaten, los efectos perlocucionarios no son actos propiamente lingüísticos, sino que se constituyen en las relaciones reales entre la conducta del emisor y la conducta del receptor del mensaje. Si las normas jurídicas existen, en sentido propio, como afirma Kelsen, si y sólo si son suficientemente acatadas, claro está que reducir el modelo teórico con que pensamos el derecho a los aspectos gramaticales y lógicos del lenguaje utilizado en los mensajes normativos puede parecer insuficiente. El derecho es algo más que un lenguaje, o, si se quiere, el derecho no puede ser representado con un modelo puramente lingüístico, pues la estructura del derecho no es isomórfica con la de ningún lenguaje disponible⁷.

En efecto, decimos que un modelo satisface una teoría cuando el conjunto de objetos integrantes del modelo permiten una interpretación en la cual las tesis de la teoría son verdaderas, modelo y dominio teórico comparten una misma estructura. Pero puede suceder que no toda la estructura del modelo sea necesaria para establecer las condiciones de verdad de la teoría elaborada. Sólo segmentos del modelo sirven ese fin. Entre modelo homomorfo (y no,

⁶ Cfr. J. L. Austin, *How to do things with words*, passim.

⁷ Cfr. al respecto, el ensayo de A. R. Raggio, *Sobre la inflación panlingüística*, en *Manuscrito*, Campinas, 1987.

isomórfico) no se da entre los elementos del modelo y los elementos del codominio (el objeto explicado) correspondencia biunívoca⁸. El derecho no es, pues, lenguaje, si por tal entendemos los conjuntos de oraciones gramaticalmente bien formadas conforme a las reglas fonéticas léxicas, sintácticas y semánticas correspondientes a un lenguaje natural cualquiera. Es bastante evidente que carece de sentido, para el jurista, indagar por propiedades tales (fonética, por ejemplo), en el derecho; en un lenguaje natural, empero, los aspectos fonéticos están determinados por las reglas de formación y transformación del lenguaje en cuestión y ninguna gramática puede omitir tomar en cuenta este aspecto superficial de los lenguajes. Las reglas sintácticas de los lenguajes naturales, por añadidura, no corresponden a algunas formalizaciones lógicas destinadas a analizarlos. La negación interna y externa de los operadores modales deónticos no pueden ser expresados adecuadamente en algunos lenguajes naturales, sino mediante perífrasis. Y, por su parte, teoremas lógicos triviales en las lógicas normativas, no corresponden para nada a las expresiones correspondientes en un lenguaje natural. De ahí, por caso, que la paradoja de Ross, que es una tautología en la lógica deóntica *standard*, parezca un sin sentido en la mayoría de los lenguajes naturales. La versión lingüística de las tautologías deónticas *standard* aparecen como jurídicamente irrelevantes o incomprensibles, pues no se entiende qué pueda pretenderse al declararse obligatorio, por ejemplo, a lo que es verdad en todo mundo posible. Enunciados normativos dotados de sentido importante en el lenguaje formalizado de la lógica, pasan a ser enigmáticos o inútiles en su versión a un lenguaje natural: Los trabajos sobre inteligencia artificial en derecho se debaten aún hoy en cuestiones que, a nivel de los usos de normas en lenguajes naturales, parecen banales, no se ha logrado una formalización enteramente satisfactoria de las normas condicionales mediante los múltiples tipos de condicionales estudiados por las lógicas modernas.

Puede, pues, que sostener que el derecho es un lenguaje sea hoy una afirmación excesiva, afirmación en la que yo mismo he incurrido con propósitos didácticos⁹. Sostener ahora, como es lugar común en la literatura reciente -sobre todo, en la literatura francesa, italiana y española, de inspiración «crítica»- que el derecho es un discurso, es tesis que requiere alguna discusión. Entiendo, como es sólito, denominar discurso a un conjunto secuencial de actos lingüísticos ilocucionarios. Así caracterizan al derecho

⁸ Cfr. R. J. Vernengo, *Racionalidad jurídica y lógicas normativas*, en *Análisis filosófico X*, Buenos Aires, 1990.

⁹ Cfr. mi *Curso de Teoría General del Derecho*, 1a. ed. Buenos Aires, 1972, 2a. ed, 1974 y reediciones posteriores, cap. 1. Véase también, «Esquema referencial y norma jurídica», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, 1974; y, *Das modal indifferente Substrat der Normen in der Allgemeine Theorie der Normen*, en W. Krawietz & H. Schelsky, *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlín, 1984.

autores como J. Habermas¹⁰ con clara conciencia de que un discurso no se identifica con un conjunto de oraciones gramaticales bien formadas, ni con un conjunto de proposiciones ideales que interesan a los lógicos. También entre los partidarios de la interpretación del derecho como un discurso encontramos quienes, a partir de tal caracterización, excluyen la posibilidad de una lógica normativa o de un control lógico racional del lenguaje jurídico. Otros, como el propio Habermas, aspiran a fundar una racionalidad, no puramente lógica, sino discursiva de las decisiones jurídicas. Me parece, sin embargo, que tampoco el modelo discursivo del derecho es satisfactorio, pues las estructuras discernibles analíticamente en un discurso no tienen correspondencia con las estructuras del derecho que los juristas destacan.

