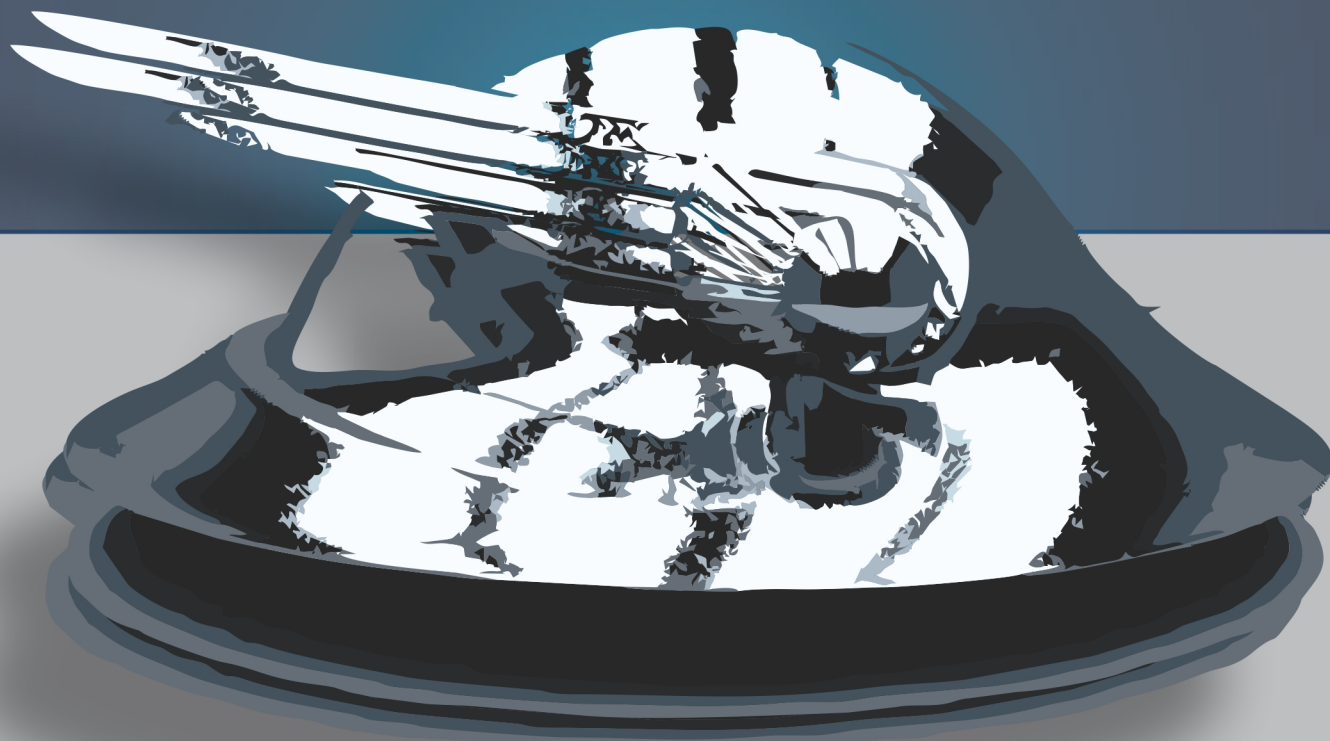




Uniautónoma  
DEL CAUCA

# ESCRITOS SOBRE DERECHO, LENGUAJE Y HERMENÉUTICA

Juan Pablo Sterling Casas



*Prólogo:*

*Gregorio Robles Morchón*

**SELLO EDITORIAL** UNIAUTÓNOMA DEL CAUCA



# ESCRITOS SOBRE DERECHO, LENGUAJE Y HERMENÉUTICA

Juan Pablo Sterling Casas

*Prólogo:*  
*Gregorio Robles Morchón*



Sterling Casas, Juan Pablo

Escritos sobre derecho, lenguaje y hermenéutica / Juan Pablo Sterling Casas ; prólogo, Gregorio Robles Morchón. -- 1a ed. en español. -- Popayán : Sello Editorial Uniautónoma del Cauca, 2022.  
p. – (Investigaciones)

ISBN 978-958-8614-66-3 (impreso) -- 978-958-8614-67-0 (digital)

1. Habermas, Jürgen, 1929- Crítica e interpretación 2. Wittgenstein, Ludwig, 1889-1951 - Crítica e interpretación 3. Teoría del derecho 4. Filosofía del derecho 5. Lenguaje jurídico 6. Hermenéutica (Derecho) I. Robles Morchón, Gregorio, prólogo II. Título III. Serie

CDD: 340.1 ed. 23

CO-BoBN- a1093612

© Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2022

© Juan Pablo Sterling Casas

ISBN Impreso: 978-958-8614-66-3

ISBN Digital: 978-958-8614-67-0

Primera edición en español.

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca [ julio], 2022



**Uniautónoma**  
DEL CAUCA

Diagramación: Samava Ediciones EU

Corrección de estilo: Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Diseño de carátula: Samava Ediciones EU

Serie: Investigación

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca Serie: Serie Investigación

Editor General de Publicaciones: Ramsés López Santamaría, Vicerrector de Investigación Calle 5 No. 3-85

Popayán, Colombia

Teléfono: PBX: 8213000 - Fax: 8214000

<https://www.uniautonomia.edu.co/>

Info copia: 1 copia disponible en la Biblioteca Nacional de Colombia Existencias

Biblioteca Nacional de Colombia Copia Material Localización

1 Libro Electrónico Biblioteca Nacional

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado: electrónico, mecánico, fotocopia, etc., sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

IMPRESO EN SAMAVA EDICIONES, COLOMBIA

PRINTED IN SAMAVA EDICIONES, COLOMBIA



*Para Nay, Tita, Motas,  
Angus y León*



## Contenido

---

Prólogo de Gregorio Robles Morchón .....	9
Introducción .....	25
Derecho, hermenéutica y literatura .....	29
Lingüística textual en el Derecho: Enfoque desde la Teoría Comunicacional .....	59
La ética del discurso de Habermas en el Derecho: ¿es posible? .....	105
Ludwig Wittgenstein y el Derecho: La corrección del lenguaje jurídico .....	125
Hermenéutica y Políticas Públicas: Sobre el concepto de familia en Colombia (En coautoría Nayda Ordóñez Torres) .....	155
La codificación en el Derecho: Una reflexión nominalista sobre el lenguaje jurídico .....	187
Prolegómenos de una Teoría Hermenéutica del Derecho .....	211
Argumentación Jurídica como límite a la arbitrariedad judicial .....	235
<i>Gestalt</i> y Hermenéutica del Derecho .....	257
Paradigma jurídico discursivo y Estado Social de Derecho .....	281
Una reflexión sobre Lenguaje y Derecho: la interpretación .....	301



## Prólogo

---

### Comunicación, Derecho y Justicia: Reflexiones desde la Teoría Comunicacional del Derecho (A modo de prólogo)

Gregorio Robles Morchón<sup>1</sup>

El Maestro Juan Pablo Sterling Casas me solicita un Prólogo para esta obra, miscelánea de un conjunto de trabajos suyos sobre hermenéutica, teoría de textos, y teoría comunicacional del derecho. Asuntos todos relacionados entre sí y que constituyen también para mí objeto constante de mis reflexiones y de mis escritos. Así que accedo con mucho gusto a poner unas líneas como Prefacio a este libro tan rico en planteamientos y en sugerencias, y para ello me voy a centrar en algunos puntos de la teoría comunicacional, invitando al lector dispuesto a profundizar a que lo haga sumergiéndose en la obra donde expongo sistemática y detenidamente dicha concepción: los tres volúmenes de *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, publicados por la Editorial Thomson Reuters – Civitas (véase al final de este Prólogo la “indicación bibliográfica”).

Siguiendo la estela del filósofo del raciovitalismo (José Ortega y Gasset) puede afirmarse que el derecho aparece en la vida humana, y en concreto en la vida social. Recaséns Siches decía que el derecho es “vida humana objetivada”, y Legaz Lacambra, que es “forma de vida social”. Hay que preguntarse entonces: ¿Cómo es posible esa objetivización de la vida? ¿De qué manera se presenta la vida social como “forma”?

La respuesta a esta pregunta, que voy a desarrollar a continuación, es que el derecho *se manifiesta* como un conjunto de *procesos de comunicación* que se concretan en una pluralidad de discursos cuya referencia constante es el ordenamiento jurídico. Dicho con palabras más sencillas: el derecho es un *fenómeno comunicacional* y, como tal, su expresión natural es el *lenguaje*.

---

<sup>1</sup> Catedrático emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad de las Islas Baleares (España) y académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

No constituyen estas afirmaciones algo así como una proclama ontológica. Nada más lejos de mi intención tratar de desvelar la “esencia” del derecho. Mi propósito es mucho más modesto y se limita a subrayar que, independientemente de la concepción ontológica o metafísica que se pueda defender, parece algo incontrovertible que la expresión genuina de todo fenómeno jurídico es el ser cauce o canal de comunicación entre los humanos. La concepción inspirada en el positivismo de que el derecho es, antes que nada, un orden coactivo de la conducta humana, debe dar paso, en mi parecer, a otra que, sin desdeñar la presencia de las sanciones, subraye como centro de su reflexión la idea de que toda realidad jurídica es una manifestación de la convivencia humana y, como tal, un modo de entenderse.

Si decimos que el derecho se manifiesta como un medio social de comunicación entre los humanos, estamos diciendo que *se manifiesta* lenguaje, pues no hay otra manera de comunicarse sino a través de éste. Ahora bien, afirmar esto es decir demasiado poco, ya que toda realidad humana se expresa a través de algún tipo de lenguaje. Por eso, hay que dar un paso adelante para subrayar dos aspectos.

El primero es que toda expresión jurídica nace a la vida por medio de palabras. ¿Qué es una constitución sino un conjunto de palabras dictadas por el poder constituyente? ¿Y la ley, qué es sino otro conjunto de palabras emitidas por el legislador? ¿Y acaso la sentencia de un juez no es un conjunto de palabras de éste? Si suprimimos las palabras nos quedamos sin derecho.

El segundo aspecto es que ese lenguaje es un lenguaje peculiar, en concreto, el de una clase profesional, los juristas. Por esa razón la *teoría comunicacional del derecho* se autodefine también como *análisis del lenguaje de los juristas*.

¿Qué tiene de peculiar dicho lenguaje? Para contestar a esta cuestión es necesario responder antes a esta otra: ¿quiénes son los juristas?

Entendemos por *juristas* todos los profesionales del derecho sin excepción, tanto los prácticos como los teóricos, y tanto los creadores de las disposiciones o preceptos como los que los aplican. Se trata, pues, de un concepto sumamente amplio, que es reflejo de la complejidad del propio derecho. Juristas lo son los que dan forma lingüística a lo expresado por el poder constituyente y por el parlamento, los jueces y los abogados, los notarios y los registradores, los funcionarios de las administraciones, los asesores legales, los profesores y los autores de libros doctrinales, etc. En fin, jurista es quien, por su profesión, tiene que ver de modo principal con el mundo del derecho.

Esta clase profesional maneja un lenguaje propio que posee la característica de que, además, forma también parte del lenguaje común. Si en una reunión habla el ingeniero, todos los demás callan; si habla el médico, intervienen también los que leen las secciones de los periódicos dedicadas a la salud; si habla el abogado, todo el mundo da su opinión y entra en el debate con pasión. ¿Cómo es esto posible, acaso el derecho no es lo suficientemente enrevesado como para que calle quien no ha dedicado largos años a su estudio? Hay que comprender, sin embargo, que el derecho no es que esté en la vida, como lo está todo, sino que, de algún modo, es la vida misma que se manifiesta cada día. El *lenguaje jurídico*, por este motivo, al mismo tiempo que es un lenguaje técnico forma parte del lenguaje común que sirve para entenderse en las relaciones humanas

de todo género. Es el lenguaje de sesudos libros, producto de inteligencias sutiles y de prolongados esfuerzos, y es asimismo un lenguaje que nos sirve para comunicarnos todos los días en ciertas -muchas- relaciones con los demás.

El lenguaje se manifiesta en las lenguas, que son las que propiamente existen. Nadie habla “el lenguaje”, sino una o varias lenguas. El término “lenguaje” es un nombre para designar al conjunto de las lenguas o, si nos expresamos con la máxima generalidad, para designar al conjunto de los sistemas de signos.

Algo similar sucede con el derecho. Éste no tiene una existencia real (permítaseme decir figurativamente: “nadie ha visto nunca *el* derecho”), sino que es un *nombre* designativo de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que ha habido, hay y presumiblemente habrá. O, para ser más exactos, diré que el derecho es una palabra, un *nomen*, que sirve para designar la *pluralidad de ámbitos jurídicos posibles*. La teoría comunicacional del derecho supone, por consiguiente, una concepción *nominalista*.

El lenguaje jurídico se manifiesta, como es usual en todo lenguaje, en varias formas: como lenguaje oral, como lenguaje escrito, como lenguaje mímico, como lenguaje simbólico, como lenguaje “actuado” (el propio de los actos con o sin acompañamiento de palabras), etc.

Ejemplos del primero son el derecho primitivo, propio de las comunidades carentes de escritura, de la costumbre en su manifestación primera y asimismo de cualquier expresión hablada que se refiera a la interpretación o aplicación de un ordenamiento jurídico. Los ejemplos del lenguaje jurídico escrito son múltiples: las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, las escrituras públicas, los documentos, las demandas procesales, los tratados doctrinales. Del lenguaje por signos, tenemos las señales de circulación, la de prohibición de fumar. Símbolos son las banderas, que implican la orden de respetarlas. Los actos son también una modalidad de lenguaje, ya que un acto es el significado de un movimiento, y como tal significado es posible expresarlo en lenguaje.

En el derecho moderno predomina de modo aplastante la escritura. En todo caso, sea cual sea la manifestación lingüística de un acto o fenómeno jurídico cualquiera, es siempre susceptible de verbalización y, por tanto, de ponerse por escrito.

Por esa razón, decimos que el derecho se manifiesta en *textos*, y que la teoría comunicacional del derecho, como análisis del lenguaje de los juristas, es una *teoría de los textos jurídicos*. Nos encontramos así con la necesidad de que el *análisis* se abra a la *hermenéutica*.

Puede sostenerse que texto es toda realidad, incluso la natural, y que las ciencias naturales no son otra cosa que interpretaciones de aquella. Recuérdese la afirmación de Galileo según la cual la naturaleza es un libro escrito en lenguaje matemático. Pero ahora nos conformaremos con un concepto de texto que, si bien posea amplitud, no llegue a abarcar también a dicha realidad natural.

Llamaremos *texto* a toda obra humana que, como tal, implica un sentido o significado a cuya comprensión se accede por medio de la interpretación. Texto será entonces toda *acción* humana y en consecuencia toda obra realizada por el hombre, puesto que la obra es el resultado de la acción. Entre las obras humanas destacan las escritas, de especial relevancia en el derecho moderno.

La escritura constituye una característica del derecho actual. Éste se manifiesta predominantemente como un conjunto de textos escritos, entre los cuales destacan el texto ordinamental y el texto sistémico.

Pero la pluralidad de procesos comunicacionales no se agota en ellos, como vamos a comprobar enseguida. Dicho en otras palabras: Todo ámbito jurídico conlleva un conjunto complejo de procesos comunicacionales de los cuales el eje central está formado por los dos textos básicos: el *ordenamiento* y el *sistema*. En relación con ambos se producen además otros textos que adquieren su sentido jurídico precisamente por su conexión con ese *eje hermenéutico*.

El texto constante de referencia en todo ámbito jurídico lo forma el ordenamiento.

El *texto ordinamental* se genera a golpe de *decisión*. Cada decisión generadora de texto es un acto comunicacional por medio del cual una autoridad o poder emana sus órdenes. Así, el poder constituyente, mediante el acto comunicacional de promulgar la constitución, genera el texto constitucional; el poder legislativo, mediante el acto comunicacional de promulgar la ley, genera el texto legal; los jueces, mediante los actos comunicacionales de decir el derecho para el caso concreto, generan los textos de las sentencias, etc. Todo ese conjunto de textos concretos forma cada día un *texto total* que es el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es un texto global o total, una *totalidad textual* que cambia cada día. Es, por tanto, un *texto abierto*. Es, además, un texto algo desorganizado y en gran medida necesitado de refinamiento y aclaración. Es un “texto en bruto” que precisa de una elaboración conceptual y sistemática.

Para entendernos, podemos decir que el ordenamiento es el derecho vigente en un país, tal y como sale de los boletines oficiales. Precisamente porque surge a golpe de decisión de distintos sujetos decisores, y en tiempos y con mentalidades diferentes, no queda garantizada su coherencia interna ni tampoco su interpretación unívoca. Ambas, la coherencia interna y la interpretación única de los preceptos, son ideales inalcanzables. Todos los juristas lo sabemos y somos conscientes del estupor que produce en la gente las incoherencias y contradicciones.

La función del *sistema* es justamente solucionar esa situación o, por lo menos, paliar sus efectos. Si de toda sociedad organizada autónomamente puede decirse que tiene su propio ordenamiento, no es posible afirmar que tenga además un sistema doctrinal.

La elaboración sistemática del derecho es un rasgo de las sociedades con un elevado nivel de civilización. En la nuestra los primeros intentos se remontan a la jurisprudencia romana del período clásico y comienzan a tener verdadera solidez a partir de la recepción europea del derecho romano en las postrimerías de la Edad Media. Al periodo codificador y constitucionalista le precede un intenso trabajo de la doctrina, y tras dicho periodo y como consecuencia de las constituciones y de la codificación los sistemas doctrinales, tanto en el derecho público como en el privado, llegan a su existencia actual, de gran florecimiento.

El sistema jurídico se refiere al ordenamiento, lo refleja y lo perfecciona, explicitando el sentido de sus preceptos. Es el texto global “elaborado”, más “inteligente” que el ordenamiento y en el cual los operadores jurídicos encuentran las respuestas más acabadas para los casos concretos.

He dicho que el derecho se manifiesta en textos, y que el eje textual básico de todo ámbito jurídico lo constituye la dualidad que forman el ordenamiento y el sistema.



Ambos son textos con caracteres peculiares que les diferencian de otros tipos de textos. Detengámonos un poco en subrayar algunas de esas diferencias, para lo cual habrá que recordar las funciones principales del lenguaje y, por consiguiente, de los textos.

Simplificando algo, suele afirmarse que las funciones básicas del lenguaje son las de describir, conmover, persuadir y dirigir. Entenderemos estos términos en su sentido más amplio.

Un acto comunicacional de carácter descriptivo es aquel que sirve al emisor del mismo y, por consiguiente, del texto que es su resultado, para decir cómo son las cosas.

Textos descriptivos son un libro de geología, una monografía de historia y una novela; aunque en los tres casos mencionados sería fácil destacar algunos matices que los distinguen. Pues mientras que en la geología se describen piedras, minerales y estratos, en la historia se describen acciones y actitudes humanas con pretensiones de reflejar la verdad de lo que pasó, y en la novela se describe también ese tipo de acontecimientos y situaciones pero sin la pretensión de que lo narrado exprese sucesos reales.

En segundo lugar, están los textos cuya función es conmover el ánimo del oyente o del lector. Aunque no son los únicos, los textos que típicamente tienen esa misión son los poéticos. Con ellos su autor intenta transmitir sentimientos de diversa especie.

Así, por ejemplo, la admiración y la exaltación de las virtudes guerreras en la poesía épica, el entusiasmo ante los fenómenos naturales o el paisaje (como cuando Espronceda exclama: “¡Para y óyeme, oh sol, yo te saludo, y extático ante ti me atrevo a hablarte”), o ante la aventura y la ruptura con la sociedad (“Con diez cañones por banda, viento en popa a toda vela...”), el recogimiento ante los detalles nimios de la vida cotidiana (como cuando Bécquer dice cadenciosamente: “Del salón en el ángulo oscuro por su dueño tal vez olvidada, silenciosa y cubierta de polvo veíase el arpa...”), la nostalgia del amor perdido (“Volverán las oscuras golondrinas de tu balcón los nidos a colgar...”), el sentimiento amoroso (“Por una mirada un mundo, por una sonrisa un cielo, por un beso...”), el arrepentimiento religioso (Lope de Vega: “¿Qué tengo yo que mi amistad procuras, qué interés se te sigue, Jesús mío, que a mi puerta, cubierta de rocío, pasas las noches del invierno oscuras?”), o la escena tierna y entrañable que hace vibrar de tristeza a León Felipe al ver pasar el pequeño féretro donde se llevan a la niña que apretaba su chata naricilla contra el cristal de la ventana.

El uso persuasivo del lenguaje tiene por finalidad convencer al interlocutor, al auditorio. El emisor del acto comunicativo trasmite un mensaje a un destinatario individual o colectivo con el propósito, no sólo de hacerle partícipe de algo, sino de llevarle a un convencimiento íntimo bien de la verdad, bien de la conveniencia, bien de la justicia, o bien de cualquier otra cualidad positiva que se supone subyace al mensaje mismo.

El lenguaje persuasivo es propio de los textos retóricos. Su prototipo lo encontramos en los textos políticos. Especialmente en períodos electorales, el debate se centra en convencer al mayor número de personas para que acudan a votar a favor del propio partido. Ahora bien, hay que precisar que la *retórica está presente en todo tipo de texto*, pues cuando menos el texto se presenta como algo digno de tenerse en cuenta. Incluso un tratado de geología no puede sustraerse al hecho de que su autor lo ha escrito para convencer al lector de que las cosas son tal como él las describe. Véase mi libro *Retórica para juristas*.

Por último, tenemos los textos con función directiva. Se proponen dirigir las acciones de las personas. Es el lenguaje propio de los consejos, de los ruegos, de las admoniciones, de las amenazas, de las recomendaciones, de las promesas, y de las normas o reglas.

La mayoría de las *directivas* mencionadas pueden existir aisladamente, quiero decir que, por ejemplo, una persona puede aconsejar a otra una sola vez en su vida, o hacerle un ruego o proferirle una amenaza en un acto aislado.

No sucede lo mismo con las *normas*, que sólo se presentan formando *conjuntos*. Así, las normas morales configuran el orden moral, y las normas jurídicas conforman los sistemas jurídicos. No es posible la existencia de normas desvinculadas del conjunto al que pertenecen. Una norma desprendida del conjunto es similar a una hoja caída del árbol o a una célula desprendida del organismo. Su irremediable sino es fenecer.

El texto ordinamental pertenece sin ningún género de dudas a los textos directivos, ya que su función pragmática primordial es dirigir, orientar, exigir las acciones humanas.

La *acción* se erige de ese modo en *concepto central* de la teoría del derecho. Todas las normas jurídicas tienen que ver, directa o indirectamente, con las acciones humanas. Hay que subrayar esta idea de que las *normas del derecho* pueden ser *directas* o *indirectas de la acción*. Entre las directas destacan las que imponen deberes y las que conceden derechos y permisos, así como las que establecen procedimientos. Todas ellas contienen, en su expresión lingüística, una referencia directa a la acción, la cual se manifiesta en el uso del verbo que les es característico.

Las normas directas de la acción impositivas de deberes se expresan, como es natural, mediante el verbo *deber*. Así, por ejemplo, “el vendedor debe entregar la cosa, y el comprador debe entregar el precio en dinero o signo que lo represente”, o “el juez debe imponer la sanción de tantos años de cárcel a quien considere probado que ha cometido un homicidio”.

Aunque muchas veces en la formulación de la disposición o precepto, tal como aparece en el ordenamiento, no se emplee el verbo *deber*, es éste verbo el que expresa, mejor que ningún otro, el significado profundo de la norma. Así, podemos encontrar las formulaciones siguientes: “el vendedor entregará la cosa, y el comprador pagará el precio”, o “el juez impondrá la sanción de tantos años de cárcel al homicida”. El uso del tiempo futuro no debe engañar sobre el significado del precepto. Las normas que establecen deberes no prevén el futuro sino que se limitan a imponer deberes. Bien es cierto que, como los deberes sólo pueden cumplirse una vez formulados, esto es, en el futuro, implícitamente el deber sugiere la idea de futuro. Pero de ello no puede derivarse que las normas que imponen deberes sean pronósticos o predicciones. Apoyándonos en esa sugerencia implícita al futuro, podremos formular pronósticos de probabilidad, como cuando decimos que si alguien ha comprado una cosa probablemente la pagará. Pero ese pronóstico muchas veces falla, como bien sabemos, porque las normas nunca garantizan el futuro plenamente.

El verbo característico de las normas que conceden derechos es el verbo *poder*. En realidad las normas jurídicas cuyo significado profundo se expresa con el verbo *poder* no sólo conceden derechos sino asimismo prerrogativas y potestades.

Para simplificar, diremos que las normas potestativas conceden poderes, sean éstos

cuales sean. Por lo general suele hacerse hincapié en la idea de que todo ordenamiento jurídico se descompone en un conjunto de deberes, pero no es menos cierto que puede ser contemplado como un conjunto de poderes. En verdad éstos son en gran parte previos a aquellos, pues antes de que se puedan establecer normas impositivas de deberes es preciso instaurar las autoridades que los puedan imponer. Así, la norma suprema del Estado que es la constitución se caracteriza por estatuir, ante todo, la forma de gobierno, o sea, el conjunto de poderes supremos de la comunidad política soberana.

Es un hecho que la filosofía jurídica contemporánea se ha ocupado casi exclusivamente del análisis del verbo *deber*, quizás porque la idea extendida por una filosofía de tanto influjo como el neokantismo de que, al pertenecer el derecho al mundo del *sollen* (*deber ser*), todas las normas jurídicas no podían ser otra cosa que manifestación de éste, expresiones concretas del deber.

Esta concepción homogeneizadora de las normas del derecho ha ido dando paso, por influencia de la filosofía analítica, a una *concepción heterogénea*, para la cual la expresión lingüística del fenómeno normativo no podía ser tan reductora. Como reacción a esta tesis reduccionista, la teoría del derecho de los últimos tiempos, sin desdeñar a las normas impositivas de deberes, ha centrado su atención en otros tipos de normas, entre ellas las que conceden poderes. No quiero decir que en el seno de la ciencia jurídica, especialmente en el derecho administrativo y en el derecho civil, no se haya prestado atención a las potestades y a los poderes, sino que esto no ha sido así en la teoría general de las normas ni, como consecuencia, en la teoría del derecho.

Hay además otra razón que puede explicar ese fenómeno de –permítaseme la expresión– “deontologización” del derecho, es decir, de ver éste exclusivamente como un conjunto de deberes. Me refiero al hecho de que la filosofía jurídica ha surgido históricamente como una disciplina vinculada a la ética, la cual a su vez se desarrolló durante siglos como una expresión de la teología.

En el pensamiento religioso el concepto central y casi único es, sin duda alguna, el concepto de deber. Si existe un poder, es el del Ser Supremo, fuente última de todos los mandatos, a los que el creyente ha de prestar leal acatamiento. La criatura con respecto al Creador no tiene derecho alguno, sino sumisión incondicional, deber en estado puro. Abraham se siente turbado ante la orden divina de ofrecerle en sangriento sacrificio a su hijo Isaac, pero en ningún momento concibe la idea de desobedecer la orden. Pues para la actitud religiosa los designios del Señor son inescrutables.

Aunque como consecuencia de la Reforma protestante la ética se seculariza, no por eso deja de ser pensada en términos de deberes. Éstos ya no tendrán un sentido religioso, sino meramente humano, “desteologizado”. La carga emotiva y simbólica de los deberes religiosos se traslada ahora a los deberes de conciencia, cuya teorización más acusada se encuentra en la ética kantiana.

La filosofía jurídica es entonces concebida como una prolongación de la ética; viene a ser la misma filosofía moral con la peculiaridad de que se ocupa tan sólo de los deberes de alteridad, esto es, de aquellos deberes que surgen como consecuencia de la vida en sociedad. Así se explica muy bien que el autor de *Metaphysik der Sitten* trate en el mismo libro de los deberes morales y de los jurídicos, y que además a ambos tipos de deber los

incluya en el concepto de *Sitten*, término algo extrañamente traducido al castellano con la palabra “costumbres”, a falta de otra mejor.

Un paso adelante en este proceso de “depuración” del pensamiento jurídico de elementos extraños al derecho lo representa el positivismo jurídico, sobre todo en su manifestación genuinamente normativista, cuya síntesis más acabada la ofrecen, en mi opinión, los autores representativos de la Escuela de Viena.

Para el positivismo es preciso distinguir claramente derecho y moral y, por tanto, las normas jurídicas y las normas morales. Sin embargo, ambos tipos de normas son concebidas como expresivas de deberes; la diferencia radica en que las normas morales imponen deberes morales, y las jurídicas imponen deberes jurídicos. El punto de partida es que todas las normas, del género que sean, tienen el cometido de imponer deberes a sus destinatarios.

La distinción entre los distintos órdenes normativos está sencillamente en que las normas poseen en cada uno de ellos caracteres diferentes, que se manifiesta en una distinta configuración lingüística. Así, se dice, la norma moral es categórica mientras que la norma jurídica es hipotética. Lo cual significa, en términos de estructura lingüística, que la norma moral expresa un deber incondicionado (p.ej., “debes decir la verdad”), mientras que la jurídica expresa un deber condicionado o hipotético (p.ej., “si un testigo no dice la verdad ante un tribunal debe ser sancionado como reo de falso testimonio”).

No obstante, por encima de estas distinciones, el pensamiento jurídico positivista siguió considerando a las normas jurídicas como una expresión del modelo formal de las morales, esto es, como proposiciones lingüísticas de *deber*.

En suma, el positivismo separa derecho y moral, pero no es capaz de desprenderse de las formas básicas del pensamiento ético para abordar los conceptos jurídicos. De este modo, la teoría general del derecho cultivada por el positivismo ha resultado ser una teoría del derecho positivo, pero con aplicación en gran medida de los esquemas formales de la teoría ética.

El paso a una *concepción heterogénea* de las normas del derecho sólo es posible si se rompe con los postulados propios del positivismo y del neokantismo. Así será posible proponer un modelo normativo cuya única finalidad sea reflejar en él las diversas funciones intrasistémicas que cumplen las normas y su correspondiente configuración lingüística.

Para este enfoque los sistemas de normas más próximos al derecho no serán ya los órdenes morales, sino los juegos. En efecto, a diferencia de la moral, la cual puede ser pensada como un conjunto de normas de *deber*, y en eso agota su contenido, tanto en el juego como en el derecho son asimismo relevantes la determinación de los elementos espaciales y temporales, de las competencias o capacidades de los sujetos (jugadores), de los árbitros o jueces que deciden las controversias y, sobre todo, de los procedimientos.

Hay, en efecto, juegos, como es el caso del ajedrez, en los que apenas existen deberes, sino básicamente procedimientos. Salvo los deberes genéricos de no molestar al contrario y de no hacer trampas, comunes a todo juego, el ajedrez se resuelve en un conjunto de reglas procedimentales, las cuales señalan cómo se *tienen que* mover cada uno de los tipos de fichas. No vamos a negar el hecho evidente de que todo ordenamiento jurídico impone un número notable de deberes. Esto está fuera de discusión. Lo que

subrayamos es la necesidad de contemplar el derecho en su expresividad lingüística como un conjunto complejo y heterogéneo.

Sorprendentemente uno de los tipos de normas jurídicas más olvidados por la teoría del derecho es el de las *normas de procedimiento*. Una verdad de carácter general es que toda acción conlleva un procedimiento; o, para ser más exactos, hemos de afirmar que toda acción *es* un procedimiento. Esto nos lleva a preguntarnos qué sea una acción y asimismo que sea una acción jurídica, para a continuación vincular dicho concepto con el de procedimiento.

Por *acción* entendemos el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. La acción no consiste en los movimientos sino en su *significado*.

Así, si vemos a una persona que levanta la mano, ese movimiento puede significar varias cosas: el saludo a un conocido, la despedida de alguien, la llamada a un taxi, la prestación de juramento de un testigo en un juicio, etc. Sabemos lo que un individuo hace al levantar la mano porque somos capaces de “leer” su significado en el *contexto situacional* en que el movimiento tiene lugar.

Toda acción tiene un componente situacional que delimita las posibilidades de su comprensión. De ese modo nuestra mente opera de inmediato como un mecanismo hermenéutico cuyos soportes son, por una parte, la percepción de lo externo, del movimiento y, por otro lado, la adscripción de un sentido determinado a tenor de la situación.

Las normas de procedimiento en el derecho tienen como función establecer los tipos de acción que son jurídicamente relevantes. Son normas directas de la acción que no imponen deberes ni conceden poderes, sino que se limitan simplemente a establecer los requisitos de la acción, esto es, los pasos necesarios para que la acción tenga efectivamente lugar.

En definitiva, la norma procedimental crea la acción o, para usar una expresión característica de la teoría de los actos performativos, la norma procedimental *constituye* la acción. Su verbo característico es el verbo *tener que*.

Este verbo ha sido reservado por la inmensa mayoría de los filósofos para expresar reglas técnicas de carácter causal, en las cuales el medio es la causa de un efecto que se eleva a la condición de fin querido por el sujeto; como cuando decimos “si quieres que el coche corra tienes que apretar el acelerador”. Sin embargo, este tipo de normas expresivas del *tener que* se encuentra asimismo en el derecho y en todos los ámbitos convencionales, como los juegos.

Así, en el ajedrez, encontramos la norma procedimental que nos dice: “si quieres mover el alfil tienes que hacerlo en diagonal”. Nadie te obliga a mover el alfil, pero si quieres hacerlo no te queda otro remedio que moverlo como te indica la regla. Con las acciones jurídicamente relevantes sucede exactamente lo mismo. Cada ordenamiento jurídico establece los tipos de acción que en dicho ordenamiento cuentan, para lo cual señala los requisitos o pasos necesarios que el sujeto tiene que realizar.

Ejemplo: nadie te obliga a pedir un préstamo hipotecario, pero si quieres pedirlo tienes que, no te queda otro remedio que acudir a una entidad financiera, pactar las condiciones del préstamo y elevarlo a escritura pública. Si no das estos pasos no conseguirás tu propósito de que se te conceda un préstamo hipotecario.



La norma procedimental se limita a establecer el tipo de acción. La acción, una vez establecida por la norma procedimental, podrá ser objeto, o no, de regulación de otros tipos de normas, como las ya mencionadas, impositivas de deberes o concesivas de poderes.

En relación con el ejemplo anterior, la norma de procedimiento que señala los requisitos necesarios de la solicitud del préstamo hipotecario está conectada con una norma potestativa, que concede a los mayores de edad y a los menores emancipados el poder de contratar ese tipo de préstamos.

Por último, tenemos las normas indirectas de la acción, que son aquellas que no contemplan una acción (ni para establecerla, función de las normas procedimentales; ni para obligar a su realización, función de las normas deónticas; ni para autorizarlas, función de las normas potestativas y de las permisivas).

Dichas normas indirectas de la acción tienen el cometido de establecer elementos previos a la acción misma: las fuentes, el espacio, el tiempo, los sujetos, etc. Su sentido profundo es expresable mediante el verbo *ser* en su sentido regulativo o prescriptivo. Ejemplos: “Madrid *es* la capital de España”, “*Son* mayores de edad los mayores de 18 años”. Limitándonos a este último ejemplo, este precepto no puede entenderse como una norma directa de la acción pues nadie puede hacer nada para ser mayor de edad. La mayoría de edad es una condición o requisito que el ordenamiento jurídico exige para poder hacer algo, por ejemplo, para pedir un préstamo hipotecario o para votar en las elecciones generales.

Todas estas consideraciones pertenecen al plano del análisis *formalista* o lógico-lingüístico, cuya tarea consiste en desvelar la estructura conceptual permanente que subyace a todo derecho posible.

Pero la teoría comunicacional del derecho no se agota en dicho análisis. Junto a éste, posee otras dos dimensiones: la de la *semántica* y la de la *pragmática*. Para concluir este Prólogo me referiré a esta última, con objeto de indicar brevemente cómo aborda la teoría comunicacional el problema de la justicia.

La *pragmática lingüística* se ocupa de los *usos* del lenguaje y hace de los *actos comunicacionales* el centro de su reflexión. La pragmática del derecho se concreta en la *teoría de las decisiones jurídicas*, pues es por medio de decisiones como se generan los textos jurídicos ordinamentales así como también los textos que surgen en los diversos procesos de comunicación que tienen lugar en relación con el eje hermenéutico básico ordenamiento (ORD) / sistema (SIS).

Para simplificar, dado el carácter de este escrito, me referiré exclusivamente a las decisiones que generan texto ordinamental. Entre ellas destacan por su especial relevancia la decisión constituyente, las decisiones legislativas y las decisiones judiciales; sin que por ello haya que olvidar las decisiones de los órganos de las administraciones públicas, las propias de la jurisprudencia cautelar, otros tipos de decisiones que tienen su origen en la autonomía de la voluntad (como los convenios colectivos o las condiciones generales de contratación), etc. Todo ordenamiento jurídico puede ser descrito, en efecto, como un conjunto de textos que es el resultado de una cascada de decisiones.

Las *decisiones ordinamentales* constituyen un tipo de acción. Son actos comunicacionales en los que el emisor es una autoridad con competencia para imponer un texto regulativo,

es decir, orientado a dirigir las acciones (y omisiones) humanas. La decisión constituyente genera el texto constitucional. La decisión legislativa, el texto legal. La decisión judicial, el texto de la sentencia.

