



- ◆ Trabajo realizado por el equipo de la Biblioteca Digital de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 del T.R.L.P.I. (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 abril 1996)

5. Niveles semióticos: Teoría y tónica

Las separaciones radicales entre las ciencias se han ido metodológicamente reduciendo, a medida que su proceso de constitución ha tratado de consolidar el estatuto de sus verificaciones y de sus nexos internos. Este proceso ha facilitado el panorama confusamente interdisciplinario de las actuales ciencias sociales. Sea cual sea el juicio que nos merezca el escaparate de iniciativas metodológicas y extrapolaciones disciplinares, lo que parece claro a la mirada epistemológica es que la distinción entre ciencia natural y ciencia cultural, al margen de su valor intrínseco, ya no se corresponde con la generalidad del hecho científico. Aquí diagnosticamos el estado de las ciencias como una situación o momento significativo de su proceso de constitución trascendental (Gilles-Granger) y diacrónico. La convergencia metodológica es a nuestros ojos, un paso necesario del proceso, aunque no basta el propósito de darlo ni la declaración de su necesidad para que se pueda dar por hecho. En realidad es independiente de la conciencia, a la cual compete principalmente el diagnóstico de una evolución cuya lógica interna es inmanente al hecho científico. Pero esta misma convicción, producto de la reflexión sobre la ciencia, plantea al Derecho su principal problema. Las exigencias constitutivas del proceso tropiezan con una materia refractaria a sus supuestos trascendentales. Puesto que sería inútil rechazar su condición de ciencia normativa o de normas es preciso deslindar la norma de las valoraciones. Pero por muchas vueltas que se le dé, el problema de la norma fundamental no puede plantearse en términos husserlianos, que no pueden ser jurídicamente resueltos y apelan a un modo de conocimiento extrajurídico. En el Derecho se pueden aplicar toda una clase de tecnologías, como de hecho se está haciendo, se puede llegar a un tratamiento formal de la información jurídica, pero los problemas teóricos fundamentales no quedan por ello mejor aclarados. La norma fundamental

como la llama Husserl, queda pendiente de una respuesta que suela ser tan extrajurídica como extracientífica. Condición inevitable de la ciencia normativa husserliana, que Kelsen ha sabido eludir¹.

En efecto, si se adopta el planteamiento del derecho en Kelsen, nada impide que se puedan trasladar sin más los cálculos lógico-matemáticos, estructurales, etcétera, para una más perfecta formalización de los conceptos jurídicos operativos; y más todavía, incluso retrocediendo en esto a Husserl, si "la totalidad de estas normas forma evidentemente un grupo cerrado, definido por la valoración fundamental"², dicha norma "indica el *principio (el valor fundamental)* con arreglo al cual debe verificarse toda normación" y, en consecuencia, si "toda disciplina normativa está, pues, unívocamente caracterizada por su norma fundamental, o sea, por la definición de lo que debe ser en ella el 'bien' "³, es posible un tratamiento unívoco de lo que por definición constituye un grupo de normas unitariamente cerrado. Esta catalogación del Derecho, procedente de Husserl, es muy importante y ha puesto al alcance de la mano la posibilidad de una superación en correspondencia con la crítica y la evolución de otras disciplinas. Pero no basta pregonar, decimos, la univocidad interdisciplinaria para conseguir dicha interdisciplinarietà. Esto es algo que ha de conquistarse, que debe construirse. Por eso mismo, para un estado dado de la evolución del saber, la clasificación o distinción entre ciencia cultural y ciencia natural ofrece una perspectiva superadora en el proceso de formalización. Igualmente la distinción entre ciencia normativa y ciencia explicativa es, en el estado actual de la cuestión, absolutamente vigente a nuestro juicio⁴. Esta vigencia implica el reconocimiento de una diferencia, pero supone también la posibilidad teórica de aplicar tratamientos formales rigurosos a la positividad jurídica. Estimando por tanto el derecho como un hecho positivo y prescindiendo de su caracterización como ciencia del espíritu o como ciencia cultural (en ambos casos se incluye un detrimento de su cientificidad)⁵, la consideración del carácter normativo del derecho supone la posibilidad de la aplicación de procedimientos informativos y deónticos. Esto es un paso importante para su progresiva equiparación a las restantes ciencias sociales. En este punto es preciso reconocer la justeza de logicismos jurídicos, y de la función que viene desempeñando, como el de Kalinowski. A este autor se

debe precisamente una observación que aceptamos en su integridad: "las ciencias humanas, sin los métodos precisos a los que la lógica sirve en último lugar de fundamento, pueden todavía ser *humanas*, pero difícilmente seguirán siendo *ciencias*"⁶. Con esto quiere afirmarse que la posibilidad de un tratamiento 'riguroso' como ha de ser todo tratamiento estrictamente científico se abre también para el estudio del derecho. Sin duda que este tratamiento no es bastante, pues se limita sobre todo a su carácter normativo (y acepta las limitaciones que tal carácter entraña). Este tratamiento sirve pues al cálculo de la proposición, pero no ha llegado apenas a contribuir nada definitivo a la labor de expresar conceptos jurídicos. En este punto tal vez pueda tener más repercusión la aplicación de un método estructural previa delimitación por la semiótica jurídica de su campo de actuación. (Puede verse un proyecto en el último capítulo).

En esta dirección la tarea consiste en precisar los diversos niveles del lenguaje jurídico; una primera clasificación se impone. En efecto, cuando utilizamos 'derecho' lo aplicamos analógicamente a dos lenguajes superpuestos, aunque unívocamente determinados (o al menos, deberían serlo): lenguaje del derecho y lenguaje de los juristas. Por lenguaje del derecho ha de entenderse aquel en el cual el legislador enuncia la regla jurídica. Sobre este punto se han avanzado bastantes contribuciones de interés, que parten casi siempre de la condición normativa del derecho. Podríamos preguntarnos si este es el camino adecuado para una ciencia jurídica. Naturalmente nos encontraremos aquí con el problema que ya hemos constatado, que, como dice Kalinowski, "la forma lingüística de sus textos (del Derecho) no cambia en nada el carácter normativo del derecho"⁷. Pero este punto de vista presupone dos niveles lingüísticos: el "lenguaje teórico de los juristas", es decir aquél lenguaje en el cual se estudia el derecho, o se procura construirlo, criticarlo, etcétera; pero también aquel otro lenguaje en torno al derecho en el que se trata de aplicarlo, como el de los jueces y abogados, es decir del lenguaje práctico de los juristas. No cabe duda de que ambos lenguajes de los juristas están muy relacionados⁸. El problema que se plantea es el de a cuál de estos dos lenguajes debe darse la primacía. La cuestión cuenta con una respuesta de hecho, puesto que la orientación más habitual del tratamiento del derecho se dirige a suministrar un material o inventario

de análisis y de nociones para el uso práctico del lenguaje del derecho. A nuestro juicio, sin embargo, esta reducción depende del estado actual de la ciencia jurídica, y el verdadero problema, el que realmente se plantea un tratamiento sistemáticamente científico del derecho está en el uso práctico del lenguaje de los juristas. Es, por este lado, por donde debe superarse el carácter normativo de la ciencia jurídica. Esta consideración está, de algún modo, implícita en el propio Kalinowski:

“si se compara el lenguaje de los juristas al lenguaje del derecho, no solamente se constata que el vocabulario del primero es más rico que el del segundo, porque aquél contiene además de las expresiones de este *los nombres* de éstas expresiones, sino también porque las reglas de las sintaxis de ambos lenguajes difieren considerablemente. Las del lenguaje del derecho autorizan, en último lugar, la construcción de expresiones que tengan la estructura de proposiciones normativas en el significado de normas jurídicas o de proposiciones teóricas sinónimas de estas, mientras que las reglas sintácticas del lenguaje de los juristas permiten, en primer lugar, la *construcción de proposiciones* o de *metaproposiciones teóricas*”⁹.

El derecho en sentido normativo lo hace el legislador. La construcción teórica del derecho, de sus conceptos y la investigación de su aplicación corresponde a aquellos juristas que se dedican a la labor teórica¹⁰. El punto de vista de la ciencia del derecho se inclina, a nuestro juicio, por este lado. Y aunque caben aquí tanto la investigación, desde un lenguaje metajurídico, del lenguaje del derecho, es más importante todavía, incluso para el porvenir de esa importante investigación, la construcción de un lenguaje de los juristas que permita tanto la crítica como el análisis y que sea lo más formalizado, como sinónimo de riguroso, posible. En esta orientación se pueden computar además de la vía Kelseniana, los escasos y embrionarios intentos de construir una ciencia jurídica estructural¹¹. La cuestión, por ser más ambiciosa, es tanto más difícil. Y no está desde luego exento de justificación el reproche que se ha dirigido a estos intentos de ser demasiado prematuros, incluso tal vez porque la propia ciencia estructural se encuentra todavía en un estado prematuro.

Pero en estos momentos no se trata tanto de lo prematuro como del proceso hacia un tratamiento teórico-

deductivo en el que puedan inscribirse los hallazgos de las diversas ciencias, y esto es lo que se trata de describir. Desde este punto de vista la vocación interdisciplinaria ha llegado a un lugar —que siempre aparece de algún modo como un callejón sin salida— y está a la vez pugnando por salir de ese lugar. Es así como puede plantearse la pugna entre un logicismo subordinado al carácter normativo, y un posible estructuralismo, que en la actualidad puede encontrarse frustrado en sus pretensiones. Si el estructuralismo podrá o no ser la salida adecuada de este “impasse” es todavía pronto para decidirlo.