Ya Searle había advertido que la lógica de los actos de lenguaje ilocucionarios -entre los cuales, los imperativos y las prescripciones normativas- difiere de la lógica de primer orden aplicable a proposiciones y enunciados cuantificados. Vale decir: las leyes lógicas clásicas, extraídas de un análisis del lenguaje declarativo, al margen de sus efectos pragmáticos, no tienen equivalentes en la lógica que se aplicaría a los actos ilocucionarios, que no son entidades lingüísticas; como las oraciones de un lenguaje natural, ni entes ideales, como las proposiciones de la lógica clásica¹¹. De ahí provienen polémicas tradicionales en la jurisprudencia, surgidas de un análisis suficiente del problema. Cuando Kelsen, por ejemplo, insiste en que la sentencia que un juez dicta en el marco de la ley que aplica no es una conclusión deductiva de las premisas fácticas y normativas en que funda su decisión, pareciera incurrir en una falacia, pues es notorio que toda conclusión deductivamente válida está incluida en las premisas: la conclusión es un subconjunto del conjunto de premisas. Por ende, el juez que dice aplicar la ley al sentenciar, necesariamente tiene que respetar las reglas de una inferencia correcta. Kelsen sostiene, en cambio, que así como las premisas son sentadas por actos volitivos del legislador, en el caso de la ley, y por actos constitutivos del juez con respecto a los hechos, la conclusión no es derivable deductivamente, sino que debe ser establecida por un nuevo acto decisorio del juzgador¹². Alchourrón y Bulygin, entre otros, han destacado que semejante tesis desconoce propiedades esenciales de la relación de deducción¹³. Estos autores,

¹⁰ Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a Main, 1993, donde desde el título mismo se propone una teoría del derecho como discurso.

¹¹ Para lo que sigue, remito a J. R. Searle & D. Vanderveken, *Foundations of illocutionary logic*, Cambridge U. Press, 1985.

¹² Cfr. Hans Kelsen, *Rechts und Logik*, en *Neues Forum* 12, Viena, 1965, repetidas veces reeditado y traducido.

¹³ Cfr. C. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991. Entre otros ensayos allí reunidos, véase *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, pp. 303 y ss., e *Introducción*, p. XIX.

por su parte, conscientes de que las lógicas normativas *standard* no responden a las concepciones (acaso intuitivas) que sustentan los juristas, destacan que una lógica aplicable a las normas en cuanto actos (concepción que denominan «expresiva») no es isomórfica con la lógica *standard* aplicada a las normas en cuanto proposiciones¹⁴.

De ahí que propongan -en el segundo de los ensayos mencionados y entre otras cosas- diferenciar la incoherencia lógica de proposiciones normativas, de la incoherencia pragmática en que incurriría el legislador que ordenara acciones normativamente incompatibles. Destacan que la mera incoherencia proposicional de los enunciados normativos de un conjunto ordenado no es suficiente para lograr la coherencia pragmática de un legislador racional.

Si aceptamos, pues, que las lógicas que rigen la racionalidad de un discurso normativo difieren según encaremos los enunciados de aspecto superficial prescriptivo como proposiciones normativas o como enunciados referentes a actos de promulgación o exclusión de normas, cabe pensar que, *a fortiori*, las lógicas propias del derecho -entendido como un conjunto de normas- no corresponden enteramente a la lógica de un discurso jurídico. Si éste es, como suelen decir adherentes de las teorías críticas del derecho, un «discurso del poder», pareciera que la lógica más adecuada fuera, justamente, los análisis lógicos de la relación de poder, clásicamente estudiados en la obra de I. Pörn¹⁵.

Un discurso supone la conjunción de una secuencia de actos lingüísticos; resulta, por ende, que cada ilocución relevante es lógicamente necesaria para la denominada coherencia lineal del discurso. Ello implica que las relaciones entre los hechos referidos por cada una de las proposiciones enunciadas estén de alguna manera relacionadas en el mundo posible que funciona como marco genérico del discurso¹⁶.

Las leyes lógicas que rigen las relaciones de poder y las leyes lógicas adecuadas para evaluar la racionalidad de un discurso no son isomórficas ni con la lógica deóntica *standard* ni con la lógica de las proposiciones normativas. Una tautología trivial, en algunas de esas lógicas, como la ley de distribución de los operadores normativos, la ley de subalternación entre operadores fuertes y la permisión débil, y aún, un principio general como el de tercero excluido no funcionan en forma idéntica en el derecho como conjunto de normas prescriptivas, en la teoría (descriptiva) de un orden jurídico y, sobre todo, no funcionan como pautas suficientes de racionalidad cuando se trata de conjuntos de actos ilocucionarios (discurso), sea que éste sea utilizado para establecer, mantener o modificar relaciones de poder.

¹⁴ *Op. cit.*, ensayos 6 y 7, *La concepción expresiva de las normas, y Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas*.

¹⁵ I. Pörn, *The logic of power*, Oxford, 1970.

¹⁶ *Cfr.* T. A. van Dijk, *The structures and functions of discourse*, Amsterdam, 1980.

Por consiguiente, sostener que el derecho es un discurso conlleva una tácita confusión entre funciones muy diferentes. Una cosa son las normas que expresan, para decirlo clásicamente, la voluntad del legislador, normas que los juristas estudian con fines teóricos, pero que el legislador promulga para obtener modificaciones en el comportamiento de los receptores. Tanto los textos legales como los textos descriptivos (teóricos) de los juristas pueden ser vistos como discursos, pero la racionalidad de tales discursos tiene pautas diferentes y no cabe extender al derecho mismo (normas) o al conocimiento del derecho (dogmática jurídica) los criterios de racionalidad de un discurso. Afirmar que el derecho es un discurso es, pues, más que una tesis ontológica aceptable, una explicación insuficiente.