En cualquiera de sus manifestaciones decidir supone elegir. El poder constituyente tendrá que elegir, entre las diversas formas de gobierno, cuál es la que va a imponer por medio de su decisión, la decisión constituyente. Asimismo tendrá que elegir los valores que han de regir la convivencia desde el momento en que entre en vigor la constitución. Las constituciones modernas tienen la característica de poseer, junto a una parte orgánica, otra dogmática relativa precisamente a la proclamación de los valores constitucionales, principios y derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico en su conjunto debe proteger y garantizar.

Ahora bien, por mucho que una constitución proclame unos valores determinados, dicha proclama será papel mojado si no se concreta efectivamente en las leyes y en la jurisprudencia de los tribunales. Los contenidos de justicia no han de ser, por tanto, expresados tan sólo por el texto constitucional, sino también por el conjunto de textos parciales que componen el sistema jurídico y que completan y desarrollan el texto constitucional.

Al adoptar una perspectiva puramente teórica, la teoría comunicacional del derecho no mira a un ordenamiento concreto, sino a todos y a ninguno, o sea, al derecho posible.

Una *teoría abstracta de la justicia*, esto es, desligada de la circunstancia histórico-social sólo puede construirse en un marco idealizado. Siempre que un filósofo reflexiona sobre la idea de una justicia universal y atemporal se sitúa, consciente o inconscientemente, en ese marco idealizado que en la realidad no existe. Ese marco es el propio de un poder constituyente dotado de caracteres excelsos y muy peculiares, como un individuo adornado de las mejores cualidades de todo tipo y no sometido internamente a otro designio que el de hacer el bien. Supone además una libertad total respecto a los factores externos, de modo que o bien no existan o bien no le afecten en absoluto las presiones o condicionamientos que provengan de la sociedad en la que se encuentra. Esa *situación comunicacional ideal* permitiría la elaboración de una teoría de la justicia verdaderamente general y no mediatizada por ningún género de relativismo.

Sin embargo, ¿quién puede atreverse a elaborar semejante teoría de la justicia si no es en sus principios más universales y, por consiguiente, carentes de contenidos concretos? Las fórmulas tradicionales, como “haz el bien y evita el mal”, “dar a cada uno lo suyo, no dañar a nadie”, “de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades”, “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, en su vacuidad material, no resuelven las cuestiones prácticas. Es preciso completar esas fórmulas concretando qué es lo que está bien y qué lo que está mal, qué es lo suyo de cada uno, en qué consiste el daño, a qué capacidad nos referimos y a qué tipo de necesidades, cuál sea el criterio para establecer que dos personas son iguales, y cuál para acordar que son desiguales.

Junto al plano abstracto y universal de la teoría de la justicia, es necesario concretar los contenidos materiales, y esto sólo será posible a la vista de un determinado tipo de sociedad. Por mucho que los principios universales puedan ser los mismos, por ejemplo para la Roma clásica y para nuestra actual sociedad, es evidente que su concreción exige una respuesta diferente.

Una teoría de la justicia completa deberá contener dos niveles esenciales y entrelazados: uno primero, en el cual se expongan los principios y criterios universales; y un segundo, en el que prevalezca la idea de adaptación de dichos principios al tipo de sociedad que se contempla. Tendremos así, junto a una teoría de la justicia de carácter universal y formalista, otras teorías de la justicia, de inferior alcance y como complemento de la primera, de carácter *regional* y *material*.

El problema de la justicia, sin embargo, no se agota, ni mucho menos, en el momento del proceso comunicacional constituyente, sino que, como la savia penetra por el árbol, así aquella ha de recorrer el cuerpo entero del derecho. ¿De qué sirve que una constitución declare enfáticamente los valores más sublimes como necesarios para la convivencia si, después, las leyes no los encarnan, o los jueces en sus decisiones no las acatan y aplican a los casos?

Junto a la justicia constitucional es preciso desarrollar la idea de una justicia legal o legislativa y una justicia judicial (son olvidar la justicia internacional).

Una constitución embellecida con preceptos altisonantes puede ocultar un ordenamiento jurídico maltrecho e injusto, de la misma manera que la fachada de una casa puede ser llamativamente bella y su interior estar destartado y polvoriento.

Para concluir este Prólogo me voy a referir a una distinción que considero especialmente relevante en la teoría comunicacional del derecho y que algunas veces los comentaristas y críticos suelen pasar por alto. Me refiero a la diferenciación -y al mismo tiempo conexión- entre el *ordenamiento jurídico* (ORD), el *sistema jurídico* (SIS) y el *ámbito jurídico* (AMB).

Como ya he comentado, un ordenamiento jurídico (ORD) es equiparable al texto en bruto que producen los boletines oficiales que recogen los textos parciales (constitución, tratados internacionales, leyes, reglamentos, jurisprudencia de los tribunales, etc.) y que componen en su conjunto una totalidad textual que cambia cada día.

El sistema jurídico (SIS) es un texto doctrinal que refleja el ordenamiento jurídico (ORD) y lo perfecciona al realizar tres funciones básicas: ordenación o sistematización del material ordinamental, explicación interpretativa del mismo, y conceptualización de los términos manejados. El sistema presenta el texto elaborado como una totalidad textual completa, esto es, sin laguna sin contradicciones.

La determinación de los contenidos textuales del sistema jurídico (SIS) es bastante compleja. Para explicarla hay que diferenciar entre el *sistema didáctico-expositivo* (o, mejor, en plural por lo que voy a decir a continuación, *sistemas didáctico-expositivos*) y el *sistema jurídico propiamente dicho* (SIS).

El ordenamiento jurídico (ORD) resulta de las decisiones de las *autoridades* jurídicas. Los sistemas didáctico-expositivos con el resultado de las obras de los *autores*.

Por ejemplo, el legislador (autoridad) promulga el Código Penal (texto ordinamental). Los diversos penalistas (autores) presentan en sus respectivas obras los sistemas didáctico-expositivos jurídico-penales.

Cada uno de estos autores hace propuestas sobre cómo entender los preceptos del Código y formula las normas jurídico-penales y las doctrinas que subyacen con la intención de que los tribunales (y en general los órganos que resuelven los casos y toman medidas jurídicas concretas) incorporen a sus decisiones dichas propuestas.



Pues bien, el sistema jurídico propiamente dicho o sistema jurídico en sentido estricto (SIS) resulta del conjunto de textos doctrinales y jurisprudenciales vigentes como aplicados y aplicables en un momento histórico determinado.

No es fácil determinar en cada momento cuál sea el contenido del sistema jurídico (SIS), pero su dificultad no impide el manejo del concepto. Entre la pluralidad de los sistemas didáctico-expositivos de los distintos autores y el sistema jurídico en sentido estricto (SIS) hay una diferencia básica, que no es otra que la aceptación por los órganos que resuelven los casos y/o adoptan decisiones ejecutivas.

La dualidad ordenamiento / sistema (ORD/SIS) constituye el *eje comunicacional (hermenéutico-analítico) básico* de todo ámbito jurídico (AMB).

El sistema jurídico (SIS) ordena y perfecciona el ordenamiento jurídico (ORD). Éste constituye su referencia constante. Pero, a su vez, el ordenamiento se enriquece con las aportaciones del sistema. Entre ambos existe una relación de comunicación dialógica que se prolonga a lo largo del tiempo como una constante de la vida jurídica y que sirve de referencia central a todos los demás fenómenos comunicacionales que tienen lugar en el ámbito jurídico (AMB).

El diálogo entre legislación y jurisprudencia, por una parte, y entre ambas con la doctrina de los autores, por otra, conforman el núcleo central de la realidad comunicacional del derecho.

Pero la realidad comunicacional del derecho no se agota en ellas (legislación, jurisprudencia de los tribunales, doctrinas de los autores). Todos los operadores jurídicos generan actos y procesos comunicacionales cuya referencia constante es el eje mencionado. Pondré dos ejemplos para explicar mejor lo que pretendo decir, uno de ellos relativo al derecho constitucional y el segundo al derecho privado.

Los debates que mantienen entre sí los partidos en materia política adquieren su pleno sentido desde la perspectiva jurídica si se los contempla en su relación con la promulgación de las leyes. Esos debates se descomponen en efecto en un conjunto de actos y procesos comunicacionales cuyo pleno sentido sólo se comprende por su conexión con la dirección de la vida estatal, la cual sólo es posible jurídicamente mediante la generación de normas.

Es evidente que dichos debates en sí mismos considerados no son aún parte integrante de ordenamiento jurídico (ORD), ni tampoco parte integrante del sistema jurídico (SIS) ni de los sistemas didáctico-expositivos. Pero sí conforman un conjunto de actos de comunicación, de diálogos, polémicas y acuerdos, que se producen en un ámbito jurídico (AMB) determinado.

Algunos de estos debates no se presentan en un marco institucional-estatal formalizado, como es el caso de los que se producen en las televisiones o en los mítines; pero otros forman parte natural de la vida institucional del Estado como un componente esencial de la misma. Los debates parlamentarios no son otra cosa, desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho, que procesos comunicacionales entre diversos agentes políticos cuya misión es promulgar leyes, así como controlar al gobierno.

Estos debates se registran no porque sean ellos mismos textos normativos, sino porque tienen un valor de textos coadyuvantes para entender y en su caso interpretar

las decisiones legislativas. Valor que se desvelará después por la doctrina de los autores así como por los historiadores del derecho, ya que el material con el que trabajan tanto aquella como estos es el conjunto de textos jurídicos del más diverso género.

Para la teoría comunicacional del derecho el texto que recoge un debate parlamentario no forma parte del ordenamiento jurídico (ORD); tampoco del sistema jurídico (SIS) ni de los sistemas didáctico-expositivos; pero sí forma parte del ámbito jurídico (AMB).

El segundo ejemplo se inserta en el derecho privado, más en concreto, en el derecho mercantil de marcas.

Un empresario se propone inscribir un determinado signo en el registro de marcas, pero a dicha inscripción se opone otro empresario con el argumento de que el primer signo generaría un riesgo de confusión con la marca de la cual él es titular. Se da la circunstancia de que la marca solicitada y aún no inscrita sería para productos de perfumería, mientras que la marca ya registrada del segundo empresario es para prendas de vestir.

Los dos empresarios creen estar en su derecho, el primero para que le acepten como marca el signo que propone, y el segundo para que no lo acepten por haber, según su criterio, riesgo de confusión. Aportará cada uno sus alegaciones y el organismo oficial, la oficina de marcas, adoptará una decisión, contra la cual el empresario disconforme podrá interponer un recurso contencioso-administrativo.

El proceso de intercambio de puntos de vista y argumentaciones comenzará en la sede de la oficina de marcas y continuará en sede judicial. Llegará incluso al TS. Por el camino de todas estas controversias se producirán escritos de diverso género, tales como dictámenes, informes, solicitudes, escritos de oposición, demandas, contestaciones a las demandas, sentencias judiciales, etc.

Si reuniéramos todos estos escritos nos encontraríamos con un buen número de páginas. ¿Cuál sería el significado de estas páginas? Creo que se puede afirmar que conformarían un conjunto de documentos en los que se reflejarían los actos y procesos comunicacionales que se han generado en torno a un conflicto.

Esos escritos tienen muy diferente carácter, pues es evidente que, por ejemplo, no es lo mismo una solicitud que un dictamen, o una demanda judicial. ¿Qué les une entonces? Les une el pertenecer a un mismo ámbito jurídico (AMB), lo que significa que tienen un sentido jurídico determinado si ellos se contemplan desde la perspectiva del eje hermenéutico-analítico básico formado por la dualidad ordenamiento jurídico / sistema jurídico (ORD/SIS).

*En suma, ¿qué es la teoría comunicacional del derecho? La podemos caracterizar como una concepción global o general del fenómeno jurídico desde la perspectiva interna propia del jurista. No es por tanto sociología, ni psicología, ni ciencia política. Es una filosofía del derecho para juristas porque en sus desarrollos no quita su vista del derecho que rige la vida humana. Concibe este último como un conjunto de actos y procesos comunicacionales, como comunicación en definitiva. Ahora bien, puesto que la comunicación sólo es posible mediante el lenguaje, la teoría comunicacional sostiene que todo en el interior de los ámbitos jurídicos se manifiesta (o es manifestable) en lenguaje. El lenguaje jurídico o lenguaje de los juristas es su punto de partida y por eso se conecta con las dos grandes vertientes de la filosofía lingüística que son la filosofía hermenéutica*

y la filosofía analítica. El método propio de la teoría comunicacional es el método hermenéutico-analítico. Al entender que en el ámbito jurídico se producen los procesos comunicacionales entiende asimismo que dichos procesos se concretan en textos, y por este motivo se autodefine también como una teoría de los textos jurídicos.

Estas reflexiones conducen a comprender las cuatro denominaciones de esta concepción, denominaciones complementarias y que ponen el acento en diversos aspectos o perspectivas: *teoría comunicacional del derecho*, *teoría hermenéutico-analítica del derecho*, *análisis del lenguaje de los juristas* y *teoría de los textos jurídicos*.

Esta última perspectiva – la de los textos jurídicos- es la que, sobre todo, centra los trabajos aquí recogidos por su autor, el Maestro Juan Pablo Sterling Casas, a quien le agradezco su interés por el estudio de la teoría comunicacional así como también sus esfuerzos por desarrollarla y ponerla en relación con otras concepciones.

## Referencias

---

ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Navarra: Editorial Thomson Reuters – Civitas Aranzadi. Cizur Menor. Tres volúmenes: Vol. 1º: 6ª edición, 2015.- Introducción. Teoría formal del derecho, Vol. 2º: 1ª edición, 2015.- Teoría de la dogmática y del método jurídico, Vol. 3º: 1ª edición, 2021.- Teoría de las decisiones jurídicas.

ROBLES, G. *Retórica para juristas*. Santiago de Chile: Ed. Olejnik, Santiago-Chile, 2019.

## Introducción

---

La hermenéutica del Derecho es un campo de estudio fascinante que amplía el horizonte disciplinar de los juristas permitiendo una mejor comprensión del fenómeno jurídico como resultado de una realidad social compleja. Ello no sería posible sin una reflexión profunda acerca del lenguaje dado que es a través de éste que el Derecho comunica su contenido y produce sus efectos. Lo anterior supone una posición ontológica marcada por la necesidad de comprender el Derecho como un fenómeno atravesado por los referentes propios de la lingüística pero sin caer en el error de identificarlo con ella, en otras palabras, no se trata de sentenciar que el Derecho es al final un asunto de lenguaje –si así fuese que se cierren las facultades o programas de derecho y se reemplacen por facultades o programas de lingüística-. De esta manera, se puede concluir que una de las características del Derecho es su lingüisticidad, es decir, la capacidad de ser expresado mediante el lenguaje con unas implicaciones especiales. Esta lingüisticidad es el horizonte y centro del proceso hermenéutico jurídico pues supone la centralidad del lenguaje para la comprensión de fenómenos sociales -de nuevo, sin que esto implique un cambio de objeto disciplinar para el Derecho-, en especial aquello que tienen que ver con la comunicación y el logro de acuerdos y soluciones a problemas concretos.

La reflexión anterior es la génesis del presente texto que comparto con los lectores con agrado y expectativa. Se trata de una serie de escritos selectos que a lo largo de los años he cultivado durante mi trasegar por el estudio de la filosofía del Derecho, la lógica, la argumentación y la hermenéutica jurídica; todos ellos desembocando con reflexiones sobre la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) del profesor español Gregorio Robles Morchón que hoy en día supone para mí la culminación de la búsqueda por una posición intelectual lo suficientemente robusta para identificar en ella el fenómeno jurídico. La obra de Robles, cuya amistad y aleccionamiento agradezco infinitamente, marca un punto de quiebre en mi reflexión ontológica, epistemológica y metodológica sobre el Derecho al tratarlo de una manera crítica pero sin dejar de lado la disciplinariedad necesaria para evitar caer en las especulaciones teóricas. Por lo anterior, los escritos de esta obra estarán embebidos por las ideas de la TCD que asume el Derecho como un conjunto de procesos de comunicación a través de un método hermenéutico analítico (una posición novedosa que no excluye estos dos términos, como históricamente se ha hecho) en el cual el texto es fundamental para la solución de conflictos, texto que a su vez tiene una gramática propia y unas características particulares marcadas por el perspectivismo.

El cuerpo del texto está compuesto, como se indicó, con escritos selectos sobre Derecho, Lenguaje y Hermenéutica, conceptos entrelazados en una serie de reflexiones que busca trascender la simple reflexión desde lo jurídico para optar por una propuesta interdisciplinar, sin perder de vista lo disciplinar; de esta manera, el lector tendrá como común denominador estos tres conceptos para el desarrollo de diversas tesis. Así las cosas, el lector de la obra no encontrará un manual clásico de hermenéutica general o jurídica que la aborde de forma sistemática y progresiva, en los textos que componen la obra hallará reflexiones desde el lenguaje y la hermenéutica hacia el Derecho, lo que no significa que se descuide los pilares conceptuales, epistemológicos y metodológicos de aquellos. No se trata entonces de responder a preguntas sobre el concepto, objeto y método de la lingüística y la hermenéutica (aunque sí habrá reflexiones sobre ellos), se trata de un intento por comprender sus implicaciones en la teoría y filosofía del Derecho.

El primer escrito abarca la relación existente entre el Derecho, el lenguaje y la literatura, un campo que ha generado diversas y numerosas reflexiones y que en este caso aborda el fenómeno jurídico como una estructura hermenéutica y narrativa a partir de la gramática textual compartida entre los textos jurídicos y los literarios, sumado a ello, el texto recalca en la necesidad de reconocer a la literatura como un medio eficaz para un mejor formación de los juristas a través de una interiorización de los valores sociales y la edificación de una autonomía que garantice la tolerancia y el respeto.

El segundo escrito es una reflexión desde la TCD de Gregorio Robles sobre el concepto de texto y su papel en el Derecho. La premisa que guía la reflexión radica en que el Derecho es un fenómeno mediado por la lingüisticidad, es decir el derecho es verbalizable y además puede ser convertido en texto, texto que ahora implica una concepción amplia y no la tradicional que lo limita a la escritura. En este orden de ideas, la función del texto desde la TCD amplía sus capacidades al convertirse en una figura escribible y que obedece a la idea de hipertexto haciéndolo más efectivo a la hora de transformar la realidad. Por lo anterior, la nueva comprensión del concepto de texto, y su gramática es una propuesta innovadora la el análisis del fenómeno jurídico desde un punto de vista comunicacional.

Una reflexión sobre la ética del discurso en la teoría de Jürgen Habermas compone la columna del tercer escrito. Se trata de un análisis de la eficacia de dicha teoría en el campo jurídico que se caracteriza por su carácter adversarial, imposibilitando así la realización del ideal habermasiano para la construcción de una verdad resultado del consenso. Posteriormente nos embarcamos, en el cuarto escrito, hacia una reflexión de la obra del filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein y su impacto en el derecho, puntualmente se ilustrará su concepto de juegos del lenguaje y el desarrollo que ello significó para el análisis lingüístico del derecho a partir de la filosofía analítica y su relación con los ejercicios de interpretación. Sin duda la obra de Wittgenstein marcó un antes y un después en la filosofía, y desde luego, el derecho no escapó a esta influencia.

El sexto escrito presenta el proceso de codificación en el Derecho como resultado de dos etapas previas: la cosificación y la colonización. En la colonización, análogamente, se asume al derecho como un elemento que impone su fuerza para delimitar su campo de acción y poder (colonizador), para posteriormente a través de la cosificación (como un



acto de lenguaje) nombrar “lo jurídico” y posteriormente codificarlo. Este proceso explica la importancia del código en la enseñanza y la práctica del Derecho pues lo asume como aquel texto que contiene las respuestas (nombres) a los distintos casos de la vida humana que han sido colonizados y cosificados previamente. Estas reflexiones también conllevan a cuestionar si existe una verdadera especificidad del lenguaje jurídico y si ésta es útil.

Los prolegómenos de una Teoría hermenéutica del Derecho componen el séptimo texto de la obra. A partir del cuestionamiento del Derecho como estructura que aísla el conocimiento de otras áreas del conocimiento, se lleva a una reflexión sobre la urgente necesidad de abandonar una hermenéutica limitada y reducida sólo a textos normativos escritos por ciertas autoridades e interpretables sólo por vía gramatical para dar paso a una hermenéutica y su especialidad jurídica, como un ejercicio universal de comprensión a partir de la razón histórica y crítica anclado en la filosofía. El objetivo es romper con el monopolio de la hermenéutica por parte del derecho y acabar así la reducción propia de “lo jurídico” como límite.

El octavo escrito plantea un análisis sobre cómo la hermenéutica y la argumentación jurídica pueden ser considerados elementos legitimadores de la decisión judicial. A partir del reconocimiento de que la sola autoridad a la hora de encontrar y justificar la respuesta correcta en la práctica judicial no basta para legitimar el papel del juez como aquel que concreta el Derecho, se debe depositar confianza en la hermenéutica y la argumentación jurídica para construir legitimidad judicial. La evolución del Estado, el concepto de derechos fundamentales, la vaguedad del lenguaje jurídico y la necesidad de interpretar y justificar de forma racional normas y decisiones judiciales son elementos que apuntan a reconocer la necesidad de un modelo hermenéutico y discursivo del Derecho. Lo anterior desde premisas: La relación entre práctica judicial y Filosofía del Derecho; una posición optimista frente a la hermenéutica jurídica; el reconocimiento del Derecho como un ejercicio discursivo; y finalmente la razón práctica como límite verificable de la decisión judicial.

El estudio de la escuela psicológica de la *Gestalt* aparece en el noveno texto. La premisa de la que se parte es que el Derecho puede ser considerado como un ejercicio hermenéutico y comunicacional que implica la transmisión de mensajes por parte de las autoridades (decisiones) que están encaminados a la acción humana para garantizar la convivencia social. Por lo anterior, uno de los pilares para esta noción está sustentada en la tesis según la cual el fenómeno jurídico es perspectivista y constructivo debido a que se trata de la unidad de textos y diversidad de lecturas; postulado que puede ser explicado desde la escuela psicológica de la *Gestalt*. Así las cosas, el texto apunta a explicar cuáles son los orígenes, postulados y evolución de la teoría gestáltica y su impacto en el Derecho como ejercicio comunicacional, no se hará un ejercicio valorativo respecto de la conveniencia o no de la posición gestáltica, se trata de ilustrar su contenido y su encuadre en la visión del Derecho desde un enfoque comunicacional.

El penúltimo escrito trata sobre la concepción del Derecho como ejercicio discursivo y su relación con el Estado Social de Derecho. De nuevo se acude a los conceptos de hermenéutica, interpretación y teoría de la argumentación jurídica como parte del análisis del Derecho que ha experimentado un auge durante las últimas décadas. La centralidad

de los derechos fundamentales ha ampliado el ámbito de decisión de los Jueces, pero ello, al mismo tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad imperiosa de controlar su discreción. Por lo anterior, el desarrollo moderno del Derecho implica la aprehensión de nuevas teorías, tanto interpretativas como argumentativas que permitan hacer frente a las nuevas concepciones del Derecho que se apartan del legalismo en tanto la ley escrita no proporciona todas las respuestas.

Finalmente, el texto número once –como su nombre lo indica- es una reflexión sobre Lenguaje y Derecho que se concreta en el concepto de interpretación. En él se analiza el tema de la inevitabilidad de la interpretación jurídica a partir del reconocimiento de vacíos lingüísticos (vaguedades o ambigüedades) que en muchas ocasiones requieren ser dotados de contenidos morales y políticos. Esta inevitabilidad interpretativa está dada por la misma naturaleza del lenguaje –y por ende del lenguaje jurídico- y puede ser explicada a través de las teorías de la filosofía analítica. Sin embargo, no se trata de limitar el fenómeno sólo al campo de la lógica eliminando cualquier consideración por fuera de su rigurosidad; se trata de reconocer un fenómeno complejo que no se agota exclusivamente con pretensiones de un lenguaje objetivo y libre de manchas.





## Derecho, hermenéutica y literatura.

¿Cómo te imaginas el final? preguntó el sacerdote. Al principio pensé que terminaría bien dijo K, ahora hay veces que hasta yo mismo lo dudo. No sé cómo terminará. ¿Lo sabes tú? No dijo el sacerdote, pero temo que terminará mal. Te consideran culpable. Tu proceso probablemente no pasará de un tribunal inferior. Tu culpa, al menos provisionalmente, se considera probada. Pero yo no soy culpable dijo K. Es un error. ¿Cómo puede ser un hombre culpable, así, sin más? Todos somos seres humanos, tanto el uno como el otro. Eso es cierto dijo el sacerdote, pero así suelen hablar los culpables. ¿Tienes algún prejuicio contra mí? preguntó K. No tengo ningún prejuicio contra ti dijo el sacerdote. Te lo agradezco dijo K. Todos los demás que participan en mi proceso tienen un prejuicio contra mí. Ellos se lo inspiran también a los que no participan en él. Mi posición es cada vez más difícil. Interpretas mal los hechos dijo el sacerdote, la sentencia no se pronuncia de una vez, el procedimiento se va convirtiendo lentamente en sentencia.

*Franz Kafka, El Proceso*

### **Introducción**

Las concepciones de Derecho son abigarradas y por ello intentar definirlo parece no ser determinante en la práctica. Sin embargo, esta situación ha generado una serie de posiciones frente al abordaje epistemológico y metodológico del mundo jurídico que ha

mostrado que indagar los posibles conceptos de Derecho no sería un ejercicio fútil en tanto las respuestas permiten formular teorías que desarrollan posturas interesantes y generan mundos posibles con ribetes impensados y a la vez estimulantes. Por lo general en la formación jurídica tradicional el encasillamiento conceptual ha sido una posición hegemónica y hasta cierto momento útil, es común asociar el concepto de Derecho al de norma positiva entendida como una acción acompañada de una consecuencia, pero sin más reparos en otras posibles definiciones. Una posible razón para lo anterior radica en el tiempo del proceso de enseñanza en los programas de Derecho, tiempo que no permite ir más allá de una definición comúnmente aceptada y que resulta epistemológicamente útil; o simplemente, y para efectos pedagógicos, no se debe confundir al estudiante con un muestrario de definiciones sobre todo cuando se le está brindando una rigurosa formación científica cimentada en la objetividad. Así las cosas, son escasas -al menos en nuestro entorno- concepciones de Derecho que apunten a arroparlo como un ejercicio destinado a la realización de la Justicia y otras virtudes, o aquellas que lo contemplan como un ejercicio de poder que permite legitimar ideologías a través de normas positivas, o posiciones que lo conciben como un ejercicio de interpretación y argumentación a partir de lógica formal, e incluso posturas que lo definen como una especie de creencia. Los anteriores ejemplos son una muestra de las posibilidades que existen a la hora de plantearse el interrogante sobre qué es el Derecho, posibilidades que se diluyen en un modelo que adopta a la Dogmática jurídica como descriptivista y olvida que se trata de una ciencia constructiva y práctica, *“no es una realidad describible, sino interpretable.”* (Robles, 2015, p. 160)

Dentro de las posibles concepciones de Derecho, hallamos una que lo define como un ejercicio hermenéutico y comunicacional, una noción que se fundamenta en la necesidad de abandonar, como se indicó, de la Dogmática jurídica tradicional de corte descriptivista. El punto de partida de esta concepción es la idea según la cual el Derecho es lenguaje, esto no quiere decir que existe una identidad total entre los dos conceptos, tal situación sería errónea desde cualquier punto de vista. Lo que debe entenderse con esta relación es la asunción de una posición ontológica débil, en otras palabras, no se puede afirmar que Derecho es sólo lenguaje (si esto fuese así entonces que se cierren las facultades de Derecho para ser reemplazadas por facultades de Lenguas y programas de lingüística), por lo tanto se debe acudir a la tesis de la *lingüística* del Derecho que trata de *“resaltar un hecho que no parece controvertible, a saber: el hecho de que el fenómeno jurídico se manifiesta, ante todo, como un conjunto de procesos de interpretación comunicativa; o, dicho de otra manera, como un conjunto de procesos de comunicación.”* (Robles, 2015, p. 171). De esta manera se puede concluir que la relación entre Derecho y lenguaje está en que todo lo que el primero desea comunicar se hace a través del segundo, todo el Derecho es potencialmente comunicable a través de lenguaje, sin que ello implique que tengan el mismo objeto de estudio.

Analizado lo anterior, la propuesta en este escrito consiste en presentar un concepto del Derecho divergente y que reúna dos características esenciales: la primera es su universalidad, entendida como la posibilidad de que tal concepción sirva de común denominador a cualquier otro intento de conceptualización; y la segunda, que lo

presente como un ejercicio hermenéutico ligado de forma sólida con el mundo literario y narrativo. La elaboración de este concepto requiere, en primer lugar, una ilustración de la relación entre Derecho y literatura especialmente en su aspecto narrativo y trascendente (analizando primero el movimiento *Law & Literature* y posteriormente la visión de la literatura como elemento amplificador del Derecho). Posteriormente, se analizará la irrupción de la hermenéutica como herramienta idónea de articulación entre Derecho y literatura -con énfasis en la narración-. Al final, se trata de presentar un modelo conceptual en el que “[...] *el Derecho puede ser asumido como un ejercicio de hermenéutica a partir de la idea bajo la cual todo actuar jurídico supone, en primer lugar, partir de un texto para encontrar varias lecturas.*” (Sterling y Osma, 2018, p. 247)

La hipótesis de trabajo será que puede justificarse una concepción del Derecho que lo define como un ejercicio hermenéutico-narrativo a partir de su relación con la literatura, de esta manera el Derecho se eleva sobre las posiciones tradicionales que lo conducen a ser un fenómeno acríptico alejado del humanismo y la sensibilidad propia de campos como la literatura, la poesía y la filosofía. Esta concepción permite una formación más amable, amena y creativa.

### *Law & Literature*

El movimiento *Law & Literature* (Derecho y Literatura) se desarrolló durante el siglo XX, principalmente en los Estados Unidos y Europa. En primer lugar, debe indicarse que este movimiento se refiere al Derecho y a la literatura de manera general, es decir, concibe al primero como un ejercicio que involucra normas escritas, procesos de interpretación y argumentación (razonamiento), y consideraciones de tipo históricas y culturales -se ve aquí un claro corte realista-; y a su vez, concibe a la literatura como una expresión que se observa en la narrativa, la poesía y el teatro. Por lo tanto, se trata de un movimiento, en esencia, interdisciplinario que resalta los puntos en común entre las dos áreas, mostrando que son más cercanas de lo que se cree:

[...] existen dos aspectos comunes a ambas disciplinas: tanto el Derecho como la literatura trabajan (aunque de manera distinta) con las relaciones humanas –lo que presupone un importante conocimiento de la naturaleza/ condición humana– y ambas atribuyen necesariamente un papel central a la palabra. (Jiménez y Caballero, 2015, p. 45)

La evolución del movimiento *Law & Literature* (en adelante L&L) generalmente se divide en tres momentos: El primero comprende los inicios del siglo XX hasta finalizar los años 30. Un segundo momento se da en Europa durante la década de los 40 y 50 junto con un renacimiento del movimiento en Estados Unidos en los 70. Finalmente, un tercer momento se desarrolla a partir de la década de los 80 cuando se empiezan a dar los primeros cursos de Derecho y Literatura en Universidades de los Estados Unidos. A continuación, una breve evolución con los momentos y figuras más notables.

En 1908, con la publicación del texto *A list of legal novels* de John Henry Wigmore (profesor y decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Northwestern) se asiste al nacimiento del movimiento L&L. Se trata de un texto comparativo en donde se expone un listado de novelas anglosajonas con temas propios del mundo jurídico, en especial cuatro escenarios: Novelas en las que se reflejen juicios y escenas de crímenes, novelas donde se refleja la relación entre abogado y jurado (o una descripción del ejercicio profesional), novelas sobre los métodos del Derecho para la captura, juicio y sanción de infractores y, novelas sobre la afectación del derecho de una persona como eje de la trama. (cf. Wigmore, 1908, p. 574).

En 1925 Benjamin Cardozo (figura prominente del realismo jurídico norteamericano) elabora el texto *Law and Literature*, una de las primeras referencias a la hora de mostrar cómo el Derecho tiene una esencia literaria que se ve reflejada en los actos de interpretación de las normas. Cardozo sostiene que, junto con la literatura, el Derecho se caracteriza por la gran cantidad de textos que produce, por lo que asimila el papel del juez y el abogado al del escritor. Por lo tanto, resulta apenas necesario encontrar puntos en común entre estas dos profesiones. Cardozo cuestiona además lo poco que los abogados se conectan con los grandes genios de la literatura, sus obras y estilos, por lo que al final el jurista tiene un “concepto erróneo del verdadero significado de la literatura o, más exactamente, quizás, del estilo literario.” (Cardozo, 1925, p. 699)

Del otro lado del Atlántico, en Europa, el movimiento L&L se desarrolló en la década de los 30. Vale la pena mencionar los ensayos *Das Recht in der Dichtung* (El Derecho en la poesía) de 1935 y *Die Dichtung im Recht* (La poesía en el Derecho) de 1936, ambos escritos por Hans Fehr. La idea en estos textos es la de concebir al Derecho como el resultado de una formación en donde la cultura juega un papel determinante, por tanto, si se quiere que el jurista ostente una calidad profesional sólida es necesario que esté sintonizado con la literatura local y universal así como con la poesía, dado que sólo de esta manera podrá lograr una mentalidad comprensiva y crítica de su área de estudio; en otras palabras, se trata de concebir al Derecho como: “un fenómeno cultural común a la educación de los juristas y de los literatos, mientras que la literatura, a su vez, aparece tanto como fuente de conocimiento jurídico, como también un instrumento de crítica a las instituciones jurídicas.” (Karam y Magalhaes, 2009, p.176)

Regresando a los Estados Unidos, debe mencionarse la obra *Law in Action: An Anthology of the Law in Literature* (Derecho en acción: una antología del Derecho en la literatura) de Edmund Fuller escrita en 1947. El texto reúne, como su nombre indica, una antología de escritos literarios de distintas épocas y de autores en donde expone citas, anécdotas y epigramas que permiten ver cómo la literatura tiene mucho que aportar a la hora de abordar los fenómenos jurídicos. Otro trabajo destacable de este periodo es el escrito en 1960 por Ephraim London titulado *The World of Law: A Treasury of Great Writing about and in the Law* (El mundo del Derecho: un tesoro de grandes escritos sobre y en el Derecho). Esta obra tuvo un gran impacto en la academia norteamericana y en ella el autor plantea que todas las actuaciones legales, capaces de ser escritas o verbalizadas -desde demandas, alegatos, testimonios, etc.-, pueden ser analizados como una cuestión literaria. (cf. London, 1960) La variedad de los textos usados por London hacen del texto una guía completa y difícil de

refutar a la hora de presentar la íntima relación entre Derecho y literatura.

Ya en 1970 con el renacimiento del *Law and Literature Enterprise*, la relación entre Derecho y literatura se aborda desde las complejidades del mundo académico y de la investigación en Estados Unidos, buscando no sólo una conexión simple y artificial entre los dos conceptos, sino una verdadera estructura académica que permita identificar cómo se beneficia el abogado del estudio literario. (cf. Weisberg, 1989, p.2) Se hace necesario, de acuerdo con lo anterior, un cambio que se traduce en usar los elementos del análisis literario ya no únicamente para describir el fenómeno jurídico, sino para narrarlo y prescribir acciones, es decir, la literatura no ofrece una sólo una visión descriptiva del método jurídico, ofrece una visión narrativa-prescriptiva. Esta idea cobró mayor relevancia en el texto de 1973 escrito por el profesor emérito de la Universidad de Michigan James Boyd White y titulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression* (La imaginación jurídica: Estudios sobre la naturaleza del pensamiento y la expresión jurídica). En esta obra, Boyd intenta demostrar que, tanto en el Derecho como en la literatura, se trata al final de lo que se hace con las palabras “no solamente la gente relacionada con el Derecho, sino cualquier persona interesada en el lenguaje y el poder, en la escritura como forma de pensamiento y creación, o de una cultura como realidad y fuerza” (Boyd, 2018, xxxix). La obra de Boyd resulta bastante útil a la hora de analizar la relación entre Derecho y literatura en tanto “intenta demostrar que el derecho es un sistema cultural en el que participan la imaginación y la creatividad literaria, como componentes de la racionalidad jurídica.” (Jiménez y Caballero, 2015, p. 52)

Durante la década de 1980 en Europa también siguió el movimiento. En Francia se dio una producción relevante de estudios denominados *Droit et Littérature* (Derecho y literatura) que se desarrolló con numerosas actividades y reuniones académicas en torno al movimiento, en este escenario el texto *Droit et Littérature* de Philippe Malaurie fue uno de los que sobresalió. En este mismo escenario, es importante resaltar la obra de François Ost, que aporta a una visión crítica del Derecho, entre otras consideraciones, a partir de la necesidad de ver en la literatura un elemento que pone en cuestión la verdadera esencia de los estudios jurídicos. En Alemania, el estudio del *Recht und Literatur* se afianza con el nacimiento, en 1982, de la famosa revista jurídica alemana *Neue Juristische Wochenschrift* que ofrece publicaciones semanales.

El movimiento L&L ha seguido vivo, en la actualidad merece mención el trabajo del profesor de la Universidad de Chicago, y juez, Richard Posner. Posner intenta mostrar cómo el análisis literario ofrece una metodología para la interpretación de textos legales y jurisprudenciales, por lo que sostiene que los estudios que acercan al Derecho y la literatura son muy enriquecedores a la hora de la enseñanza. El Derecho en la práctica es un escenario bastante complejo pues trasciende la simple norma escrita y ello demanda de los jueces y abogados una habilidad especial para interpretar y lograr legitimidad a la hora de sus discursos. La búsqueda de la Justicia y la realización de los valores sociales a partir de la sabiduría propia del jurista sólo se puede lograr de una manera más efectiva si se usan herramientas que construyan empatía entre los individuos y de razón de la compleja condición humana plagada de emociones, así las cosas, la literatura ofrece una integridad estética que legitima el discurso jurídico.