El gran renacimiento de las ciencias lingüísticas, tanto de las transformacionales como de las estructurales, consiste, en cierto modo, en haber descubierto que tras la apariencia discursiva del lenguaje se oculta o subyace una estructura reglada, que es el mismo lenguaje. Aunque de la lógica deóntica no se pueda decir exactamente lo mismo, se puede conjugar metódicamente la hipótesis de que tras toda lógica tradicional, lógica de contenidos, lógica silogística, en el sentido aristotélico, se oculta también una estructura lógica universal, a la que podemos calificar simplemente de lógica, que serviría de modelo base para la indagación^{1 2}. La lógica de las proposiciones tiene mucho que ver con esa estructura lógica^{1 3}.

Lo importante es recoger la idea de que hay una pluralidad de procedimientos lógicos exactos, no en cuanto que los resultados sean exactos, sino en cuanto que lo es su inferencia, es decir, lo que suele llamarse forma lógica del razonamiento. De este modo es posible afirmar que

“la lógica llegada al estadio de la formalización se ha superado en realidad a sí misma. Porque todo sistema formalizado se sitúa de entrada más allá de toda ciencia, sus tesis no poseen ningún sentido determinado. Sus reglas de construcciones (reglas de metasistema) determinan únicamente un juego de signos gráficos que pueden recibir cualquier significación. Por esto la construcción de sistemas formalizados no es ni una actividad lúdica ni una composición estética, sino la elaboración de un *útil intelectual científico polivalente*”¹⁴.

Este pluralismo exige distinguir, cuando se habla del lenguaje de los juristas, entre dos niveles del lenguaje: el lenguaje de la práctica jurídica, y el lenguaje teórico de la construcción jurídica, pues el empleo de

módulos lógicos solo puede resultar eficaz a nivel de investigación, y han de ser ofrecidos a la práctica ya resueltos. Pero hay quienes han expuesto sus dudas acerca de la conveniencia de aplicar los cálculos lógicos, que son deductivos y racionales, a la vida jurídica, donde los matices, la equidad, el sentimiento, la emotividad, cumplen también su juego¹⁵. Se trata a nuestro juicio de una precaución excesiva y que no repara suficientemente en los dos espacios de aplicación de esta categoría metalingüística del lenguaje del derecho que es el lenguaje de los juristas (pero que a la vez es un lenguaje jurídico más riguroso y más estricto): el lenguaje de la construcción, debe regirse por las categorías propias de todo lenguaje constructivo y científico, cuyo valor fundamental coincide con la pretensión del máximo rigor intelectual. Y aquí el ideal de la construcción científica (en sentido normativo) coincide con el uso y acercamiento de la idealidad del lenguaje lógico. En cuanto al lenguaje de la aplicación constituye una amalgama difícil de precisar de lenguajes de diverso tipo entre los que sobresale el lenguaje de la construcción y el lenguaje del derecho¹⁶. Entonces, lo que interesa es reservar de momento para el lenguaje de la construcción, que es el propiamente científico, el uso de la lógica deóntica y de otros sistemas formales, con objeto de analizar la estructura de la norma legal o del lenguaje legal normativo¹⁷. Muchos han expuesto varias condiciones y adoptado muchas precauciones ante un programa lógico-jurídico¹⁸. A alguna exposición podrían hacerse de todos modos varias observaciones. En primer lugar que una cosa es el *modo* geométrico del razonamiento, otra el *método* geométrico y otra los *análisis* lógicos. El modo geométrico del razonamiento, puesto en práctica durante la filosofía racionalista en ética por Espinosa, implica un 'contenido' o una materia, de manera que puede descartarse sin más. En efecto, mientras se involucren contenidos significativos en la forma del razonamiento las conclusiones que se establezcan no se basarán en la forma lógica de la inferencia sino en el contenido presuntamente racional a los que se refiere. El modo geométrico sólo tiene una mayor apariencia de racionalidad que cualquier otro modo de argumentación. El error del racionalismo fue considerar que se podría trasplantar la geometría al contenido del lenguaje —a su sustancia como dice Hjelmslev— con sólo conservar el modo, o la apariencia del método. Pero, por otro lado, el método mismo

tampoco coincide con la forma lógica, aunque derive de su mismo supuesto lógico. De aquí que el intento de aplicar de modo deductivo o geométrico el derecho haya dado, sin duda, lugar a muchos abusos. Pero no es esto de lo que se trata, sino de estabilizar y de controlar el lenguaje de la construcción jurídica, o del mecanismo de la norma. Es, en suma, una labor de investigación y no de aplicación. En el ámbito de la aplicación los estudios van por otro lado. Lo que suele tratarse, normalmente, cara al abogado es de conseguir éxito para su gestión, cualquiera que fuere el sistema de argumentación que emplee. En este supuesto los estudios tópicos de la lógica tienen otro fin completamente distinto¹⁹. Aquí es posible considerar el "modo geométrico" como una especie más de la lógica de la argumentación, y decidir si es un procedimiento adecuado o no lo es. Pero en estos supuestos, el término lógica no se utiliza en sentido estricto, en su unidad ideal, que es como nosotros estamos utilizándolo, sino en un sentido analógico. La argumentación, la persuasión, el modo geométrico del razonamiento no hacen referencia a la "estructura" lógica del lenguaje, en sentido estricto, sino a los contenidos del lenguaje, a sus significaciones pragmáticas, cuyos objetivos son diferentes, están alentados por la práctica y no por la teoría. Se trata de estudiar por qué medios se puede llegar mejor a un resultado deseable. No se trata de otra lógica (al menos en el sentido preciso y riguroso que se da a la palabra 'lógica' cuando se la emplea en libros de lógica); se trata de un arte dialéctica o retórica, de un arte de la argumentación¹⁹. De aquí, por tanto, que *siendo su finalidad práctica, también lo sea su uso*. En esto no cabe duda de que tiene razón Villey cuando equipara la lógica escolástica con la judicial: "el método escolástico comparte con el método judicial el carácter de la incertidumbre. Igualmente que una sentencia judicial comporta siempre algo de decisorio y arbitrario, una 'conclusión' de Santo Tomás se sabe incierta y provisional"²¹. Por tanto, hay dos direcciones distintas del estudio a considerar: una cosa sería la lógica de la construcción jurídica y otra el estudio del comportamiento jurídico en cuanto incluye un razonamiento práctico, lo cual también puede ser tratado desde dos puntos de vista: uno estrictamente teórico y hecho por investigadores y otro fundamentalmente práctico y hecho por los prácticos, para emular, asimilar o regular su práctica.

El estudio teórico seguiría estando en el nivel constructivo del derecho. La investigación práctica seguiría, está siguiendo, otros derroteros: la búsqueda del comportamiento argumentativo más eficaz cara al objetivo propuesto, es decir, la sentencia favorable. En este último sentido sí puede decirse que "el arte del derecho es polifónico" y que "pretender aplicar al derecho exclusivamente la lógica monódica hecha por el matemático, es como interpretar una sinfonía con un único instrumento"²³. Evidentemente. Pero el velado reproche que se esconde es injusto (!) en la medida en que trata de generalizarse en el texto que comentamos sin distinguir los diversos y necesarios niveles semióticos, que se están barajando mientras se discute.

La verdad es que la lógica deóntica puede tener un enorme campo de aplicación práctica, aunque indudablemente haya que adoptar muchas precauciones para su uso. Quien se ha ocupado entre nosotros de elaborar un "Cálculo de las normas" ofrece la siguiente respuesta:

"el *cálculo deóntico general* es susceptible de distintas interpretaciones, en diferentes universos deónticos o normativos (éticos, técnicos, lúdicos o jurídicos), lo cierto es que se ha concebido principalmente en vista de sus aplicaciones jurídicas, de modo que pudiera dar origen a algo así como una *Jurisprudentia more arithmetica demonstrata*, con arreglo a la conocida aspiración de Leibniz, pero con posibilidades prácticas mucho mayores, debido a los medios de cálculo e informáticos de que hoy se dispone"²⁴.

En este punto, que parece aceptar como presupuesto una racionalización absoluta de la sentencia se pueden mantener cuantas restricciones sugiera la prudencia y el sentimiento jurídico particular²⁵; pero, aún en este caso, con vistas a una racionalización de la información, que constituye la aspiración inmediata de la informática jurídica²⁶, no cabe duda de que el sistema operacional de la lógica deóntica puede ser de una gran utilidad. En todo caso, no deben ser confundidos los aspectos teóricos y prácticos. Naturalmente no entendemos aquí práctico en el sentido de técnico, instrumental o utilitario, sino en el sentido de los saberes normativos que, siguiendo a Husserl, se dirigen por su regla fundamental. En el caso de que esta regla fuera la obtención de la sentencia favorable a la tesis del abogado (y no la obtención de la justicia lógica en

abstracto, cosa que en la práctica es difícil de plantear y en la teoría difícil de decidir en qué consiste), los medios o procedimientos persuasivos para conseguir un resultado apetecido, pueden ser naturalmente los de un arte retórica, un arte de la controversia, de la persuasión, una resurrección de la vieja "dialéctica" aristotélica²⁷. Pero los aspectos teóricos son otra cosa, a menos que no caigamos en una irresoluble anfibología de los términos. El término 'teoría' tiene otro sentido²⁸ no dialéctico, otra función y otro uso, y es a ese sentido y a ese uso de elevación de una ciencia jurídica al que queda reservado la aplicación y desarrollo de metodologías exactas. Una cosa es, por tanto, la tarea práctica del jurista que puede valerse de medios prácticos, los cuales pueden ser por su parte teóricamente investigados; y otra cosa es la tarea teórica, de construcción rigurosa, de conceptos y de principios, que pueden hacer del derecho una ciencia social entre las ciencias sociales. Este es el ámbito de la construcción de los conceptos. Por eso, cuando la lógica deóntica investiga cuál es la forma del razonamiento deductivo puro, y al investigarlo expresa esta forma, no está tratando de imponer a la argumentación jurídica la forma deductiva, entre otras razones, porque la deducción no es la argumentación²⁹. En la proposición, por tanto, 'lenguaje de los juristas' es preciso discernir estos dos momentos del lenguaje que no son coincidentes: el de la construcción y el de la aplicación. En aquel ha de predominar el fortalecimiento teórico y el estudio del *derecho como lenguaje*, entre otras cosas, porque siempre es práctico saber qué queremos decir cuando mencionamos un término jurídico, y decirlo de la manera más precisa posible, y detectar incluso las incorrecciones del lenguaje legal. Así que también, para el análisis de la coherencia de los textos legales es importante el estudio lógico de la proposición. Cosa distinta es, por tanto, la propuesta de Perelman, cuando distingue la lógica formal, de la cual la lógica deóntica no es más que una parte, de la lógica de la argumentación —que tiene la validez de toda tópica— como regla normativa: "las tesis jurídicas no son fundadas sobre pruebas demostrativas sino sobre argumentos cuya pertinencia y fuerza pueden ser diversamente apreciados". De este modo "lo que se llama una *demostración*, en derecho, no es más que una *argumentación*, y la lógica jurídica comporta el estudio de esquemas ar-