La frecuente discontinuidad entre el espíritu y la letra de la ley, o entre su objetivo general y su aplicación concreta, es una de las razones por las que el Derecho a menudo impresiona al lego como arbitrario. Y el aparentemente arbitrario e innegablemente coercitivo carácter del Derecho, combinados con los inevitables errores de hecho y de derecho en la administración de justicia y su injusto resultado, y con el carácter “extraño” de la ley (la ley, como el lenguaje, el estado y la economía de mercado, es una institución humana frecuentemente percibida como externa al hombre, como un fenómeno natural) hacen del Derecho una metáfora superlativa del carácter azaroso, coercitivo e “injusto” como la condición humana, “la vida”, se nos presenta en ocasiones. (Posner, 2002, p. 21)

Para Posner, todo lo relacionado con el Derecho tiene que ver con la vida humana individual y social, desde las sensaciones más simples hasta percepciones complejas, desde la felicidad momentánea hasta la tristeza y la rabia más desbordada: “*Como el amor, la madurez, el accidente, la aventura, la religión, la amistad, la alienación, la muerte y el propio arte, el Derecho es un rasgo permanente de la experiencia humana.*” (Posner, 2002, p. 19) Por lo tanto, la ventaja de vincular la literatura en la enseñanza del Derecho sería útil y necesaria, por lo menos en una mejoría a la hora del estilo y la redacción de textos, sin mencionar la capacidad empática que se puede generar, al respecto dice Robert Alter, citado por Posner:

¿Por qué leemos literatura? Podríamos leerla para mejorar nuestras habilidades de lectura estudiando textos que son difíciles debido a la distancia cultural o la densidad o complejidad de la escritura. La Literatura enrola (y, agregaría, estimula y ejercita) muchas de nuestras facultades más complejas de percepción, nuestro matizado conocimiento del lenguaje, gente, instituciones sociales, política, historia, moralidad; nuestra habilidad para captar analogías, paralelismos, antítesis, repeticiones significativas, elipses, ironías, dobles significados, aún criptogramas. (2002, p. 326)

Continuando en Norteamérica, no puede olvidarse la obra de uno de los grandes tratadistas contemporáneos, Ronald Dworkin, especialmente su metáfora de la sentencia judicial como un ejercicio de redacción de novela a varias manos o “*novela en cadena*”. (Dworkin, 1992, p. 166 y ss.) Esta idea de justificación de los fallos judiciales plantea que cada decisión es una novela que el juez escribe para una obra de carácter colectiva y por capítulos, en donde cada capítulo representa un fallo. Así las cosas, para poder tener una novela coordinada y funcional es necesario que cada escritor (juez) conozca muy bien de qué trata la obra en general y su contexto, así como lo que se ha escrito antes de él para así obtener un capítulo sólido, coherente y legítimo. La metáfora resulta especialmente útil a la hora de defender la idea del precedente judicial como fuente de Derecho y evitar la discrecionalidad judicial (pues un Juez no puede escribir un fallo -capítulo- que no esté en concordancia con lo que otros autores han redactado antes), privilegiando el concepto de integridad del sistema jurídico.

Imaginemos, pues, que un grupo de novelistas se compromete en un proyecto particular. Echan suertes para determinar el orden de intervención y cada uno ha de añadir un capítulo a la novela, y lo ha de escribir de forma tal que logre que la novela esté construida como la mejor novela posible. Cuando completa su capítulo, envía los dos capítulos al siguiente novelista. Se espera que los novelistas se tomen sus responsabilidades seriamente, y reconozcan el deber de crear, tanto como puedan, una novela singular y unificada. (Dworkin, 1990, p. 25)

El concepto de integridad en Dworkin es de vital importancia en su teoría jurídica y política en tanto obliga al Derecho a un compromiso moral con la sociedad, este compromiso se traduce en el respeto, no sólo por las normas, sino también por principios que están arraigados en las prácticas más significativas de una comunidad, por lo tanto puede hablarse de una especie de razón práctica en tanto toda actuación que tenga el rótulo de jurídica, debe estar acorde o en sintonía con los principios, sólo de esta manera se está en una verdadera Democracia.

Una sociedad democrática está bien diseñada si responde a la virtud de la integridad. Una primera intuición de lo que Dworkin entiende por integridad puede expresarse acudiendo el lenguaje ordinario. En el lenguaje natural decimos que una persona es íntegra moralmente cuando obra conforme a principios. La virtud de la integridad supone no sólo la existencia de unos principios, sino también su organización coherente. Dworkin sugiere tratar a la comunidad como si fuera una persona moral. (Calsamiglia, 1992, p. 164)

Finalmente, no se puede escapar el trabajo de la profesora Martha Nussbaum, que a lo largo de numerosos trabajos ha señalado que la conexión entre Derecho y literatura radica en la posibilidad de exponer una narrativa que permite la construcción de empatía a partir de los personajes e historias que se desarrollan en las novelas, poesías y la jurisprudencia. Nussbaum trata así de crear una noción ética del Derecho comprometida con la efectiva realización de la Justicia a partir de una filosofía moral, esto es posible recalando en las experiencias que la poesía y la literatura ofrecen a los lectores en tanto éstas les permiten evaluar sus actuaciones y emociones para ajustarlas al concepto de dignidad humana. Ahora bien, pese a que se hable de emociones, esto no imposibilita un análisis racional de las mismas, la clave estaría en un análisis ético que se concreta en la imperiosa necesidad de obrar consultando el bienestar de los demás, en otras palabras, el ponernos en los zapatos de la otra persona es el camino para un sentido de solidaridad social, y esto es posible gracias a la lectura de poesía y literatura como dispositivos que amplifican la esencia del ser humano a partir de sus emociones más genuinas, pues al final, la vida del hombre se cuenta en sus actos y decisiones.

Una concepción de la vida es *contada*. El contar mismo la selección del género, las estructuras formales, las frases, el vocabulario, de la manera en que encara el sentido de la vida del lector: todo ello expresa un sentido de la vida y del valor, una noción de lo que importa y de lo que no, de lo que son el aprendizaje y la comunicación, de las relaciones y de conexiones de la vida. La vida nunca es meramente *presentada* por un texto; siempre es *representa como* algo. (Nussbaum, 2005, p. 29)

La obra de Nussbaum resulta entonces valiosa en tanto pretende la formación ética de un abogado a partir de la clara diferenciación entre el bien y el mal, para ello acude a confrontar las experiencias individuales con las que se ofrecen en la poesía y la literatura y de esa manera conocer los motivos que fundamentan los motivos de la acción u omisión de las conductas que son ventiladas en los procesos judiciales. Los lectores interpretan y se interpretan en los textos y esto es un rasgo único compartido entre Derecho y literatura.

En síntesis, mi visión no exhorta a confiar cándida y acríticamente en la obra literaria. He insistido en que las conclusiones que podemos extraer de nuestra experiencia literaria requieren del continuo escrutinio crítico del pensamiento moral y política, de nuestras intuiciones morales y política, y del juicio de otros. (Nussbaum, 1997, p. 111)

### *Literatura como dispositivo amplificador en el Derecho*

Una idea que trabajaré a lo largo de los escritos que conforman este libro, y que expondré en varias ocasiones, se sintetiza en la siguiente afirmación: el Derecho es demasiado importante como para dejarlo exclusivamente a los abogados. A lo largo de la historia los estudios del fenómeno jurídico por fuera de su positividad han dado como resultado rotulaciones peyorativas en el campo epistemológico a quienes lo han intentado, de ahí que todo aquel que intente relacionar al Derecho con áreas como la filosofía, sociología o antropología y con expresiones como el arte, la literatura o el cine será visto como una especie de encantador de serpientes que embelesa con su discurso e imágenes pero que dista mucho de un riguroso científico del Derecho. En este orden de ideas, para ser aceptado como un estudioso del Derecho, como un verdadero doctrinante, es necesario limitar la visión de éste a un modelo científico hegemónico, lo demás será literatura; al respecto, François Ost dice:

Sin duda hay quienes creen que el Derecho es dominio exclusivo de la profesión jurídica, que las exactas fórmulas que nacen de un sistema de “regulación normativa” sólo pueden ser conocimiento exclusivo de los abogados, y que, por lo tanto, la intrusión de cualquier lego en este campo denominado “positivo” del Derecho no es nada más que literatura. (2006, p. 334)



Entonces, lo que se debe buscar es una formación incluyente a la hora de abordar los posibles significados del término Derecho. Un ejemplo de esto se puede apreciar en los Estados Unidos con el movimiento llamado *Law and Literature* y que data de 1988. Este movimiento busca la creación de un ejercicio interdisciplinario que relacione el Derecho con las artes (en especial la creación literaria) y que recoja reflexiones en torno al papel que juega una concepción del Derecho como un ejercicio de narración que en nada difiere de las situaciones y vivencias de personajes de la literatura universal. La literatura es vista, así como un dispositivo amplificador de las experiencias humanas más esenciales, no hay emoción, lección o historia que no haya sido profundamente desarrollada por los grandes textos literarios. El profesor James Seaton ha dicho sobre este movimiento que su aumento está en auge debido a que se busca la creación de una sociedad más grande y no de una sociedad limitada y asilada (cf. 1999, p. 479). De esta manera, la literatura puede soportar sin ningún problema una visión más humana y dignificante del Derecho por medio de la ampliación de los horizontes comprensivos del mismo hacia la sensibilidad poética y la realización del ideal de felicidad y bienestar, temas persistentemente presentes en la literatura.

Otro de los grandes referentes en esta ampliación del concepto del derecho hacia los campos de la literatura y la narración es Martha Nussbaum que plantea inicialmente que la literatura y la imaginación literaria son elementos comúnmente tratados como subversivos -ello explicaría además porque existe una resistencia en la visión tradicional del Derecho a su utilización (algo similar a lo que más adelante se denominará visión hermenéutica pesimista). En su famosa obra de 1997 *Justicia Poética*, establece que sin la experiencia que ofrece la novela como género literario es imposible que un juez sea bueno en su labor. La postura de Nussbaum es aterrizada en tanto no propone que se desnaturalice la función judicial y se reemplace por un juez poeta o con una sensibilidad artística o emocional por fuera de lo ordinario, sino que replantea a la novela realista como elemento importante a la hora de la justificación racional de decisiones judiciales en tanto ésta ofrece la sensibilidad necesaria para la realización de las virtudes y así lograr sentencias judiciales más humanas y satisfactorias desde el punto de vista emocional pero sin la arbitrariedad como defecto del subjetivismo o la intuición. Esto no significa que la racionalidad judicial deba ser sustituida por una especie de enfoque poético, de nuevo: no se trata de la construcción de una identidad juez-poeta pues la reflexión jurídica (o de cualquier otra índole) se vería reducida si se dejara sólo en manos de la poesía o la literatura, se trata de crear un anclaje ético más sólido a través de la imaginación literaria cuyo objeto *"no está destinado a reemplazar la teoría moral y política, ni a reemplazar los razonamientos por las emociones"* (Nussbaum, 1997, p 37). Esta visión permitiría que, materia jurídica, se logre una postura ética enriquecida con la posibilidad de imaginar personas y circunstancias que sirvan como reflejo de nuestras vidas generando reacciones de empatía o antipatía hacia otros, otros que son los personajes de una historia que se narra en la realidad que origina las normas positivas o jurisprudencia, hablamos de sujetos con historias, valores y acciones diversas que nos conectan con la humanidad, su compleja condición y complejidad emocional; se trata, con la imaginación poética, de una invitación a vivir emocionalmente lo que le ocurre a esas personas, sobre esta idea escribe Nussbaum:

La literatura es una extensión de la vida no sólo horizontal, poniendo al lector o a la lectora en contacto con acontecimientos, lugares, personas o problemas que de otro modo no puede conocer, sino también, por así decir, vertical, proporcionando al lector una experiencia que es más profunda, más intensa y más precisa que gran parte de lo que tiene lugar en la vida (2005, p. 102).

Entonces, para poder avanzar en la superación de una visión reducida del concepto de Derecho y así dar paso a una que permita su concepción como ejercicio literario y de hermenéutica narrativa se debe indicar antes que nada, que la relación entre el Derecho y la literatura puede ser confusa si no se delimita acertadamente asumiendo que el Derecho es un elemento que puede ser comprendido desde la literatura, es decir, que la experiencia literaria puede ofrecer poderosas herramientas para una mejor comprensión del fenómeno jurídico a partir de la generación de empatía. La literatura es uno de los tantos medios que pueden contribuir con una mejor formación del individuo por medio de una interiorización de los valores sociales y la edificación de una autonomía que garantice la tolerancia y el respeto:

Por tanto, si alguien leyendo la literatura realista logra sentirse mejor ser humano, a pesar de lo vago de la expresión, no queda más que felicitarlo pues nos pone en evidencia la posibilidad de que la literatura forme moralmente (y en este sentido dándole la razón a Nussbaum), a la vez que nos reconforta pues nos habla, en sí, de un sujeto autónomo, que ha asumido la responsabilidad de su formación y de sus prejuicios. No obstante, no subestimamos ni condenamos, como seguro no lo hace Nussbaum, a quien no logre tal condición o a quien lo logre por otros medios. (Botero, 2012, p. 271)

Ahora bien, la relación entre Derecho y literatura no es causal, el profesor François Ost plantea que existen tres escenarios desde los cuales puede enfocarse dicha relación (cf. 2006, pp. 334-335). En primer lugar, se habla del "*Derecho de la literatura*", bajo esta relación estamos frente a un mundo propio de los abogados, es decir, una faceta de carácter restringida y técnica que se limita a todo aquello relacionado con los derechos de autor y la protección del género literario y el negocio a su alrededor. También se habla aquí de todo lo relacionado con la libertad de expresión frente a la censura de obras polémicas como por ejemplo lo acontecido con *Los versos satánicos* de Salman Rushdie o *Madame Bovary* de Gustave Flaubert. Es un escenario donde la literatura, y lo en ella expresado, aparece como objeto de protección jurídica sin ir más allá.

Un segundo escenario es el "*Derecho como literatura*"; una visión cercana a la concepción argumentativa del Derecho y bajo la cual la actividad parlamentaria y judicial son una expresión de una lógica discursiva y de una retórica especial con énfasis en un lenguaje jurídico "*dogmático, tautológico y performativo*" (Ost, 2006, p. 334). Hablamos de la concepción del Derecho que lo enmarca como un ejercicio en el cual se enfrentan y evalúan

discursos (narraciones) y esto implica un ejercicio de interpretación y argumentación con reglas claras para un discurso y una interpretación ideal. Algunos representantes destacados de esta idea son Ronald Dworkin y Stanley Fish.

Finalmente, puede hablarse de un escenario del "*Derecho en la literatura*" -con el cual Ost se identifica-. Aquí, la restricción y tecnicidad del primer escenario (Derecho de la literatura) debe superarse para dar paso al abordaje de fenómenos jurídicos desde la narración de las grandes novelas de la historia, por ejemplo, pensar que de la lectura del Mercader de Venecia de W. Shakespeare es posible aprender y evidenciar hermenéutica contractual de una forma más clara y edificante que con tratados voluminosos de doctrinantes afamados, o, en palabras de Ost: "*en ciertas páginas de Balzac se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologías completas de jurisprudencia*" (2006, p. 334). Y como no recordar el estilo y la astucia Kafkiana en El Proceso para abordar el tema de la ley y la justicia ante la corrupción y el caos. De nuevo, no se trata de reemplazar Derecho por análisis literario, se trata de una relación de complementariedad. Este escenario implica también abandonar la idea de que existen reglas fijas para los discursos y las interpretaciones jurídicas (Derecho como literatura) para asumir un análisis analógico a partir de experiencias literarias.

Este último escenario es idóneo para la construcción de la idea del Derecho como ejercicio literario por estas razones: i) El lenguaje de la literatura permite ampliar los límites del lenguaje jurídico, pues al ser este último de elite y complejo no permite una adecuada transmisión de imágenes y emociones. El fenómeno de codificación y el proceso formal de pre-requisitos lingüísticos e interpretativos para abordar ciertos temas reducen la imaginación y la capacidad utópica que sí ofrece la literatura, de esta manera, la literatura y su lenguaje sacuden del letargo al plano y comúnmente inexpresivo lenguaje jurídico; ii) la crisis del positivismo jurídico supone abandonar jerarquías propias de la codificación que sólo pueden leerse a partir del ejercicio de racionalidad entendida como aplicación de la lógica formal y que por naturaleza no se ocupa de emociones o virtudes. El Derecho como ciencia se aleja de la esencia humanista pero ella puede ser rescatada a partir de la imaginación que ofrece el mundo literario con sus analogías, personajes, figuras e historias en tanto desafían lo pre-establecido e inmodificable y iii) La relación entre el Derecho y la literatura muestra que para poder entender "*el Derecho en la literatura*" puede prescindirse de un tercero conocedor de los tecnicismos del lenguaje jurídico (juez o abogado), esto es, cualquier lector puede hacerse una idea de lo que es Derecho sin intermediario alguno y esta idea puede ser universal, basta con la transmisión de emociones a través de una narrativa sólida para crear una idea del fenómeno jurídico con posibilidades de ser ampliada, tal como lo logró Kafka en El proceso; al respecto Ost señala:

Así, podemos afirmar que la obra de Kafka, especialmente El proceso, se traduce en el colapso de esta constitución simbólica de la sociedad y, especialmente, en la imposibilidad de que un tercero (el Derecho, el juez) pueda intervenir como mediador, al triangular las otras dos partes

e inscribir su relación inter-individual en una universalidad mucho más amplia. (2006, p. 345)

Dado lo anterior, piénsese por ejemplo ¿Cómo abordar el concepto de culpa como eje del Derecho? ¿Pueden los códigos y los manuales explicar porque puede asumirse que la gran estrategia del Derecho es hacer sentir culpable a individuo, no importa de qué? La respuesta sería que no, porque los estudiosos juristas que hablan de penas y culpas las limitarían a simples conceptualizaciones afines a lo que el Derecho demande, con un fuerte rigor semántico, y acaso histórico, pero a veces sin expresividad, apelación a emociones o, en general, a la condición humana, y ello es entendible desde su óptica pura que busca evitar el contagio de los conceptos jurídicos elementales con elementos ajenos como los que presenta la literatura, la poesía o la psicología. Resulta impensable entonces que la culpa sea entendida como la esencia generadora del fenómeno jurídico y que a su vez pueda asimilarlo a la religión, es inaudita esta forma de pensar que desnaturaliza el concepto de Derecho y su pureza, lo desborda y por consiguiente lo ensucia. Pero un buen lector de Kafka podría entender con una claridad notable y una sensibilidad abundante que sin culpa no se puede pensar en el Derecho, que basta crear la ilusión de culpa para que exista una pequeña semilla de Derecho. De nuevo, leer a Kafka en El Proceso nos enseña cómo el Derecho se puede encontrar en la literatura con total sentido: *“Pero yo no soy culpable dijo K. Es un error. ¿Cómo puede ser un hombre culpable, así, sin más? Todos somos seres humanos, tanto el uno como el otro. Eso es cierto dijo el sacerdote, pero así suelen hablar los culpables.”* Vemos a través de las letras del autor bohemio como Joseph K. (el héroe kafkiano por excelencia) pasa de la inocencia a la culpabilidad como gran obra del Derecho, al final, el triunfo del Derecho se resumirá en hacer sentir culpable al individuo, en minar poco a poco su inocencia a lo largo de procesos, tribunales y acusaciones a veces inentendibles, el triunfo del Derecho es asesinar la inocencia humana.

También puede pensarse que la Literatura, como elemento amplificador del Derecho, tiene una virtud ensanchadora del lenguaje y sus propiedades en una sociedad en donde cada vez más el afán de practicidad y el facilismo cercenan las virtudes y matices de una lengua rica en palabras y estructuras. La poca capacidad de expresión y de redacción de los estudiantes de pregrado -y posgrado así suene increíble-, en todas las áreas de estudio es el síntoma de una modernidad mal entendida cuya enfermedad es un discurso malsano en el que las futuras generaciones se están quedando sin palabras perdiendo así los detalles más bellos de la naturaleza y la condición humana. Una tendencia a los universales se ha apoderado del discurso en aras de una economía censurable y alimentada por el desapego a la belleza del mundo que nos rodea, mundo que sólo se abre para el curioso incansable; sobre esto Eco, en Kant y el ornitorrinco, dice:

Nosotros tenemos pocos nombres y pocas definiciones para una infinitud de cosas individuales. Por lo tanto, el recurso al universal no es una fuerza del pensamiento, sino una enfermedad del discurso. El drama es que el hombre habla siempre en general mientras que las cosas son singulares. (Eco, 1999, p. 32)

Finalmente, una amplificación del mundo y del Derecho a partir de un acercamiento a la literatura es también una forma de crítica al mundo que damos por construido. Es una forma de emancipación de la hegemonía de los significados, es una rebeldía contra un mundo “*apalabrado*” (Serna, 2004, p.69) que dictamina qué es lo real y sobre ello adecúa nuestras actuaciones y valores. Una persona es considerada, para efectos de beneficios, como “*adulto mayor*” después de cierta edad, de un determinado número de años -pero número al final- establecido en alguna ley y así recordar que ya no tiene el vigor de otrora y debe ser asistida; o, con un eufemismo rampante, se le dice “*habitante de calle*” al que antes se le denominaba “*indigente*”, y de esta manera se engrandecen sus dificultades y miserias a la vez que se reducen sus oportunidades. Es de este mundo apalabrado del que emancipa la literatura, ya lo dijo Borges, citado por Vásquez: “[...] *creo que hay gente que tiende a la felicidad y gente que tiende a la desdicha y que serían felices o desdichados en cualquier situación económica.*” (1999, p. 265).

### ***Hermenéutica jurídica y Hermenéutica literaria.***

La hermenéutica es útil como herramienta facilitadora en la relación Derecho-literatura. La necesidad del texto como base del análisis hermenéutico (al menos en una de sus variantes epistemológicas más difundidas), y la obtención de una verdad que satisfaga la noción de comprensión a través de procesos interpretativos, hacen de “*la hermenéutica y la retórica comunes al derecho y a la literatura.*” (Jiménez y Caballero, 2015, p. 49)

Es común que en los análisis de crítica literaria suela hablarse de la hermenéutica a la hora de explicar cómo se da el proceso de comprensión por parte del intérprete respecto de una obra y del mensaje que el autor ha querido transmitir. Y si hay un tema en la hermenéutica que resulta clave es el de la experiencia humana, palabras como vida, tradición, intuición o historia han estado presente en el discurso de la hermenéutica desde sus orígenes para explicar el proceso de comprensión. Miremos, por ejemplo, la obra de Wolfgang Iser. Iser habla de una experiencia humana del lector marcada por la lectura del texto como un acto interpretativo complejo y de participación (al igual que Gadamer) en tanto, a diferencia de la interpretación de otros fenómenos que están frente a nosotros para ser contemplados en su exterior, leer una obra literaria conlleva inevitablemente a sumergirse en ella, se trata de superar el plano contemplativo para pasar a uno de participativo. Así, la relación entre el texto y el lector genera una noción de comprensión distinta a la tradicional en donde el lector ofrece una perspectiva que se mueve a lo largo de las ficciones y objetos que el texto ofrece, como resultado de esto, la perspectiva de quien lee cambia constantemente (se actualiza) para, al final, obtener una comprensión de toda la obra. (cf. Iser, 1987, p. 177)

La hermenéutica de textos (literarios, sacros o jurídicos) tiene como rasgo general que opera, en primer lugar, como ejercicio revelador de un mensaje, mensaje que por algún motivo es oscuro: no es claro en una primera etapa de la comunicación, no se comprende. De ahí que el papel del hermeneuta es el de hacer claro aquello que está investido de incompreensión y oscuridad (por eso se asocia la figura del Dios Hermes al origen de la hermenéutica). No estaría mal entonces pensar en el proceso hermenéutico



como un proceso de traducción, de colocar en un lenguaje que comprendemos algo que en principio está incomprendido, y esta analogía surte efecto en áreas tan diversas como la literatura, la teología y desde luego el Derecho, pensemos en que en muchas ocasiones la función del abogado es, entre otras, explicar al ciudadano -alejado de la formación jurídica- con un lenguaje más comprensible, lo que el sistema jurídico comunica. Así pues, en su fase esencial e inicial, la hermenéutica es la encargada de la *“intermediación de la comprensión, y por esta razón “el arte de la interpretación” se ha discutido y desarrollado con más frecuencia cuando los significados han sido o devenido poco claros.”* (Selden, 2010, p. 289)

La hermenéutica ha recorrido un largo y complejo camino desde el siglo XVII (cuando se usó por primera vez el término por parte de John Conrad Dannhauer). Varias críticas han sido formuladas a su estatuto epistemológico y su metodología, pero hay algo claro que se ha ido perfilando a lo largo de los siglos: la pretensión de universalidad en la comprensión de las ciencias sociales (o del espíritu). Desde los trabajos de Schleiermacher, pasando por los aportes enormes de Dilthey, Bultman, Heidegger, Gadamer, Ricoeur, entre otros, la hermenéutica ha adquirido autonomía y solidez en sus planteamientos a partir de un clásico que no puede perderse nunca de vista para el objetivo de este texto: la búsqueda de la verdad (comprensión) a través de procesos de evaluación y eliminación de procesos arbitrarios de interpretación, en palabras de Grondin, se trata de: *“una doctrina de la verdad en el dominio de la interpretación. La hermenéutica clásica ha querido, efectivamente, proponer las reglas para combatir la arbitrariedad y el subjetivismo en las disciplinas que tienen que ver con la interpretación.”* (2008, p. 14)

La hermenéutica también es una disciplina que nos enseña que los textos son una forma de expandir nuestro mundo, por lo que la interpretación es el vehículo que nos lleva a recorrer todas las posibilidades que esa expansión implica. A lo largo de la historia numerosos hermeneutas han considerado que la principal meta de la interpretación es precisamente ampliar los horizontes individuales a medida que el hombre enfrenta nuevas situaciones en su vida (lo que Gadamer denominó mediación). En este orden de ideas, el intérprete de un texto confronta el mundo que éste le proyecta, por ejemplo, cuando el lector aborda *El Maestro y Margarita* de Bulgákov se enfrenta a una visión sugerida de la vida que está determinada por el autor de la obra, su tiempo y circunstancias, y aún así la historia trae un mensaje universal y atemporal acerca de la condición humana como el amor, el engaño, la moral o el poder. Por lo tanto *“la comprensión de sí mismo del lector en su mundo es confrontada con la del texto”* (Zimmermann, 2015, p. 66). Esto fue lo que Hans George Gadamer denominó fusión de horizontes.

Para entender la noción de fusión de horizontes en la obra gadameriana es necesario aceptar que el acontecimiento de la comprensión (como objeto de la hermenéutica) puede darse a través de la interpretación artística. En su búsqueda de un modelo de saber alternativo al de la ciencia tradicional, Gadamer acudirá a la interpretación en el arte. En este orden de ideas, una obra de arte, una pintura, por ejemplo, no ofrece únicamente un gozo estético que estimula a los sentidos y las emociones de forma instintiva, es principalmente un *“encuentro con la verdad.”* (Grondin, 2008, p 73) Contemplar la obra de arte únicamente como una experiencia de gozo estético es permitir el triunfo de una conciencia hegemónica, metódica y científica que la reduce sólo a eso, por lo tanto, es

preciso ver más allá pues la obra también ofrece una verdad a la que sólo se puede llegar al dejarse atrapar por su juego, juego en el que nuestra voluntad desaparece y se somete a esa verdad superior ofertada por la obra; en otras palabras, la obra determina las condiciones para que la interpretemos (así como el jugador de tenis responde a la bola que se le lanza, o el bailarín sigue el ritmo que le es dado por la música, el intérprete de una obra de arte o novela se deja llevar por lo que ésta le provee).

Bajo este escenario el intérprete inevitablemente descubre algo esencial, sublime y desconocido al interior de su propia experiencia (Gadamer resalta la importancia de la subjetividad en este proceso), se trata de un “*plus de realidad*” (Grondin, 2008, p. 75) o una realidad más potente que sobrepasa la realidad misma. Cuando se observa *El jardín de las delicias terrenales*, la magnífica y enigmática obra de El Bosco, se descubre cómo era la mentalidad, realidad y aspiraciones del pintor, todo un imaginario moral y aleccionador acerca de la toma de decisiones del ser humano, algo perenne en la reflexión filosófica. El encuentro con esta verdad proyectada por la pintura es un encuentro del individuo con sí mismo, dándose así un proceso de participación de intérprete (por esta razón es que existen múltiples interpretaciones sobre una misma obra de arte). Es esta la razón por la que la experiencia de la verdad en la interpretación no depende únicamente de la perspectiva del intérprete, sino, principalmente, de la obra. De esta manera es posible contemplar el pasado sin salirse del presente, es como “*traducir el pasado al lenguaje del presente*” (Grondin, 2008, p.83), fusionar estos horizontes para que sea uno sólo, universal y sin distinción espacio-temporal, de ahí la noción de fusión, en palabras de Gadamer:

El aporte productivo del intérprete forma parte inexorablemente del sentido de la comprensión. Esto no legitima lo privado y arbitrario de los prejuicios subjetivos, ya que el tema en cuestión -el texto que se quiere entender- es el único criterio que se hace valer. Pero la inevitable y necesaria distancia de los tiempos, las culturas, las clases sociales y las razas -o las personas- en un momento suprasubjetivo que da tensión y vida a la comprensión. Se puede describir también este fenómeno diciendo que el intérprete y el texto tienen su propio “horizonte” y la comprensión supone fusión de estos horizontes. (1992, p. 111)

Si lo anterior puede predicarse de una obra de arte, puede hacerse también con una obra literaria en tanto “*no es más que una expedición hacia la verdad*” (Janouch, 1961, p. 47). Un ejemplo de esto es *El proceso*, la conocida obra de Kafka en la que se muestran las ficciones del Derecho por medio de un estilo literario depurado e impactante; nos encontramos frente a una obra donde el deseo se presenta como maquinación de un aparato burocrático complejo y caótico que lo disfraza con el rótulo de Justicia. Poco se sabe de la vida del protagonista Josef K., y en este sentido es uno más de nosotros, aparentemente invisible para el Derecho y su sistema, invisible hasta que el Derecho desea tocarlo. Lo único que se conoce del personaje es que trabajaba en un banco, vivía en una pensión y sentía un deseo por las mujeres con quien tuvo contacto durante la historia. Un día K resulta ser el protagonista de un proceso judicial, juicio del que poco



se sabe; así, justo el día de su cumpleaños número 30 un hombre es detenido, procesado y condenado sin motivo aparente. La metáfora nos sirve ahora para fusionar nuestro horizonte con el que el autor propone en la obra, y el resultado es la visión caótica del proceso judicial y del Derecho, garantías procesales que se transforman en falacias balsámicas que refuerzan el poder de la burocracia sobre el individuo, la certeza de que se es responsable de algo ¿pero de qué? Como combustible de la idea del Derecho como orden sin sentido concretado en un proceso.

[...] a que solo había venido por curiosidad o, lo que todavía era más improbable aún como explicación, por el deseo de comprobar que el interior del sistema judicial era tan repulsivo como su exterior. Y la verdad es que parecía que su suposición había sido exacta; no quería seguir más adelante, se sentía ya suficientemente deprimido por lo que había visto hasta entonces, y ahora no estaba en condiciones de enfrentarse con ningún funcionario superior, que podía surgir de cualquier puerta; quería irse, con el Ujier, o sólo si hacía falta (Kafka, 2012, pp. 74-75).

Por último, la defensa de una concepción hermenéutica que parte de la interpretación artística no es gratuita en tanto se trata de una concepción que permite y fomenta la crítica a la universalidad, generalidad y aceptabilidad que sustenta el conocimiento científico, que a la larga termina también siendo dogmático y atenta contra la misma esencia de la ciencia. La crítica literaria conlleva, por el contrario, una reflexión del aquí y el ahora sobre el papel del individuo en el mundo, una reflexión subjetiva y construida a partir de sus propias experiencias para así generar emancipación. Szondi, explicado por Cuesta, indica que:

Las razones por las que Szondi insiste en defender una concepción “artística” de la interpretación sustentan al mismo tiempo su idea del conocimiento crítico de la obra literaria. La objetividad, la universalidad, la validez general y la dura necesidad son los fetiches dogmáticos del conocimiento científico. En cambio, el conocimiento artístico lleva consigo, ineluctablemente, tres rasgos que convienen también a la creación e interpretación de las obras literarias: la temporalidad (histórica), la particularidad (ideográfica) y la libertad (subjetiva). (2006, p. 20).

### *Narración, Hermenéutica y Derecho*

El lenguaje juega un papel principal en el desarrollo del individuo, no se trata de una herramienta auxiliar que refleja las representaciones del pensamiento ni de un vidrio o medio diáfano entre éste y la realidad; se trata de un concepto con entidad propia y unos límites que condicionan al pensamiento y a la realidad. De esta manera el lenguaje es una forma para comunicar experiencias de vida que buscan trascendencia e impacto en las acciones de los demás para generar transformación social, se trata de lenguaje como herramienta de acción y cambio. Todas las experiencias que son susceptibles de ser

comunicadas vía lenguaje se enmarcan dentro de una estructura cultural y axiológica que de forma consciente o inconsciente son asumidas por una comunidad.

La comunicación es, vista así, el acto de poner en común las experiencias particulares mediante enunciados, con el fin de establecer acuerdos intersubjetivos sobre el “mundo de todos”, el conjunto de mapas que conforman la cartografía que por convención cultural llamamos “realidad”. Y la cultura, la paulatina decantación de esos enunciados lingüísticos e icónicos, que en la medida en que son colectivamente asumidos van formando un humus, un sedimento común para uso consciente e inconsciente de todos. Tal sedimento es la tradición cultural que empapa a los individuos de modo inevitable, lo sepan o no, lo quieran o no. (Chillón, 1998, p. 74)

Cuando se asume que el Derecho es un ejercicio comunicacional (tal como lo plantea la Teoría Comunicacional del profesor Español Gregorio Robles) se quiere precisar que se trata de un fenómeno con un objetivo claro: transmitir un mensaje que no sólo informe o prevenga, sino que mantenga o transforme la realidad. En este orden de ideas, puede asumirse que el Derecho es un conjunto de discursos o procesos comunicacionales al interior de un ámbito jurídico y que se desprenden del desarrollo de la dualidad de dos totalidades textuales: ordenamiento jurídico y sistema jurídico, el primero texto en bruto proveniente de una decisión de la autoridad, el segundo texto elaborado o interpretado por los juristas. Dichos textos y discursos están encaminados a un fin: la comunicación de un mensaje para generar una acción del individuo para conservar o transformar la realidad. Lo anterior está presente en varios escenarios del fenómeno jurídico, ya que tanto el legislador, como el juez, los abogados y los estudiosos del Derecho se sirven de discursos para expresar sus ideas y lograr la persuasión de un auditorio; el Derecho visto así es un discurso evidenciable en actos: *“Derecho es la ley, y también la sentencia, el registro, el contrato.”* (Robles, 2003, p. 19)

Por lo anterior, el Derecho entendido como ejercicio comunicacional posee un desarrollo hermenéutico basado en la comprensión de la realidad y de la historia a partir de un contexto dado, esto explica por qué emerge un componente narrativo que da cuenta de los fenómenos históricos. El Derecho no puede ser concebido como un ejercicio meramente descriptivo, no la simple descripción de realidades, es la creación de muchas más a partir de diversas formas de comprender y narrar el mundo, de esta manera se abordan las vivencias de cada individuo experimenta y pueden ser llevadas a textos y dotadas de nuevos sentidos a través de las normas jurídicas, pero en especial de las sentencias judiciales; sentencias que constituyen una historia, un asunto resuelto aquí y ahora que al final es un ladrillo más en la construcción histórica de la conciencia colectiva. Se parte entonces de que la historia no es algo que se cuenta, es algo que se hace, se comprende y se analiza en busca de un sentido superior a simplemente contar o aleccionar, se trata de una función cuyo objetivo es el de descubrir contextos y crear realidades a partir de la comunicación jurídica para transmitirlos, generar nuevos sentidos y preservarlos.

Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor. Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido. (Sterling, 2018, p. 267)

La visión comunicacional y narrativa del Derecho permite así una sensibilidad mayor con los dramas sociales y con las experiencias individuales significativas. Se genera una relación de empatía emocional que reforzaría el humanismo al fenómeno jurídico y lo acercaría a una visión más amplia superando así las posiciones reduccionistas que lo encierran y lo limitan a funciones descriptivas donde el método de las ciencias naturales prima y desdibuja el verdadero sentido de lo que una ciencia jurídica debe ser. Al ser el método del Derecho uno interpretativo-constructivo se debe tener la claridad de que se trabajará con experiencias y sensaciones humanas reflejadas en textos, y que el resultado de este proceso también es susceptible de ser textualizado.

Puede entonces pensarse que el proceso de interpretar consiste en aplicar el texto de forma tal hasta que llegue a estar en relación con el universo entero pues sólo así tendría sentido. El texto da cuenta de experiencias, historias, sentimientos, conductas que se dan en un espacio y tiempo, los jueces los abordan y se pronuncian sobre ellos. (Sterling y Osmá, 2018, p. 244)

Dicho lo anterior, el Derecho como ejercicio comunicacional y de narración presenta los datos o experiencias sensibles que se expresan a través de signos externos a la espera de ser comunicados y comprendidos para constituir las narrativas que permiten el abordaje de diversos mundos y realidades, un acontecer social y cotidiano que se somete al juez para obtener una transformación de la realidad (desde el individuo que busca justicia en la celebración de un contrato hasta una comunidad de mineros que espera una decisión sobre si su actividad es legal o no, por ejemplo). Esta idea de narración jurídica debe apuntar a una estructura holística que supere la mera descripción para pasar a un escenario que explique causas o motivos, contextos, intenciones, etc.

[...] pueden ser entendidas como “elaboraciones interpretativas de los sucesos” que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes. Ellas proveen una “heurística”, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió. Sin embargo, su característica principal es que ellas solamente proponen posibilidades, no importando qué tan lejanas ellas estén de la realidad. En ese sentido, las narrativas son como el diseño que forma un mosaico a partir de un montón de piezas de vidrio de colores. (Taruffo, 2007, p. 235)

Sobre el concepto de narración o narrativa, el profesor italiano Michele Taruffo ha indicado que se trata de un término que ha cobrado un inusitado auge a partir de la reflexión del posmodernismo sobre la literatura y la hermenéutica (como una forma de análisis literario) y su relación con la filosofía y, en nuestro caso, el Derecho. Esta reformulación de la narrativa en su relación con la literatura ha permitido que la crítica literaria amplíe sus horizontes a la hora del análisis de textos, siendo la hermenéutica una pieza clave para entender el papel del lenguaje en la comunicación narrativa.

La mayor parte de la crítica literaria que recurre a un pensamiento fenomenológico subsume esta cuestión bajo el sustrato experiencial de conciencia. De hecho, la diferencia esencial que existe entre la crítica literaria postestructuralista y la hermenéutico-fenomenológica recae sobre sus respectivos puntos de vista del lenguaje. (Selden, 2010, p. 18)

Dentro de la multiplicidad de contextos en los que puede usarse un enfoque “narrativo”, el fenómeno jurídico no ha sido la excepción, con un mayor énfasis en asuntos probatorios y judiciales (donde se recrean hechos, crónicas, historias, etc.), se ha llegado a incorporar un giro narrativo que se centra en la presentación de ideas y pensamientos de una forma narrativa en cadena -como una novela- en donde circunstancias culturales, ideológicas, estéticas y lingüísticas determinan la forma y finalidad de la comunicación jurídica en procesos judiciales principalmente; al respecto, dice Taruffo:

Uno de los términos más en boga y más sobredimensionados de las últimas dos o tres décadas es “narrativa”. Se ha transformado en una especie de ícono de la llamada aproximación postmoderna a muchas (quizá demasiadas) cosas, como la literatura, la crítica literaria, la filosofía e incluso la teoría jurídica. Por su uso extremadamente amplio y variable y por la multiplicidad de ámbitos en los que se emplea, es imposible (en este contexto, por cierto, y probablemente en general) considerar todos los aspectos que dicen relación con narrativas. Sin embargo, desde que el “giro narrativo” se ha transformado en un lugar común también en el discurso sobre la prueba y la decisión judicial, es posible al menos hacer algunos comentarios aislados, no sistemáticos y ciertamente incompletos, sobre el rol de las narraciones en los contextos procesales y probatorios. En esta perspectiva, puede asumirse la existencia de una conexión –quizás una equivalencia– entre el discurso acerca de las “narrativas” y el discurso acerca del story-telling. En alguna medida, los contextos culturales y las connotaciones de los dos conceptos pueden divergir, pero, desde la perspectiva procesal, puede asumirse sin problemas que las “historias” que son contadas en un procedimiento judicial son –o al menos pueden ser tratadas como– narraciones (2007, p. 233)

Estas narrativas cercanas al *story-telling*, se centran en la cotidianidad del individuo y su desenvolvimiento en el mundo de la vida, algo que fue estudiado por el movimiento Derecho y Literatura. Sin embargo, cabe anotar que no todo acontecimiento significativo puede ser arropado por una narrativa judicial, de hecho, el movimiento Derecho y Literatura busca identificar aspectos en los que estos dos fenómenos son comunes, resaltando que no se tratan de entidades idénticas, por lo tanto, habrá que ser capaz de distinguir cuándo una narración es significativa para el Derecho y cuándo no lo es, no se trata entonces de una aproximación o debate literario sobre el fenómeno jurídico.

Por otro lado, para definir el nivel de discurso que sería útil para hablar de narrativas judiciales, puede ser incluso insuficiente referirse a los relatos cotidianos y concentrarse en el ámbito jurídico. El movimiento Derecho y Literatura ha dado muchas luces en asuntos jurídicos, pero también mucha cháchara académica para la hora del cóctel. No todo lo que se dice resulta significativo, en realidad, y cuando lo es se refiere principalmente a ideas vagas y variables sobre narrativas jurídicas en las que la distinción entre hechos y derecho normalmente es difusa y los hechos judiciales se mezclan en una indistinta conversación literaria sobre el Derecho.

Con esto no se quiere decir que la teoría de las narrativas, especialmente en la perspectiva de la psicología social, no tenga nada relevante que decir acerca del *story-telling* judicial. Muy por el contrario. Como veremos, esa teoría provee varias pistas que son extremadamente útiles en un análisis acabado de las narrativas judiciales. Las advertencias recién mencionadas tienen por objeto subrayar que la máxima de los abogados medievales, en efecto, es necesario distinguir para lograr una comprensión apropiada de las narrativas judiciales. (Taruffo, 2007, p. 234)

Así las cosas, por lo pronto aquí nos interesan los relatos judiciales, relatos que tienen una relación con lo que la crítica literaria llama narratología (que se encarga del análisis de la estructura, técnica y tipos de narraciones) y que puede comprenderse a partir de un juego mental propuesto por Taruffo (*cf.* 2007, p. 235 y ss.) en el cual se toma como ejemplo la obra de John Grisham titulada *The Broker* (en español traducida como *El Intermediario*). Se trata de una novela de suspenso que narra la vida de un intermediario en transacciones de diversa índole, todas ellas marcadas por su cercanía con el poder, y las consecuencias que éstas le generan. Dicho lo anterior, frente a una obra pueden existir dos tipos de lectores: los informados (LI) y los no informados (LNI); los primeros no conocen, por ejemplo, la ciudad donde se desarrolla el relato (en este caso Bolonia) y otros datos, mientras que los segundos sí poseen una información más o menos detallada del contexto en el que se desarrolla la trama. La distinción entre estos dos tipos de lectores redundaría en la credibilidad que se le da al relato o narración, pues un LNI accedería más fácilmente a creer en la veracidad de lo escrito que un LI con una credibilidad más difícil de conquistar. Desde un escenario epistemológico, tanto el LNI como el LI reciben



la misma narración en sus componentes formales (signos, orden, etc.) pero el impacto en la recepción es distinto en tanto el LI posee una mejor formación para distinguir aquello que es verdad de aquello que no lo es. Lo anterior es similar al planteamiento que se ha ilustrado a lo largo de esta tesis según la cual el Derecho es un ejercicio hermenéutico en tanto opera bajo la estructura: unidad de texto y diversidad de lecturas; sólo que ahora agregamos el concepto de narración en los relatos judiciales para ampliarlo.

Desde el punto de vista de la coherencia narrativa, no hay diferencia entre la situación de la LNI y la de la LI: ambas pueden apreciar el orden y la conexión de los sucesos que se describen. Sin embargo, la LNI percibe solamente la coherencia de la narración y la verosimilitud uniforme de los sucesos, mientras que la LI conoce que algunas partes de la historia son verdaderas, mientras que otras partes son falsas, aunque verosímiles. Puede apreciar el esfuerzo de Grisham para insertar su historia en un contexto verídico, pero no puede percibir un giro continuo y reiterado desde la realidad a la ficción y de la ficción a la realidad. En una palabra: la LNI y la LI leen la misma narración desde dos puntos de vista epistémicamente distintos. La LNI no sabe qué es verdadero y qué es falso en la historia de Grisham, pero no está interesada en saberlo: lo que está leyendo es –después de todo– una ficción, y no se espera de una ficción que sea una descripción verídica de nada. La LI también está leyendo una ficción y no espera que la historia sea verídica, es solamente una ficción: sin embargo, sabe qué es verdadero y qué es ficticio en la historia de Grisham. (Taruffo, 2007, p. 237)

En las narraciones judiciales, se requiere una condición marcada por la necesidad de una verdad empírica sobre la cual se construye el relato, pero es necesario indicar que en muchos casos esta verdad es inmaterial o por coherencia, es decir se construye sin apelar a la verificación de los hechos, y esto es así porque el juez puede en ocasiones ser una especie de LNI (puede, por ejemplo, desconocer la ciudad donde se dice que ocurrieron los hechos). Por lo tanto, mientras en las novelas se espera una verdad narrativa que sustente el mundo que el autor quiere ilustrar (ficticio o no), en las sentencias se evidencian narraciones sobre datos o hechos que recaen sobre individuos y que tienen un mayor grado de especificidad y rigurosidad para su comprobación.

El contexto judicial es un contexto en que la verdad empírica es necesaria; una novela es un contexto en el cual la verdad narrativa es simplemente algo que pertenece al mundo fantástico creado por el novelista. Grisham, al igual que muchos otros novelistas, mezcla los contextos usando también enunciados que son empíricamente verdaderos, pero lo hace solo como un recurso literario; de todas formas, un concepto diferente de verdad está operando: es la verdad “interna” a la historia ficticia del Broker.

[...] Cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso judicial, no hay necesidad de ahogarse en una vorágine de asuntos

filosóficos y epistemológicos, de hecho, los acontecimientos que son relevantes en la administración de justicia son tranches de vie, es decir, eventos o conjuntos de eventos que tienen que ver con la vida de la gente. Esto significa que normalmente estos pueden ser determinados a un nivel macro: incluso cuando resulten involucradas la microfísica o la genética, el objetivo final es siempre probar “un hecho de la vida de la gente”. Normalmente ellos pueden ser determinados con suficiente especificidad por referencia a la situación jurídica de los sujetos involucrados. (Taruffo, 2007, p. 239 y 241)

### *La Narratología*

La narratología es la teoría de la narración. No se centra en narraciones concretas pues trata de ser una explicación general sobre lo que tienen en el acto de narrar aportando reglas para ello. El concepto de narratología es de origen francés y prevalece sobre otros sinónimos como narrativa o semiótica narrativa. Originalmente el término narratología fue presentado por Tzvetan Todorov en 1969 en su obra Gramática del Decamerón como “una ciencia que no existe todavía” (1973, p. 10), es decir, una ciencia de la narración.

En cuanto a la teoría, pertenece históricamente a la tradición del estructuralismo francés. La narratología ejemplifica la tendencia estructuralista a considerar los textos (en el sentido amplio de lo que significa el texto) como formas gobernadas por reglas en las que los seres humanos (re)diseñan su universo. También ejemplifica los componentes imprescindibles y opcionales de los modelos textuales y de describir el modo en que se articulan. (Prince, 2010, p. 127)

La narratología asume una posición amplia a la hora de abordar el concepto de texto y se ocupa del estudio de su estructura y relaciones tanto internas como externas. Por lo tanto, se puede afirmar que el Derecho tiene un componente narratológico, evidenciable especialmente en su nivel pragmático; pero esto no significa que se omita en los otros niveles, pues en la Dogmática jurídica (nivel semiótico) puede ubicarse en tanto la narratología es una subdivisión o subconjunto del estudio semiótico en tanto ofrece análisis sobre los factores operativos en los sistemas de significado para incidir en su práctica, en otras palabras, en oposición al estudio de la palabra en la narrativa, se estudia la lengua narrativa presente en el inconsciente.

Es importante señalar que no se debe identificar la narratología como un tipo de narración, es, como se indicó, el estudio de ésta adoptando las formas de una disciplina. Su punto de partida son las narraciones que se encuentran principalmente en historias (por su estructura de crónica) y que se comunican a través del lenguaje oral o escrito (prosa o verso), pero también suele recaer sobre lenguaje de signos o retratos fijos o en



movimiento (obras de arte, gestos, piezas musicales o películas). Usando como ejemplo el lenguaje escrito, puede identificarse que en los relatos existe un orden en el que se presentan unos hechos o acontecimientos que suceden en una realidad espacio-temporal determinada, de esta manera el narratólogo es capaz de identificar este orden y los sucesos que se cuentan independientemente de la forma en que se presentan. En últimas, se busca presentar lo narrado y la gramática que da cuenta de ello.

En realidad, dada la aparente autonomía de lo narrado, dado también que esto último define en gran manera los que es la narrativa (sin lo narrado no hay narrativa), y dado el hecho de que, además de ser trasladable (*Guerra y Paz* como película), traducible (*Guerra y paz* en inglés) y resumible (*Guerra y paz* en *Reader's Digest*) y de que la secuencia narrada de los sucesos toma formas muy diferentes (sólo en el campo verbal tenemos la novela, el relato corto, la historia, la biografía y la autobiografía, la épica, los mitos, etc.), muchos precursores de la narratología observaron lo narrado como lo relacionado especialmente con la exploración de la narrativa e intentaron, ante todo, caracterizar sus posibilidades (Prince, 2010, p 130)

Pero la narratología no sólo recae sobre los relatos, también es aplicable a los discursos y su estructura. Desde la poética aristotélica la narratología ha sobresalido con tres conceptos clave: lo que se cuenta, y cómo se cuenta, lo primero es lo que se denomina historia, lo segundo discurso, si agregamos el medio por el que se cuenta partimos de tres elementos distintos: el texto narrativo, la historia que éste relata (una historia que es el resultado de la representación o descripción de unos acontecimientos) y el momento narrativo (aquel que produce efectivamente la narración que incluye el contexto en el que se éste sucede). De esta manera existen relaciones entre el texto narrativo y la historia, entre el texto narrativo y la narración y finalmente entre la historia y la narración. Dichas relaciones conllevan a analizar elementos determinantes de la narración como el tiempo, el modo y la voz, así, la historia, por ejemplo, sería la muestra perfecta de este discurso narrativo. *“El análisis del discurso narrativo, será, pues, para nosotros, esencialmente, el estudio de las relaciones entre relato e historia, entre relato y narración y (en tanto se inscriben en el discurso del relato) entre historia y narración.”* (Genette, 1972, p. 67)

El Derecho desde una concepción hermenéutica y comunicacional puede reflejar los aportes de la narratología y cómo ha puesto de presente el alcance de la narrativa no sólo en los textos literarios sino en los textos técnicos como los jurídicos a la hora de investigar el contexto, la historia y la filosofía que están detrás de las normas o las decisiones judiciales, y ni hablar de la comprensión en el campo hermenéutico. Al ser el Derecho una práctica interpretativa y constructiva del sentido de los textos que lo componen nos está indicando la conexión que existe entre estos y la narración o relato de los mismos, pues al final el Derecho se comunica, se cuenta y narra en tanto es una actividad humana como el lenguaje, una construcción humana del sentido a través de la interpretación.

Explorar la naturaleza de todos y cada uno de los tipos de narraciones, explicar la infinidad de formas que éstas mismas pueden tomar, pensar cómo las construimos, parafraseamos, resumimos, o ampliamos es explorar una de las formas fundamentales –y una específicamente humana- mediante la que construimos sentido. (Prince, 2010, p. 149)

## Conclusión

No es extraño que aún sigan vigentes las teorías que vinculan al Derecho con la Literatura, el papel de la hermenéutica y la filosofía del lenguaje han contribuido a mantener viva esa relación. Por lo anterior, tampoco resulta extraño que se haya puesto particular atención a los textos literarios como ejemplo de procesos de interpretación y comprensión de textos jurídicos en tanto éstos incrementan el poder para convertir el ambiente en poderosas experiencias de conocimiento humano a través de las emociones y las representaciones simbólicas. (cf. Zimmermann, 2015, p. 68 y ss.) La literatura y la poesía explican en gran medida cómo funciona la imaginación a través del uso de metáforas y no de conceptualizaciones rígidas, dicho así, la empatía y la conexión con los valores más sublimes y las emociones más simples se pueden lograr con los textos literarios y poéticos antes que con los jurídicos o técnicos.

Lo anterior permite entender por qué, por ejemplo, las estructuras de la exégesis como método interpretativo en el Derecho pueden cuestionarse y resultan insuficientes dado que no son absolutas y ante la crisis del positivismo formalista como paradigma hegemónico resulta necesario establecer una conciencia sobre la espiritualidad del texto normativo, que, como se sabe, implica abandonar la literalidad para pasar a una intencionalidad. Sin embargo, hemos asistido en numerosos escenarios a una formación jurídica que privilegia el descriptivismo y se traduce en interpretaciones textuales por más absurdo que sea su resultado. Se desconoce que la hermenéutica es una moneda con una cara técnica y otra psicológica (como lo estableció Schleiermacher) y que privilegiar el texto (gramática) sobre la intención (aquello que está en la mente del autor, pero no se comprendió por algún error) es terminar en una práctica hermenéutica laxa, algo que no corresponde con los verdaderos propósitos a la hora de comprender, Peter Szondi dice al respecto:

Uno de estos propósitos es el de establecer lo que en un pasaje dicen las palabras, el de determinar el *census litteralis*. El otro es el de saber lo que el pasaje quiere decir, el sentido al que las palabras se refieren sólo como signos: es la interpretación del *census spiritualis*, la interpretación alegórica. Ambos propósitos están presentes en los comienzos tanto de la hermenéutica filológica como de la hermenéutica teológica. (2006, p. 47)

Como se ha indicado a lo largo de esta reflexión, la lucha en la enseñanza del Derecho debe considerar la posibilidad de que el conocimiento jurídico no es universal y sobre este escenario construir una posición crítica y abierta. También es cierto que se

debe abandonar la idea de una legislación universal que conlleve a una exclusiva noción de Justicia: *“No es cierto que los ideales de Justicia social se acrediten únicamente en el marco de una legislación universal. La existencia de unas reglas de juego, de unos principios que la garanticen no es incompatible con las diferencias.”* (Serna, 2004, 117). Las costumbres, la historia y tradiciones, las narrativas y los imaginarios de los diferentes grupos sociales son un foco indispensable para la lucha contra esta universalidad falaz que en poco contribuye con la formación holística en materia jurídica pues es ahí donde encontramos las bases más sólidas y genuinas de nuestras ideas, emociones y caracteres morales y éticos para la toma de decisiones (razón práctica); Martha Nussbaum en su Justicia Poética nos dice: *“La norma aristotélica de la razón práctica se encuentra bien ejemplificada en los procedimientos típicos del derecho consuetudinario, con su fructífera atención a la historia y las circunstancias.”* (1997, p.123)

La apertura al mundo es el premio que se obtiene si se sigue la concepción aquí propuesta y esto es posible sólo en la medida en que se abandone la idea de que el Derecho y su lenguaje sirven exclusivamente para solucionar un problema práctico. Asumirlo de esa manera es asimilarlo a una técnica mecánica y calculadora que elimina cualquier atisbo de humanidad o trascendencia, esto es, quizás, la diferencia entre el abogado y el jurista, tal como enseñaban algunos maestros en las facultades de Derecho; el abogado resuelve un problema, el jurista comprende el mundo desde su área de conocimiento y contribuye con la reflexión y la crítica, y, desde luego, también soluciona el problema. Por lo tanto, es necesario aceptar que *“no todos los procesos comunicativos conducen a la resolución de problemas, los hay que les compete la apertura de mundo”* (Serna, 2004, p. 103) y en el Derecho y su enseñanza se está en mora de asumir esta posición, no hay que formar sólo para solucionar, se debe formar para reflexionar, trascender y dar sentido a la vida propia desde el conocimiento y la acción. Es aquí donde el la literatura y otros espacios como el arte cobran especial valor en tanto *“los correspondientes sistemas culturales de acción administran las capacidades de solución de problemas de forma similar a como el arte y la literatura las capacidades de abrir mundo”*. (Habermas, 1989, p. 247)

De esta manera, el discurso jurídico también debe ser estudiado desde otra perspectiva, una que deje de caracterizarlo como una entidad meramente lógico-formal que conduzca a descifrar el mensaje (lo dicho), sino también a hacerlo inteligible, es decir, comprensible y esto supone analizar las condiciones históricas, políticas, económicas e ideológicas que lo generaron, *“en otras palabras, la inteligibilidad de un discurso, de un texto, no deriva únicamente de lo dicho sino también de la tradición en medio de la cual se dice.”* (Serna, 2004, p. 107) Por lo tanto la comprensión de lo que dice sólo resulta útil en tanto se integre con lo que se ha dicho sobre lo mismo previamente por otras culturas: *“Lo que podemos entender al estudiar otras culturas no son sólo posibilidades de maneras diferentes de hacer las cosas, otras técnicas. Aún más importante es que podamos aprender diferentes posibilidades de hallar sentido a la vida humana.”* (Winch, 1994, p. 77)

Finalmente, este nuevo enfoque también ofrece una perspectiva sobre el papel de la investigación en los programas de Derecho, y en general, en los estudios sociales. También de índole crítica, el modelo propuesto propugna por abrir una ventana al mundo a partir del cuestionamiento a la falsa universalidad del conocimiento jurídico y esto implica que se debe recuperar la imagen del académico comprometido con la solidaridad social, la

ética profesional y una sinceridad académica que transformen el qué, para qué y cómo se investiga, escribe y pública. No es nada distinto a la lucha contra las hegemonías académicas y las dictaduras editoriales que indican qué, cómo y cuándo escribir de acuerdo a las necesidades de un sistema que pocos entienden y comparten. Este asunto es de particular relevancia en las ciencias sociales, comúnmente comparadas para efectos de medición y producción intelectual a las naturales. La lucha debe darse para lograr que estudios y teorías sobre del Derecho, distintas a la tradicional, tengan relevancia y peso sin perecer en el oscuro y caprichoso mundo académico actual, sobre este panorama, Heidegger manifestó:

Desaparece el sabio. Lo sustituye el investigador que trabaja en algún proyecto de investigación [...] el investigador ya no necesita disponer de una biblioteca en su casa, además, está todo el tiempo de viaje. Se informa en los Congresos [...] se vincula a contratos editoriales, pues ahora son los editores los que deciden qué libro hay que escribir. (1997, p. 84)

Los beneficios de una formación que reconozca y de valor a la relación entre Derecho y literatura se traducen en una habilidad hermenéutica que conlleva a una actitud interpretativa íntegra que transmite elementos éticos y morales al intérprete a partir de su reconocimiento en el mundo y la cultura, como un sujeto que hace el Derecho y no simplemente lo narra o contempla. El concepto de hermenéutica adquiere así un nuevo significado en medio de la relación entre Derecho y literatura, marcado por la empatía con valores y emociones que apuntan a una moral y una ética como partes del complejo análisis jurídico para una práctica exitosa y transformadora, todo apunta a una:

[...] mejor comprensión del texto y de los hechos contribuye (pero no determina) tanto a la mejor concepción moral del caso (pues el Juez, al comprender, con lo que implica esta palabra en la hermenéutica, puede lograr conocer de mejor manera cuál es su rol como agente moral) como a un mejoramiento significativo de la *lex artis*. (Botero, 2012, 224)

Como se dijo antes, el Derecho es muy importante como para dejarlo sólo a los abogados y su forma de pensar la ciencia y el conocimiento, esta es una invitación a pensar el fenómeno jurídico por fuera de la universalidad que se ha construido a lo largo de los años y atreverse a repensar al Derecho desde las trincheras de la literatura, la poesía o el arte. No hay nada que perder, pero sí mucho por ganar.

## Referencias

---

- BOTERO, A. ¿La lectura literaria forma buenos jueces? Análisis crítico de la obra Justicia Poética. En *Argumentación Jurisprudencial*, memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica. México DF: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 209-278.
- BOYD, J. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. New York: Wolters Kluwer, 2018.
- CALSAMIGLIA, A. El concepto de Integridad en Dworkin. En *Revista Doxa*, 12. Alicante: Universidad de Alicante, 1992, pp. 155-176.
- CARDOZO, B. Law and Literature. En *The Yale Review*, N° 14. New Haven CT: Yale University, 1925, pp. 699-706.
- CHILLÓN, A. El “giro lingüístico” y su incidencia en el estudio de la comunicación periodística. En *Revista Anàlisi*, N° 22. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1998, pp. 63-98.
- CUESTA, J. Introducción. En *Introducción a la hermenéutica Literaria de Peter Szondi*. Madrid: Abada Editores, 2006.
- DWORKIN, R.  
*El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992.  
*Retomo al Derecho “Natural”*. En BETEGÓN, J. El al (eds.). *Derecho y Moral*. Barcelona: Ariel, 1990
- ECO, U. *Kant y el ornitorrinco*. Barcelona: Lumen, 1999.
- GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme, 1996.
- GENETTE, G. El Discurso del relato: Ensayo de Método (orden, duración, frecuencia, modo). En *Figuras III*. Paris: Editions du Seuil, 1972, pp. 65-224.

GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?* Barcelona: Herder, 2008.

HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Taurus, 1989.

HEIDEGGER, M. La época de la imagen del mundo. En *Caminos del Bosque*. Madrid: Alianza, 1997.

ISER, W. *El acto de leer. Teoría del efecto estético*. Madrid: Taurus, 1987.

JANOUGH, G. *Gespräche mit Kafka. Aufzeichnungen und Erinnerungen*. Frankfurt am Main: Fischer Verlage, 1961.

JÍMENEZ, M. Et al. El movimiento de Derecho y Literatura. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXV, enero-junio, N° 263. México DF: UNAM, 2015, pp. 47-75

KAFKA, F. *El Proceso*. Bogotá: De Bolsillo, 2012

KARAM, A. Et al. Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. En *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año III, N° 4. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 168-172.

LONDON, E. *The World of Law*. New York: Simon and Schuster, 1960.

OST, F. El reflejo del derecho en la literatura. En *Revista Doxa, Cuadernos del Filosofía del Derecho*, N° 29, Alicante: Universidad de Alicante, 2006, pp. 333-348.

POSNER, R. *Law and Literature*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2002

PRINCE, G. Narratología. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, pp. 127-144.

NUSSBAUM, M.

*Justicia Poética*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997.

*El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: Antonio Machado Libros, 2005.

ROBLES, G.

(2003). *Introducción a la teoría del Derecho*, 6ª Edición. Barcelona: Debate.

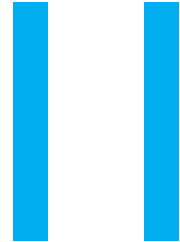
(2015). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 6a edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi.



- SEATON, J. Law and Literature: Works, Criticism and Theory. En *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 11, Iss. 2, Art. 8. New Haven CT: Yale Law School, 1999, pp. 479-507.
- SELDEN, R. Introducción. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, pp. 9-21.
- SERNA, J. *Filosofía, literatura y giro lingüístico*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2004.
- STERLING, J.
- (2018). Y OSMA, P. La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: Teoría de Textos. En *Revista Filosofía UIS*, vol. 17, N°1, enero-junio. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2018, pp. 243-269.
- (2018). La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: Positivismo Jurídico y Teoría de Textos. En: MEDINA, Diego (ed.). *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 219-246.
- SZONDI, P. *Introducción a la hermenéutica literaria*. Madrid: Abada Editores, 2006.
- TARUFFO, M. Narrativas Judiciales. En: *Revista de Derecho*, vol. XX, julio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 2007, pp. 231-270.
- TODOROV, T. *Gramática del Decamerón*. Madrid: Taller Ediciones, 1973.
- VÁSQUEZ, M. *Borges, sus días y su tiempo*. Buenos Aires: Javier Vergara, 1999.
- WEISBERG, R. The Law-Literature Enterprise. En *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol.1, issue 1, article 4, New Haven CT: Yale Law School, 1989, pp. 1-67.
- WIGMORE, J. A List of Legal Novels. En *Illinois Law Review*, N° 3. Champaign IL: University of Illinois College of Law, 1908, pp. 574-596.
- WINCH, P. *Comprender una sociedad primitiva*. Barcelona: Paidós, 1994.
- ZIMMERMANN, J. *Hermeneutics. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.







## Lingüística textual en el Derecho: Enfoque desde la Teoría Comunicacional

Serías un buen posmoderno si supieras leer, pero entre tanto muchacho  
no hay nada que hacer.

*Soledad criminal. 1280 almas*

En este texto se abordará la lingüística textual (teoría de textos) propuesta por la Teoría Comunicacional del Derecho (en adelante TCD), plataforma teórica elaborada por el profesor español Gregorio Robles Morchón y que he estudiado durante varios años. Dicha lingüística textual plantea una noción del texto amplia y distinta a la que tradicionalmente se ha concebido en el mundo jurídico. Acudiendo a los postulados de la hermenéutica filosófica y la filosofía analítica, que desde la TCD no son escenarios opuestos y excluyentes sino complementarios y se fusionan para generar así un método hermenéutico-analítico conciliador que conlleva a una nueva realidad del texto jurídico, se crea una lingüística textual propia de la TCD marcada por tres características puntuales: i) la gramática textual como marcador de poder, ii) el concepto de texto escribible y iii) la noción de hipertexto. Al final, se ilustrará una nueva idea de teoría de textos que se compadece con una visión del Derecho alejada de la estática y la contemplación de la realidad y se compromete con una estructura interpretativa y constructiva del fenómeno jurídico.

### **Caracterización general de la Teoría Comunicacional del Derecho**

La Teoría Comunicacional del Derecho (en adelante TCD) hace énfasis en los procesos comunicacionales dado que son éstos su perspectiva de conocimiento. Así como en los

paradigmas jurídicos iusnaturalistas y positivistas el análisis recae en los conceptos de justicia y norma jurídica respectivamente, en la TCD este acento recaerá en la comunicación. De esta manera, la Teoría Comunicacional asume el Derecho como un conjunto de procesos de comunicación entre el Estado, las instituciones que lo conforman y los individuos.

Al ser la comunicación la perspectiva de conocimiento de la TCD, el punto de partida y de referencia es el lenguaje, por lo que se trata entonces de una teoría estrechamente ligada con la lingüística y sus reflexiones. Esta es la razón que lleva a la TCD a considerarse como una teoría que estudia el lenguaje de los juristas. En este apartado, la obra de Robles siempre ha querido ser jurídica, es decir, que analiza los fenómenos propios del Derecho y desde el Derecho sin desconocer los aportes necesarios de otras áreas del conocimiento; por lo anterior, para un abordaje exitoso de la TCD se debe poseer una formación jurídica previa.

La relación de la TCD con el lenguaje se da desde una perspectiva ontológica débil de la cual se derivan dos consecuencias: la primera es que no se hace una identidad perfecta entre Derecho y lenguaje, es decir, no se asume que el Derecho es un ejercicio igual al del lenguaje, no se trata de los mismos fenómenos. Se trata entonces de asumir que el Derecho se manifiesta a través del lenguaje, el Derecho es potencialmente comunicable a través de las formas y funciones del lenguaje. La segunda consecuencia radica en que la afirmación de que el Derecho se manifiesta en el lenguaje es una postura pragmática.

Sumado a lo anterior, la TCD utiliza un método resultante de la conjunción entre la filosofía analítica o del lenguaje, que busca la aclaración del pensamiento a través del lenguaje con funciones organizativas y clasificatorias, y hermenéutica filosófica que busca el análisis del fenómeno de la comprensión de las ciencias del espíritu, culturales o sociales. Este método hermenéutico-analítico es el elegido por la Teoría Comunicacional para explicar sus postulados y es, además, una muestra innovadora en tanto concilia y acerca dos áreas que tradicionalmente se han considerado como opuestas y excluyentes: la analítica y la hermenéutica.

Uno de los conceptos claves en la TCD es el de ámbito jurídico (AMB). Es un espacio de procesos comunicacionales compuesto por los otros dos conceptos básicos: ordenamiento jurídico (ORD) y sistema jurídico (SIS). El AMB comprende así el ORD, el SIS y los demás actos comunicacionales cuyo significado sólo se alcanza en la relación dual ORD/SIS.

Para poder proceder al análisis de los elementos indicados en el párrafo precedente, la TCD presta especial atención al concepto de texto, por ello es portadora de una teoría de textos o una lingüística textual. El Derecho se manifiesta a través del lenguaje y éste, a su vez, es susceptible de ser manifestado en textos (escritos predominantemente). La TCD asume una noción amplia de texto en la que toda obra humana puede ser elevada a la categoría textual bien sea escrita o actuada. De acuerdo con lo anterior, el concepto de acción cobra relevancia en tanto ésta es texto dado que representa el significado que se asigna a un movimiento de carácter físico-psíquico como levantar la mano, por ejemplo. Por lo tanto, los textos se interpretan desde un marco hermenéutico de referencia constituido por las tradiciones, prácticas y valores de una comunidad a partir de las herramientas de la hermenéutica.

Dicho lo anterior, se tiene que el ORD es una totalidad textual, un conjunto de textos resultado de una decisión. La decisión es un concepto clave en el desarrollo de la TCD pues todo ORD se construye a golpe de decisión. Existen autoridades con el poder para tomar decisiones y crear situaciones, así las cosas, el poder constituyente, por ejemplo, toma la decisión constituyente que genera el texto constitucional; lo mismo ocurre con la autoridad legislativa y las normas jurídicas y el juez y la sentencia judicial. Todos estos textos parciales conforman el ORD, es decir, textos ordinamentales.

Pese a que existe un ordenamiento jurídico, éste no se revela o presenta de forma ordenada, es una ficción necesaria para entender su función. En realidad, el ORD no viene de forma ordenada y coherente por lo que no resulta comprensible de inmediato (lo que implica una práctica hermenéutica estricta en palabras de Schleiermacher). El ORD presenta contradicciones, lagunas, redundancias y otros defectos, por lo que requiere que sea aclarado para su comprensión. Esta tarea aclaradora la lleva a cabo la ciencia de los juristas o Dogmática Jurídica por medio de la creación del sistema jurídico (SIS) que contiene los textos resultantes como propuestas de interpretación y comprensión que hacen los autores para develar el derecho vigente y para que las autoridades judiciales acepten e incorporen en sus decisiones. Ejemplos de estos textos tenemos los manuales de Derecho y sus diversas áreas (civil, penal, laboral, etc.). El texto sistémico es un reflejo del ordinamental que es texto bruto, busca ordenarlo y aclararlo a través del método hermenéutico analítico indicado anteriormente.

Como se ha podido apreciar, la TCD tiene uno de sus pilares en el tratamiento de los textos como construcciones u obras humanas que comunican mensajes (en el Derecho es generalmente hecho de manera escrita). Vamos a profundizar ahora en cómo se ha construido esta lingüística textual analizando al papel de la hermenéutica en este proceso.

## El papel de la hermenéutica filosófica en la TCD

Los fenómenos de interpretación y comprensión, aunque están relacionados, son distintos. Tradicionalmente se ha dicho que la hermenéutica es el arte de la interpretación, valoración que a mi juicio es errónea en tanto la hermenéutica como disciplina filosófica se centra en el fenómeno de la comprensión, que es el resultado de la evaluación y selección de una interpretación sobre otras. De esta manera, la comprensión debe entenderse como una forma de *estar ahí* del sujeto (hermenéutica de la facticidad en Heidegger) dado que implica una reflexión sobre todo el universo posible de comportamientos del ser humano en la realidad. El *estar ahí* (*Dasein*) es un concepto que implica potencialidad en tanto el ser no es algo dado, por el contrario, está abierto al devenir, es potencia en la medida que el sujeto se relaciona con el mundo a través de experiencias vitales, así las cosas, la confusión de asumir el ser como algo dado y estático sería una de las situaciones que la hermenéutica busca remediar al zarandear al ser de este letargo. En palabras de Robles:

Toda experiencia hermenéutica tiene lugar sobre la base de la temporalidad del estar ahí (*Zeitlichkeit des Daseins*) y por tanto la historicidad se introduce como horizonte hermenéutico ineludible. El “estar ahí” puesto en contacto con las cosas da lugar al círculo hermenéutico. (2003, p. 191)

Robles, analizando la obra de Gadamer, identifica, sin embargo, que esta posición eventualmente traería un problema: la hermenéutica puede caer en el campo y las falencias propias de la filosofía de la historia, es decir: hermenéutica como filosofía de la historia. Ello se vería reflejado en la imposibilidad de separar lo individual de lo universal.

[...] puesto que mi meta cognoscitiva es hallar el sentido, no de lo individual en cuanto que individual, sino en conexión con la historia efectual, de tal modo que nada escape a la integración en el todo dotado de sentido, incluso los más pequeños detalles. (Robles, 2003, p. 190)

Someter la historia a la historicidad de ella misma es una trampa que acertadamente denuncia la obra del profesor español. Cada época significa la creación de *la* historia, así como los supuestos para su comprensión, de esta manera la historia no es la panacea, en tanto herramienta de comprensión autónoma, sino que "*ella misma se inserta en la hermenéutica*". (Robles, 2003, p. 190)

Para evitar el problema descrito anteriormente, que supone confundir la hermenéutica con la filosofía de la historia o historicismo, Robles plantea que, a diferencia de la historicidad, la "*lingüística (Sprachlikeit) subyace a todo fenómeno de comprensión, y éste a su vez es el marco dentro del cual necesariamente se inserta todo conocimiento, del tipo que sea.*" (Robles, 2003, p. 190) Por lo tanto puede hablarse de una universalidad de la hermenéutica fundada ahora un fenómeno inmediato –a diferencia de la historia- y también universal: el lenguaje que permite acceder a las realidades de cada sujeto. De esta manera el conocimiento de la historia no es simplemente la recepción pasiva de una narración, por el contrario, la comprensión del historiador y del intérprete juegan un papel determinante en tanto condicional dicho conocimiento.