gumentativos no formales, propuestos al contexto jurídico"³⁰. Naturalmente que esta lógica, como tampoco la deóntica, no es jurídica más que por extensión a la materia del derecho; es una ampliación de la tópica a un espacio concreto. En este sentido tampoco puede decirse que la "lógica jurídica" de Perelman sea más jurídica que el "cálculo deóntico de las normas" de Sánchez-Mazas³¹. En ambos casos lo jurídico es un adjetivo, bien de la lógica en este caso, bien de la tópica en aquél. El único problema que hay es que la "tópica" no es el instrumento adecuado para la teoría, y que una teoría de la tópica, una pragmática del comportamiento jurídico que no sea meramente descriptiva, no puede utilizar argumentaciones tópicas, sino lógicas, en el sentido apodíctico —puesto que de Aristóteles se trata ahora— de la palabra. Pero en este punto estamos con Kalinowski cuando afirma que "lo que es lógico lo es absolutamente"³², y que cuando se habla de una lógica en vistas a una ciencia jurídica se está hablando de una cosa muy distinta de cuando se utiliza el término lógica jurídica en el sentido de la tópica y de la argumentación. Sin embargo, el tema está abierto al debate, puesto que es evidente, como lo ha sentenciado Perelman y su escuela, que la argumentación en el ejercicio del derecho, no sólo no puede prescindir de estas formas discursivas aparentemente racionales, sino que constituyen el *uso*³³ habitual de su lenguaje. Pero esta misma consideración nos obliga a discernir diversos usos de un mismo lenguaje jurídico: en primer lugar y concluyendo, tenemos el uso teórico del lenguaje, que corresponde al lenguaje de la construcción teórica de las proposiciones del derecho; en segundo lugar, tenemos el uso práctico del lenguaje de los juristas, en el que la discursividad sigue los derroteros de la argumentación tópica; en tercer lugar tenemos el uso legal del lenguaje, que se circunscribe al lenguaje legal y que ocupa un plano intermedio: el de la norma. Pero no todo queda claro con estas distinciones. Pues hay una *construcción sociológica espontánea*, del lenguaje legal, que es preciso discernirla de la construcción teórica de dicho lenguaje, pero cuya presencia plantea problemas teóricos complicados³⁴.

Esta distinción entre un uso teórico del lenguaje de los juristas, un uso práctico del mismo y una construcción sociológica ha sido advertida, aunque no se haya detenido en profundizar en sus consecuencias, por Zygmunt Ziembinski. Por otro lado, este autor ha

advertido también las complicaciones que plantea cara a la distinción del lenguaje legal la consideración del lenguaje no escrito pero que, sin embargo, tiene un reconocimiento normativo. Ziembinski observa que "los criterios de discernimiento entre el lenguaje del derecho jurídico no son suficientemente claros"³⁵. Ampliando los fundamentos de estas reservas llega a reconocer que "se da la denominación de 'lenguaje jurídico' sobre todo a una lengua 'profesional' de los juristas, y sólo por analogía se utiliza este término para denotar el lenguaje de las proposiciones formuladas en *ciencias jurídicas* con exclusión de la problemática puramente 'dogmática' "³⁶. Por otro lado repara en que las reglas de interpretación tienen un carácter híbrido, puesto que tienen

"el carácter de normas jurídicas, basadas sobre todo en fuentes 'no escritas' (la doctrina, la tradición jurídica), más que en disposiciones legales, y contienen un contenido muy particular. Pero estas reglas juegan a la vez el papel de reglas metodológicas para resolver los problemas dogmáticos de las ciencias jurídicas. Puede por tanto computarse las reglas de exégesis de las leyes en la cuenta de las expresiones del 'lenguaje del derecho' (lo más corriente como 'derecho no escrito') tanto como en la cuenta de las expresiones 'concernientes al derecho' "³⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, es posible introducir cara a nuestro interés una precisión acerca de los diferentes usos del lenguaje y los dos niveles —espontáneo y teórico— de su construcción que nos parece directamente relacionada con la adscripción que estamos haciendo de la lógica a la proteiforme realidad jurídica: un uso lógico del lenguaje, en relación al fin que se pretende; y un uso tópico complementario, argumentativo, etc. ... de ese mismo lenguaje cuyas zonas relativas a la separación de un lenguaje de los juristas y de un lenguaje legal no aparecen del todo aclaradas. Y esto porque se entrecruzan semióticamente de diversas maneras. Porque el lenguaje legal está normalmente abierto al lenguaje habitual de la comunicación y al propio metalenguaje del derecho que le serviría de referencia y del que sería su lenguaje objeto. Únicamente se puede distinguir el metalenguaje de su lenguaje objeto, si aquél está regulado por reglas diferenciales que permitan su identificación, y este discernimiento, en la medida que trata de caracterizarse como

un lenguaje científico, tiene que venir determinado por los caracteres que identifican a todo lenguaje científico general. También Ziembinski observa que

“los enunciados de un jurista que actúa en calidad de legislador, o incluso en calidad de juez que pronuncia un fallo, de procurador que presenta una requisitoria, de administrador que formula una decisión, etc., tienen a veces la misma forma verbal que los enunciados de un profesor de la facultad de derecho, pero les separa sin embargo, un carácter semiótico completamente diferente”³⁸.

Tal vez pueda admitirse que una de las diferencias entre estos lenguajes, teórico y práctico de los juristas, es que en el segundo caso el efecto es jurídicamente ‘performativo’, —lo cual no sea tal vez más que un nuevo modo de decir que es coactivo— mientras que en el primero no lo es. Parece que la “perforación” es una nota distintiva de un nivel del lenguaje, por ejemplo, la referencia a la doctrina jurídica en un juicio puede actualizar y performar el contenido de esta referencia si el juez la admite como prueba de una tesis; aunque sea discutible la distintividad de lo “performativo”, sí parece que la distinta estructura semiótica de esa admisión separa ambos lenguajes³⁹, pues la doctrina ha sido concebida como un uso teórico del lenguaje, mientras que la referencia delata un uso persuasorio, tópico o argumentativo. No nos interesa ahora hacernos eco de los problemas que entraña la aceptación de los términos “performativos”. Baste decir que la discusión en torno a la extensión del concepto se enfrenta con problemas similares al de la separación entre lenguaje legal y lenguaje de los juristas. Nos parece preferible, siguiendo en esto a Alston, aceptar como diferencia semiótica específica del metalenguaje respecto del lenguaje objeto el criterio de que “lo esencial de la especificación del significado es aclarar el tipo de uso”⁴⁰. Pero no cabe duda que la especificación del ‘uso’ puede plantear problemas graves. De aquí la importancia de una estrategia semiótica. Esta objeción no es válida cuando se refiere a un ‘uso científico’ si por científico entendemos un grado de regularidad formal, un nivel de necesidad a conseguir en las inferencias, una metodología apropiada que, evidentemente no basta trasladarla o aplicarla sin más pues es preciso también adaptarla y crearla de acuerdo a las necesidades peculiares del objeto de la investigación y de la materia a investigar. Pero hay aquí un tratamiento lógico de las cuestiones que aparece unívocamente definible. No pensamos que esté

unívocamente definido. Al contrario, estimamos que es preciso construir esa definición. Pero afirmar que es preciso construirla no equivale por tanto a transplantar sin más una metodología a una materia. Esto cercenaría el principio interdisciplinario que es nuestro punto de partida. Únicamente equivale a decir que la actitud investigadora y científica es uniforme, pero que hay que construirla con la metodología específica, lo cual supone someter a crítica y a revisión los supuestos de que se parte. Esto no es, en todo caso, privativo de los rumbos por los que creemos debe orientarse la epistemología jurídica.

El problema de un uso teórico del lenguaje se enfrenta como hemos venido viendo con la tesis que estima la posibilidad de una lógica jurídica específica. Esta tesis tiene, no obstante, dos versiones. Por un lado, la línea "realista" de Villey aplicada al derecho se resistiría a aceptar la identidad de la lógica deductiva con la racionalidad lógica, y se manifestaría como una oposición tajante al avance mismo de las ciencias modernas en cuanto impondrían como lema la exactitud de las inferencias. Esta actitud sólidamente expuesta sin duda, responde, sin embargo, a unas posiciones filosóficas, que no trataremos de definir como ideológicas, pero que podemos rechazar porque se enfrentan tan frontalmente con el uso de la lógica formal como con la evolución misma del pensamiento moderno en su conjunto. Aquí no hay posibilidad de un debate rectificador de posiciones, de una discusión, puesto que los mecanismos del lenguaje emplean puntos antagónicos de referencia. Todo el pensamiento moderno se ha cimentado sobre la noción de "rigor" lógico. Hernández Gil escribe: "si el razonamiento ha de tender al rigor o completarse con él, y el rigor máximo se aloja en la inferencia lógica formal, esta constituirá, por consiguiente, la expresión culminante del razonamiento riguroso"⁴¹.

Pero este no es el caso de quienes, como Perelman, tratan de rescatar una lógica jurídica específica en la línea de la dialéctica aristotélica y de la argumentación tópica. Al contrario, esta vuelta puede estar impulsada por un afán pragmatista. Como decíamos, la lógica de la argumentación se impone como un conocimiento normativo contra una ciencia teórica; se propone fines prácticos en orden a un objetivo. Y la cuestión es, entonces, si cara a la obtención pragmática de este objetivo el uso de un racionalismo puro puede llevar a los

resultados apetecidos, o si sería más conveniente utilizar una lógica distinta que fuera dirigida más que a la racionalidad de las inferencias, a la obtención de las inferencias, usando, por tanto, la persuasión, la retórica, es decir, los medios instrumentales en relación con el fin a alcanzar. Se trata aquí de un uso pragmático de la tópica en función de un resultado; y no de un uso lógico material, en el sentido aristotélico que iría dirigido al conocimiento de lo real. Son, pues, cosas completamente separables. La discusión que se abre una vez situados convenientemente en el terreno adecuado es la de si esta lógica es en realidad una lógica, y si puede llamarse jurídica.

Kalinowski llega a vacilar, a pesar de partir del criterio de la racionalidad lógica y de expresarlo en un lenguaje inequívocamente cartesiano: "las reglas del pensamiento intelectual... exigen que todo concepto sea en la medida de lo posible neto y claro"⁴². Esto es, pues, fundamental para toda investigación, para todo planteamiento que pretenda, en el sentido moderno de la palabra, ser moderno. Pero se trata ahora de otra cuestión, que tiene más bien un carácter práctico y que deriva de la propia peculiaridad, inestable peculiaridad, de lo jurídico.

"Si por algo se caracteriza el pensamiento discursivo jurídico en el plano de la definición (de los conceptos - N.) no es por la aplicación de reglas 'específicas' de definición, sino por la *ausencia* frecuente de definiciones. Se trata de una particularidad de los textos jurídicos. El lógico, el matemático o el físico, cuando construyen sus sistemas formalizados, no pueden dejar ningún término segundo sin definición (los términos segundos son introducidos en ellos mediante una definición y son por ello llamados 'términos definidos'). Incluso el filósofo afronta su riesgo cuando no se guía por el ejemplo de sus mencionados colegas. En cuanto al jurista es posible que cometa un *peccatum omissionis* si no define determinados conceptos jurídicos. Se resienten entonces del inconveniente. Pero *las ausencias de definiciones jurídicas* son frecuentemente tan beneficiosas como deseadas. En efecto, si todos los conceptos jurídicos segundos estuvieran explícitamente definidos, los textos jurídicos estarían atestados de definiciones hasta el punto de ser ilegibles e indigestos. Y lo que es más, si incluso se realizara la

apuesta de definirlos todos, no sólo no se ganaría nada con ello, sino al contrario se perdería todo. En efecto, muchos textos, los de la ley humana (entendemos por tal el conjunto de reglas jurídicas edictadas de un modo o de otro por el hombre) en primer lugar, se revelarían esencialmente defectuosas por demasiado rígidas. El derecho es una regla de la vida, y esta es movimiento y cambio, evolución o revolución. Por esta razón la ley debe ser elástica... El derecho debe adaptarse a las circunstancias. A estos efectos, los conceptos jurídicos y por consiguiente los juicios jurídicos, normativos u otros, deben ser, en muchos casos, suficientemente imprecisos como para poder ser interpretados de diversas maneras. Es el tejemaneje de la interpretación jurídica lo que permite al derecho adaptarse a la vez a la vida y a la justicia. Cuando y en qué medida los conceptos y por tanto los juicios jurídicos deben ser más o menos 'difusos' no corresponde determinarlo a la lógica sino a la prudencia, es decir al saber práctico del jurista⁴³.

Kalinowski prosigue distinguiendo entre racionalidad y lógica. La noción de racionalidad es más amplia que la de lógica. Por tanto, si el pensamiento discursivo del jurista ha de ser necesariamente racional, no es preciso que sea lógico en un sentido estricto. Con esta distinción Kalinowski respeta el principio de la unicidad lógica, sin descartar la racionalidad tópica (principalmente) ni retórica (aunque la aprecie bastante menos). Esta admisión es, pues, de un orden muy distinto de la de Villey y se dirige, sobre todo, a aceptar y asimilar los tratamientos argumentativos de la escuela de Perelman.

Así, según Kalinowski existen reglas *no lógicas* del razonamiento que no por eso dejan de ser racionales. Lógica y razón no se identifican; pero eso no quiere decir que la lógica no sea una y precisa. Mientras que para actitudes *realistas* la lógica formal puede ser incluso un exabrupto de la lógica real⁴⁴, para Kalinowski, que es un lógico moderno, queda consagrada como el prototipo de la lógica, (pero no de la razón)⁴⁵. En este punto es taxativo a la hora de concluir:

"existe una lógica jurídica. Pero... no es lógica sino en la medida en que utiliza reglas lógicas; cuando recurre a reglas no-lógicas, especialmente extralógicas, puede hablarse con propiedad de jurídicas, pero sólo por analogía de lógicas"⁴⁶.

Pero una vez situados aquí debemos volver de nuevo a la distinción entre el lenguaje legal y el lenguaje de los juristas, y a la separación, dentro de este lenguaje, de un uso y un nivel práctico y de un uso y un nivel teórico del mismo. Kalinowski cede a la fuerza del argumento de Perelman: "Perelman tiene razón al recordar que toda tentativa de imposición al derecho los rigores lógicos exigidos a los matemáticos por ejemplo no puede tener como consecuencia más que la creación de una falsa impresión de pertenencia del derecho al dominio de lo irracional"⁴⁷. Pero aquí se está refiriendo el maestro belga al lenguaje legal y al uso práctico del lenguaje de los juristas, no al tratamiento teórico del lenguaje jurídico. Por otro lado, la distinción entre lógica y razón que hace Kalinowski es muy peligrosa y precisa de una *profundización teórica* para poder controlar el fundamento en que se apoya y *garantizar* la administración de un uso adecuado. En otro caso podríamos caer en un racionalismo ambiguo en el que cualquier argumento pudiera ser razón. Esto es precisamente lo que tiene de mayor interés y resulta más discutible de la obra de Perelman. Por otro lado, este problema no es privativo del derecho; la propia ciencia jurídica queda comprometida en esta argumentación, que si falla por algo es por ser demasiado argumental. De todos modos es imposible rechazar en bloque la posición de Kalinowski y por una razón fundamental: porque todo lenguaje lógico está rodeado por un metalenguaje que es el propio lenguaje ordinario⁴⁸. Y el propio lenguaje ordinario tiene un peso específico, un sentido radicado en la historia, en su propia creación, que no depende de la voluntad personal ni de la definición lógica y que pueden justificar al menos en el actual estado de cosas, las prospecciones hermenéuticas y fenomenológicas.

Pero este planteamiento no es privativo para el derecho, sino que afecta a otras ciencias sociales. De aquí que no se puede reservar para el derecho un privilegio respecto de su uso teórico en cuanto lenguaje del jurista; y que en lo que se refiere a su uso práctico debe estar subordinado en la medida de lo posible al científico. En este punto somos del criterio de que toda lógica, tópica, argumental, incluso imaginativa, reconstruyen una estructura lógica, o con más o menos fortuna tratan de simularla, y de la que por hipótesis metódica pueden estudiarse como derivación, transformación o una proyección. Creemos oportuno traer aquí un texto

significativo de nuestra posición (que es, hemos dicho, sólo hipotética): "la descripción semántica corresponde a una actividad metalingüística situada a un nivel diferente y que obedece a las leyes de la articulación estructural de la significación, las cuales aparecen como *constitutivas de una especie de lógica lingüística inmanente*... —la superioridad de esa lógica en comparación con cualquier otra lógica posible consiste simplemente en la posibilidad de verificación"⁴⁹. De confirmarse esta hipótesis, que es guía y fundamento de diversas corrientes semánticas y semióticas, contaríamos con dos polos de referencia para el tratamiento teórico de la cuestión: el del análisis de la estructura subyacente al lenguaje ordinario, por un lado, tal y como se está practicando; y, por otro lado, la estructura lógica subyacente a todo razonamiento. La justificación de una interdisciplinariedad de los estudios científicos descansa, en definitiva, en esta hipótesis que se deriva de la convicción, logicista si se quiere, de que sólo hay una lógica que se realiza de manera muy diversa según los niveles distintos en los que se emplea, a través de una *transformación*.

Por otro lado, la argumentación a favor de la aceptación de la tópica y otras argumentaciones, como es la de Perelman, para que tenga garantías, debe descansar también en una discusión teórica⁵⁰. Cedemos, por tanto, a su argumentación teórica y no a su persuasión⁵¹. Los nuevos retóricos, por su parte, tampoco confirman la especificidad de una lógica jurídica, sino la necesidad de la aplicación de la tópica al derecho. Y del mismo modo que la lógica jurídica, en el sentido lógico de la expresión, no es más que una derivación por la materia normativa en que recae, de la lógica deóntica general, igualmente la tópica jurídica no es más que una aplicación a la materia jurídica de una tópica general. No hay, por tanto, en ningún sentido que se acepte la expresión, una lógica jurídica exclusiva del derecho. Lo que hay es un arte del razonamiento práctico que, en el caso del Derecho vale, no para hacer teoría o ciencia jurídica, sino para el uso práctico del lenguaje de los juristas y que, si está desarrollado como arte jurídica es porque históricamente la controversia se ha desarrollado sobre todo en este ámbito⁵².