La hermenéutica ha establecido una ruptura manifiesta con el historicismo en su modo de explicar la dimensión histórica de toda comprensión. Frente al propósito de reconstrucción objetivista del pasado, que caracterizaba a las ciencias históricas y a las ciencias del espíritu, ahora se propone que todo conocimiento histórico está mediado por la comprensión del historiador y del intérprete, quienes proceden de una realidad y una situación condicionadas. (Osuna, 1995, p. 87)

Lo anterior será determinante para ofrecer una diferencia tangible entre Dogmática jurídica e historia jurídica, y consecuentemente una diferencia entre interpretación de carácter doctrinal y una de carácter histórica. Así pues, mientras la interpretación doctrinal se encarga de interpretar el derecho vigente para aplicarlo a situaciones particulares, mientras que un procedimiento interpretativo histórico en el cual se habla de un sujeto histórico que interactúa con el texto exponiendo sus prejuicios (Gadamer). En este orden de ideas la interpretación histórica es consecuente con la reflexión acerca del papel del sujeto en el mundo y sus actos en él, por lo que el olvido de esta máxima conlleva a una visión del texto estéril y fría en tanto la ausencia de reconocimiento acerca de la importancia

del mensaje eliminaría cualquier actitud hermenéutica dejando todo a la gramática (Schleiermacher). Al texto se le indaga, y sólo de esa manera el intérprete comprende su lugar en el mundo. De esta manera se evade la pauta del historicismo que como canon impone la evasión de la mezcla entre lo subjetivo del sujeto con lo objetivo de la historia.

[...] se identifica con la situación del intérprete desde la que procede y en la que actúa. Toda interpretación acontece en un sujeto condicionado histórica y socialmente y ese su “horizonte hermenéutico” grava toda interpretación. Una hermenéutica que parte de este supuesto es, sin duda alguna, una ontología del ser humano. El intérprete es un ser histórico y su comprensión no queda bien situada cuando pensamos en que debe olvidarse a sí mismo y su situación para dejar al texto todo lo que contiene. Antes bien, el texto será mudo si sobre él no se vierte alguna pregunta, se le interroga sobre algo que pueda ofrecernos. (Osuna, 1995, p. 88)

De esta manera los juristas como jueces son siempre “*intérpretes históricos del derecho*” (Osuna, 1995, p. 88) ya sea que el Derecho esté vigente o no. En otras palabras: la distancia cronológica entre textos es irrelevante ante la verdadera esencia de la interpretación jurídica: la mediación respecto del texto que permita superar la eventual contradicción entre lo escrito y las condiciones históricas que marcaron la intención. De nuevo se regresa a la posición de Schleiermacher que invita a pensar el fenómeno de la comprensión alejado de la gramática como única forma posible de interpretación.

El análisis hermenéutico de cualquier fenómeno se presenta en el tratamiento textual de éste en la medida que sólo a través de los textos se puede buscar la comprensión. El hombre se acerca a los fenómenos para aprehenderlos a través de la expresión textual que supone la transmisión de un mensaje o experiencia de vida, de ahí que: “*Comprender e interpretar textos es la función paradigmática de la hermenéutica*”. (Robles, 2003, p. 190) En este orden de ideas Robles se apunta a una concepción clásica de la hermenéutica -que ya había sido enriquecida por la visión amplia de Dilthey- y que tiene como una de sus características la de recaer principalmente sobre textos (*cf.* Grondin, 2008, p. 17).

Robles es consciente del historicismo y su influencia en el pensamiento jurídico. Desde los inicios de su obra muestra como ante la existencia de una crítica de la razón pura se opone una crítica de la razón histórica.

[...] mientras la primera trataba de comprender el mundo, incluida la realidad humana, *more geometrico*, a través de un simplista deductivismo, la segunda intenta la comprensión de las realidades humanas dotándolas de sentido por mor del contexto situacional y de la realidad de los valores, de la que no se puede prescindir para entender lo humano, a diferencia de lo físico natural (Robles, 2003, p. 131)

La analogía con la idea de Biografía con la que Robles aborda la idea de Dilthey le permite establecer que la razón histórica tiene como esencia la comprensión psicológica

de un escenario realidad histórica social, un rasgo, sin duda, nutritivo para el Derecho, Robles, citando a Dilthey, dirá:

Oigamos al propio Dilthey: La concepción del derecho natural resultó errónea, porque esta comunidad de fines en el Derecho fue considerada aislada en sus relaciones, en particular de las que tiene con la vida económica y con la organización externa de la realidad y trasladada a una región más allá de la evolución histórica. (2003, p. 136)

De esta manera Robles ilustra que, partiendo de la idea de Derecho de Dilthey, hay una cercanía entre derecho e historia que se concreta en los linderos de las teorías positivistas en tanto ambas tienen su interés intelectual en la realidad existencial del Derecho, realidad que está marcada por la necesidad de comunicar decisiones de las autoridades a través de textos para garantizar la organización y la convivencia social, sin embargo, aunque este proceso parece simple y objetivo, no se puede desconocer que también lleva inmerso un aspecto psicológico en tanto se trata, al fin y al cabo, de teorías voluntaristas, al respecto Dilthey expresa que:

En el hecho del derecho, como raíz de la convivencia social de los hombres, no se hallan separados todavía los sistemas de la cultura de la organización externa de la sociedad. Es característica de esta situación que todo concepto jurídico implica el factor de la organización externa de la sociedad. Así se explica una parte de las dificultades con que tropieza quien pretende derivar de la realidad del derecho un concepto universal del mismo. Así se explica también cómo a la propensión de una parte de los investigadores positivos, la de destacar uno de los dos aspectos que implica el hecho jurídico, se enfrenta siempre la propensión de la otra parte, que hace resaltar el aspecto descuidado.

El derecho es una "conexión de fin" fundada en la conciencia del derecho como un hecho psicológico que opera constantemente. Quien niegue esto se hallará en contradicción con los resultados reales de la historia del derecho, que nos dice que la creencia en un orden superior, la conciencia del derecho y el derecho positivo guardan entre sí una interna conexión. Se contradice también con los resultados reales de la fuerza viva de la conciencia jurídica, que va más allá del derecho positivo y hasta se le enfrenta en ocasiones. Mutila la realidad del derecho (como ocurre, por ejemplo, en la posición histórica del derecho consuetudinario) para poderlo abarcar dentro de su mundo mental. Así sucede que el espíritu sistemático, que en las ciencias del espíritu tan raramente tiene conciencia de los límites de su aportación, sacrifica la realidad íntegra a las exigencias abstractas de simplicidad en el desarrollo del pensamiento.

Pero este nexo final del derecho se orienta hacia una vinculación externa de las voluntades en un orden firme y de validez general, mediante la



cual resultan determinadas las esferas de poder de los individuos en sus relaciones recíprocas y con el mundo de las cosas y con la voluntad común. El derecho existe sólo en esta función. Pero la misma conciencia jurídica no es un hecho teórico sino una realidad de la voluntad. (1949, p. 61-62)

Por otro lado, y retomando el hallazgo de que la lingüisticidad subyace en todo proceso de comprensión -y todo conocimiento del tipo que sea- se aporta otro argumento para poder sostener la universalidad del fenómeno hermenéutico. Robles indica que esta situación:

[...] se concreta en el tratamiento textual de los fenómenos hacia los que el hombre se acerca para "aprehenderlos". Comprender e interpretar textos es la función paradigmática de la hermenéutica, pero el concepto de "texto" es aquí ampliado al máximo, dotándosele de un significado universal. Todo lo que el hombre hace, dice, piensa, habla, actúa, etc., es "texto", puesto que todo ello ha de ser comprendido e interpretado. (Robles, 2003, p. 190)

De esta manera el concepto de texto va ligado al de la experiencia vital que busca ser develada en el proceso de comprensión pero que sólo puede ser percibida a través de un discurso o un diálogo. El texto da cuenta de la experiencia humana en el mundo, por lo tanto la comprensión subyace a todo lo humano (ahora sujeto a ser textualizado) por lo que la hermenéutica es la base elemental de todo proceso cognitivo y valorativo (aquella pretensión de verdad de las ciencias del espíritu que anhelaba Dilthey), de acuerdo con Robles: "*Estos procesos no hay porque reducirlos necesariamente al ámbito de la ciencia, sino que pertenecen también a la experiencia humana del mundo*" (2003, p. 191) Lo anterior traerá como consecuencia que la hermenéutica no es un método sino una reflexión acerca de la composición ontológica que la comprensión que gira respecto de dos interrogantes: ¿qué es la comprensión? Y ¿cómo se logra comprender?

El texto así entendido representa un interés que suscita una pregunta para el intérprete, una pregunta sobre el horizonte histórico del autor y su presencia en él y que sólo es perceptible a través del mismo texto y de la conversación. Surge de nuevo un rasgo propio de la hermenéutica gadameriana consistente en la importancia del diálogo con el otro, en tanto ese otro se reconoce como un sujeto valioso que puede aportar conocimiento para luego generar transformación; ese otro representa también la autoridad en la medida que lo quiere decir es trascendental para el que está interesado en comprenderlo. Vemos cómo la lingüisticidad se presenta como la esencia del quehacer hermenéutico y la razón subyace en que la comprensión siempre requiere de un marco lingüístico, no porque ésta provenga después de las palabras, sino porque "*tal comprensión se consume en el lenguaje*" (Robles, 2003, p.196). Se reafirma entonces la idea axiomática de Gadamer según la cual todo lo que se debe presuponer en la hermenéutica es lenguaje.

La lingüisticidad aparece entonces, de nuevo, como el punto clave de la hermenéutica filosófica que ahora se centra en el fenómeno de la comprensión ya que ésta siempre estará

presentada de forma lingüística y no al contrario, en otras palabras: la comprensión surge después de un ejercicio lingüístico y no al contrario. Entonces, el gran descubrimiento de la hermenéutica, así entendida: “[...] es haber caído en la cuenta de la universalidad del lenguaje en la interpretación y por lo tanto también en la comprensión” (Robles, 2003, p. 197) y todo ejercicio de comprensión, al final, sólo puede serlo por medio de su traducción en el lenguaje, pero este lenguaje se toma de forma amplia, por lo que es posible sostener que aún piezas musicales u obras de arte, por ejemplo, son susceptibles de ser comprendidas en tanto son medios de expresión de una experiencia vital, en conclusión toda forma expresiva de comunicación humana es lenguaje que se puede comprender.

El gran aporte de la hermenéutica, dice Robles, será entonces que es posible hablar de una universalidad del lenguaje a la hora de interpretar y por lo tanto es posible hablar de una universalidad en la comprensión. Todo objeto puede ser comprendido y puede ser traducido al lenguaje. Lo que se interpreta no tiene que poseer necesariamente una naturaleza lingüística, como por ejemplo un texto en sentido tradicional, si no que puede ser una obra de arte o una pieza musical, pues si bien es cierto éstos no tienen en estricto sentido un carácter lingüístico son, en últimas, medios de expresión de una experiencia personal del sujeto en el mundo. (cf. Gadamer, 1991, p. 65) Esta visión permite una concepción de texto que no es un amarre metodológico en tanto no pretende convertirse en algo dado e inmodificable, en algo que se entrega para acumular conocimiento y nada más. Robles acude a la visión de Gadamer para poner de presente la tradición humanística del conocimiento en donde se privilegia la construcción (*Bildung*) autónoma o formación y no la simple acumulación de contenidos. En este orden de ideas el conocimiento ofrece verdades que transforman al ser humano a través de la elevación hacia la generalidad, Gadamer dice respecto de ese conocimiento.

[...] no está simplemente reducido a la formación teórica, y tampoco designa un comportamiento meramente teórico en oposición a un comportamiento práctico, sino que acoge la determinación esencial de la racionalidad humana en su totalidad. La esencia general de la formación humana es convertirse en un ser espiritual general. El que se abandona a la particularidad es ‘inculto’. (Gadamer, 2006, p. 41)

No es extraño entonces que Gadamer considerara a la hermenéutica jurídica como paradigmática por la siguiente razón: los métodos de interpretación utilizados afectan la dogmática jurídica y también decisión judicial, modifican la realidad. Esto está íntimamente ligado a la problemática sobre cuál es el concepto del derecho y el lenguaje de los juristas. En otras palabras: los juristas se han preocupado más por el problema de la definición del derecho olvidando las “demandas teóricas de los juristas”. (Robles, 2003, p. 199) La abstracción del lenguaje jurídico conlleva a vivir de espaldas a la realidad convirtiendo a la filosofía y a la hermenéutica del derecho en elementos totalmente improductivos, altamente ideales y abstractos.

Robles no niega que el problema ontológico del derecho sea relevante, pero no puede llevar a una amputación metodológica. La formación del jurista y su posición frente

al Derecho no puede ser simplemente una visión carente de construcción y limitada sólo a la acumulación de conocimientos a partir de textos en un sentido corriente ya su interpretación de manera gramatical o exegética únicamente. Antes de preguntarnos qué es el derecho deberíamos empezar por preguntarnos cómo construimos el derecho y cómo hablamos de él, esto es algo que sólo se puede lograr a través del texto en un sentido amplio, del texto como la evidencia de las experiencias humanas en el mundo. “¿Cómo construimos los hombres el derecho? La respuesta sólo puede ser esta: mediante las palabras”. (Robles, 2003, 199)

La idea de texto en la obra de Robles trasciende aquella concepción de que sólo puede hablarse de uno de carácter escrito o hablado, sino que también se habla de un texto “representado” o “actuado” (Robles, 2003, p. 197) en tanto la acción como fenómeno dotado de significado “es también un texto.” (Robles, 2003, p. 197)

En su Teoría del Derecho, que recoge los fundamentos de la TCD (Robles, 2015a, pp. 265-358), Robles presenta la relación entre dogmática jurídica y teoría de textos. La más reciente versión de la TDC habla del texto como “toda obra humana” (Robles, 2015a, p. 265), y ello implica que en esa categoría caben desde objetos artificiales (una silla o un bolígrafo), una obra de arte, una estructura civil como un puente o una carretera, una composición musical, un tratado de química o física, una ley o una sentencia judicial, etc. Dicha conceptualización es posible en la medida en que se habla de realidades construidas intencionalmente por el hombre, cosificadas, que poseen un sentido para él. Las construcciones del hombre, bajo esta perspectiva, serían obras, acciones, y la acción es fundamental en la TCD pues “la acción es el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. Como sentido o significado que es, es susceptible de transmitirse mediante el lenguaje”, en últimas sobre ésta es que recae el Derecho (Robles, 2015a, p. 265)

Respecto del predominio de textos escritos en el mundo jurídico, Robles es claro en plantear que existen tres tipos o categorías: ordinamentales (constituciones, tratados internacionales, leyes), sistémicos (manuales, textos doctrinales, estudios) y aquellos que no son ni ordinamentales ni sistémicos (demandas, querellas, escrituras, etc.). Lo anterior genera una realidad textual compleja en el derecho que se caracteriza por innumerables enlaces entre diversos tipos de textos, una especie de hipertexto en tanto se habla de un texto infinito, en crecimiento y compuesto por numerosas referencias, como conclusión se puede hablar entonces del Derecho como “un gran texto”, o un hipertexto, noción que se desarrollará más adelante. (Robles, 2015a, p. 266)

Ahora bien, para la comprensión de este gran texto se plantea la necesidad de “presupuestos comunicacionales o marco hermenéutico de referencia” (Robles, 2015a, p. 269) que implica la existencia de un bagaje cultural de cierta profundidad a la hora de realizar ejercicios de comprensión, algo similar a lo que sería el punto de vista hermenéutico en la obra de Neil McCormick. De ahí que para la comprensión de la diversidad de textos es necesaria una formación jurídica pero también cultural y por qué no literaria. Por lo anterior, la TCD se vale de un método hermenéutico analítico para el tratamiento textual, método amplio para una noción amplia de texto.

## El método hermenéutico-analítico de la TCD

El problema del método ha sido un tema recurrente de la Filosofía, en especial desde que Descartes escribiera su conocida obra. El método se convierte de esta manera en una manera inevitable para cualquiera que desee adentrarse en el estudio de la ciencia. La exigencia de precisión del mundo científico requirió abandonar las ideas metafísicas que fundamentaban el conocimiento. Con el surgimiento del método científico las ciencias se conciben como un conjunto de fenómenos observables con un objeto formal determinado que puede ser común (la realidad, el hombre, la naturaleza) pero que se van a diferenciar por su objeto material, que es el que al final las va a definir (la conducta, las normas, los recursos escasos, etc.).

En el caso del Derecho, si el objeto formal de estudio es el hombre, el objeto material sería las normas que regulan sus acciones y conducta para garantizar la convivencia, desde la TCD, sería, como ya se ha indicado, un proceso enteramente comunicacional. En el campo de filosofía de las ciencias y metodología de la investigación científica se proyectan históricamente dos paradigmas científicos: el modelo de explicación y el modelo de comprensión, el último propio del mundo del Derecho y la TCD en tanto la hermenéutica se convertirá en su base a la hora de construir una noción de verdad (así como lo es la lógica en las ciencias naturales que se caracterizan por explicar).

Los métodos suelen teorizarse y presentarse de forma paradigmática, sin embargo, debe anotarse que existen posturas anti-metodológicas que se fundan en la idea de que el método se ha elevado a tal magnitud que se vuelve al final un anclaje que termina siendo opuesto a la esencia de la investigación científica, en otras palabras, se han puesto más los ojos en el método que en la verdad. Sobre este punto, Robles sostiene:

Así, se afirma que no es necesaria mucha reflexión sobre el método de las matemáticas para ser un excelente matemático, ni sobre el método de la Física para ser un gran inventor. Estoy de acuerdo en que no se debe caer en la obsesión por el método, pues la rigidez en lo instrumental puede condicionar demasiado la libre investigación científica. (2015b, p. 370)

La idea planteada por Robles debe ser matizada con la que se sigue en la tesis gadameriana expuesta en *Verdad y Método*. La posición de la TCD no es la de rechazo o anarquía hacia el método, tal situación es incorrecta y problemática. Lo que busca una Teoría Comunicacional es concebir el método en su verdadero rol, sin ubicarlo en extremos que lo deslegitimen o lo empobrezcan. Por lo tanto, el análisis que la TCD hace sobre el fenómeno jurídico es un ir y venir constante para la construcción y comprensión de los conceptos básicos del Derecho, tal y como lo indicó Gadamer:

Lo que prevalece ahora es la idea del método. Pero éste en sentido moderno es un concepto unitario, pese a las modalidades que pueda tener en las diversas ciencias. El ideal de conocimiento perfilado por el concepto de método consiste en recorrer una vía de conocimiento tan reflexivamente

que siempre sea posible repetirla. *Methodos* significa “camino para ir en busca de algo”. Lo metódico es poder recorrer de nuevo el camino andado y tal es el modo de proceder de la ciencia. (2006, p. 54)

En el campo Jurídico, el dominio de la verdad debe estar familiarizado con los métodos propios del campo jurídico, por lo tanto, una de las tareas de la Teoría del Derecho es ocuparse de la metodología con interrogantes sobre si es el Derecho una verdadera ciencia, la existencia de diversos métodos y las características de los mismos. La TCD se centra en que el método que utiliza es el hermenéutico-analítico. Este método debe entenderse en dos sentidos: uno como método “*hermenéutico simple*” (Robles, 2015b, p. 374) y otro como “hermenéutico-analítico”. El primero es relativo a un modelo simplemente interpretativo en general y que recae sobre textos; aquí se acude a la idea optimista de hermenéutica que se ha manejado a lo largo de este trabajo, es decir, la evaluación de interpretaciones sobre textos escritos para elegir una y así lograr la comprensión. El segundo sentido, el hermenéutico analítico que:

Consiste en poner el acento en la idea de que en la interpretación hay dos lados que se necesitan y complementan: el analítico que descompone la materia estudiada en sus elementos simples y el constructivo que construye a partir de los elementos simples el conjunto del edificio cognoscitivo. En la Dogmática Jurídica esto se concreta respectivamente en el análisis conceptual y en la construcción del sistema. (Robles, 2015b, p. 374)

La filosofía analítica, centrada en el lenguaje como herramienta para transmisión del pensamiento, en el mundo del derecho, es asociada generalmente con los modelos positivistas “con la afirmación rotunda de que la única posibilidad de un conocimiento objetivo y riguroso acerca del derecho debía adecuarse al modelo de la ciencia moderna: empírica, descriptiva y exacta.” (Massini, 2007, p. 208) De esta manera, el estudio de lo jurídico se reducía exclusivamente al estudio lingüístico de sus proposiciones por lo que todo conocimiento que se alejara de esta intención no sería tenido como tal. En este orden de idea, Massini establece los elementos que una filosofía analítica del Derecho presenta:

El primero de ellos es el de la asunción decidida y completa de una concepción lingüística de la filosofía, en el marco de lo que se ha denominado el *linguistic turn* o “giro lingüístico”. “Desde este punto de vista -sostiene Villa- la filosofía analítica se caracterizaría por el hecho de presuponer una asunción conceptual fundamental, referida a las relaciones entre pensamiento y lenguaje: el lenguaje, aquí, no es concebido principalmente como un instrumento fundamental de comunicación, sino, sobre todo, como el vehículo necesario del pensamiento”. Se trata aquí, por lo tanto, de un claro reduccionismo del pensamiento a solo aquello que puede expresarse por medio del lenguaje. El segundo de los puntos a precisar es el que se refiere a la opción



metodológica fundamental de la filosofía analítica, según la cual “el análisis del pensamiento pasa necesariamente por el análisis del lenguaje”; dicho en otras palabras, el método a seguir en filosofía habrá de ser, en esta perspectiva, analítico-descompositivo y centrado en el lenguaje. En cuanto analítico, el método procurará desarticular cada enunciado para alcanzar las unidades mínimas de significado -las proposiciones- y establecer entonces su semántica, i.e., su significación y designación; a su vez, en cuanto lingüístico, reducirá el objeto de esa descomposición a los enunciados propios del lenguaje a analizar.

Por su parte, el tercero de los puntos de esta auto comprensión es el referido a que el análisis de los enunciados y de su relación con el lenguaje no ha de tener carácter psicológico o metafísico. (2007, p. 211-212)

La clara tendencia reduccionista que supuso la filosofía analítica en el mundo del Derecho implicó buscar por otro método que permitiera mayor amplitud. Las críticas se sustentan en aquellas que ya ha ilustrado la TCD: la reducción del concepto de Derecho a una exclusiva noción de norma positiva, es decir, ausencia de una visión perspectivística; la idea de que es necesario reconocer la presencia de temas de la moral y la ética para explicar conceptos básicos del derecho, como por ejemplo el de deber y obligación; la imposibilidad de una filosofía práctica “*de un modo de conocimiento al que incumba constitutivamente la valoración y dirección -aunque sea desde la lejanía de los principios universales- de la praxis jurídica concreta.*” (Massini, 2007, p. 218); así, la filosofía analítica expresada en el positivismo normativista se queda en un estado ideal.

Para superar las anteriores críticas, la hermenéutica aparece como una herramienta complementaria, pero nunca antagónica. Con Gadamer la hermenéutica, ahora como disciplina filosófica (que se centra en la comprensión) se abandonó el objetivismo referencial, el cientificismo y la pretensión semántica absoluta de la semántica incorporando aspectos prácticos, históricos e interpretativos con énfasis en la praxis humana. En este sentido, Arthur Kaufmann escribió que la hermenéutica filosófica:

Constató así un hecho importante: la captación de un sentido lingüístico supone al mismo tiempo y ante todo una autocomprensión del mismo sujeto que lo comprende. Quien realiza el acto de la comprensión se adentra en un horizonte cognoscitivo; de ahí que la reflexión metodológica no deba limitarse al “objeto”, sino que ha de integrar al “sujeto”. El derecho (a diferencia de la ley) no es una situación sino una acción, y no puede, por lo tanto, ser “objeto” de un conocimiento independiente del “sujeto”. El derecho es más bien un “producto” de un proceso hermenéutico de despliegue y realización de sentido. Por lo tanto, no puede existir en modo alguno una “actitud objetiva” del derecho al margen del proceso hermenéutico de su fijación. El juez que cree recibir sus criterios de decisión sólo de la ley -concluye- [...] sucumbe a un fatal engaño, ya que inconscientemente sigue dependiendo de sí mismo. (1985, p. 57)



La crítica hecha desde la hermenéutica filosófica hacia el positivismo de corte analítico en una serie de propuestas positivas sobre temas centrales de filosofía del derecho, en especial las formuladas en Alemania por Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer y Josef Esser, en Italia por Francesco Viola y Giuseppe Zaccarà y en España la obra de Gregorio Robles y su Teoría Comunicacional del Derecho. Las principales ideas que se extraen de esta crítica son: i) la idea universal de hermenéutica como filosofía práctica que apunta al fenómeno de la comprensión; ii) la idea del derecho como una práctica social dinámica e irreductible a un concepto de norma positiva; iii) el Derecho es una dimensión práctica en al cual se hacen usos del lenguaje; iv) la idea de interpretación jurídica como reconstrucción del pensamiento del autor (hermenéutica psicológica de acuerdo con Schleiermacher). Todas estas ideas están recogidas en la TCD, una visión hermenéutica que se enfoca en:

Sostener que el discurso jurídico sea esencialmente prescriptivo, significa privilegiar un cierto tipo de cultura jurídica, es decir, la fundada sobre el modelo del mandato, sobre el primado del legislador, sobre la prevalencia de los textos normativos, así como cerrar la posibilidad de buscar el derecho en toda su amplitud de lenguaje de la interacción social [...] En conclusión, debemos repetir que la filosofía hermenéutica a tiene por objeto la problemática de la comprensión del sentido de las empresas comunes y retiene que esa comprensión no se encuentra fuera de los concretos eventos discursivos (Viola y Zaccarà, 2001, p. 454)

La TCD al tener como objeto de estudio e investigación los textos jurídicos ordinamentales cuyo conjunto conforma una totalidad textual llamada ordenamiento jurídico (resultado de un proceso decisional), realiza posteriormente un tratamiento dogmático mediante el cual se construye el sistema jurídico. para llevar a cabo esta tarea, la Dogmática tiene una Teoría formal del Derecho previa que permite el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales y la ordenación de los sentidos de las frases que aparecen en el ordenamiento.

Todo jurista, al disponer en orden la materia del Derecho, sea o no consciente de ello, presupone una determinada Teoría del Derecho. De igual manera, todo jurista emplea un método, de modo más o menos coherente. Hacer explícitas esas dimensiones es una tarea que corresponde a la Teoría de la Dogmática jurídica como parte sustancial (teoría semántica) de la Teoría Comunicacional del Derecho. (Robles, 2015b, p. 380)

### **Características del método hermenéutico-analítico**

El método apropiado de la TCD es el hermenéutico-analítico, por esa razón se la puede denominar también Teoría hermenéutica-analítica del Derecho si se hace énfasis en su metodología. (Robles, 2015b, p. 389) Cuando se opta por el término comunicacional se

hace en referencia a que se ocupa de los procesos de comunicación que se dan dentro de un ámbito jurídico y que tiene como objeto los textos jurídicos en un sentido amplio.

El método elegido por la TCD es mixto en tanto sugiere la aplicación de los postulados de la hermenéutica, por un lado, y la filosofía analítica por el otro. Las dos son formas, no excluyentes entre sí, de abordar la investigación del lenguaje de los juristas. Durante mucho tiempo estas dos áreas se han presentado como contradictorias al señalar a la hermenéutica como el soporte de las ciencias humanas, sociales o del espíritu que se centran en el fenómeno de la comprensión y están en el corazón de actividades humanistas como la literatura, la filología, la teología y afines. Por su parte la analítica sería el soporte de las ciencias naturales o exactas, las cuales se explican, y estarían referidas a áreas como las matemáticas o la geometría y sus aplicaciones, por lo tanto, *“el lenguaje formalizado es la matriz lógica del conocimiento científico del mundo y que la labor de la filosofía es reducir este lenguaje a su núcleo lógico.”* (Casanova, 2014, p. 164).

Sin embargo, la TCD no las considera áreas excluyentes, las dos constituyen una unidad que se necesita para una adecuada formación jurídica, en palabras de Robles existe un *“espíritu conciliador de las dos tradiciones”* (Robles, 2015b, p. 390) que se concreta en el método, en donde la parte de la hermenéutica es equivalente a la interpretación constructiva entendida como una actividad –en mayor o menor medida exitosa- que es correlativa a todo proceso de comunicación y de comprensión. Se interpreta para lograr la comprensión a través de las pautas hermenéuticas, por lo tanto, la TCD asume que interpretar y comprender son actividades, que, aunque relacionadas, no son lo mismo en tanto existe un proceso de decisión a la hora de elegir por una interpretación por sobre otra, u otras, con la pretensión de lograr la comprensión. La hermenéutica, así visa, es un ejercicio valorativo de las interpretaciones. Así, la interpretación es un rasgo inevitable de la comunicación y puede ser un ejercicio que conlleve a un pluralismo.

Los rasgos generales de toda interpretación que ayudan a entender cómo tratar la cuestión “por qué interpretar” son trivialmente obvias. Primero. Toda interpretación es de un objeto. Segundo. Puede haber interpretaciones buenas o malas (o mejores o peores). Algunas interpretaciones son correctas o incorrectas (más que buenas o malas). El punto general, sin embargo, se mantiene: las interpretaciones pueden ser objetivamente evaluadas considerando su éxito como interpretaciones. Tercero. Puede haber, sin embargo, buenas interpretaciones sobre el mismo objeto compitiendo entre sí. Frecuentemente, lo que supera varias interpretaciones no equivale a una afirmación de pluralismo interpretativo. Varias interpretaciones pueden iluminar muchos aspectos diferentes de una misma obra. Por ejemplo, uno puede concentrarse en la iconografía de una pintura; el otro, en su estructura formal. Ambas pueden ser integradas en una única y más completa interpretación de la pintura. El pluralismo interpretativo se manifiesta por el hecho de que varias interpretaciones que compiten entre sí pueden ser buenas interpretaciones. Por ejemplo, tanto las interpretaciones de Glenn Gould

como las de Willhem Kempff de las sonatas de Beethoven pueden ser excelentes. Cuarto. Las interpretaciones son juzgadas buenas o malas por su habilidad para hacer que la gente entienda el significado de sus objetos. (Raz, 1996, p. 27-28)

La interpretación también puede asociarse a la idea esencial de la hermenéutica como ejercicio de traducción. Esta idea es la que origina, no sólo la asociación del Dios Hermes a la palabra hermenéutica, sino que también aporta los elementos esenciales de los que ella trata: un mensaje, la incomprensión del receptor de éste y la necesidad de un mediador que elimine los malos entendidos y así el mensaje pueda ser comprendido: *“El traductor es siempre intérprete, y, por tanto, hermeneuta. Interpreta para construir el sentido definitivo del texto objeto de su traducción. Al final del proceso decide –de entre las posibles– la interpretación que le parece acertada.”* (Robles, 2015b, p. 392) Sobre este punto, Alejandro Shvéitzer enfatizó en la existencia de factores que convierten a la interpretación y a la traducción como ejercicios complejos que implican la selección o toma de decisiones a la hora de optar por un resultado sobre otro, Iovenko, al respecto indica:

Resolviendo este problema, Alejandro D. Shvéitzer descubrió factores que determinan la traducción e interpretación; examinó dominantes funcionales del texto como los factores más importantes entre las estrategias en la traducción e interpretación; estableció la jerarquía de los “filtros” que influyen en la selección de una variante de traducción e interpretación; denominó como “probabilista” el carácter de las regularidades con las cuales tropiezan traductores e intérpretes; y describió detalladamente el método de “pruebas y errores” como el medio que utilizan los traductores e intérpretes cuando toman sus decisiones. (2010, p. 186)

Por su parte, la analítica se refleja en la investigación de los componentes simples de una determinada realidad. Se basa en la descomposición de una totalidad en sus elementos más simples para poder conocer cada uno de ellos, sus relaciones y así explicar su estructura. El análisis aquí realizado es formal al investigar los elementos y relacionarlos entre sí por medio de la conceptualización, por ello no es de extrañar que tenga una tendencia sistémica donde concepto, relaciones y estructura constituyen la base.

Para que nadie pueda llamarse a engaño sobre el particular, la perspectiva escogida es, por lo pronto, una perspectiva filosófica, familiarizada —aparte de con Wittgenstein— con la producción de autores como Austin o Searle. De la filosofía analítica se ha podido decir, con notable oportunidad, que es más una filosofía en el lenguaje que una filosofía del lenguaje. (Camps, 1976, p. 9)

Desde la perspectiva de la TCD, la hermenéutica y la analítica apuntan a algo en común: el análisis de textos, además de ser complementarias. Mientras la hermenéutica

se dirige a la obtención del sentido a través de un proceso interpretativo (comprensión), la analítica apunta a los componentes formales, en otras palabras, la primera al contenido, la segunda a la forma. Estas dos funciones están siempre presentes en el estudio de textos como fenómenos comunicacionales. Para lo anterior es necesario abandonar la ilusoria exclusión entre hermenéutica y analítica, y reconocer que son escenarios complementarios que apuntan a una visión de la Dogmática comprometida con la práctica.

Ahora bien, la “funcionalidad”, el “servir para” algo, requiere siempre un complemento, que se constituye en criterio de la misma; y, así, aunque la función no sea la “normal”, ello no impide que sea una función válida, porque lo que determina la validez es que se “use para algo”, como quiera que sea. Desde luego, entra ya aquí un juicio de valor que los analíticos, cobijados en el modelo del lenguaje común, no quieren arriesgar. Pienso que subordinar la corrección a la funcionalidad es una idea feliz que la filosofía analítica no ha sabido aprovechar del todo por un prejuicio antimetafísico de base.

Basta el acuerdo para que el lenguaje sea correcto: parejo acuerdo, implícito casi siempre, habrá de hacerse explícito cuando los usos lingüísticos no sean del todo “normales”. El análisis filosófico del lenguaje no tiene por qué poseer una función meramente terapéutica; porque eso —ha notado certeramente Waismann— sería sustituir el alimento por la purga. El análisis lingüístico ha de proponerse descubrir la “funcionalidad” de los distintos usos del lenguaje, los acuerdos, la “comunidad” de base que hay en ellos y que se constituye en su único fundamento. (Camps, 1976, p. 64)

Sumada a la anterior reflexión, es necesario indicar que la TCD insiste en una estrecha relación entre Derecho e historia, por lo que se requiere una hermenéutica de la tradición. Se trata de una visión del fenómeno jurídico que dé cuenta del “*acontecer histórico comprensivo de toda la realidad*” (Robles, 2015b, p. 432) por lo que el papel de la historia en el Derecho es el del estudio y evolución de los procesos comunicacionales (ámbitos jurídicos) y los ordenamientos. De esta manera, la hermenéutica jurídica debe ir de la mano con la tradición jurídica, es decir los modos de pensamiento y razonamiento de los juristas.

La Teoría Comunicacional insiste en que esta conjunción complementaria entre la hermenéutica y la analítica debe insertarse en el campo de la tradición a la que corresponde, es decir, debe realizarse en el horizonte cultural e histórico que permiten la apropiación de ciertos conocimientos y prácticas. Al igual que en la literatura o el arte, existe una tradición que debe ser conocida por quienes pretenden evaluar textos literarios u obras de arte, por lo tanto, quien no conoce la tradición difícilmente podrá realizar un exitoso proceso. Lo mismo ocurre en el Derecho, quien no posea los conocimientos propios de la tradición jurídica no podrá triunfar en la aplicación del método hermenéutico-analítico, siendo más concreto, no se puede encontrar sentido a un texto si no se comprende su estructura, y no se podrá establecer su estructura si no se conoce el contenido, todo inmerso dentro de una tradición, por lo tanto:

Este trabajo sólo es posible porque esas personas, previamente, han hecho suya toda una tradición de pensamiento y de cultura, han adquirido la formación correspondiente, y han experimentado de este modo el enriquecimiento de su sensibilidad y la amplitud de su lenguaje para referirse a los objetos que interpretan. (Robles, 2015b, p.393)

La tradición permite y exige que el pensador aborde a los problemas con una precomprensión, que en la teoría hermenéutica de Gadamer son esenciales, que al final puede desaparecer o persistir, pero más allá de ello, esta precomprensión es necesaria pues es formada dentro de una tradición y se expresa en unos prejuicios que no deben ser observados en forma peyorativa sino en un sentido epistemológico en el cual son útiles en todo proceso interpretativo. Los prejuicios y la precomprensión han sido términos a evadir dentro de la tradición de la ciencia, en especial las naturales, en tanto son considerados reductores de la objetividad; pero con la idea de tradición y la inmersión del sujeto en ella estos términos adquieren un sentido nuevo y útil en tanto *“el mejor modo de aclarar el propio prejuicio es hacer uso de él.”* (Gadamer, 2006, p. 68). Por lo tanto, todo prejuicio se debe incluirse en el proceso hermenéutico, es esencial a éste.

La vieja receta ordenada a fundar la verdad de las ciencias del espíritu consistía en excluir los “prejuicios” de la comprensión en nombre de una idea de objetividad, heredada de las ciencias exactas. De manera bastante provocadora, Gadamer verá más bien en los prejuicios “condiciones de la comprensión”. [...] La comprensión se realiza a partir de ciertas expectativas y puntos de vista que ella hereda del pasado y de su presente. [...] parece ilusorio orientar la verdad de la comprensión hacia el ideal de un conocimiento desprovisto de todo prejuicio. (Grondin, 2008, p. 76-78)

En el campo de la hermenéutica del Derecho, su concreción en textos jurídicos, debe trascender a la hora de considerarlos como elementos ya definidos, exactos, precisos y consistentes, en tanto estas características no son garantía de una comprensión adecuada, se requieren condiciones previas (prejuicios), de acuerdo con Hassemmer:

Para la hermenéutica jurídica las condiciones de un tratamiento correcto de textos normativos, se encuentran a un nivel más básico que el semántico. Exactitud, precisión y consistencia como tales no significan aún ninguna garantía de corrección, sino que son condiciones previas. (1985, p. 67)

Finalmente, la figura del autor es relevante en el modelo en tanto éste forma parte de la obra, por lo tanto, la idea de autoridad no puede evadirse. Esta idea de autoridad debe ser entendida como la base de una invitación al diálogo a partir del reconocimiento de que la obra de una persona nos interesa y vemos en ella una voz autorizada y útil para entablar una relación fructífera, en términos de Gadamer:



Todo lo que pertenece a la memoria, la fantasía, el ritmo, la sensibilidad musical y la experiencia del mundo es sin duda otro género que los aparatos que necesita el investigador de la naturaleza; pero no deja de ser un instrumental, aunque no se pueda fabricar, sino que va surgiendo a medida que alguien orienta hacia la gran tradición de la historia humana. Por eso, la válido aquí no es sólo la máxima de la Ilustración: ten en valor de utilizar tu inteligencia, sino también lo contrario: la autoridad. [...] Obedecer a la autoridad significa entender que el otro –también la voz que resuena desde la tradición y la autoridad- puede percibir algo mejor que uno mismo. (2006, p. 45)

La Teoría Comunicacional del Derecho, como se ha indicado, aborda el estudio del fenómeno jurídico desde tres niveles o perspectivas que siguen el modelo propuesto por la filosofía del lenguaje, distingue así entre sintaxis (Teoría general del Derecho), semántica (Dogmática jurídica) y pragmática (Teoría de las Decisiones jurídicas). Estas tres perspectivas tienen aspectos en común: en primer lugar, la idea de que el Derecho se manifiesta en los diferentes ámbitos jurídicos, que son procesos comunicacionales que se concretan en textos. En segundo lugar, contemplan al Derecho desde dentro (es autopoietico), en tanto la perspectiva de la TCD es interna o inmanente. El tercer aspecto en común es el uso del método hermenéutico-analítico descrito anteriormente. Finalmente, los tres niveles tienen una dependencia recíproca que toma como punto de partida las decisiones por lo que la pragmática constituye su punto de partida: *“de los tres niveles o perspectivas del lenguaje, la pragmática constituye el punto de arranque. No sólo porque da lugar a las palabras, sino también porque genera sentido (semántica) sobre el cual puede –después- verificarse el análisis sintáctico.”* (Robles, 2015b, p. 398)

Los tres niveles enunciados anteriormente se enfocan en el tratamiento y análisis de la totalidad textual que es el ordenamiento jurídico, y a partir de ella desarrollar teorías del sistema jurídico y de las decisiones jurídicas. El texto jurídico es decisonal, institucional y normativo y sobre el recaen procesos hermenéuticos de interpretación que son constructivos. De esta manera se elimina una de las tesis del positivismo que es su mentalidad descriptivista y estática dada su pretensión científica. Por lo anterior, en análisis de cualquier texto jurídico requiere su comprensión por lo que la hermenéutica está siempre presente: *“al leer un artículo de una ley nuestra actitud nunca es descriptiva, sino comprensiva. [...] La hermenéutica es, por consiguiente, el instrumento necesario y universal en toda operación jurídica. La función interpretativo-constructiva condiciona cualquier otro tipo de examen o análisis.”* (Robles, 2015b, p. 400)

Para finalizar, el método hermenéutico-analítico que se realiza en el seno de la Dogmática jurídica, presenta las siguientes operaciones.

- a. Interpretación del texto ordinamental para la construcción del sistema.
- b. Construcción del sistema, instituciones y normas jurídicas que lo componen.
- c. Exposición de la precomprensión o prejuicios como base de todo proceso de



comprensión. Ello mediante el reconocimiento de la inserción en una determinada tradición histórica.

d. Creación de normas jurídicas que no se encuentran explícitas en el ordenamiento jurídico por parte de la Dogmática jurídica como ejercicio de re-creación.

e. Tratamiento analítico de los conceptos jurídico-dogmáticos y de los intereses protegidos a través de principios.

## La Teoría de textos (lingüística textual)

Aunque es común usar como sinónimos los términos texto y discurso, se debe partir de que son conceptualmente diferentes. El texto es una concepción general que puede recaer sobre múltiples objetos, mientras que el discurso es una concepción particular que es, a su vez, una de las posibles formas que puede adoptar el texto, así las cosas, todo discurso es texto, pero no todo texto es discurso.

Este último, como categoría analítica, tiene una existencia teórica (es una construcción conceptual), mientras el texto tiene una existencia empírica (es una unidad de comunicación oral o escrita) que podemos fragmentar y subdividir en unidades menores. El discurso abarca distintas modalidades textuales que permiten agrupar textos particulares y concretos. En este sentido, la noción de modalidades textuales es también una categoría analítica que hace parte de nuestra conceptualización. (Ulloa y Carvajal, 2008, p. 297)

Hecha la anterior diferenciación, se abordará lo concerniente a la teoría de textos y sus características más relevantes haciendo algunas referencias al discurso, pero teniendo en cuenta que la reflexión principal recae sobre el objeto textual.

El concepto de texto, aún en la actualidad. Es objeto de diferentes estudios y teorías, que, por lo general, trascienden la estructura oracional o lingüística textual; estas corrientes pueden situarse en Europa, especialmente en Alemania y los países bajos (autores como: Hartmann, Dressler, Beaugrande, Isenberg, Schmidt, Petöfi, van Dijk, Gülich, Raible, Brinker, Werlich y Viehweger). Gran parte de las investigaciones realizadas sobre lingüística textual se dieron en el siglo XX, al comienzo de una manera muy limitada y con referencia a unidades menores como los lexemas, los sintagmas y la oración, entre otros. Pero, con el paso del tiempo se amplió el espectro investigativo hacia una unidad mayor: el texto. Esta posición, adoptada en la década de los 70, es un desarrollo de la idea que consideraba a la oración como el máximo nivel y escenario de análisis lingüístico, esta reducción a lo oracional resultaba insuficiente en varias situaciones por lo que se hizo necesario acudir a estructuras teóricas de la lingüística textual que asumen al texto como la verdadera unidad lingüística primaria. (cf. Hartman, 1971, p. 10 y ss.)

Sobre el concepto de texto, la lingüística textual ofrece una variedad de aproximaciones conceptuales, por lo que pretender un solo concepto, al igual que en el Derecho, es una tarea compleja y que requiere de un análisis especial. Sin embargo, pueden encontrarse

algunas de relevancia, por tal razón es inevitable tratar con la obra del alemán P. Hartman, uno de los pioneros de la lingüística textual, que para efectos de la TCD calza perfectamente al plantear que el texto es una unidad comunicativa. El autor parte de plantear tanto comunicar e interactuar son acciones que se desarrollan en los textos dados que “sólo el lenguaje textual y el texto es el medio de comunicación entre personas.” (Hartman, 1971, p. 17) Sumada a este concepto con enfoque comunicativo, el autor húngaro Janos S. Petöfi concibe al texto como el resultado de una construcción sucesiva de elementos lingüísticos orales o escritos, basándose sobre todo en elementos extralingüísticos.

Sumadas a las anteriores reflexiones, tenemos la del lingüista S.J. Schmidt que le imprime una nota pragmática a su teoría del texto. Siguiendo la esencia comunicativa que ilustró Hartman, Schmidt sostiene que “*cuando de alguna manera se establece una comunicación se realiza con carácter de texto*” (Schmidt, 1977, p.148). Esto es, cualquier enunciado que sea utilizado con un objetivo comunicacional posee y se manifiesta en una estructura que se puede denominar textualidad; esta posición es la que la TCD ha asumido a la hora de sostener que cualquier enunciado puede ser verbalizable y textualizable.

[...] cada componente lingüístico de un acto de comunicación que ha sido depurado (en el marco de un juego de acción comunicativa) está orientado temáticamente y cumple una función comunicativa reconocible, es decir un potencial de ilocución reconocible realizado. Solo por la intención y la intención de un orador La función ilocutiva (socio comunicativa) que es reconocible por los interlocutores en la comunicación y realizada en una situación de comunicación se vuelve mucho más lingüística. (Schmidt, 1973, p. 237)

Como se ha podido apreciar, si existe un rasgo o denominador común a la hora de hablar de una lingüística textual o teoría del texto es su clara vocación comunicativa como resultado de un proceso humano con una clara orientación social. El ser humano en su esencia es capaz de comunicar su pensamiento e intenciones a través del lenguaje para así organizarse a partir del establecimiento de reglas, papel que es desarrollado por la lingüística.

Texto es la unidad lingüística comunicativa fundamental, producto de la actividad humana, que posee siempre carácter social; está caracterizado por su cierre semántico y comunicativo, así como por su coherencia profunda y superficial, debida a la intención (comunicativa) del hablante de crear un texto íntegro, y a su estructuración mediante dos conjuntos de reglas: las propias del nivel textual y las del sistema de lengua. (Bernárdez, 1982, p. 85)

Con todo lo anterior, no se debe desconocer algo que se ha manifestado a lo largo de este trabajo y que aquí se refleja de nuevo: todo acto comunicacional es un acto de poder, es decir, busca que se transforma la realidad por medio de la influencia en las acciones de

los otros. Nadie se comunica porque sí, la comunicación es un proceso de intenciones que busca afectar los actos de los demás a través de un discurso. Este eje de nuestra reflexión es incorporado por Teun van Dijk, uno de los mayores exponentes de la lingüística textual y que ha incorporado conocimientos de áreas afinas para la construcción de una teoría integral. Sin perder de vista la esencia comunicativa del texto, van Dijk sostiene que:

[...] la elaboración y comprensión del texto, por regla general, tienen lugar en un proceso de comunicación en el que el hablante desea que el oyente se entere de algo o modifique su estado interior de otra manera (se forme o modifique determinadas opiniones o posturas) y en virtud de ello eventualmente lleve o no a cabo ciertas acciones deseadas. (1983, p. 214)

Finalmente, los aportes de Beaugrande y Dressler (*cf.* 1997, p. 35 y ss.) resultan relevantes, no sólo porque también coinciden en la esencia comunicativa del texto, sino también porque incorporan siete reglas o normas de textualidad. Se trata de condiciones que debe cumplir un texto para que pueda ser considerado como tal, dichas reglas son:

- a. Cohesión: Que da cuenta de cómo están estructuradas las partes del texto en su interior y las funciones sintácticas de la comunicación.
- b. Coherencia: Es la propiedad que garantiza la continuidad del sentido de las secuencias lingüísticas entre la estructura interna del texto y sus referencias externas.
- c. Intencionalidad: Constituida por la voluntad o actitud del autor del texto y encaminada a la producción de ciertos objetivos.
- d. Aceptabilidad: Referida a la actitud del receptor del texto que evalúa la coherencia y cohesión del discurso para considerarlo relevante o influyente.
- e. Informatividad: Esta regla textual *“sirve para evaluar hasta qué punto las secuencias de un texto son predecibles o inesperadas, si transmiten información conocida o novedosa.”* (Beaugrande y Dressler, 1997, p. 43) De acuerdo con lo anterior, todo texto posee un contenido informativo (que en el caso del Derecho no sería el principal).
- f. Situacionalidad: Esta regla se refiere a *“los factores que hacen que un texto sea relevante en la situación en la que aparece.”* (Beaugrande y Dressler, 1997, p. 44) En otras palabras, se trata de todos aquellos factores que hacen del texto un referente sólido sobre cierto tema o materia.
- g. Intertextualidad: Clave en la TCD, esta regla se ocupa de *“los factores que hacen depender la utilización adecuada de un texto del conocimiento que se tenga de otros textos anteriores.”* (Beaugrande y Dressler, 1997. P. 45). Se trata del análisis del grado de dependencia y de la relación de un texto con otros.

Puede decirse entonces que una teoría de textos es aquella que se ocupa de estudiar el concepto y la función de lo que denominamos texto, concibiéndola como unidad lingüística con una esencia comunicativa, transformadora y contendora de intenciones o pensamientos de un autor determinado que busca impactar a otros al desarrollar unas características internas y externas determinadas. Como se puede apreciar, la Teoría

Comunicacional ha recogido y desarrollado muy bien en su interior una teoría de textos a la altura de las exigencias y de sus postulados.

Ahora bien, haciendo una aproximación al texto jurídico y su papel en la teoría de textos, la obra de Paul Ricoeur es una clave para entender este escenario. Ricoeur plantea tres tesis que permiten asumir el concepto de texto desde una perspectiva hermenéutica: la primera es que el texto es aquello que está escrito (en el Derecho suele ser así), la segunda es que dicho texto está construido para que el lector realice una interpretación de él (en el Derecho, si bien no hay unanimidad sobre este asunto en cuanto a la intención de la autoridad de hacer el texto interpretable, es innegable que en la práctica toda norma jurídica escrita lo es), y, en tercer lugar el texto puede ser comprendido por el lector (proceso eminentemente hermenéutico). Por lo tanto, puede entenderse al texto como *“aquello que se realiza como discurso escrito y se destina a un lector que, al interpretarlo, puede abrirse a la comprensión de sí.”* (Vélez, 2010, p.88)

La propuesta de Ricoeur, amarrada claramente a un componente hermenéutico, genera una posición amplia del texto, que es recogida desde sus inicios por la Teoría Comunicacional. La noción de texto es distinta a la que se usa en la cotidianidad y se torna más compleja dada sus componentes y funciones. Más allá de la noción de texto que se tenga y de las funciones para las que se utilice, está claro que cuando hablamos de texto nos remitimos a su presentación escrita, algo predominante en el fenómeno jurídico, pero so excluyente de la oralidad. La escritura, presentada en Ricoeur como condición de existencia, es trabajada por la TCD como potencialidad que resulta útil dado las características del Derecho, dicho rasgo hace converger elementos de la dinámica textual como la intención del autor y la pretensión de aceptabilidad del receptor, generando así un juego discursivo donde la persuasión será la meta. En este juego la interpretación y la comprensión (claramente definidas y diferenciadas) son determinantes en tanto todo texto es interpretable y comprensible (lo primero es arbitrario, lo segundo sometido a reglas) reivindicando así la necesidad de una hermenéutica optimista en la teoría de textos. Se trata, ni más ni menos, que el método constructivo que ha ilustrado la TCD a lo largo de su existencia, asistimos pues, a la convergencia entre hermenéutica, Teoría de textos y Teoría Comunicacional del Derecho.

Texto, como hemos visto, es más que una simple expresión. La facilidad con que a diario la mencionamos en diferentes contextos de la vida cotidiana, no deja entrever la complejidad de su dimensión conceptual. Esa complejidad deriva tanto de sus constituyentes internos como de su extensión semántica.

Pero aunque Ricoeur, a la sombra de una hermenéutica expandida, parece concebir una noción de texto de una manera bastante amplia (pues a lo largo de su trayectoria intelectual insistirá en pensar la acción humana significativa en términos de texto, o incluso los acontecimientos históricos como manifestaciones textuales, y aún la identidad de la propia vida a semejanza de un texto), queda claro en él que hay primariamente texto cuando y donde el discurso se realiza de modo escrito, como

acontecimiento del lenguaje.

Al objetivarse en forma de discurso, el texto gana autonomía propia. Ya no depende del autor ni de las condiciones originales de producción para tener una existencia particular. Esa existencia es la de un entramado de enunciados, compuesto de sentidos o significaciones y referencias no ostensivas, cuyo destino es un espectro amplio de lectores potenciales. Lo que al lector debe interesar no es el acontecimiento, sino la comprensión de la significación, en la medida en que ésta, respecto de aquél, representa una especie de desbordamiento semántico que puede ser captado interpretativamente.

Interpretar no equivale solamente a explicar, si por tal se entiende el tipo de operación propia de las ciencias naturales, ni equivale únicamente a comprender, si por tal se entiende un tipo de transferencia psíquica entre dos subjetividades. En Ricoeur, interpretar es un único proceso de pensamiento (imagen del arco), cuyos dos extremos, el de la explicación y el de la comprensión, se interpenetran al ritmo de un movimiento recursivo: se explica porque se comprende mejor y se comprende para explicar mejor. Explicar es permanecer en la esfera interna de los enunciados que conforman el texto, sin más pretensión que la de comprender la naturaleza y funcionamiento de “sus códigos subyacentes en esta labor de estructuración que el lector acompaña”; y comprender es ir más allá de la esfera interna de los enunciados, a fin de conjeturar acerca del “tipo de mundo que la obra despliega de algún modo delante del texto”, y de ese modo ser capaz de “continuar en uno mismo la labor de estructuración de la obra”.

Al ser capaz de continuar dicha labor en sí mismo, el lector puede abrirse a la comprensión de sí. La apertura al mundo, del mundo que la obra propone exige del lector una cualidad semejante: sólo si éste no se cierra sobre su propia autocomprensión, negándose a un ensanchamiento de conciencia, puede desarrollar las múltiples potencialidades que un texto le ofrece. (Vélez, 2010, p. 114-115)

La posición de Ricoeur sobre el texto y su carácter hermenéutico es útil además porque trasciende los postulados de la hermenéutica tradicional y su doble tarea: por un lado, buscar el significado en el mismo texto, dentro de él, y jamás por fuera; y, por otro lado, analizar la proyección de una realidad distinta a la que el autor se refirió, la “cosa” textual (escrita) que se diferencia de la oral. En el caso del Derecho, esta doble tarea se traduce en el rechazo de una comprensión inmediata del sentido obtenido del texto escrito (justificable en la identificación entre conciencia del autor y el receptor, la famosa fusión congenial de Schleiermacher y a todas luces irracional) que representa el ideal de objetividad y certeza del positivismo jurídico, pero, como ya hemos visto, este modelo resulta reduccionista y descriptivista, cerrando de plano cualquier ejercicio de construcción individual a partir de un proceso interpretativo textual con la rigurosidad de la hermenéutica.



Esta doble tarea hermenéutica, especificada en nuestro caso en el ámbito jurídico, nos permitirá defender aquí una concepción textual del derecho que recusará tanto el irracionalismo de una pretendida comprensión inmediata de éste, concebida como una extensión, en el dominio del texto jurídico, de la intropatía por la que un sujeto se transporta a una conciencia extraña (según la ilusión romántica de un lazo inmediato de congenialidad entre las dos subjetividades implicadas por la obra, la del autor —legislador— y la del lector o intérprete en general), como un presunto racionalismo explicativo, que extendiera al texto jurídico el análisis estructural de los sistemas de signos, no del discurso, sino de la lengua, engendrando la ilusión positivista de una objetividad textual cerrada sobre sí misma e independiente de toda subjetividad de autor y de lector. (Muineló, 2004, p. 186)

La textualidad no debe reducirse a la forma, es decir, la escritura como única manera de obtención de sentido, tal asunción sería de nuevo poner a la gramática en el pedestal como oráculo esclarecedor del texto (recordemos la crítica nietzscheana). Vale la pena insistir en que si todo fuese gramática no existiría hermenéutica indicó Schleiermacher con razón.

Entonces asumir que los textos jurídicos son predominantemente escritos, no implica que su interpretación y comprensión estén marcados por las reglas de una lengua dada (gramática) pues vista así la escritura conlleva a errores y se vuelve un obstáculo para la memoria al subordinar todo acto de comprensión a los signos externos impresos desconociendo los contextos y vivencias. Ya Paltón, en su *Fedro*, denuncia este escenario acudiendo a un supuesto mito egipcio:

Pero, cuando llegaron a lo de las letras, dijo Theuth: Este conocimiento, oh rey, hará más sabios a los egipcios y más memoriosos, pues se ha inventado como un fármaco de la memoria y de la sabiduría". Pero él le dijo: [...] "Y ahora tú, precisamente, padre que eres de las letras, por apego a ellas, les atribuyes poderes contrarios a los que tienen. Porque es olvido lo que producirán en las almas de quienes aprendan, al descuidar la memoria, ya que, fiándose de lo escrito, llegarán al recuerdo desde fuera, a través de caracteres ajenos, no desde dentro, desde ellos mismos y por sí mismos. (1988, p. 403)

## **Gramática textual como marcador de poder**

Pese a que existe una diversidad de textos, algunos brindan información sobre la realidad o sobre el pasado (textos informativos o constatativos) y otros se usan para expresar emociones y sentimientos (emotivos), un aspecto que debe resaltarse en la TCD es que el texto en Derecho no tiene una función primaria de informar o transmitir emociones; su función primordial es guiar la voluntad de una persona para que realice determinada



acción: “su función intrínseca o consustancial es conseguir que el destinatario, la persona a quien se dirige el hablante o emisor de la frase, actúe de determinada manera.” (Robles, 2015a, p. 97) Lo anterior es un rasgo determinante de la concepción de Derecho y su relación con el lenguaje y el texto en la TCD, y este rasgo obedece a las reglas de la gramática como marcadores de poder, teoría desarrollada por los pensadores franceses Gilles Deleuze y Félix Guattari.

En su conocida obra *Mil mesetas*, Deleuze y Guattari (2008, pp. 81 y ss.) abordan una reflexión sobre el lenguaje y su concepción como elemento como informativo y comunicativo. Usando el ejemplo del maestro que enseña, indican que cuando éste transmite conocimientos a los estudiantes “*ensigna*”, es decir, da órdenes; bajo esta figura el maestro “no se informa cuando pregunta a un alumno, ni tampoco informa cuando enseña una regla de gramática o de cálculo.” (Deleuze y Guattari, 2008, p. 81) Además, las órdenes del que enseña nada dicen sobre el conocimiento y tampoco lo refuerzan, pues al final son actos de voluntad en tanto las órdenes están fundamentadas en órdenes y no en informaciones. De acuerdo con lo anterior, el proceso de enseñanza (máquina de enseñanza según los autores):

[...] no comunica informaciones, sino que impone al niño coordenadas semióticas con todas las bases duales de la gramática (masculino-femenino, singular-plural, sustantivo verbo, sujeto de enunciado-sujeto de enunciación, etc.). La unidad elemental del lenguaje –el enunciado– es la consigna. Más que el sentido común, facultad que centraría las informaciones, hay que definir la abominable facultad que consiste en emitir, recibir y transmitir las consignas. El lenguaje ni siquiera está hecho para que se crea en él, sino para obedecer y hacer que se obedezca. (Deleuze y Guattari, 2008, p. 81)

De acuerdo con esta posición, volvemos a un escenario conocido y mencionado anteriormente: el lenguaje como un ejercicio de poder, es decir, como herramienta para lograr que otra persona haga algo u omita hacerlo. De esta manera la función del lenguaje como instrumento comunicativo o informativo es secundaria frente a esta pretensión ordenadora. El lenguaje no está diseñado para que se le crea (lo que permitiría eventualmente debate sobre sus contenidos y consecuentemente la posibilidad de acatar o no sus informaciones), está diseñado para que se obedezca, todo acto de lenguaje es un acto de poder en tanto busca que alguien haga algo cuando recibe el mensaje. Así, expresiones como “préstame tu lápiz” o “¿qué horas son?” implican el despliegue de una conducta. Lo mismo con expresiones que son meramente informativas, por ejemplo “ella es mi madre”, en tanto la gramática adopta códigos que deben ser seguidos como coordenadas so pena de anular el sentido. En el caso del Derecho, esa dualidad vendría dada por las coordenadas legal-ilegal.

Desde este punto de vista, cuando se transmite un mensaje lo que se busca es la obediencia antes que la transmisión información o la manifestación de emociones. Usando un fragmento de *L'épaulette* de Georges Darien cuando dice: “*La baronesa no tiene la menor*

*intención de convencerme de su buena fe, simplemente me indica aquello que le gustaría verme admitir, aunque sea sólo aparentemente”* (Deleuze, 2008, p. 82) la idea de los pensadores franceses es aplicable a los comunicados de las autoridades como el Estado, la policía o el Derecho. Y esto se puede pensar porque la pretensión de poder como característica esencial del lenguaje puede darse el lujo de prescindir de la credibilidad o la veracidad del contenido mientras se deje claro que es lo que se desea que hagan los demás. Una especie de legitimidad vía autoridad antes que vía argumentativa.

Spengler, citado por Deleuze y Guattari, afirma que: *“las formas fundamentales de la palabra no son el enunciado de un juicio ni la expresión de un sentimiento, sino el mandato, la prueba de obediencia, la aserción, la pregunta, la afirmación o la negación.”* (2008, p. 82) El lenguaje se encarga de ordenar y mandar en la vida, en el mundo de la vida del que se habló líneas arriba. Bajo esta perspectiva, las palabras dejan de ser herramientas con las que se aprende, no son picos y palas que se entregan para descubrir y construir la realidad, por el contrario, las palabras obedecen a una gramática que no se centra en el significado sino en una función reguladora, así, *“una regla gramática es un marcador de poder antes que un marcador sintáctico.”* (Deleuze y Guattari, 2008, p. 82)

Cuando el lenguaje se centra en ser un elemento generador de órdenes, éste no se encuentra relacionado con significaciones previas ni con unidades distintivas, lo que no quiere decir que sean irrelevantes -basta recordar el proceso de cosificación como sustento para la orden y la autoridad-. En otras palabras, la información es lo mínimo que se requiere para la emisión, comunicación y observación de una orden, por lo tanto, la información cumple un papel útil en tanto evita la confusión al momento de recibir el mandato pues no es lo mismo *“¡Al fuego! con ¡Al juego!”* (Deleuze, 2008, p. 82) Para reforzar este punto, se acude al ejemplo de Lewis Carroll en la que un profesor ubicado en lo alto de un atril frente a su estudiantado, da una información a sus monitores o asistentes, que, a medida que la van difundiendo hacia abajo (hacia los estudiantes) se deforma por las múltiples interpretaciones, y ocurre lo mismo cuando el mensaje va del estudiante hacia el profesor., por lo tanto, la información, si bien no cumple el rol principal en el lenguaje, es relevante para poder lograr la comprensión de las órdenes pues en últimas *“el lenguaje no es vida, el lenguaje da órdenes a la vida.”* (Deleuze, 2008, p. 82)

Un argumento relevante para reforzar la posición de Deleuze y Guattari se centra en una reflexión sobre el origen mismo del lenguaje. Si partimos de asumir que el origen del lenguaje parece siempre presuponer el lenguaje (es decir, no se puede fijar un punto de partida no lingüístico) esto ocurre porque en efecto el lenguaje no surge de identificar una relación ente algo ya visto o percibido y algo dicho, *“sino que va siempre de algo dicho a algo que se dice.”* (Deleuze, 2008, p. 82) Por esta razón, los relatos o los discursos no tienen como objeto la comunicación de algo que se ha visto sino en la transmisión de lo que se ha oído, lo que otros han dicho. Esta posición es fundamental para establecer una idea central: el lenguaje no se adquiere porque se tenga la capacidad de comunicar, se adquiere cuando se tiene la capacidad de transmitir lo que otros han comunicado, en palabras de Deleuze y Guattari: *“La abeja no tiene lenguaje, porque, aunque es capaz de comunicar lo que ha visto, es incapaz, de transmitir lo que le han comunicado.”* (2008, p. 82) Por lo anterior, el lenguaje se convierte en un elemento transmisor de palabras que funcionan como consignas y como

no comunicador de signos para entregar información, el lenguaje es similar a un mapa, no a un calco, posición similar a la de la filosofía del lenguaje de John Austin. Sobre estas consignas, Deleuze (2008) indica:

Nosotros llamamos consignas, no a una categoría particular de enunciados explícitos (por ejemplo, al imperativo), sino a la relación de cualquier palabra o enunciado con presupuestos implícitos, es decir, con actos de palabra que se realizan en el enunciado, y que sólo pueden realizarse en él. Las consignas no remiten, pues, únicamente a mandatos, sino a todos los actos que están ligados a enunciados por una “obligación social”. Y no hay enunciado que, directa o indirectamente, no presente este vínculo. Una pregunta, una promesa, son consignas. El lenguaje sólo puede definirse por el conjunto de consignas, presupuestos implícitos o actos de palabra, que están en curso en una lengua en un momento determinado. (2008, p. 84)

Para finalizar, si bien es cierto la teoría de la gramática como marcador de poder permite un mejor sustento teórico a la Teoría Comunicacional, existe una diferencia que debe ser enunciada. En la TCD cuando se habla del Derecho como construcción que se crea a golpe de decisión de una autoridad con poder, esto es una orden, es clara al sostener que dicha orden debe estar relacionada con significaciones o unidades distintivas previas para evitar caer en una anarquía, lo que se encuentra en las antípodas de lo que una teoría del Derecho pretende ser, por lo tanto para una efectiva comunicación del lenguaje del Derecho se requiere de unas reglas mínimas de producción y contenido de las órdenes. Mientras que en la teoría de Deleuze y Guattari, este elemento es innecesario en el proceso de comunicación en tanto la orden no está relacionada con jerarquías previas o con unidades de contenido mínimo.

La Teoría Comunicacional concibe al texto de una forma similar a la que la plantean Deleuze y Guattari, en tanto en el Derecho el texto está diseñado para que el destinatario del mensaje actúe de cierta manera, es decir, que realicen una determinada conducta o se abstengan de realizarla. Es lenguaje prescriptivo, que está dirigido a la acción (como lo planteara Austin), dicha acción poder ser positiva o negativa (omisión-abstención). Por lo tanto, se puede llamar texto jurídico (que es la totalidad del ordenamiento) a una modalidad de texto prescriptivo en tanto no busca describir la realidad ni comprobar situaciones determinadas o realizar predicciones, tampoco busca revelar verdades o establecer valores. Claro está que los textos jurídicos ofrecen descripciones e informaciones (por ejemplo, contempla casos con situaciones de modo, tiempo y lugar en la que una conducta debe acaecer) pero estas no son sus funciones principales, serían tan sólo auxiliares o accidentales en tanto sirven de base o referencia. De la misma manera, el Derecho no busca acelerar las pasiones o generar impactos emotivos (ni siquiera racionales según se ha explicado) aunque cuando se abordan temas jurídicos, especialmente los relacionados con delicados asuntos penales, tributarios, laborales o que debaten asuntos polémicos como los derechos de minorías –que de pasó se vuelven

espectáculos mediáticos- es común que se suele reaccionar despertando las más diversas y extremas reacciones emocionales, desde el júbilo hasta la indignación, pero esto es ajeno al mundo del Derecho en tanto se usa un lenguaje esencialmente prescriptivo. Ricardo Guastini lo estructura de esta manera:

Un enunciado descriptivo es aquel que formula y transmite informaciones sobre el mundo (“La nieve es blanca”, “La nieve es azul”). Un enunciado prescriptivo es un enunciado dirigido a modificar el comportamiento de los hombres (“No matar”, “Prohibido fumar”, etcétera). Es descriptivo el lenguaje de la ciencia; es prescriptivo aquel del derecho (y de la moral). Entre enunciados descriptivos y prescriptivos existe una diferencia realmente importante: los enunciados descriptivos tienen valores de verdad, es decir, pueden ser verdaderos o falsos; por su parte, los enunciados prescriptivos carecen de valores de verdad, es decir, no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

La distinción entre estos dos tipos de enunciados está conectada con la distinción entre dos tipos de controversias: las controversias relativas a los hechos (¿cómo está el mundo?) y las controversias relativas a las normas y/o valores (¿Qué debemos hacer? ¿Qué está bien?). Las controversias sobre los hechos, al menos en principio, pueden ser resueltas, y su solución hay que buscarla mediante la extensión o profundización del conocimiento. Las controversias normativas o valorativas no siempre pueden ser resueltas y, en cualquier caso, la solución —si es que es posible— depende de la argumentación y de la persuasión. (2016, p. 23-24)

## Los textos escribibles

Robles se compromete con una noción de texto amplia, como hemos visto, que sin duda permite una comprensión del mundo jurídico a partir de la eliminación de una hegemonía ideológica del positivismo y su lógica gramatical. El texto ahora es una construcción que implica una conciencia de nuestra presencia en el mundo y que no se agota simplemente con normas jurídicas positivas y codificadas, aparece también la concepción de la jurisprudencia como elemento narrativo, el concepto de hipertexto (un texto conectado con otros e infinito), incluso la noción interesante de textos escribibles puede ser parte del derecho, dicha noción es ilustrado por el autor francés Roland Barthes.

Como vemos además además del concepto de hipertexto, está el de texto escribible (*writerly texts*) como oposición al de texto legible (*readerly texts*). Los primeros caracterizados porque en ellos se busca que el lector tome parte activa en el desarrollo de la narración permitiendo que sus decisiones sobre qué y cómo leer cambian el final de ésta; por el contrario, los segundos presentan una estructura lineal en la que sólo se puede leer de una manera con un resultado invariable. (cf. Barthes, 1977, pp. 142-149) El concepto de hipertexto sumado al de texto escribible es valioso como complemento a la visión tradicional y lineal por lo que su exclusión no sería deseable:

Los textos escribibles (en oposición a los textos legibles) parten de la idea de que el lector no es un consumidor sino un productor de significados textuales. La industria literaria, sostiene Barthes, ha generado una separación entre el lector y el autor que se ha convertido ahora en una relación entre fabricante/empresario y usuario/consumidor. Lo anterior sumerge al lector en una actitud ociosa o de “*seriedad*” (Barthes, 2004) que se traduce en un letargo y una pasividad que le impide interactuar o jugar con el magnífico universo de posibilidades que le ofrece el texto para simplemente conformarse con lo que le es dado, lo cual al final termina siendo una simple elección: agrado o desagrado respecto del texto, al respecto dirá Barthes, la literatura se ha vuelto una especie de referéndum. De ahí que el texto escribible es una especie de elemento que permite que éste sea leído, pero no escrito o legible. Al respecto Barthes dice:

El texto escribible es un presente perpetuo sobre el cual no puede plantearse ninguna palabra consecuente (que lo transformaría fatalmente en pasado); el texto escribible somos nosotros en el momento de escribir, antes de que el juego infinito del mundo (el mundo como juego) se atravesado, cortado, detenido, plastificado por algún sistema singular (ideología, género, crítica) que ceda en lo referente a la pluralidad de las entradas, la apertura de las redes, el infinito de los lenguajes. Lo escribible es lo novelesco sin la novela, lo poético sin la poesía, el ensayo sin la disertación, la escritura sin el estilo, la producción sin el producto, la estructuración sin estructura. (2004, p 14)

Por su lado los textos legibles serían productos, la verdadera masa que conforma la literatura, pero esta masa sólo se logra a través del proceso de interpretación dirá Barthes. En este orden de ideas interpretar un texto no es dotarlo sólo de sentido, es comprobar de qué está hecho. El texto es un universo infinito de posibilidades que le son dadas al lector (no sólo dos), que al final decidirá, por él mismo, cuál elige. Estos textos no tienen orden o jerarquía, son una especie de rizoma en el que la uniformidad no es su principal característica, como “*Rayuela*” de Cortázar o “*El jardín de los senderos que se bifurcan*” de Borges, estamos ante textos en los cuales el lector participa y decide qué escribe para influir en el resultado, textos así no se leen solamente, se escriben y re-escriben con cada lector que entra por lugares nuevos y se mueve a su antojo por un universo de posibilidades.

En este texto ideal, las redes son múltiples y juegan entre ellas sin que ninguna pueda reinar sobre las demás, este texto no es una estructura de significados, es una galaxia de significantes, no tiene comienzo, es reversible se accede a él a través de múltiples entradas sin que ninguna de ellas pueda ser declarada con toda seguridad la principal; los códigos que se perfilan se movilizan hasta perderse de vista, son indecibles (el sentido no está nunca sometido a un principio de decisión sino de azar); los sistemas de sentido pueden apoderarse de ese texto absolutamente



plural, pero su número no se cierra nunca, al tener como medida lo infinito del lenguaje. (Barthes, 2004, p. 15)

La lectura de un texto o relato puede estar concebida sobre una postura que se ampara bajo la universalidad de la interpretación (posición identificable con la idea de Schleiermacher o Dilthey), a esta posición Barthes la denomina “estructuralista” que termina haciendo los textos homogéneos, planos y sin posibilidad de diferenciarse. Por otro lado, existe una posición que permite la diferenciación de los textos, puesto que cada uno es distinto y expresa un mensaje y una experiencia distinta, este tipo de lectura está conectada necesariamente con la escritura y el dinamismo del texto: el texto no se lee, se crea, se produce. Sobre la obra de Barthes en este escenario, Reviglio nos dice:

En su obra *S/Z* postula dos maneras de leer un relato. Por un lado, aquella más relacionada con la ciencia que elabora modelos universales de interpretación de los textos. Está hablando aquí, de los modelos construidos por los estructuralistas. Es decir, un modo de lectura que reduce los textos a una estructura común en la que se pierden sus diferencias. Lo que importa de los textos en esta lectura es lo que tienen en común ya que buscan la equiparación. Pero, por otro lado, contrapone un modo de abordaje desde el cual el texto siempre es una diferencia respecto de otros, pero también respecto de sí mismo. Desde esta mirada, la lectura le devolvería a cada texto su juego, su dinamismo, su práctica; es decir, la escritura. Este tipo de lectura estaría vinculada con la práctica de la escritura. El análisis de cada texto apuntaría a hallar lo escribible como valor, ya que lo que propone es hacer del lector “un productor del texto.” (2008, p. 184)

De esta manera todo ejercicio de interpretación implica aumentar un texto de tal manera que éste llegue a estar relacionado con el mundo entero, ya que el mundo en sí mismo es un texto con un universo infinito de posibilidades y representaciones. Esto se puede enlazar con la idea de hipertexto (un texto infinito) ya que es el texto una coordenada en medio de un vasto mapa. Y todo esto se logra a través de la lectura:

La lectura es, entonces, una particular forma de relación entre un sujeto (lector) y un texto. El texto es “un espacio de múltiples dimensiones en el que se concuerdan y se contrastan diversas escrituras, ninguna de las cuales es la original: el texto es un tejido de citas provenientes de los mil focos de la cultura”. Aparece aquí, entonces, una idea generativa del texto que se presenta como un trabajo continuo, como un entrelazado perpetuo<sup>5</sup>. Esta concepción rompe la idea del texto como un cuerpo cerrado, inmodificable e impenetrable sin las competencias para desentrañar ciertas claves de lectura que el autor de la obra dejaba allí como instrucciones de uso. La riqueza de un texto es su posibilidad de ser modificado y reescrito por su lector. Surge entonces una manera de



relación con lo textual que Barthes mismo denominara “leer levantando la cabeza”, es decir, detenerse en la lectura continuamente “a causa de una gran afluencia de ideas, de excitaciones, de asociaciones” provocadas por la lectura. Es más, la lectura es para él un texto, ése, dice, que “escribimos en nuestro propio interior cuando leemos.” (Reviglio, 2008, p. 183-184)

La teoría de Barthes resulta entonces de bastante utilidad para entender el nuevo significado de texto dentro de la TCD propuesta por Robles. Barthes presenta una visión del texto comprometida con una actitud de reconstitución lúdica por parte del lector. Toda lectura es un acto de subjetividad que se desarrolla como un juego dotado de reglas, pero dichas reglas no son puestas por el autor, de ahí que éste no tiene control sobre la interpretación que el lector dará al mensaje. Por el contrario, Barthes plantea la idea de que debido a que todo ejercicio de interpretación de un texto es en últimas una práctica narrativa que contiene símbolos y tradiciones. Barthes aquí presenta una idea que está también presente en la obra de Gadamer: la existencia de una realidad pre-existente al ejercicio interpretativo, realidad en la que se incrusta la experiencia vital individual en busca de sentido. De esta manera cuando se aborda un texto implica libertad para configurar, de acuerdo con una actitud narrativa, el significado que el lector construirá como un juego en el que el cuerpo y todos sus sentidos participan, en una especie de espiral (de nuevo el círculo hermenéutico) que penetra cada frase.