De todos los argumentos favorables a la argumentación sólo nos parece, en consecuencia, válido aquél que la reduce a su valor pragmático y a su nivel de uso en función del juicio y del resultado del proceso. Pero

entonces nos hallamos instalados en el uso práctico del lenguaje de los juristas. Por eso nos parece equívoca la afirmación de Perelman cuando dice que "la lógica jurídica examinaría las argumentaciones específicas en derecho, tales como por otra parte han sido enseñadas durante siglos bajo el nombre de 'tópica jurídica'"⁵³. Nos parece equívoco el uso de la frase 'lógica jurídica'. Aquí hace referencia a la materia sobre la que versa pero no al modo de argumentación. Si se dice: 'la lógica jurídica versa sobre la argumentación jurídica' (es decir la tónica), la primera expresión sólo tiene un valor material. En sentido formal debería decir: la teoría jurídica, en una de sus ramas, estudia en la práctica de los juristas la lógica de la argumentación que emplean. Pero naturalmente no la estudia argumentativamente sino teóricamente. Con lo que queremos subrayar la dimensión práctica que venimos observando. En el sentido formal de la expresión, la lógica jurídica del texto que estamos analizando tiene pues un uso teórico y hace referencia al lenguaje teórico de los juristas. Se refiere al 'lenguaje de la práctica jurídica' situado al nivel semiótico de lenguaje-objeto.

La confusión procede, por tanto y como venimos insistiendo, de la misma equivocidad del término lenguaje de los 'juristas', donde 'juristas' hace referencia a dos actividades distintas y donde el término lenguaje no tiene más que un valor material. Aceptamos, pues, la observación de Eisenman cuando sostiene que

"al hablar de 'jurista', precisémoslo de una vez por todas, pensamos aquí en aquellos que hacen un trabajo de ciencia del derecho, cualquiera que sea su profesión, —dejando de lado, al menos en principio, a los 'prácticos' del derecho, aunque estos puedan ciertamente coincidir en algunos al menos de los problemas que se van a plantear en las mismas condiciones que los 'teóricos'"⁵⁴.

Se plantea no obstante el problema de la coordinación entre la función persuasiva de la retórica y el tratamiento científico de la misma. No se trata de una situación exclusiva para la ciencia del derecho. Por ejemplo, las técnicas para sugerir ideas y conclusiones, a partir de los medios de comunicación social, están muy desarrolladas. La comparación no tiene un valor más que analógico, al menos en estas líneas. Entre ambos sistemas se pueden establecer diferencias profundas que acaso nos permitan sostener la diferencia entre lo "racional" y lo "irracional", como trata de hacer

Kalinowski. Esta diferencia, no obstante, no es del todo clara, por muy evidente que sea la distancia que separa la argumentación de la sugestión. Pero lo que tratamos de subrayar es que hay una similitud en cuanto en ambos casos se trata de desarrollar *científicamente técnicas* que arrastran a conclusiones. En un caso, la argumentación va dirigida a la atracción de la consciencia, y en este sentido sus procedimientos son mucho más refinados que cuando se habla de técnicas de propaganda⁵⁵. Pero con esto se advierte por lo menos los riesgos a que está sometida una exagerada afirmación de la especificidad de la lógica jurídica. Lo que a nuestro modo de ver queda claro es que no se puede comparar, como hace Kalinowski, con ninguna modalidad de lógica o metodologías teoréticas, sino subrayar —cosa que también hace— su carácter exclusivo de “razón práctica”⁵⁶.

Ahora bien, ¿puede la teoría ignorar este fin práctico de los conceptos que debe construir? Y otra cuestión, ¿no tiene la teoría otras funciones además de las analíticas y constructivas?. Estos son los dos problemas más señalados a los que aludíamos hace un momento cuando hablábamos de la importancia de la “coordinación entre la función persuasiva de la retórica y el tratamiento científico de la misma”. En el bosquejo de estas cuestiones conviene tener presente el largo texto de Kalinowski que introdujimos al comienzo del debate. Allí Kalinowski no hablaba sólo de razón práctica sino también de la conveniencia de que los propios conceptos teóricos fueran “vagos” en razón de que habrían de aplicarse a una realidad fluyente, movediza, la realidad práctica de la vida⁵⁷. Este es el punto, pensamos, por el que el derecho escapa a sí mismo, y toda lógica resulta insuficiente. Precisamente porque el normativismo no puede dar razón de sí, pues la norma fundamental hipotética carece de fundamento y, en la práctica, no sería más que la traducción del “derecho del más fuerte”, del mismo modo un logicismo excluyente no llegaría tampoco a resolver los problemas intrínsecos que el derecho se plantea⁵⁸. Conviene de todas maneras separar los dos niveles semióticos implicados: primero, el uso práctico de la teoría (o de la técnica), y segundo que la teoría se confunda con un practicismo. Esto es lo que nos parece que ocurre en el texto de Kalinowski. Cuando habla de que “si por algo se caracteriza el pensamiento discursivo jurídico en el plano de la definición” se está refiriendo a l:

definición normativa, y el término "pensamiento" es nuevamente equívoco porque está cumpliendo dos funciones a la vez: se refiere tanto al pensamiento teórico como al pensamiento práctico. Pero sabemos que aquél es el metalenguaje de éste, y que, por tanto, una cosa es —por poner un ejemplo— que el legislador al definir sus conceptos no aplique reglas específicas de definición, y otra cosa es que, cuando la definición del legislador permanezca como un lenguaje-objeto de un metalenguaje teórico, el jurista teórico trate de analizar con las máximas garantías lógicas (en el sentido estricto) la construcción normativa. Por eso, hay que preguntarse: ¿las ausencias de definiciones jurídicas que son beneficiosas en los textos-objeto son igualmente beneficiosas en los textos teóricos? ¿El que los textos jurídicos positivos deban ser imprecisos para poder ser interpretados de diversas maneras —cosa que no se niega aquí— excluye que la obligación teórica de definir conceptos sea lo más estricta y rigurosamente posible para efectuar una interpretación, un análisis o una elaboración de los textos-objeto?. El hallazgo de definiciones coherentes es un tema de la investigación y una base para fundamentar una interpretación estable de los textos.

Una investigación semiótica, puede ser un instrumento teórico importante para cumplir estos objetivos. Pero, además, ¿no demuestra la tradición jurídica que el análisis de los textos positivos se ha venido realizando por los teóricos con el mayor rigor que sus medios técnicos les han permitido?. Incluso, hemos advertido, que con relación a muchos conceptos históricos, por ejemplo los tipos-ideales, los conceptos jurídicos manifiestan una mayor generalidad y formalidad que esos procedimientos de la "ciencia cultural" por formalizar y hacer más logicista su lenguaje. El que el "derecho sea una regla de vida" no le convierte en una zona privilegiada a la hora del análisis. También la historia es vida. Y la vida está llena de reglas, como, por ejemplo, el lenguaje, y lo que interesa averiguar es qué se oculta tras la regla manifiesta que sea más revelador que la regla misma. Pero es que además "la ciencia jurídica como conocimiento sistemático del derecho positivo existe a partir de la revolución copernicana de Kant y es obra de Savigny"⁵⁹. No es hora de desandar el camino andado. Nuestro análisis para la determinación del nivel de una ciencia jurídica relega a niveles semióticos distintos dos cuestiones: el uso

práctico del lenguaje jurídico por los juristas y el problema filosófico. Pero conviene tener en cuenta cara al 'lenguaje del derecho' y a efectos del lenguaje teórico de los juristas que cualquiera que sea la diferencia entre lo racional y lo irracional, en el derecho, tanto cuando se trata de un uso práctico, como cuando se trata de un texto normativo, se parte siempre de una "presunción de la racionalidad del legislador" de su coherencia lógica, y sobre esta presunción tienen sentido la crítica y la teoría⁶⁰. Esta presunción pertenece al nivel teórico del metalenguaje pero está implícita en el práctico⁶¹; creemos que debe tener un sentido absoluto y aplicarse en todas las direcciones al menos en el caso de las interpretaciones y argumentaciones⁶². Si en la práctica no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias porque en esa situación el lenguaje ordinario actúa como metalenguaje irreductible, y en esas condiciones la presunción de racionalidad no puede interpretarse como una aplicación de la formalidad lógica que se encuentra *fundada en el interior del lenguaje y no fundando al lenguaje*⁶³, no obstante hay que admitir, para que el término racional no se nos vaya de las manos y no dé lugar a un arbitrario decisionismo, que en la argumentación debe prevalecer la fuerza de la inferencia y la cohesión de los argumentos. Pero es precisamente esta presunción lo que puede distinguir con nitidez un uso jurídico de la argumentación del uso de técnicas de persuasión como la propaganda, lo que garantizará que el juez no está sometido a condiciones aleatorias ni arbitrarias. Esta presunción no tiene unas fronteras definidas cara al acto práctico del lenguaje de los juristas, pero sí la tiene en la dimensión teórica de dicho lenguaje. En efecto, en el uso práctico del lenguaje del jurista tiene valores múltiples que el análisis del lenguaje ha podido distinguir: puede ser performativo o constativo⁶⁴; y atraviesa además aleatoriamente los diversos niveles del lenguaje: hace de un uso teórico un uso práctico. Esta situación no es reversible: el lenguaje teórico no es performativo, sino que puede hacerse performativo por un imperativo ajeno a él⁶⁵. Por ejemplo, la ausencia de definiciones, de que habla Kalinowski, puede completarse recurriendo a una definición sistemática dada en la dimensión teórica del lenguaje de los juristas, si en algún momento práctico se precisa de una definición. Pero precisamente porque la presunción de racionalidad no tiene fronteras definidas en el uso práctico, es preciso que el lenguaje

teorético trate de controlarla, refiriéndola a una racionalidad lógica, única que en sentido estricto merece el nombre de racionalidad. Este es el fundamento que permite establecer una definición provisional pero racionalizada ante una ausencia o laguna. Así, pues, aún cuando se trate de *reglas de vida*, es preciso referir la regla a una presunción de razón⁶⁶.