La más subjetiva de las lecturas que podamos imaginar nunca es otra cosa sino un juego realizado a partir de ciertas reglas. ¿Y de dónde proceden estas reglas? No del autor, por cierto, que lo único que hace es aplicarlas a su manera (que puede ser genial, como en Balzac); esas reglas que son visibles muy por delante de él, proceden de una lógica milenaria de la narración, de una forma simbólica que nos constituye antes aún de nuestro nacimiento, en una palabra, de ese inmenso espacio cultural del que nuestra persona (lector o autor) no es más que un episodio. Abrir el texto, exponer el sistema de su lectura, no solamente es pedir que se lo interprete libremente y mostrar que es posible; antes que nada, y de manera mucho más radical, es conducir al reconocimiento de que no hay verdad objetiva o subjetiva de la lectura, sino tan sólo una verdad lúdica. Y, además, en este caso, el juego no debe considerarse como distracción, sino como trabajo, un trabajo del que, sin embargo, se ha evaporado todo esfuerzo: leer es hacer trabajar a nuestro cuerpo (desde el psicoanálisis sabemos que ese cuerpo sobrepasa ampliamente a nuestra memoria y nuestra conciencia) siguiendo la llamada de los signos del texto, de todos esos lenguajes que lo atraviesan y que forman una especie de irisada profundidad en cada frase. (Barthes, 1994, p. 37-38)

Barthes plantea también la importancia de la lectura en su teoría del texto. Parte de la idea de que el leer es mucho más edificante y genera más transmisión de conocimiento

que el hablar en la medida que la lectura recae sobre diversos objetos (que a la larga pueden ser textualizados), todos éstos con la característica esencial de transmitir un mensaje, una emoción, una idea, etc. Así las cosas, la lectura de estos objetos no puede ser sometida a una formalidad, que para nuestro caso puede ser entendida como la escritura en un sentido tradicional (positiva).

En el dominio de la lectura, no hay pertinencia de objetos: el verbo leer, que aparentemente es mucho más transitivo que el verbo hablar, puede saturarse, catalizarse, con millares de complementos de objeto: se leen textos, imágenes, ciudades, rostros, gestos, escenas, etc. Son tan variados estos objetos que no me es posible unificarlos bajo ninguna categoría sustancial, ni siquiera formal; lo único que se puede encontrar en ellos es una unidad intencional: el objeto que uno lee se fundamenta tan sólo en la intención de leer: simplemente es algo para leer, un *legendum*, que proviene de una fenomenología, y no de una semiología. (Barthes, 1994, p. 41)

El autor francés también plantea la idea de que la enseñanza nos ha mostrado una noción de texto como algo que debe ser sujeto de explicación: el texto está para ser explicado por una autoridad que se supone domina su significado. La explicación de un texto sólo es útil cuando se da dentro de la explicación de un fenómeno más amplio como la historia o la filosofía (como se dijo al inicio de esta obra: no se puede hablar de hermenéutica jurídica sin conocer la hermenéutica). De esta manera se puede abordar el texto como una muestra dialogal en la que el lenguaje es la herramienta para transitar de lo específico a lo general y viceversa.

El texto, en nuestras escuelas, se trata como objeto de explicación, pero su explicación siempre está, a su vez, dependiendo de una historia de la literatura; habría que dejar de tratar el texto como objeto sagrado (objeto de una filología) y tratarlo esencialmente como un espacio del lenguaje, como el paso a través de una infinidad de digresiones posibles, y así, a partir de un determinado número de textos, hacer que irradien un determinado número de códigos del saber que están empleados en ellos. (Barthes, 1994, p. 57-58)

Un aporte notable de la obra de Barthes para los efectos de la teoría de textos que se intenta ilustrar aquí es lo que él denomina el distanciamiento del autor. Ocurre cuando hay un espacio de tiempo considerable entre la escritura de la obra y la recepción por parte del lector (por ejemplo, cuando se lee las obras de Platón o Kant). Este fenómeno no podría predicarse, por obvias razones, de la literatura moderna en la que el autor aún vive o en el que el espacio de tiempo es demasiado corto. Este aislamiento implica que cada vez que se aborda un texto, entre más antiguo sea respecto de la recepción del lector, poco a poco se elimina la figura del autor, se empequeñece quizás hasta perderse de vista. Lo anterior genera la necesidad de acudir a las historias y las vivencias del

autor para descubrir que los tiempos no son los mismos y que sólo en la medida en que se utilice el contexto del creador se podrá comprender. El autor es el génesis, pero a la vez el pasado de su obra.

El alejamiento del Autor (se podría hablar, siguiendo a Brecht, de un auténtico “distanciamiento”, en el que el Autor se empequeñece como una estatuilla al fondo de la escena literaria) no es tan sólo un hecho histórico o un acto de escritura: transforma de cabo a rabo el texto moderno (o —lo que viene a ser lo mismo— el texto, a partir de entonces, se produce y se lee de tal manera que el autor se ausenta de él a todos los niveles). Para empezar, el tiempo ya no es el mismo. Cuando se cree en el Autor, éste se concibe siempre como el pasado de su propio libro: el libro y el autor se sitúan por sí mismos en una misma línea, distribuida en un antes y un después: se supone que el Autor es el que nutre al libro, es decir, que existe antes que él, que piensa, sufre y vive para él; mantiene con su obra la misma relación de antecedente que un padre respecto a su hijo. (Barthes 1994, p. 67)

Barthes parece recoger varias de las ideas que hasta aquí se han planteado y las ha expuesto en su noción de texto. Destaca que el significado de un texto puede ser aparente, caso en el cual la simple gramática bastaría para su comprensión de lo que se infiera que la literalidad es quizás la única forma de una interpretación adecuada, o bien se puede buscar el espíritu o la intención, como una especie de secreto que no se encuentra presente en la redacción y por lo tanto sería algo inaccesible a la filología como ciencia, haciéndose necesario la intervención de la hermenéutica psicológica (Schleiermacher)

La obra se cierra sobre un significado. A ese significado se le pueden atribuir dos modos de significación: o bien se le pretende aparente, y entonces la obra es objeto de una ciencia de lo literal, que es la filología; o bien se le considera secreto, último, hay que buscarlo, y entonces la obra exige una hermenéutica, una interpretación (marxista, psicoanalítica, temática, etc.). (Barthes, 1994, p. 76)

Barthes, en su obra “Verdad y Crítica” resalta además que el ejercicio de lectura del texto es la muestra del interés por el diálogo y la autoridad que representa el autor, tal y como la manifestara Gadamer. En otras palabras, el deseo de leer implica el deseo por conocer la obra y lo que su autor quiere comunicar, es querer conocer el mensaje que sólo puede ser encontrado en la obra y en ninguna otra parte ¿por qué otra razón se interesaría un sujeto en leer a Hume si no es porque sólo lo que Hume escribió se encuentra en su obra? Este proceso de lectura conlleva posteriormente a la crítica: se critica lo que se ha leído.

Sólo la lectura anima la obra, mantiene con ella una relación de deseo. Leer es desear la obra, es querer ser la obra, es negarse a doblar la obra fuera de toda otra palabra que la palabra misma de la obra: el único comentario que podría producir un puro lector, y que le quedaría, sería el “pastiche” (como lo indicaría el ejemplo de Proust, aficionado a las lecturas y a los “pastiches”). Pasar de la lectura a la crítica es cambiar de deseo, es desear, no ya la obra, sino su propio lenguaje. Pero por ello mismo es remitir la obra al deseo de la escritura, de la cual había salido. Así da vueltas la palabra en torno del libro: leer, escribir: de un deseo al otro va toda literatura. ¿Cuántos escritores no han escrito sólo por haber leído? ¿Cuántos críticos no han leído sólo por escribir? Han aproximado los dos bordes del libro, las dos fases del signo, para que de ellos no salga sino una palabra. La crítica no es sino un momento de esta historia en la cual entramos y que nos conduce a la unidad, a la verdad de la escritura. (Barthes, 1972, p. 82)

En su obra “El placer del texto” Barthes resalta el ejercicio de lectura de un texto como una experiencia placentera opuesta a las pautas que indica la ciencia, y por qué no, contra la hermenéutica puramente metódica. Ante los purismos metodológicos, Barthes plantea que el texto es placer expresado por el autor: experiencias, facetas, rastros de gustos, culpas, inclinaciones, prejuicios que no son perceptibles por una especie de ciencia textual.

El texto es una forma de crítica y cuestionamiento de las realidades históricas del sujeto. A este tipo de texto Barthes lo denomina “*texto de goce*” (en oposición al texto de placer que no rompe con la cultura e impone una práctica cómoda de lectura). Dicho “texto de goce”:

Pone en estado de pérdida, desacomoda (tal vez incluso hasta una forma de aburrimiento), hace vacilar los fundamentos históricos, culturales, psicológicos del lector, la congruencia de sus gustos, de sus valores y de sus recuerdos, pone en crisis su relación con el lenguaje. (Barthes, 2011, p. 22)

De esta manera, el texto de goce es una revelación para el lector que va a cuestionar los cimientos de su mundo, pone en juego sus prejuicios –diría Gadamer- y permite un rompimiento con la tradición, el texto como goce es emancipador. Puede pensarse por ejemplo que la narrativa jurídica, en especial la jurisprudencia, puede ser un ejemplo de este tipo de textos en tanto el lector está constantemente sometido a variaciones emocionales que lo llevan a cuestionar el sistema político, jurídico, social y lingüístico del que hace parte. Desde esta perspectiva el texto es un mundo abierto a múltiples escenarios, todos ellos referidos a experiencias y gustos humanos, el texto termina humanizándose, un anagrama del cuerpo; por esta razón el texto no puede limitarse sólo a un análisis gramatical. Lo anterior es en sí el placer de un texto, el placer de leerlo y que implica trascender y desdoblarse para cuestionar lo que se creía era algo dogmático y que en

últimas no es nada diferente a un encuentro con las más íntimas emociones del sujeto:

El placer del texto sería irreductible a su funcionamiento gramatical (fenotextual), como el placer del cuerpo es irreductible a la necesidad fisiológica. El placer del texto es el momento en que mi cuerpo comienza a seguir sus propias ideas, pues mi cuerpo no tiene las mismas ideas que yo. (Barthes, 2011, p. 26)

Barthes, en su idea de texto, coincide con la posición gadameriana sobre la autoridad que el autor representa para el lector que se acerca a su texto. La relación entre texto y lector sugiere una especie de elección mutua en tanto no sólo existe el interés del lector en acudir al mensaje expresado por un autor que le llama la atención, sino que también supone que el texto elige al lector, pues al final todo el texto se organiza para atraer a éste. La necesidad de leer va en doble sentido, en tanto el deseo está en el lector que desea al autor y éste que escribe para que su obra sea deseada por aquel, al respecto Barthes dice:

El texto es un objeto fetiche y ese *fetiche me desea*. El texto me elige mediante toda una disposición de pantallas invisibles, de seleccionadas sutilezas: el vocabulario, las referencias, la legibilidad, etc.; y perdido en medio del texto (no por detrás como un *deus ex-machina*), está siempre el otro, el autor. [...] Pero en el texto, de una cierta manera, yo deseo al autor: tengo necesidad de su figura (que no es ni su representación ni su proyección), tanto como él tiene necesidad de la mía. (Barthes, 2011, p. 41)

Finalmente, la teoría barthesiana plantea también la idea del hipertexto como aquel texto que puede tener múltiples lecturas y nunca es algo acabado (continuidad infinita). En este orden de ideas la lectura del texto obedece a la voluntad del lector, que escogerá la mejor manera de empezar y finalizar. De esta manera el texto se hace infinito, leíble de diversas maneras, reusable sin límites, en oposición a la idea comercial de que se lee una vez y ya. El significado puede redefinirse y redescubrirse en tanto no es una operación finita y exacta: el texto ofrece sentidos inagotables y abordables de muchas maneras. Así las cosas, el texto no es algo dado y acabado, no hay una sola forma de abordarlo pues su sentido cambia dependiendo de los gustos y el deseo del lector: de la misma manera la re-lectura de un texto no es una operación inútil, no es tiempo perdido, por el contrario, es la forma de re-significar y de profundizar, de mirar en la historia y comparar. Al final estamos ante un solo texto inacabado en tanto se puede leer de muchas maneras. De nuevo pensemos que la jurisprudencia es un ejemplo de ello.

Hay que aceptar también una última libertad: la de leer el texto como si ya hubiese sido leído. Aquellos que gustan de las bellas historias podrán ciertamente comenzar por el final y leer primero el texto tutor que se ofrece en anexo en su pureza y su continuidad, tal y como ha salido de la edición, es decir, tal como se lee habitualmente. Pero nosotros tratamos de

establecer un plural, no podemos detener ese plural en las puertas de la lectura: es necesario que la lectura sea también plural, es decir, sin orden de entrada: la “primera” versión de una lectura debe también poder ser la última, como si el texto fuese reconstruido para acabar en su artificio de continuidad, estando entonces el significado provisto de una figura suplementaria: el desplazamiento. La re-lectura, operación opuesta a los hábitos comerciales e ideológicos de nuestra sociedad recomienda “tirar” la historia una vez “consumida” (devorada) para que se pueda pasar a otra historia, comprar otro libro [...] (Barthes, 2004, p. 11)

Puede entonces pensarse que el proceso de interpretar consiste en ampliar el texto de forma hasta que llegue a estar en relación con el universo entero pues sólo así tendría sentido. El texto da cuenta de experiencias, historias, sentimientos, conductas que se dan un espacio y tiempo, los jueces los abordan y se pronuncian sobre ellos con más textos escribibles que por lo general remiten a otros textos (hipertexto).

El mundo podría ser entendido como una especie de texto con infinitas posibilidades e implicaciones. La jurisprudencia como ejercicio de narración de historias (hombres que han cometido un crimen, personas que buscan remuneraciones a una vida de trabajo, personas que buscan justicia frente a actos de otros, etc.) es un texto que nos remite a otros donde también se encuentran historias y reglas. Lo mismo podría decirse de las leyes que constantemente envían al lector a otras como en una especie de red infinita. Este concepto que suele llamarse “hipertexto” implica que no existen textos acabados sino en constante crecimiento y construcción, como los textos legales. Barthes, también habló de la idea del hipertexto usando estas palabras:

Hoy en día sabemos que un texto no está constituido por una fila de palabras, de las que se desprende un único sentido, teológico, en cierto modo (pues sería el mensaje del Autor-Dios), sino por un espacio de múltiples dimensiones en el que se concuerdan y se contrastan diversas escrituras, ninguna de las cuales es la original: el texto es un tejido de citas provenientes de los mil focos de la cultura. (Barthes, 1994, p. 69)

El texto ampliado en su concepto permite una concepción distinta a la tradicional y resulta útil en la comprensión del fenómeno jurídico. Lejos queda la época en que el texto jurídico se identificaba con aquel expresado en una codificación y sin más conexiones que aquellas que la exégesis prodigaba, desde luego, pocas y sólo con atribuciones autoritarias. El texto bajo la concepción de la TCD de Robles puede ser entendido como aquel que permite la comunicación, generación de nuevos sentidos y una capacidad de memoria. Tiene el texto entonces unas funciones que permiten completar la definición lotmaniana de texto (Lotman, 1996, pp.86-100). Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor. Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una tercera función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.



A la luz de lo dicho, el texto se presenta ante nosotros no como la realización de un mensaje en un solo lenguaje cualquiera, sino como un complejo dispositivo que guarda varios códigos, capaz de transformar los mensajes recibidos y de generar nuevos mensajes, un generador informacional que posee rasgos de una persona con un intelecto altamente desarrollado. En relación con esto cambia la idea que se tenía sobre la relación entre el consumidor y el texto. En vez de la fórmula “el consumidor descifra el texto”, es posible una más exacta: “el consumidor trata con el texto”. Entra en contacto con él. (Lotman, 1996, p. 82).

Lotman combate lo que él considera el reduccionismo de la semiótica de Pierce y Morris (la reducción de todo fenómeno semiótico al funcionamiento de signos aislados y cadenas de éstos), de igual manera cuestiona esta práctica reduccionista en la Escuela de Praga (Saussure) que busca reducir el habla (textos) al sistema de la lengua y a una serie de actos comunicativos aislados, de intercambios de mensajes.

Lotman también coincide con la idea hermenéutica de que el texto no es sólo un conjunto de signos aislados, sino como un mensaje que desea ser transmitido. Así las cosas, existen textos que pueden ser obras de arte (pinturas o esculturas), piezas musicales, etc., que no pueden ser reducidas a meros símbolos ya que ello implicaría la imposibilidad de conocer la experiencia y voluntad del alma que los ha creado.

Afirmativamente, porque en los textos pictóricos, musicales y cinematográficos, así como, por otra parte, en los textos artísticos verbales de tipo narrativo, el significado no se deriva de la composición de signos aislados, sino que el mensaje se construye y transmite a partir del texto en su totalidad. En estos casos, la individuación de concretos elementos “signiformes” se derivaría solo de una práctica descriptiva acostumbrada a razonar en términos de signos discretos (Lampis, 2015, p.399)

Lotman, en su crítica semiótica, parece enseñar la idea de que es imposible lograr la comprensión de un texto a partir del análisis individual de sus componentes, en otras palabras, plantea la necesidad de un círculo hermenéutico en los términos en los que Gadamer lo significó.

El camino recorrido por las investigaciones semióticas durante los últimos veinte años permite tomar muchas cosas de otro modo. Como ahora podemos suponer, no existen por sí solos en forma aislada sistemas precisos y funcionalmente unívocos que funcionan realmente. La separación de éstos está condicionada únicamente por una necesidad heurística. Tomado por separado, ninguno de ellos tiene, en realidad, capacidad de trabajar. Solo funcionan estando sumergidos en un continuum semiótico, completamente ocupado por formaciones semióticas de diversos tipos y que se hallan en diversos niveles de organización (Lotman, 1996, p. 22).

Finalmente, Lotman resalta que la lectura de un texto es una amalgama de tradiciones, prácticas y hábitos que se incrustan dentro de la cultura, cultura que determina la comprensión del sujeto y que conforma una totalidad desde la que se accede al sentido de los textos, al respecto señala Lampis:

Gracias a la confrontación con diferentes aspectos de ese mare magnum de prácticas y hábitos significantes que llamamos cultura, en suma, la noción de estructura en tanto que conjunto de elementos ordenados, interconectados e interdependientes pasó a designar para Lotman una totalidad integrada, orgánica y complejamente significativa en la que la individuación de elementos y fronteras responde más bien a exigencias y hábitos de orden descriptivo (y auto-descriptivo). (2015, p. 398)

## El hipertexto

G.P. Landow construye un concepto de hipertexto que en la actualidad cobra relevancia en la era digital en tanto se refiere a un texto que remite a otros (hipervínculos). Pero además plantea la idea de que se debe superar las limitaciones de la escritura en occidente en tanto el texto puede adoptar formas no tradicionales como los jeroglíficos; en esta idea coincide Robles, que plantea que texto (en el campo jurídico) no es sólo aquello codificado con letras que formas palabras y proposiciones, sino que también pueden ser imágenes o símbolos, Landow dice:

El problema de la denominación del “texto” en el medio hipertextual conlleva la cuestión implícita de lo que debe abarcar dicha palabra. Esta cuestión, a su vez, nos obliga a reconocer que el hipertexto reconfigura el texto de un modo fundamental que los nexos electrónicos no parecían indicar a primera vista. A la fuerza, la hipertextualidad incluye una proporción de información no verbal mucho mayor que la imprenta; la misma facilidad en comparación con que puede añadirse este material fomenta su inclusión. (1995, p. 61)

El aporte de Landow es determinante para el interés aquí planteado: se trata nada más y nada menos de asumir el hipertexto como un texto infinito e interconectado con otros textos del pasado, con apéndices, aclaraciones, notas y matices que se unen para crear un objeto uniforme, infinito y en constante crecimiento. Esta idea de hipertexto es la que presenta Robles en el Derecho: un texto variado, no tradicional que implica símbolos, que conlleva conexiones necesarias para poder dotar de sentido el mensaje, que recurre muchas veces a textos del pasado y a apéndices para poder encontrar en él nuevos significados:

Aunque en el futuro lejano, o no tan lejano, todos los textos individuales estarán conectados electrónicamente formando así metatextos y meta-metatextos de un género sólo parcialmente imaginable hoy en día, ya

han aparecido formas de hipertexto de mucho menor alcance. Existen ya transliteraciones al hipertexto de poesía, de ficción y de otras materias originalmente concebidas para la tecnología del libro. La forma más sencilla y limitada de esta transliteración preserva el texto lineal, con su orden e inalterabilidad, y luego añade, a modo de apéndices, críticas, variantes textuales u otros textos, cronológicamente anteriores o posteriores. En estos casos, el texto original, que conserva su forma antigua, se convierte en un eje fijo del cual irradian los textos conectados, y ello modifica la experiencia del lector de este original texto en un nuevo contexto. (Landow, 1995, p. 51)

El texto así entendido permite recobrar una visión del derecho como ejercicio hermenéutico conectado con el mundo y no como ejercicio sometido a reglas inflexibles y a una exclusiva visión del camino de la comprensión de los enunciados normativos presente en los textos. Ante los límites propios de la visión positivista, esta nueva visión de la hermenéutica del derecho construida en la TCD aparece como un elemento valioso para la comprensión del fenómeno jurídico.

Es común que la noción de hipertexto suela asociarse con el mundo digital, más ahora en el que éste domina casi todos los procesos de comunicación. La primera aproximación, dentro de este mundo, nos remite a la posibilidad que existe de que un texto nos conecte o lleve a otro y así sucesivamente (cuando se ingresa en una página web esto es posible, evidenciando así la utilidad del concepto), así las cosas, el hipertexto:

[...] está formado por texto y enlaces (links) que pueden abrirse o activarse para remitir a otros textos (o a otros tipos de información visual o auditiva) [o nodos], que, a su vez, contienen enlaces que remiten a nuevos textos [o nodos], y así sucesivamente. En teoría, la red de remisiones no tiene principio ni fin: cada hipertexto procura la posibilidad de continuar la lectura de otro u otros hipertextos, que, a su vez, están unidos a otros y así ad infinitum. Los enlaces no solo relacionan entre sí textos distintos, sino también textos y otros medios no verbales. (Vega, 2003, p. 9)

La necesidad de abordar el concepto de hipertexto y su relación con la hermenéutica es entonces uno de los propósitos de este acápite, recordando que la comprensión es un movimiento que parte de la interpretación (Schleiermacher, Schlegel, Gadamer, etc.) es imperativo adecuarla a las estructuras hipertextuales (ahora también digitales) en donde el lector cobra un nuevo rol.

Sin olvidar una hermenéutica también del espacio, del territorio de lectura que hoy más que nunca se abre a la cooperación textual de un lector activo, creador, un relector que como sentenciara Nabokov y tal vez sean la esperanza de futuro, son las características del buen lector. (Borrás, 2012, p. 52)

De esta manera, la comprensión de hipertextos presenta una nueva característica que está mediada por una textualidad que se despliega gracias a las acciones del lector, bajo este escenario, comprender implica captar la intención del texto, su sentido a partir de la relación con otros textos, como la apertura de un mapa por partes. Se trata de un proceso eminentemente constructivo, como lo ha sugerido la TCD, en el cual se recrea el significado del texto y sus expresiones recorriendo un espiral que requiere de la especial atención y habilidad de intérprete a la hora de ascender y descender en búsqueda del significado.

La “comprensión” de cada uno de estos nuevos textos posiblemente no es suficiente para captar la intencionalidad de su significado; es necesario que el lector interprete el hipertexto y para ello resulta absolutamente necesario disponer de la lectura del “otro” texto, es decir, poner en correlación la lectura previa para construir el renovado significado y la interpretación que requiere el hipertexto. El despliegue del hipertexto pone en relación las actividades cognitivas, metacognitivas o de reflexión metliteraria del lector, en las que confluyen diversos textos (documentos, obras, etc.) de modo que su lectura requiere el acceso a su textualidad desplegada. (Mendoza, 2012, p. 98)

Lo anterior lleva a plantear, en primer lugar, que el concepto de hipertexto hace referencia a una estructura no lineal, es una galaxia de contenidos y conexiones con trazos innumerables e integrada por distintos elementos que forman diversas imágenes a lo largo de su análisis. Pero se debe tener cuidado pues el término “hipertextual” se usa a veces como moda y con sentidos diversos.

El hipertexto elimina la linealidad de la imprenta y, con esto, la idea de texto fijo, que desaparece para dar paso a un nuevo concepto de autor y de lector ya que el receptor escoge sus itinerarios de lectura y, por ende, se convierte en autor (Taberner, 2012, p. 122).

Una de las características del hipertexto, y que lo relaciona con el concepto de textos escribibles de Barthes, es su estructura constructiva en tanto permite la elección y combinación de acciones por parte del lector para crear discursos que se conectan entre sí. El hipertexto es el ejemplo de la comunicación interpersonal constructiva no lineal en tanto *“las estrategias no lineales parecen surgir de una necesidad imperante y transhistórica de componer un efecto práctico, perpendicular a la textualidad lineal, aunque en general, con un objetivo más específico y constructivo.”* (Aarseth, 1997, p. 106) El hipertexto es entonces la muestra de interacción entre sujeto y texto en el cual este aquel es efectivamente un productor de éste.

En cualesquiera circunstancias en que unos sujetos se relacionan e interaccionan con el mundo, tanto desplazándose, sintiendo o hablando, como leyendo o escribiendo, sus acciones pueden concebirse en términos

de selección y combinación. En el hipertexto, las acciones de elegir y combinar los elementos del discurso (almacenado), creando uno divergente producto del contraste de informaciones (discurrido), son similares a las operaciones básicas de las otras formas de comunicación e interacción humanas (Liestøl, 1997, p. 128)

Debe entenderse entonces por texto hipertextual o hipertexto aquel que incluye vínculos o enlaces para su despliegue, que puede ser digitalizado para efectos prácticos, pero que no necesariamente es así. En el caso del Derecho es común encontrar en los códigos referencias o conexiones con otras normas. Bajo esta característica, el lector del hipertexto tiene la capacidad de moverse libremente por él como si consultase una enciclopedia o colección de textos que juntos dan sentido a un sistema, tal como lo ha planteado la TCD y su noción de totalidad textual al referirse al ORD y al SIS. En palabras de Moulthrop:

Un hipertexto es, en cierto sentido, como una enciclopedia: esto es, una colección de escritos en la que el lector puede moverse libremente en cualquier dirección. A diferencia de una enciclopedia impresa, el hipertexto no se presenta al lector con una estructura previamente definida. Los “artículos” de un hipertexto no está organizado por título o materia: antes bien, cada pasaje contiene vínculos o remisiones a otros pasajes. Los marcadores de una remisión pueden ser palabras del texto, palabras clave entrañadas en él o símbolos especiales (2003, p. 23)

De acuerdo con lo anterior, si bien en el Derecho y sus codificaciones están organizados en secciones (títulos, capítulos, artículos etc.) es imposible negar la existencia de vínculos entre esos elementos y otros de similar o distinta categoría. Así, por ejemplo, cuando se lee un artículo del código penal, éste puede remitir a uno de índole constitucional, a un texto de carácter internacional o a una sentencia judicial, ya sea por el uso de palabras clave o de una temática similar o complementaria. Sumado a esto, la noción de hipertexto tiene un profundo impacto en la forma como se aborda, reúne y transmite el conocimiento, en este caso jurídico. La existencia de una especie de red en la que se sumerge el lector implica un acceso más rápido a la información y también mayor facilidad a la hora de compartirla, lo que, sin duda, es un paso importante en materia de pedagogía jurídica.

Para el estudiante, el hipertexto promete nuevos encuentros con el texto cada vez más centrados en el lector. En primer lugar, la experiencia del hipertexto como una red de relaciones navegables supone un acceso mucho más rápido y fácil a una gama de documentación, tanto básica como contextual, mucho más extensa que en el caso de las técnicas didácticas convencionales [...] (Landow, 2009, p. 345)

El hipertexto es además una especie de discurso constante que fluye en los textos interconectados entre sí. La lectura de un texto remite a otros y de esta manera se genera

un discurso infinito y en constante crecimiento, en donde, lo que hace la digitalización, es simplificar la tarea de conexión y búsqueda; en el *“hipertexto, la nota, comentario o apéndice puede ser cualquier texto conectado y por ello la posición de cualquier lexia en un hipertexto se parece a la del sabio en la época victoriana.”* (Landow, 1995, p. 92) Una novela o una jurisprudencia pueden ser consideradas como obras de tipo hipertextual discursivas en donde el lector debe desarrollar ciertas habilidades distintas a las tradicionales, partiendo, nada más y nada menos, de su papel como productor y no sólo como consumidor pasivo. De esta manera, el éxito de la comprensión dará un papel mucho más importante a las acciones y elecciones del intérprete.

[...] la actividad del lector (a través de la activación de los componentes de su competencia lectoliteraria y de su intetexto lector) pone en marcha sus habilidades y estrategias para relacionar, asociar, comparar, contrastar, matizar y establecer correlaciones y dependencias, etc.) a fin de desarrollar eficazmente la lectura. (Mendoza, 2012, p. 76)

El mundo podría ser entendido como una especie de texto con infinitas posibilidades e implicaciones. La jurisprudencia como ejercicio de narración de historias (hombres que han cometido un crimen, personas que buscan remuneraciones a una vida de trabajo, personas que buscan justicia frente a actos de otros, etc.) es un texto que nos remite a otros donde también se encuentran historias y reglas. Lo mismo podría decirse de las leyes que constantemente envían al lector a otras como en una especie de red infinita. Este concepto, que suele llamarse hipertexto, implica que no existen textos acabados sino en constante crecimiento y construcción, como los textos legales. Barthes, también habló de la idea del hipertexto usando estas palabras:

Hoy en día sabemos que un texto no está constituido por una fila de palabras, de las que se desprende un único sentido, teológico, en cierto modo (pues sería el mensaje del Autor-Dios), sino por un espacio de múltiples dimensiones en el que se concuerdan y se contrastan diversas escrituras, ninguna de las cuales es la original: el texto es un tejido de citas provenientes de los mil focos de la cultura. (Barthes, 1994, p. 69)

El texto ampliado en su concepto permite una concepción distinta a la tradicional y resulta útil en la comprensión del fenómeno jurídico. Lejos queda la época en que el texto jurídico se identificaba con aquel expresado en una codificación y sin más conexiones que aquellas que la exégesis prodigaba, desde luego, pocas y sólo con atribuciones autoritarias. El texto bajo la concepción de la TCD de Robles puede ser entendido como aquel que permite la comunicación, generación de nuevos sentidos y una capacidad de memoria. Tiene el texto entonces unas funciones que permiten completar la definición lotmaniana de texto (*cf.* Lotman, 1996, pp.86-100). Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una



capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una tercera función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.

Hechas las anteriores reflexiones, se puede decir que la Teoría Comunicacional del Derecho del profesor Gregorio Robles, como su nombre lo indica, pretende principalmente argumentar que el derecho es ante todo un ejercicio de comunicación y transmisión de sentido. Ya desde 1988 se veían las bases de esta pretensión que conllevarían a la elaboración de una teoría de textos con las características expuestas. La asunción del derecho como un ejercicio hermenéutico a partir de la premisa de unidad de texto y diversidad de lecturas, la adopción de una visión optimista de la hermenéutica, la crisis del pos positivismo y su insuficiencia metodológica, los aportes de la crítica de la razón histórica se unieron para que Robles presentara una teoría de textos ambiciosa y necesaria para la enseñanza del Derecho dentro de un escenario riguroso, amplio y alejado de amarres metodológicos y visiones hegemónicas que no permitían entender adecuadamente el fenómeno de la comprensión.

## Referencias

---

- AARSETH, E. No linealidad y teoría literaria. En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 71-108.
- BARTHES, R.  
(1972). *Crítica y verdad*, traducción de José Bianco. Buenos Aires: Siglo XXI.  
(1977). *Image, music, text*. London: Fontana Press.  
(1994). *El susurro del lenguaje: Más allá de la palabra y de la escritura*. Barcelona: Paidós.  
(2004). *S/Z*. Buenos Aires: Siglo XXI.  
(2011). *El placer del texto*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- BEAUGRANDE, R. y DRESSLER, W. *Introducción a la lingüística del texto*. Barcelona: Ariel, 1997.
- BERNÁRDEZ, E. *Introducción a la lingüística del texto*. Madrid: Espasa-Calpe, 1982.
- BORRÁS, L. Territorio hipertextual: lectura y enseñanza 2.0. En MENDOZA, A. (coord.) *Leer Hipertextos. Del marco hipertextual a la formación del lector literario*. Barcelona: Octaedro, 2012, pp. 33-53.
- CAMPS, V. *Pragmática del Lenguaje y filosofía analítica*. Barcelona: Península, 1976.
- CASANOVA, M. De la filosofía analítica a la filosofía del lenguaje y la hermenéutica: el caso de la historiografía. En *Revista Alfa*, N° 39, diciembre. Osorno: Universidad de los Lagos, 2014, pp. 163-175.
- DELEUZE, G y GUATTARI, F. *Mil mesetas*. Madrid: Pre-Textos, 2008.
- DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México DF: FCE, 1949.
- GADAMER, H.G.  
(1991). *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Paidós.  
(2006). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- GRONDIN, J. (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.
- GUASTINI, R. *La sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

- HARTMAN, P. Texte als linguistisches Objekt. En STEMPEL, W.D. (ed.), *Beiträge zur Textlinguistik*. Munich: Fink, 1971, pp. 9-29.
- HASSEMER, W. Hermenéutica y Derecho. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°25. Granada: Universidad de Granada 1985, pp. 63-85.
- IOVENKO, V. Alejandro D. Shvéitzer: lingüista, intérprete, teórico de la traducción e interpretación. En *Revista Forma y Función*, vol. 23, N° 2, julio-diciembre. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, pp. 183-187.
- KAUFMANN, A. Teoría de la justicia: Un ensayo histórico problemático. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°25. Granada: Universidad de Granada, 1985, pp. 37-62.
- LAMPIS, M. La teoría semiótica de Lotman y la dimensión sistémica del texto y de la cultura. En *Revista Signa*, N° 24. Madrid: UNED, 2015, pp. 393-404.
- LANDOW, G.  
(2005). *Hipertexto*. Barcelona: Paidós.  
(2009). *Hipertexto 3.0. La teoría crítica y los nuevos medios en una época de globalización*. Barcelona: Paidós.
- LIESTØL, G. Wittgenstein, Genette y la narrativa del lector en el hipertexto. En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, pp. 109-145.
- LOTMAN, I. *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia, 1996.
- MASSINI, C. Entre la hermenéutica y la analítica: la filosofía jurídica como filosofía práctica. En *Revista Persona y Derecho*, N° 56. Pamplona: Universidad de Navarra, 2007, pp. 205-243.
- MENDOZA, A. Leer hipertextos de papel: sobre el lector y sus vínculos cognitivos. En MENDOZA, A. (coord.) *Leer Hipertextos. Del marco hipertextual a la formación del lector literario*. Barcelona: Octaedro, 2012, pp. 73-99.
- MOULTHROP, S. El hipertexto y la política de la interpretación. En VEGA, J. *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, pp. 23-31.
- MUINELO, J. El círculo hermenéutico de la explicación y la comprensión: implicaciones jurídicas. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 38. Granada: Universidad de Granada, 2004, pp. 185-202.
- OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995.

PLATÓN. *Diálogos*, III. Madrid: Gredos, 1988.