En definitiva el uso teórico del lenguaje de los juristas se rige por criterios netamente diferenciables del uso práctico del mismo lenguaje. Ni siquiera puede decirse, del todo, que se trate de un mismo lenguaje, porque mientras en el primer caso no se involucra una actitud, en el segundo caso suele incluir un comportamiento. Una cosa es, en consecuencia, el lenguaje del comportamiento o de la experiencia jurídica, que puede utilizar incluso el lenguaje teórico del jurista, y otra cosa este lenguaje en sentido estricto. En sí misma la expresión, pues, "lenguaje de los juristas" nos parece anfibológica, o mejor equívoca. Esto no quita que reconozcamos que sea importante y haya cumplido una función, pues a través de su crítica y de la debilidad de su conexión unitaria ha hecho posible extraer de su propio concepto una serie de diferencias y niveles de gran interés. En el lenguaje del comportamiento del jurista, la actitud práctica es el punto de referencia del uso del lenguaje teórico. El problema consiste en que los conceptos utilizados en ambos usos del lenguaje son los mismos; pero también lo son para el lenguaje legal y, sin embargo, la distinción sigue conservando su sentido. Por lo demás, en el comportamiento del lenguaje del jurista, el lenguaje es objeto del comportamiento, y el propio comportamiento podría concebirse como metalenguaje del objeto. Esto implica que hay una reversión de funciones en los propios términos y conceptos de una misma materia lingüística, como puede ser, por ejemplo, en la relación entre el lenguaje natural que sirve de metalenguaje general en ambos usos. La supeditación al lenguaje natural es diferente en cada caso. En el uso teórico es inevitable y entraña una limitación del mismo a la vez que manifiesta una impotencia que debe estimular a la propia superación; en el uso comportamental el lenguaje natural no entraña una limitación de ninguna especie.

Ahora bien, como dijimos, hay un punto de contacto entre lo teórico, lo práctico y lo legal, que supone, para todos los casos, que la distinción no pueda ser clara como si se trataran de lenguajes absolutamen-

te independientes, sino que sea preciso recurrir a los 'usos' para discernirlos, y es que el lenguaje ya sea legal, teórico o práctico, ha surgido espontáneamente de la historia: los conceptos no son sólo teóricamente contruídos, sino históricamente engendrados. Ahora bien, en esta posición, los jurídicos no se hallan en una situación diferente de los de todo lenguaje. El hecho de que surjan de la propia vida, como observa Kalinowski, no quita que todo lenguaje proceda de la historia misma, ni quita tampoco que, como trata de hacer la hermeneusis de la lengua, se pueda profundizar en el interior de cada "término" para investigar su significación variante en la historia pero precisa en un tiempo determinado. Aquí conviene recordar, por tanto, la distinción entre diacronía y sincronía, efectuada por la lingüística estructural, aplicándola además a la constitución misma de los significados de la lengua. Sólo así puede hacerse en sentido profundo una crítica del término "propiedad" en relación al término "posesión" que conserve a la vez un sentido sociológico, jurídico y lingüístico. El hecho de que el derecho sea vida o regla de la vida no impide que las palabras y los términos jurídicos tengan una consistencia histórica y un significado que también es posible explorar, ya mediante la hermeneusis, ya a través del análisis estructural. Por último, si las definiciones coyunturales no sería prudente que proliferaran ni tampoco es muy necesario que lo hagan, es porque los conceptos están ya bastante sistematizados y tienen un contenido no del todo arbitrario. El hecho mismo de que el lenguaje jurídico sea más estable que el lenguaje cotidiano y natural es prueba bastante de que los conceptos no son tan abiertos como Kalinowski, condescendiendo con Perelman deja suponer a la hora de justificar una racionalidad no lógica en el derecho. No se trata tampoco de negarla radicalmente, como se ha podido ver, sino de sujetarla a las exigencias de la científicidad, que son autónomas y, hasta un punto discutible pero que no obstante constituye nuestra tesis principal, equívocas en relación al sentido que debe darse a la inferencia lógica para que sea considerada científica.

¹ La 'norma fundamental' llega a la siguiente situación sin salida: da un contenido y un uso categórico a un principio que es hipotético puesto como fundamento. De aquí que Husserl, supedita la ciencia normativa a una ciencia teórica que funciona categóricamente. En efecto, el límite de Kelsen es el contrario: el fundamento es una hipótesis ('norma fundamental hipotética') que se usa hipotéticamente respecto del sistema. Lo que se quiere decir es que puesto que hay un sistema de normas, y sin entrar en la discusión de sus contenidos, hay una norma fundamental presupuesta. Comentando a Kelsen dice Recasens Siches: "las normas jurídicas tienen su origen en procesos sociales y que responden a determinados fines, pero la Ciencia jurídica no se pregunta por el origen de sus normas, sino que las *presupone* (O.), las recibe ya hechas" ("Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX"; México, 1963, pg. 148). Se superan así las limitaciones clásicas y se abren posibilidades. Por ejemplo, con la distinción entre regla y norma; dicho en lenguaje más analítico entre 'proposición normativa' y 'norma', que actualmente tiene tanta importancia, sobre todo para el estudio de los niveles lingüísticos. Esta distinción, vista desde esta perspectiva, es suficiente para desterrar algunas críticas que apresuradamente se han hecho a la obra de Kelsen, por ejemplo, la del 'positivismo ingenuo o bruto' de Olivecrona, quien no distingue entre el 'hecho' y el lenguaje sobre el hecho, es decir el 'marco' como dice Carnap. Véase "Empirismo, semántica y Ontología" en "La concepción analítica de la filosofía" II, pgs. 400 y ss. Un párrafo creo que es interesante: "la naturaleza e implicaciones de la aceptación de un lenguaje que se refiere a entidades abstractas serán discutidas primeramente en general; se mostrará que el empleo de semejante lenguaje no implica que se abrace una ontología platónica, sino que es perfectamente compatible con el empirismo y con el pensamiento estrictamente científico" (401). Un empirismo 'bruto' olvida que "aceptar el mundo de las cosas no significa más que aceptar una cierta forma de lenguaje" (403). Negarse a admitir el 'deber ser' como categoría distinta de la de 'causa y efecto' equivale a negarse a admitir la 'inferencia lógica' como una relación no causal, o la noción de 'cópula' en la proposición. "Las leyes son, por lo tanto, eslabones en la cadena de causa y efecto". "El derecho como hecho", pg. 11, es sólo el resultado de un lenguaje presuntivo o apresuradamente positivista, un lenguaje que quiere serlo 'de cosas', sin comprender que 'las cosas' nunca son 'el lenguaje'.

² Husserl. "Investigaciones Lógicas" pg. 75.

³ Idem, 76.

⁴ La diferencia entre leyes causales y leyes normativas no es paralela a la diferencia entre ciencias naturales y ciencias culturales, especialmente porque no implica el recurso a categorías lógicas, como el "tipo", específicas. ("Teoría pura del Derecho, II, pgs. 26 y ss.).

- 5 Que la ciencia *cultural* es menos ciencia que la natural lo dijo Ortega con su habitual claridad en "Historia como sistema", pg. 16 (Madrid, 1958; tercera edición).
- 6 Georges Kalinowski, "Introduction a la Logique Juridique"; Paris, 1965, pg. 2.
- 7 Idem, pg. 55.
Es una toma de postura frente a la polémica en torno al indicativo o el imperativo jurídicos. (Vide "Archives de Philosophie du Droit", XIX).
- 8 Aunque los conceptos sean los mismos, sus usos están situados a diversos niveles del lenguaje.
- 9 Idem, pg. 68.
- 10 Georges Kalinowski, "Le raisonnement juridique et la logique juridique" en "Etudes de Logique Juridique", pg. 4; Bruxelles, 1970. El problema de la delimitación de los niveles queda anunciado en su virtual complejidad, "pues existen muchas clases de juristas: los prácticos y los teóricos. Además, unos y otros se subdividen en varios grupos y subgrupos". El problema no está en que se subdividan en grupos, lo cual en sí mismo es anecdótico, sino en que cada grupo puede estar hablando a un nivel semiótico distinto, lo cual es relevante.
- 11 No nos referimos a un mero uso 'estructural' de ciertos métodos que pueden ser aplicados a una defensa ideológica del Derecho como, por ejemplo, en André-Jean Arnaud, "Essai d'analyse structurale du Code Civil Français"; Paris, 1973. A nuestro juicio este trabajo, sugerente en muchos puntos, asimila a un nivel muy de superficie la metodología estructuralista, (no tratamos de valorar el trabajo; aquí 'superficie' tiene un sentido sintáctico).
- 12 "La lógica *tout court*, la lógica que es la misma para todos". Georges Kalinowski, "le raisonnement juridique..." en "Etudes de logique juridique". Pg. 10.
- 13 Idem, pgs. 12-13.
- 14 G. Kalinowski, "Introduction..." pg. 33.
G. Kalinowski en la discusión de su ponencia, "Le raisonnement juridique..." (en "Etudes de Logique juridique", IV): "quisiera para terminar referirme a una intervención que me ha llamado mucho la atención. la de Apostel. Sin llegar a eliminar 'l'esprit de finesse' en provecho del 'esprit de géométrie', creo que cuanto Apostel ha dicho sobre la importancia de la inserción de las investigaciones de lógica jurídica en la pragmática y en la teoría de la dinámica de grupos, abre una vía fructífera. La objeción resaltada por Perelman para quien no podría realizarse mas que difícilmente —si no es francamente imposible— por tratarse del lenguaje natural y no de un lenguaje artificial no me parece que señale un obstáculo infranqueable. Creo que la semiología del lenguaje natural es posible" (pg. 61).
- 15 Theodor Viehweg, "Tópica y jurisprudencia"; Madrid, 1964.
Viehweg ofrece tres argumentos fuertes en favor de la tónica: 1. El hecho de que el derecho no se ofrece como un sistema sino como una pluralidad de sistemas que "hace posible la producción de colisiones" por lo que "es necesario un instrumento que las elimine, que se ofrece también aquí por medio de la interpretación. Su tarea, en este punto, tiene que consistir en crear una concordancia que sea hasta cierto punto aceptable... el papel de la interpretación y, por ello, de la tónica se hace aún mas penetrante como fundamento de la *coincidentia oppositorum* (V.)"; "el segundo consiste en la llamada 'aplicación del derecho'... El tercer punto de irrupción de la

tópica se relaciona con el uso del lenguaje espontáneo" (todavía incluye un cuarto argumento, que es reducible al segundo). Los cuatro argumentos se desarrollan a un nivel práctico del lenguaje de los juristas. Viehweg ha previsto otra posibilidad, en la que fundamentalmente hace hincapié este trabajo, pero no la ha tenido en cuenta: "se puede intentar convertir este estilo en un método deductivo, en caso de éxito se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de una ciencia, porque sus conceptos y sus proposiciones forman un conjunto unitario de definiciones y fundamentos. Se puede también prescindir de este intento, conservando el estilo encontrado sustancialmente tal como es y haciéndolo así objeto de una ciencia. La razón para obrar de este modo puede ser que el método, que habría de eliminarlo, no se encuentra en condiciones de colocarse en el terreno en cuestión" (pg. 111).

- 16 El 'lenguaje de la aplicación' implica una jerarquía lingüística, una 'tipología' semiótica, en el sentido de Hjelmslev "Prolegómenos a una ciencia del lenguaje".
- 17 Capella. "El derecho como lenguaje", pg. 40.
- 18 Michel Villey es quien se ha opuesto de una manera mas rotunda. Vide "Archives de philosophie du Droit" tomos XI, y XIX.
- 19 "Las dos perspectivas, aunque se opongan, se iluminan mutuamente en cierta medida", Joseph Horowitz "La logique et le droit" en "Etudes de Logique Juridique", II, pg. 48... "la posición del anti-formalismo práctico es perfectamente compatible con la doctrina del formalismo filosófico" (pg. 52).
- 20 H. Lasberg: "Manuel de Retórica Literaria"; Madrid, 1966.
- 21 Michel Villey, "Liminaire: donnés historiques" en "Archives..." t. XI, pg. XI.
- 23 Pero sólo en este sentido. Pues no se trata de una lógica monódica, sino de la lógica sin más. M. Villey "Archives..." XI, pg. XII. Una cosa es aplicar a la 'práctica del derecho' la única lógica y otra es aplicar a la "investigación de la práctica del derecho, la lógica. La 'práctica' se guía por los mecanismos de toda práctica: desde la intuición a la sensibilidad mecanismos que son comunes, incluso, en la 'práctica de la investigación'.
- 24 Sánchez Mazas, "Cálculo de las normas", pg. 64.
- 25 Se trata de mantener la actitud, ya señalada por Horowitz, de la complementariedad —y por razones prácticas, coyunturales. Es la actitud bien representada por Luis Recasens Siches en "La nueva filosofía de la interpretación del Derecho"; "por lo visto la lógica tradicional, la lógica de lo racional, falla en los menesteres de la interpretación jurídica. He aquí el problema: falla. Las mas de las veces fracasa estrepitosamente... Pero *hay otra lógica* .. es la lógica de la acción, impregnada de estimaciones, de juicios de valor... Ni la obra de Kelsen ni la de García Maynez *se interfieren* en absoluto con el problema que estoy presentando... porque el problema es de contenidos, de propositos y no de formas". Recasens entrecruza dos criterios y los confunde: el primero es el recurso a la completitud por razones prácticas, lo que lleva a admitir la tópica a un nivel del lenguaje, que es el propio de la práctica jurídica. La obra de Kelsen ahí no se interfiere. (Tampoco está claro... porque la apelación a la doctrina supone el uso del lenguaje teórico y daría lugar, por tanto, a una paradoja para cuya solución habría que acudir a la teoría russelliana de los 'tipos'). El segundo criterio no nos parece aceptable, y es que Recasens califica de 'lógico' el recurso a la 'tópica': 'la lógica pura no agota el campo del logos'. El que no lo agote es una cuestión de hecho, no de derecho. De hecho, en

efecto su desarrollo no permite que agote el logos. Pero de ahí no se puede concluir que "hay además la lógica de la razón vital de que hablaba Ortega, hay la lógica de la razón histórica que exploró Dilthey... y probablemente alojada en alguna esquina o compartimiento de esa lógica hay el logos de lo razonable (O.) que trato de bosquejar... Vislumbrar el campo de lo razonable como otro de los sectores de la razón... Estamos dentro de un campo lógico sólo que no de la lógica de lo racional, sino de la lógica de lo humano (O.), de lo razonable (O.) (pgs. 25-35).

La lógica de lo razonable es muy similar a la lógica de la argumentación, una resurrección de la tópica. Como es propia de un determinado nivel del lenguaje, puede ser complementaria de la lógica a ese nivel.

26 Para un amplio tratamiento del tema con implicación de los problemas lógicos (no sólo formales, también dialécticos) Mario G. Losano, "Giuscibernética"; Torino. 1969.

27 Vichweg Cap. II.

28 Como el propio Vichweg afirma; pgs. 111 y ss. Aceptamos la siguiente definición: "Una teoría científica es un sistema deductivo en el que se siguen lógicamente consecuencias observables de la consideración conjunta de hechos observables y el conjunto de hipótesis fundamentales del sistema; por tanto, todo estudio de la naturaleza de una teoría científica es estudio de la del sistema deductivo que se utiliza en ella" R. B. Braithwaite, "la explicación científica", Madrid, 1965, pg. 39.

29 Strawson sostiene que el historiador y el detective aplican el razonamiento inductivo, y que este se caracteriza porque está más o menos respaldado, al contrario que el deductivo que no admite grados de implicación, pues "las premisas de un razonamiento deductivo o implican o no implican la conclusión"... Los jueces e historiadores, los detectives, los biólogos y nosotros mismos evaluamos diariamente la cualidad de la evidencia en favor de las conclusiones". "Introducción a una teoría de la lógica", pgs. 280-289.

¿Se puede reducir el problema de la argumentación al de la inducción no formalizada?. Nos parece que Carnap ha abierto una vía importante siguiendo a Keynes, para considerarlo así. A. J. Ayer en "El concepto de persona" ha adoptado algunas precauciones. La más importante "la gravísima objeción de que es incapaz de explicar por qué nuestra valoración de los juicios de probabilidad ha de resultar afectada por la cantidad de información en la que se fundamentan", Barcelona, 1969. pg. 243.

30 Chaim Perelman. "Raisonnement juridique et Logique juridique" en "Archives...", XI, pg. 3.

31 En igual sentido Horowitz "la logique et le droit" en "Etudes...", II.

32 G. Kalinowski, "De la spécificité de la logique juridique" en "Archives...", XI, pg. 7.

33 Se trata en efecto de un uso 'retórico' del lenguaje. Gilles-Gaston Granger ha eludido la posibilidad —real en Perelman— de "una concepción retórica de la ciencia... El uso retórico del lenguaje se distingue radicalmente de su uso científico... Si la ciencia es un discurso no será, evidentemente en este uso retórico". "Formalismo y ciencias humanas", pgs. 25-27.

34 Nicolò Amato, "Lógica simbólica e diritto"; Milano, 1969; pgs. 331 y ss. No distingue el lenguaje práctico del lenguaje teórico o mejor dicho entre los usos teórico y práctico del lenguaje. sugiere que en lugar de hablar en términos de 'lenguaje' se haga en términos de

'discurso': distingue entre 'discurso jurídico' y 'discurso de los juristas' y discurso de los meta-juristas.

En realidad, el tema de los distintos niveles del lenguaje jurídico está apenas esbozado. Entre ellos hay que considerar el de la construcción espontánea del lenguaje, en cuya investigación puede concretarse el estructuralismo. El problema más importante es el de las mezclas de niveles semióticos. El término 'norma' puede aparecer en lenguaje-objeto y en el metalenguaje. Estas mezclas plantean problemas que no podemos ahora afrontar.

35 Zygmunt Ziembinski, "Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement" en "Archives de philosophie du droit", t. XIX. pgs. 25 y ss.

36 Idem, 29.

37 Idem p. 30.

38 Idem, pg. 30.

39 Nos referimos a lo que Austin llamó 'falacia descriptiva': "suponer que 'Yo sé' es una frase descriptiva, es solo un ejemplo de la *falacia descriptiva* (A.), tan común en filosofía. Aún si algún lenguaje es ahora puramente descriptivo, el lenguaje no lo fue en origen, y gran parte de él no lo es todavía. La emisión de expresiones rituales obvias, en las circunstancias apropiadas, no es *describir* (A.) la acción que estamos haciendo, sino *hacerla* ('I do') (A.)".

John L. Austin, "Ensayos filosóficos": Madrid, 1975; pg. 107.

Tal vez la doctrina del imperativo (incluso del imperativo independiente) pueda ser sustituida por una doctrina menos sicologista y más lingüística del *performativo*: el derecho es un lenguaje realizativo, esto es lo que caracteriza al lenguaje del derecho. Evidentemente deja de tener sentido la discusión sobre el indicativo o el imperativo, lo que importa es el carácter performativo que alcanza al lenguaje del derecho y al uso práctico del lenguaje de los juristas cuando no es un lenguaje meramente descriptivo (es decir, un metalenguaje). Podríamos llamar ahora al aspecto performativo jurídico 'potencial inlocutivo' que es uniforme para el 'lenguaje del derecho'. La característica de este potencial inlocutivo consiste en que no es un acto lingüístico sino un acto normativo procedente de una convención social. Esto quiere decir que es indiferente al 'potencial inlocutivo lingüístico' y, en consecuencia, a la expresión en indicativo en imperativo o en subjuntivo del lenguaje. La imperatividad no sería así más que la condición jurídicamente performadora del lenguaje que puede expresarse en indicativo o no. Podemos también pensar que la 'imputación' o 'debe ser' es un efecto de la performance jurídica. Siempre que hay una norma algo 'debe ser': esto es, el presupuesto de la performance jurídica es la imputación. John L. Austin: "Palabras y acciones". Buenos Aires, 1971.

40 William P. Alston, "Filosofía del Lenguaje"; Madrid, 1974. pgs. 62-63. Alston sigue el criterio de Austin y de Searle de distinguir el acto locutivo y el acto inlocutivo. Cifra Emile Benveniste, "Problemas de lingüística general". Cuarta ed. México, 1974. La locución es una enunciación y la inlocución es la fuerza o potencial de la locución. Todavía cabe distinguir entre el acto inlocutivo y el perlocutivo, pues éste lleva aparejado un efecto (es decir: performativo).

41 A. Hernández Gil, "El abogado y el Razonamiento jurídico", pg. 58.

42 Kalinowski, "De la specificité .." en "Archives...", XI, pg. 12.

43 Idem, pg. 13.

44 Jacques Maritain, "El Orden de los conceptos"; Buenos Aires, 1965: lo que se denomina en nuestros días *Algebra de la Lógica* (O.) se refiere a un cierto arte de sustituir el trabajo racional por el manejo reglado de signos ideográficos (logística), disciplina cuyos fundamentos son en sí mismos absolutamente extraños a la Lógica verda-

dera, o arte del trabajo racional, y se originan de hecho, en la mayoría de los Logísticos, en una concepción general (Lógica de la relación) *destructiva* de una sana filosofía del raciocinio" (pg. 367).

- 45 Idem... 15.
46 Idem, pg. 23.
47 Idem, pg. 8.
48 Fue el principal problema a resolver por la semiótica: primacía del lenguaje formal —actitud neopositivista— o del lenguaje ordinario. Vide nuestro 'Lenguaje y Comunicación' Madrid, 1977.
49 A. J. Greimas. "Semántica estructural"; Madrid, 1971. pgs. 47-48.
50 Escribe Adam Schaff "lo que en el lenguaje ordinario es una curiosidad y una treta lingüística sin ninguna importancia práctica, se convierte en un verdadero problema cuando entra en teorías formalizadas. Pero es precisamente en esas teorías donde puede resolverse el problema, y se encuentran en ellas medios suficientes para resolverlo. Esos medios se relacionan con el análisis del lenguaje y con el descubrimiento de que también el lenguaje es un objeto (S.) de estudio", ("Introducción a la Semántica". México, 1973, pg. 53.
51 Joseph Horowitz, "Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique" en "Archives de Philosophie du Droit", t. XI; pgs. 181 y ss. "Los formalistas tienen criterios claros del valor racional de los argumentos; a saber, en principio: la validez (formal) de un argumento concluyente, y el grado de confirmación inductiva de un argumento inconcluyente. Sus adversarios, en contra, no dicen nada claro sobre la naturaleza de los criterios que permiten evaluar el argumento jurídico intuitivo que tienen por racional".
52 Heinrich Lausberg: "Manual de Retórica Literaria".
E. R. Curtius: "Literatura Europea y Edad Media Latina". México, 1955, Segunda Ed.
53 Perelman "Raisonnement..." en "Archives..." XI, pg. 2.
54 Ch. Eisenmann, "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" en "Archives" XI, pg. 24.
55 El propio Perelman ha aceptado la comparación, tratando de salvar las distancias, entre argumentación y propaganda. Chaim Perelman, "Le Champ de l'argumentation"; Bruxelles, 1970; pgs. 31-35.
56 "De la spécificité de la logique juridique" en "Archives..." pg. 23.
57 Perelman también ha defendido esta posición: "el uso, en derecho, de nociones vagas no es necesariamente un defecto: La metodología de las ciencias nos ha enseñado a conceder un gran precio a la claridad y a la precisión. Son efectivamente cualidades indispensables en el lenguaje científico, pero que pueden presentar inconvenientes cuando se trata de prescripciones legales" ("Le Champ... pg. 143). En cuanto a los problemas de la 'razón práctica', asentimos a Perelman cuando dice: "desde hace un siglo al menos, la lógica ha sido reducida, conducida a la lógica formal y a la prueba demostrativa, me parece que hay lugar para desarrollar otro dominio de la lógica que sea *complementario*"; siempre que ese dominio complementario se limite al nivel práctico del lenguaje y no trate de convertirse en una metodología de las "ciencias humanas" como en el mismo texto afirma Perelman. ("Le champ de l'argumentation", pg. 34). Como 'complementaria' aceptamos antes la Razón Dialéctica. Para una crítica al "logicismo" en Derecho cifra Amselek en "Méthode phénoménologique..." pgs. 181 y ss.

- 58 Para plantearlo en términos de 'opinión': una cosa es el estado de la opinión, objeto a investigar; otra cosa es los modos como se consolida la opinión y las técnicas que se usan para conformarla; y otra cosa es el estudio teórico de las técnicas y el estudio estadístico de la opinión, la medida de las actitudes. Francisco Murillo Ferrol, "Estudios de sociología política"; Madrid, 1963, pgs. 104 y ss. Jean Stoetzel y A. Girard. "Las encuestas de opinión pública"; Madrid, 1973, especialmente pgs. 103 y ss. Luis González Seara, "Opinión Pública y comunicación de Masas"; Barcelona, 1968, especialmente capítulos I, II y V.
- 59 A. Hernández Gil, "El Estado actual de la ciencia jurídica"; Valparaíso, 1975; pg. 11.
- 60 Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta la crítica ya citada de Amslek (supra nota 98), hay que plantearse el tema del 'silogismo normativo' de Kelsen ("Justicia y Derecho natural" en "Crítica del Derecho natural"). Kelsen distingue entre 'silogismo normativo' y 'silogismo teórico': su estructura es la misma "la única diferencia... radica en que en el primero, premisa mayor y conclusión son proposiciones normativas, mientras que en el segundo las tres proposiciones son proposiciones de hecho" (pg. 39). La cuestión a plantear es: ¿a qué nivel semiótico actúa el silogismo normativo?. Este es el punto de la confusión en Kelsen, lo que no ha dejado aclarado. El silogismo normativo es una construcción semiótica. Lo mismo ocurre con la 'norma fundamental'. En ninguna parte del mundo encontramos una norma fundamental ni un silogismo normativo. Pero podemos construir la norma fundamental como hipótesis y averiguar su fundamento categórico. Lo mismo ocurre con el 'silogismo normativo'.
- 61 Hernández Gil, aunque de una manera atenuada, admite esta presunción: *el rigor máximo está en la lógica no todo el razonamiento a utilizar en el tratamiento del derecho se desenvuelve en la lógica, si bien tampoco queda íntegramente fuera de ella; pero en todo caso ha de proceder con rigor, que también es un predicado de la argumentación* ("El abogado y el Razonamiento jurídico). Pag. 58.
- La mezcla de niveles semióticos puede conducir a que el ordenamiento positivo refleje de algún modo esta presunción. (Vide Hernández Gil, pgs. 90 y ss.) Nosotros hablamos de un nivel semiótico previo al Derecho positivo.
- G. Grzegorzcyk y T. Sudnicki, "Les rapports entre la norme et la disposition légale" en "Archives..." XIX. "Nuestra concepción se basa en la presunción de la racionalidad del legislador, general aunque tácitamente aceptada por los juristas, la cual puede ser extendida a todas las formas de regulación consciente de las acciones humanas" pg. 251 y 255.
- Paradójicamente (y sobre ello nos entenderemos en la discusión pormenorizada con Perelman, infra cap. VII, 2), Perelman parece admitir esta presunción de racionalidad: "si se la pudiera formular al modo de una regla de deducción, la argumentación se reduciría a la demostración. Esta podría ser entrevista como un ideal, como un caso límite resultante de la formalización de una argumentación de la que se hubiera eliminado toda ambigüedad en cuanto a su interpretación y en cuanto a su campo de aplicación" ("Le Champ... pg. 302). "La coherencia de un sistema jurídico es ciertamente una exigencia lógica". Paul Foirers, "Les lacunes du Droit" en "Etudes de Logique Juridique", pg. 51. Hay que preguntarse: ¿Cuál es el nivel semiótico de esta exigencia? Es un nivel teórico.

- 62 Esto es lo que queda entredicho en la actitud de Perelman cuando combate la idea de un lenguaje teórico del jurista en "Le Champ..." pgs. 150 y ss.
Así, el principio censurado por Perelman de que "une loi ne peut être valable qu'en vertu de la Constitution" no es un principio positivo ni normativo sino teórico, fundado en la presunción de racionalidad: a menos de caer en la arbitrariedad no podemos comunicarnos con el sistema positivo sino a través de las reglas establecidas por la propia teoría de la comunicación.
- 63 Remitimos a nuestros trabajos semánticos recogidos en "Lenguaje y Comunicación".
- 64 J. L. Austin. "Palabras y Acciones".
G. Grzegorzcyk, "Le preformativ et le droit" en "Archives...", XIX, pgs. 227 y ss.
- 65 Por ejemplo, la remisión legal a la 'doctrina', lo cual supone un salto de nivel semiótico.
- 66 "La lógica es necesaria para asegurar la firmeza y la seguridad del Derecho; y, además, responde a una exigencia del espíritu humano... si el Derecho no puede ser descubierto ni demostrado por la deducción sola, siempre hay ventaja en lo que busca formulándolo bajo forma deductiva, a la vez para controlar su racionalidad, para regularizar su aplicación y para mejor ganar la adhesión de los hombres a los que se impone", León Husson, "Les apories de la logique juridique" en "La logique juridique" II; pg. 61.