RAZ, J. Por qué interpretar. En *Revista Isonomía*, N°5, octubre. México DF: ITAM, 1996, pp. 25-40.

REVIGLIO, M. La emergencia del sujeto en la re-escritura de los textos. En *La trama de la Comunicación*, volumen 13. Rosario: Universidad Nacional de Rosario Editora, 1998, pp. 181-194.

ROBLES, G.

(2003). *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª Edición. Barcelona: Debate.

(2015a). ROBLES, G. *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 6a edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi.

(2015b). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi.

SCHMIDT, J.S.

(1973). Texttheorie/Pragmalinguistik. En ALTHAUS, H. et al (eds.). *Lexikon der Germanistischen Linguistik*. Tübingen: Niemeyer, pp. 233-244.

(1977). *Teoría del texto. Problemas de una lingüística de la comunicación verbal*. Madrid: Cátedra.

TABERNERO, R. La hipertextualidad como fundamento de construcción en la literatura “iluminada”: La formación del lector en el libro-álbum y en el libro ilustrado. En MENDOZA, A. (coord.) *Leer hipertextos. Del marco hipertextual a la formación del lector literario*. Barcelona: Octaedro, 2012, pp. 121-134.

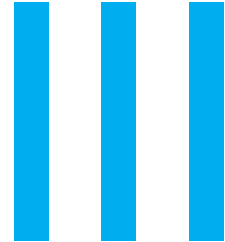
ULLOA, A. y CARVAJAL, G. Teoría del texto y tipología discursiva. En *Revista Signo y Pensamiento*, vol. XXVII, N°53, julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 295-313.

VAN, DIJK, T. *La ciencia del texto. Un enfoque interdisciplinario*. Barcelona: Paidós, 1983.

VEGA, M. Literatura hipertextual y teoría literaria. En EVEGA, M. (ed.). *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, pp. 9-19.

VÉLEZ, M. Ricoeur y el concepto de texto. En *Revista Co-herencia*, vol. 7, N° 12, enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT, 2010, pp. 85-116.

VIOLA, F. et al. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Editore Laterza, 2001.



## La ética del discurso de Habermas en el Derecho: ¿es posible?

*And we know deep down there's no other way. No trust,  
no reasoning, no more to say.*

*Afraid to shoot strangers. Iron Maiden*

### Introducción y planteamiento del problema

Jürgen Habermas en su teoría de la racionalidad comunicativa trata de ilustrar las condiciones en las que debe tomar lugar una discusión racional; ahora bien, el objetivo de este escrito es indicar si puede haber un acople entre esta teoría y el Derecho visto desde una perspectiva argumentativa. La hipótesis de trabajo será que los planteamientos habermasianos no podrían aplicarse a al fenómeno jurídico en tanto práctica discursiva. No se trata de hacer un recuento de toda la obra de Habermas, tan sólo de sus posiciones en materia jurídica, particularmente en lo relacionado a la ética del discurso y su relación con los procesos argumentativos en el Derecho.

La teoría del Derecho de Habermas es un desarrollo de los postulados generales y ya conocidos en su famosa Teoría de la Acción Comunicativa, en especial del problema de la validez de las normas jurídicas, validez que se resuelve en una tensión entre la facticidad o validez social y la legitimidad o validez racional-comunicativa. Esta tensión se desarrolla en un escenario argumentativo con pretensiones de racionalidad, racionalidad que, según Habermas, *“hasta ahora hemos introducido de forma más bien intuitiva, se refiere a un sistema de pretensiones de validez que sería necesario aclarar con ayuda de una teoría de la argumentación.”* (Habermas, 2010, p. 48)

Para Habermas, las normas jurídicas tienen una dimensión fáctica que analiza los aspectos sobre su cumplimiento efectivo por la comunidad, aquí son importantes dos características, la primera es el cumplimiento habitual de lo que la norma establece y la segunda es la coacción como elemento para garantizar el cumplimiento en caso de desobediencia. Sin embargo, el cumplimiento de las normas sólo es posible si éstas poseen una legitimidad que trasciende la mera imposición coactiva (algo similar a lo establecido por Hart a la hora de hablar de aceptación), dicha legitimidad es independiente de su imposición fáctica y se construye en la medida que los destinatarios de las normas jurídicas se sientan involucrados en su proceso de creación; en otras palabras, la idea de Habermas es que es más probable que una norma jurídica se cumpla si el destinatario siente que ha sido tenido en cuenta a la hora de su debate y aprobación, es decir como un autor racional de la norma. Por lo tanto, la validez de una norma implica que tanto la facticidad (legalidad de la conducta como comportamiento generalizado acompañado de una consecuencia) como la legitimidad (aceptación racional de los destinatarios) se encuentren garantizadas. (cf. García, 1997, p. 24 y ss.)

Una de las consecuencias de esta tesis de Habermas es cuestionarse si la función de integración y convivencia social del Derecho fracasa al no tener legitimidad, en otras palabras, si los destinatarios de las normas jurídicas no se sienten identificados con ellas en tanto no han participado en su proceso de creación (no son autores ya que no son legisladores formales) puede entonces pensarse que no serán mayoritariamente cumplidas y, por lo tanto, no podrá el Derecho ejercer su función coercitiva y ordenadora. A pesar de este problema. Los estudios y las realidades jurídicas han mostrado que su fuerza coercitiva está por encima de los sentimientos de la comunidad o sus valoraciones, una tesis positivista. Con esta aclaración se concluye entonces que la posición de Habermas es de sentido normativo, es decir, *“equivale a sostener que un derecho sólo cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo.”* (García, 1997, p.21)

Identificando a una comunidad indefinida, Habermas postula la ocurrencia de la trascendencia entre facticidad y validez que se soporta en un proceso de comunicación de contenido ideal. En este proceso los discursos y argumentaciones sobre la facticidad y validez de las normas jurídicas dependerán de situaciones como tiempo y espacio en el que una comunidad se desarrolla, por lo tanto, el lenguaje será vital para mantener la facticidad y la validez y así garantizar el orden social que pretende el Derecho a través de la integración de los individuos. El problema de la verdad, su consecución y valoración se ha convertido en un campo de batalla, y el escenario discursivo es el escenario en el que se resuelve, pero no de una forma definitiva o categórica, sino como una lucha constante que se replantea constantemente.

Pues la herida que abre en la práctica cotidiana una pretensión de verdad que se ha vuelto problemática debe curarse a través de los discursos; unos discursos que no pueden nunca terminarse de una vez por todas ni mediante evidencias “concluyentes” ni a través de argumentos “definitivos”. (Habermas, 2002a, p. 47)



Con base en lo expuesto, para Habermas la legitimidad del Derecho está en su racionalidad, racionalidad que tiene como punto de partida el proceso de argumentación como resultado de una participación de todos los integrantes de la comunidad, de allí que suele afirmarse que la acción comunicativa es inmanente al lenguaje. Por lo anterior la teoría de Habermas sobre el Derecho no resulta una reflexión sobre sí mismo, es decir, no tiene una fundamentación ontológica o metafísica, esta última será la única fuente de legitimidad que al autor acepta dado que la *“metafísica de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del Derecho.”* (Habermas, 2000a, p. 646) El origen democrático de las normas jurídicas y su proceso de generación es el escenario metafísico ideal para la construcción de un discurso racional.

El procedimiento democrático posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de información y razones, asegura a la información política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales. (Habermas, 2000b, p. 646)

Los cuestionamientos apuntan entonces a determinar cómo se establece la racionalidad de un discurso. Por esta razón, Habermas sostiene que la validez es resultado de la argumentación que se refuerza con la facticidad. En sociedades complejas (con diversidad étnica y cultural) la validez racional y comunicativa frente a la facticidad o validez social se evidencian en una relación de tensión en la que todo acto o acción está sujeto a la racionalidad del afectado por las normas jurídicas. Esta situación es una condición suficiente para que el Estado de pueda desarrollar con fundamento en la soberanía popular, por lo que Habermas asume una idea de libertad bajo la autonomía moral del individuo respecto de sus valoraciones.

Por las anteriores razones, Habermas concibe una teoría del Derecho tiene una relación bicondicional. Por un lado, *“institucionaliza las formas comunicativas necesarias para una formación racional de la voluntad política”* (Habermas, 2000a, p. 221) por lo que todo discurso moral va encaminado a la persuasión de un auditorio universal, y por otro, dicho discurso queda expuesto a valoraciones de carácter pragmático y estratégico, pero sobre todo ético en tanto se comparte y soporta la validez normativa.

Una norma sólo es justa si todos pueden querer que esa norma sea seguida por cada uno en situaciones similares [...] en el discurso moral se alarga la perspectiva abarcadora de una comunidad de comunicación ilimitada, cuyos miembros se colocan en la situación y comprensión del mundo y de sí mismo, propia de cada uno y practican una asunción ideal de roles. (Habermas, 2000a, p. 200)

Dado lo anterior, se confirma la idea habermasiana de que una norma jurídica es democráticamente creada cuando todos los ciudadanos del Estado participan en la elaboración de la misma, o por lo menos hayan podido estar involucrados de alguna u

otra manera en el proceso legislativo. Sin embargo, parece que Habermas no tiene en cuenta problemas como los medios de comunicación (dominio, acceso, control y contenido) o el grado de educación de la comunidad. Esta situación nos acerca a la crítica que se quiere plantear aquí: en el Derecho, la pretensión de Habermas es inalcanzable, la razón es que no es posible hablar de una ética del discurso en el campo jurídico.

La legitimación del Derecho sobre la base de una esencia procedimental discursiva racional es evidenciable en los postulados constitucionales que determinan cómo se crean las normas jurídicas, y a su vez, éstas son parte determinante de los procesos de decisión judicial; por lo tanto, ya sea en un escenario legislativo o en uno judicial, todo proceso comunicativo debe ser ético en su formulación, algo que, como veremos, no es posible. De igual manera, todo aquello que se procese por un medio comunicativo racional resulta legítimo y aceptado por la comunidad, de nuevo vale la pena preguntarse el papel de los medios de comunicación y la educación como garantes de ese proceso persuasivo universal. No queda sino concluir que seguridad jurídica es una ficción en tanto depende del procedimiento antes que, del contenido, de la autoridad antes que los argumentos.

Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad de un proceso legislativo que, bajo condiciones de la división jurídic-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica. (Habermas, 2000a, p. 292)

Así las cosas, el planteamiento discursivo de Habermas, sobre todo en la ética del discurso, resulta cuando menos problemático a la hora de su aplicación en el Derecho. El carácter adversarial de los procesos comunicacionales jurídicos hace incompatible la racionalidad fundamentada en esta ética; sumado a lo anterior, Habermas *“no atiende el problema del conocimiento y reconocimiento como parte de la dialéctica negativa (propia de la escuela Frankfurt) y que nace en la modernidad con el cogito cartesiano.”* (Campbell, 2010, p. 115) Bajo estas consideraciones, incluso el paradigma hermenéutico en el Derecho se ve cuestionado ante este consenso ilusorio que se presenta en el mundo jurídico donde no es posible hablar de racionalidad comunicativa en estricto sentido.

La hermenéutica legal es objetable no sólo porque deja la decisión en manos del juez y no posibilita consenso real, sino porque la precomprensión del marco de tradiciones del que parte, vicia la decisión judicial de un razonamiento acrítico e incuestionable, pese a la contingencia del mismo. (Mejía, 2012, p. 166)

## **El discurso ideal**

Al intercambiar información por lo general las personas asumen que han satisfecho lo que Eveline Feteris ha denominado *“condiciones normales de comunicación verbal”* (2007, p. 107) y ello significa la suposición de inteligibilidad semántica y sintáctica de la acción

discursiva encaminada a un propósito. De aquí se desprende que la validez del discurso se forma en la subjetividad de los participantes y se manifiesta en su aceptabilidad, por lo que dicha validez se refiere, no al tema de la discusión, sino a la información que cada uno considera como verdadera a partir del mundo de la vida (*die Lebenswelt*) compartido, en palabras de Anne Barron:

Habermas llama “mundo de la vida” (la esfera de las normas, entendimiento e identidades compartidas) por estos sistemas, medios de dinero y poder burocrático-administrativo, con consecuencias que incluyen la alienación y la atomización (efectos especialmente asociados con el mercado) y la dependencia y la normalización (efectos especialmente asociados con el Estado benefactor). (2015, p.572)

Este mundo de la vida está compuesto por tres aspectos: la cultura, la sociedad y la personalidad que hacen referencia a criterios interpretativos sociales usados como influencia para la acción del individuo en su relación con la sociedad, de esta manera, la propuesta de Habermas en su acción comunicativa presenta a la comunicación como la herramienta para lograr el orden a través de la resolución de conflictos rescatando el concepto de actos de habla, sobre todo la teoría de los actos realizativos de John Austin, enunciados que más que informar o describir ejecutan una acción y generan transformación. Por lo tanto, la noción de acción comunicativa, dada su naturaleza e impacto, requiere de un marco ético sólido, particularmente en escenarios políticos y jurídicos dadas sus repercusiones sociales, es necesario entonces buscar un discurso ideal que sea consciente del poder de esta acción comunicativa.

La Teoría de la acción comunicativa de Habermas ofrece elementos importantes para pensar los alcances de la comunicación en la resolución de conflictos del orden político. Al rescatar la teoría de los actos de habla de John L. Austin, según la cual y más allá de su estructura semántica, los enunciados son acciones mediante las cuales se tiene incidencia en el mundo. En esta misma tradición del giro pragmático, Habermas le complementa a Austin que además de hacer cosas con las palabras, los actos de habla permiten también decir lo que se hace, y en este sentido pasar por el tamiz de la crítica la revisión de nuestros actos y argumentos. Si se rescata la preocupación de Apel y Habermas de fundamentar una ética desde el discurso, con mayor razón habría que preocuparse por aminorar los costos de las ambiciones en la disputa por el poder político, para que ciudadanos y gobernantes se orienten a decidir con base en argumentos la responsabilidad de conformar la vida política, cuyos fines no podrían ser otros que la justicia, la libertad y la seguridad. (Santillana, 2001, p. 162)

Habermas da así un giro lingüístico en el que cuestiona la objetividad del lenguaje y su relación con la verdad únicamente a través de la semántica, en otras palabras, el

lenguaje no es sólo una herramienta para nombrar y significar objetos, es también un mediador entre el mundo de la vida y los sistemas sociales. Este giro se evidencia en la expresión que Habermas transmite a Austin: “*La idea de Austin de que hacemos algo diciendo algo tiene un reverso: al ejecutar un acto de habla se dice también qué se hace.*” (Habermas, 1990, p. 69) Por lo tanto, dada la importancia de decir lo que se hace, Habermas fortalece la actitud crítica de su acción comunicativa en tanto “*significa que de ser mera expresión gramatical, el lenguaje se convierte en un medio de acción social.*” (1990, p. 79).

Bajo los desarrollos de la lingüística y de la filosofía del lenguaje introducidos principalmente por Austin, Habermas construye una teoría de la competencia comunicativa o pragmática universal que busca una reconstrucción de los conceptos filosóficos tradicionales como verdad, justicia, libertad, etc. para insertarlos de forma normativa en el proceso de comunicación. Sólo bajo la atención a estos conceptos es posible una ética discursiva que determine las condiciones universales para que sea posible la comunicación. Por lo tanto, de acuerdo con Belardinelli:

Cada vez que tomamos parte en cualquier proceso comunicativo orientado al entendimiento recíproco es necesario que cada uno de nosotros satisfaga “las siguientes, y no otras, pretensiones universales”: expresarse comprensiblemente (con corrección gramatical), expresar un contenido proposicional verdadero, ser sinceros en aquello que se dice, tender a un acuerdo recíproco sobre la base de normas y valores considerados como válidos. (1991, p. 116)

Para cuestionar la noción de validez en la teoría de Habermas se pueden acudir a varios recursos: i) cuestionar el entendimiento y contenido de las proposiciones; ii) rebatir la verdad de dichas proposiciones; iii) cuestionar las intenciones del hablante (ética del discurso); o iv) cuestionar las normas de la acción comunicativa. De lo anterior surge un discurso que busca un consenso racional a través de argumentos racionales (idea luego retomada por Alexy) y encontrar así una verdad de las aseveraciones: la verdad surge de un consenso o verdad consensual. Esta verdad no es una propiedad de los enunciados lingüísticos descriptivos sino una forma de entendimiento a partir de unas reglas y una ética concreta, es así una teoría consensual de la verdad en donde la verdad de los enunciados es la adhesión potencial de todo otro, en otras palabras, la verdad es estar de acuerdo con otro.

[...] la verdad no viene pues considerada como un predicado semántico que se añade a determinados enunciados, sino, a la par que las otras pretensiones de validez, es más bien una función del entenderse. Y es precisamente en este contexto, que hemos delineado solo sumariamente, donde toma cuerpo la teoría consensual de la verdad. (Belardinelli, 1991, p.117)

De acuerdo con lo anterior, el Discurso (*Diskurs*) como concepto teórico se diferencia del simple discurso (*Rede*) en que éste presenta de un modo ingenuo la validez de las

conexiones entre las proposiciones para intercambiar información, mientras que aquel, por el contrario, problematiza y evalúa dichas conexiones. Cuando se ofrecen discursos, dirá Habermas, ofrecemos motivos o razones para sustentar acuerdos problematizados en la acción comunicativa ordinaria, ósea, un entendimiento discursivo que supere las tensiones de validez que de san al interior de las humanidades. En las ciencias sociales la verdad no es un asunto que se define en los campos de la exactitud e inexactitud, no se trata de un ejercicio de comprobación a partir de un método científico como en la geometría o la aritmética, por lo tanto, la noción de lo verdadera es algo más que un debate semántico de verificación, sino que se requiere de un acuerdo.

Incluso en la comprensión de enunciados elementales relativos a estados o sucesos en el mundo, el lenguaje y la realidad se interpenetran de una forma que, para nosotros, es indisoluble. No existe ninguna posibilidad natural de aislar las limitaciones impuestas por la realidad que hacen verdadero un enunciado, de las reglas semánticas que establecen las condiciones de verdad del mismo. Sólo podemos explicar lo que es un hecho con ayuda de la verdad de un enunciado sobre hechos; y lo que es real sólo podemos explicarlo en términos de lo que es verdadero. Ser es, como dice Tugendhat, ser veritativo. Y, dado que la verdad de las creencias o de las oraciones, a su vez, sólo puede fundamentarse con ayuda de otras creencias y oraciones, no podemos escapar del círculo de nuestro lenguaje. Esta circunstancia sugiere un concepto antifundamentalista de conocimiento y un concepto holista de justificación. Dado que no podemos confrontar nuestras oraciones con nada que no esté, ello mismo, impregnado lingüísticamente, no pueden distinguirse enunciados básicos que tuvieran el privilegio de legitimarse por sí mismos y pudieran servir como base de una cadena lineal de fundamentación (Habermas, 2002b, p. 237).

Este consenso racional sólo puede ser logrado a través de su fundamentación en un discurso ideal que plantea una situación bajo la cual los factores externos o el poder no excluyen de la participación a los individuos, algo así como un principio de democracia sobre el que posteriormente se construirá una ética del discurso. Algo similar ocurre en la teoría de la justicia de John Rawls y su idea de consenso traslapado como la negociación racional entre individuos igualmente racionales y que supone condiciones de equidad y libertad para todos los participantes.

La aceptación de la concepción política [de la justicia] no es un compromiso entre quienes sostienen diferentes puntos de vista [ante todo, en lucha individual o colectiva], sino que se fundamenta en la totalidad de razones especificadas dentro de la doctrina comprensiva que profesa cada ciudadano. (Rawls, 1995, p. 169)



Desde el punto de vista de la filosofía moral pueden entonces catalogarse como incorrectas las acciones comunicativas y, por lo tanto, debe buscarse o pretenderse su corrección que se evidencia en una estructura donde *“el objetivo de la ética comunicativa es rastrear los fundamentos de la moral en el lenguaje.”* (Rojas, 2012, p. 25) Esta pretensión de corrección moral es determinante en este apartado, y, al igual que la pretensión de verdad, debe ser de carácter universal dada que busca ser aceptada por cada ser humano, por lo tanto, *“con esto, se relaciona la pretensión de validez de un discurso ideal en el que pueden participar todas las personas capaces para participar en un discurso.”* (Rojas, 2012, p. 21) El discurso tiene como objetivo que sus participantes logren un consenso, es decir, que los destinatarios de una pretensión de validez se adhieran a ella. Para que pueda lograrse ese entendimiento o acuerdo es necesario el intercambio de todas las pretensiones de validez involucradas y argumentadas, lo que supone su exposición y debate, no se trata de un monólogo. Por lo anterior, el discurso ideal es una expresión de ética aplicada en una pragmática universal y busca generar condiciones para la adecuada comunicación entre los participantes de un proceso argumentativo; para ello es necesario el desarrollo de principios o pautas que garanticen, por ejemplo, la igualdad de los participantes y el respeto entre ellos en tanto sólo de esta manera se puede lograr una verdad consensual.

Las condiciones universales para el éxito de un acto del lenguaje se trabajan en una pragmática universal. Estas condiciones aseguran que los participantes en el discurso se tomarán en serio como colegas del discurso, libres y con los mismos derechos. Cuando según una teoría del consenso el mantenimiento de estas condiciones es una parte necesaria del concepto de verdad, este concepto contiene la verdad de las implicaciones morales. Habermas va más allá de esta pretensión, pues no sólo los fundamentos de pretensiones de validez tienen que ser comunicativos, sino también el entendimiento del significado de un acto del lenguaje tiene que presuponer conocimientos sobre cómo las pretensiones de validez que se encuentran ligadas al acto del lenguaje pueden ser intercambiadas unas por otras en un discurso. Esto es, sobre cómo un acto del lenguaje puede ser fundamentado frente a sus destinatarios. Con esto, se une el entendimiento del acto del lenguaje a los presupuestos comunicativos. Esto consiste en una conexión interna entre cuestiones de significación y cuestiones de validez. (Rojas, 2012, p. 24)

De acuerdo con lo anterior, la existencia de del discurso ideal debe reunir las siguientes condiciones:

1. Todo el que pueda hablar puede participar en el discurso.
2. Todos pueden cuestionar cualquier aseveración.
3. Todos pueden hacer aseveraciones en el discurso.
4. Todos pueden expresar sus actitudes, deseos y necesidades.



5. No se puede evitar que alguien ejerza los derechos establecidos por algún tipo de coerción interna o externa.

Estos postulados o pautas nos llevan a la reflexión central planteada al inicio: ¿Es posible hablar de un discurso racional o ideal en el Derecho o tan sólo es una utopía que genera una ilusoria sensación de validez y seguridad jurídica? Como se indicó, la respuesta al interrogante es que no es posible. La razón radica en que dado el carácter adversarial del Derecho como ejercicio discursivo en el que las partes se enfrentan entre sí ofreciendo discursos para persuadir a un tercero con pretensiones de imparcialidad como el juez, que a su vez ofrece un discurso para justificar su decisión o elección, no es posible hablar de una situación ideal debido a que no se cumplen las pautas enunciadas arriba, por ejemplo, no hay sinceridad ni convicción en lo que se dice pues todo discurso es la defensa de una posición que busca imponerse a cualquier costo, no es necesario decir que un abogado no cede en sus pretensiones tan sólo porque considera que efectivamente los argumentos de su adversario son válidos y por lo tanto demandan adherencia, un abogado con tal mentalidad está llamado al fracaso propio de un ideal romántico e ingenuo. Piénsese, de igual modo, el valor que se da a discursos dependiendo de la presión de los medios de comunicación y el poder político; o las posibilidades de acceso a la justicia en igualdad de condiciones por parte de los ciudadanos y cómo esto afecta la calidad y cantidad de argumentos que se presentan en un proceso judicial. Estas situaciones son tan sólo ejemplos de que la noción de discurso ideal, tal como se ha planteado aquí, es más bien una utopía necesaria para igualarnos discursivamente. Que moralmente sea necesario un escenario donde el discurso se presente como ideal no implica que en la práctica ello sea así, en palabras de Rojas: *“Las reglas del discurso y las reglas de la situación ideal del lenguaje son las condiciones de posibilidad de auténticas argumentaciones. Por eso, las reglas del discurso no son comparables con las reglas morales.”* (2012, p. 36)

### **Ética del discurso y su ilusoria presencia en el Derecho**

Cuando creamos y utilizamos un discurso tenemos la intención, no sólo de presentar nuestras razones a favor o en contra de alguna tesis, también pretendemos persuadir a un auditorio. Esta intención en principio debe ser sana y acudir a principios éticos de racionalidad en donde la verdad siempre sea el objetivo último, así esto implique reconocer que en el proceso deliberativo nuestra posición puede ser derrotada y consecuentemente reemplazada por la de aquellos que nos han logrado ahora persuadir, es decir, una verdad consensual como se ha manifestado varias veces. La pregunta central es: ¿Hasta qué punto esta pretensión ética es acertada para el Derecho?

Para empezar a dar respuesta a este interrogante debemos localizar la noción de ética del discurso de Habermas. Se trata de un desarrollo de su filosofía moral que se desarrolló en la década de los 80 y que constituye uno de los presupuestos teóricos de su acción comunicativa, publicada en 1981. En palabras de Habermas: *“[...] la ética del discurso utiliza la teoría de Hegel del reconocimiento para leer de modo intersubjetivista el imperativo categórico, sin pagar por ello el precio de una disolución historicista de la moralidad en la eticidad.”* (2000b, p.

109) Habermas, de esta manera, establece que la de la razón práctica, que tiene como hilo conductor las preguntas pragmáticas, éticas y morales, funciona de una manera distinta frente a la naturaleza del discurso práctico.

Como respuesta al paradigma de la conciencia esbozado por la filosofía moderna a partir de la obra de Descartes que defiende una teoría del conocimiento bajo la cual éste es la representación de un objeto por parte de un sujeto, Habermas opta por defender un paradigma lingüístico que opta por una construcción pragmática del conocimiento a través del lenguaje. Así las cosas, el conocimiento no es algo dado, no es un hallazgo resultado de una posición solitaria del individuo y los objetos; por el contrario, el conocimiento no es infalible y puede ser cuestionado y revisado por medio de la intersubjetividad del lenguaje, es una construcción dialógica.

Es a partir del análisis de este segundo paradigma como Habermas obtiene lo que denomina ética del discurso. Se trata de un procedimiento formal de construcción de normas independiente de todo presupuesto de contenido, y que resulta del modelo comunicativo del paradigma del lenguaje. El objetivo de este procedimiento está en la obtención de un argumento capaz de contemplar los intereses de todos los afectados y partícipes del procedimiento discursivo, y, por tanto, su aprobación, por el hecho de representar el mejor argumento. (Moreno, 2008, p. 96)

Así las cosas, la ética del discurso plantea una serie de reglas formales con vocación pragmática que recaen sobre el lenguaje con el objetivo de obtener consensos validos que constituyan la noción de verdad (consensual). Por lo anterior, el concepto de validez surge de la aceptación intersubjetiva de un argumento que se sostiene gracias a la universalidad propia del interés común, es decir, es válido porque satisface las necesidades de la comunidad más allá de caprichos individuales o sectoriales. Esta validez, en consecuencia, está encaminada a la producción de consensos traducidos en normas válidas que resultan de una construcción colectiva que resuelve conflictos que afectan a una comunidad, es la verdad que satisface las necesidades del bien común. La universalidad es entendida entonces como producto de una validación colectiva donde todos los afectados por una determinada situación se presumen imparciales dada la afectación que sufren, así, las normas no sólo obligan, sino que requieren del reconocimiento común de su validez para la obtención de juicios imparciales.

Únicamente es imparcial la situación desde la cual son susceptibles de universalización precisamente aquellas normas que, al incorporar de modo manifiesto un interés común a todas las personas afectadas, pueden contar con una aprobación general, así como conseguir un reconocimiento intersubjetivo. La formación imparcial del juicio se expresa en un principio que obliga a cada cual en el círculo de los afectados a acomodarse a la perspectiva de todos los demás a la hora de sopesar los intereses. (Habermas, 1985, p. 85)

La ética del discurso posee además un componente cognitivo y otro constructivo. El primero se refiere a que existen expresiones de tipo moral que indican lo que se debe hacer, en el Derecho serían enunciados deónticos, y que no son de naturaleza descriptiva (como se indicó, esta posición es tomada de la obra de Austin), de esta manera la razón práctica equivale a una capacidad de conocer aquello que es correcto de lo incorrecto a la hora de ejecutar una acción. El componente constructivo se evidencia en la posibilidad de crear o generar un consenso sobre la verdad a partir de una ética discursiva que brinde condiciones ideales para el proceso deliberativo y argumentativo para así lograr validez o aceptación universal. Al respecto, Habermas indica:

En teoría moral he defendido desde el principio una posición cognitivista, pero antirrealista. La ética del discurso explica el contenido cognitivo de las oraciones de “deber” sin necesidad de recurrir a un orden evidente de hechos morales que estuviera abierto a algún tipo de descripción. Las afirmaciones morales, que nos dicen las cosas que es justo hacer, no deben asimilarse a las afirmaciones descriptivas, que nos dicen cómo se articulan las cosas. La razón práctica es una facultad para la cognición moral sin representación.

Mientras que la verdad de una proposición expresa un hecho, no hay en el caso de los juicios morales, nada equivalente a que un estado de cosas “sea el caso”. Un consenso normativo, alcanzado bajo condiciones libres e inclusivas de debate práctico, establece una norma válida (o confirma su validez). Las normas válidas no “existen” sino en el modo de ser aceptadas intersubjetivamente como válidas. La “validez” de una norma moral significa que “merece” reconocimiento universal a causa de su capacidad para vincular la voluntad de sus destinatarios únicamente por medio de razones. El mundo moral que nosotros, como personas morales, debemos hacer realidad conjuntamente, tiene un significado constructivo. Esto explica por qué la proyección de un mundo social inclusivo caracterizado por unas relaciones interpersonales bien ordenadas entre miembros libres e iguales de una asociación que se auto determina —una traslación del Reino de los Fines de Kant— sirve como sustituto para la referencia ontológica a un mundo objetivo. (2003, p. 85 y 87)

Frente a la ética del discurso de Habermas, tenemos, en suma, que un discurso debe cumplir con unos requisitos mínimos de ética como condición para su aceptabilidad y el cumplimiento de su fin último: una verdad racional fruto del consenso. La utilidad del planteamiento resalta en tanto representa postulados con los que difícilmente se puede estar en desacuerdo, a saber:

1. Argumentar lo que cada individuo cree, siente o piensa es básico. Esta idea de sinceridad en el discurso invita a dejar a tras máscaras y estrategias que sólo buscan un

- fin individual. A la hora del discurso cada participante debe ser responsable consigo mismo (ser ético) y sostener sólo aquello que efectivamente cree, siente o piensa.
2. De la anterior consideración surge una racionalidad inicial que conllevará a un mayor compromiso con la verdad y que permitirá una interiorización de este objetivo. En la medida en que se imprima esa “auto-responsabilidad” se podrá valorar mejor las posiciones contrarias abonando el terreno para posibles aceptaciones de tesis contrarias.
  3. La ética del discurso permite al final un escenario distendido e idóneo para obtener verdades consensuadas. Con el triunfo de la “auto-responsabilidad” y el cumplimiento de reglas propias de la ética discursiva se pueden llegar a acuerdos racionales y capaces de sostener la veracidad de las proposiciones y la validez de los argumentos.

Para ilustrar mejor lo anterior veamos un ejemplo. Imaginemos los postulados de la ética del discurso, de forma análoga, en un juego de fútbol donde existen reglas, pero existe la posibilidad de salirse de ellas en busca de un beneficio personal a cualquier costo (sobornos, faltas violentas, manejo acomodado de las mismas reglas, etc.). La sensación de haber jugado un partido sin violar las reglas o sin ser desleal conlleva a una satisfacción general de los espectadores y de los mismos protagonistas, esta sensación disipa toda duda sobre la veracidad o rectitud del espectáculo. Surge entonces una idea de rectitud general inspirada en el respeto por parte de los observadores y de los mismos participantes, aún sin importar el resultado: ganó el mejor, porque éticamente fue el mejor, es decir aquel que fue fiel a su esquema y respeto las reglas y es capaz de reconocer la superioridad del rival. Por lo tanto, la ética del discurso no da prioridad al resultado *prima facie*, en tanto lo hace sólo si éste es producto de un proceso racional y ante todo ético.

Ahora bien, lo que sigue es analizar la situación del discurso ideal y su ética dentro de las discusiones jurídicas, en tanto, análogamente, puede asimilarse en muchos aspectos a un juego.

### **¿Es posible una ética del discurso en el Derecho?**

Cuando se asume el Derecho como un ejercicio discursivo, nos referimos principalmente al escenario judicial (lo que no significa que la conclusión sobre la ética del discurso aplicada al fenómeno jurídico no recaiga sobre las normas jurídicas y el discurso del legislador). La teoría del Derecho a puesto de presente que una forma de asumirlo es como discurso en tanto es a través de éste que se construyen los significados jurídicos que determinan las consecuencias a las acciones del individuo y respaldan el mensaje que las autoridades quieren transmitir. De esta manera el Derecho puede ser asumido como objeto del discurso, por ejemplo, con las novelas o las noticias que los medios presentan donde se habla de Derecho; pero también puede ser el discurso mismo evidenciable, por ejemplo, en los textos y las narraciones jurisprudenciales. Al final, el Derecho es, desde una posición ontológica débil, manifestable a través del lenguaje y del discurso y busca ejercer poder sobre las acciones humanas.

En general, la teoría cultural-jurídica asumió que el derecho podía ser visto como objeto del discurso en el sentido mencionado anteriormente y como el discurso mismo y esto a su vez desvió la atención hacia las formas en las que se construyen los significados para el derecho y a través de éste y cómo estos significados están respaldados por, y respaldan, aquellos que sustentan a la cultura más amplia. A manera de ejemplo sencillo, cuando el derecho o los trabajos del sistema jurídico son cubiertos por los medios informativos, o se representan en películas, el derecho se convierte en el objeto del discurso: en este ejemplo, de los discursos del periodismo o del cine. Por supuesto que estos son distintos del discurso jurisprudencial sobre el derecho, pero el teórico cultural-jurídico tendió a considerarlos como igualmente merecedores de seria consideración. Considerar el derecho en sí mismo como discurso, por otra parte, puede parecer contraintuitivo, debido a que a los académicos del derecho generalmente se les enseña a ver el derecho como un sistema normativo, cuyos constituyentes esenciales son reglas, no signos. Sin embargo, la respuesta del teórico cultural-jurídico fue que las reglas eran invariablemente formuladas en relación con alguna representación de las relaciones sociales (entre personas, cosas, acciones, ámbitos) cuya función es la de regular y el proceso de aplicación de una regla es siempre el proceso de decidir si una matriz fáctica específica concuerda con esa imagen del mundo. La teoría cultural-jurídica recomendó que se prestara especial atención a estas representaciones y a las estrategias interpretativas mediante las cuales su dominio es asegurado en el proceso de aplicación de las reglas. (Barron, 2015, p. 565-566)

Lo anterior ha sido concretado de una manera más estructurada por la obra de Manuel Atienza y su noción de Derecho como argumentación en la cual plantea que la argumentación jurídica, de auge reciente, recoge consideraciones sobre el lenguaje que fueron olvidadas por otros paradigmas jurídicos, en especial aquellas que lo vinculan al concepto de acción y construcción del mundo (Wittgenstein, Austin, Habermas, etc.). De esta manera el análisis del lenguaje es una herramienta para la pretensión de verdad, y, consecuentemente, de Justicia a ofrecer instrumentos de persuasión de un auditorio bajo la idea de un discurso racional o ideal. Sumado a esto, Atienza indica que el derecho como ejercicio discursivo o argumentativo se evidencia en que los participantes se enfrentan por medio de discursos, en donde aquel que esté mejor sustentado persuade y de esta manera logra su objetivo. Finalmente, este escenario discursivo se potencia por la existencia del Estado Constitucional y su invasión en todas las esferas de las distintas áreas del Derecho, lo que algunos denominan proceso de constitucionalización y que implica un mayor esfuerzo a la hora de justificar decisiones judiciales o normativas dada la obligatoriedad de cumplir con los postulados de la supremacía constitucional. Sobre esta visión del Derecho, dice Atienza:



Lo que aquí me interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a ver el Derecho como argumentación (aunque, naturalmente, el Derecho no sea -no pueda ser- sólo argumentación). El punto de partida consiste en considerar al Derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica. En definitiva, sería la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, ni a participar en su construcción simplemente como un técnico que opera con una racionalidad de tipo instrumental, sino como alguien comprometido con la tarea de mejorar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no por ello carente de sentido; lo que la dota de sentido es la idea de que el Derecho -el Derecho del Estado democrático-s-es, al menos incoativamente, un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada. (1999, p. 39)

El panorama que supone el paradigma discursivo-argumentativo del Derecho se intensifica cuando se está ante la presencia de la discrecionalidad del juez pues tiene que abandonar el esquema tradicional formalista de la argumentación para ser explícito en su discurso y razones, de esta manera la veracidad de las proposiciones y la validez de los argumentos deberán ser acompañadas ahora por estrategias argumentativas que lideren el proceso de persuasión y aceptabilidad. En este escenario, donde el lenguaje es acción y transformación, sería propicia la aparición de una ética del discurso que garantice un correcto uso de esta función, al respecto, la profesora Eveline Feteris dice: *“En algunas situaciones, como las del derecho, es necesario que se garantice una solución final que satisfaga la situación del discurso ideal hasta donde sea posible.”* (2007, p. 111) Como se ha planteado, la cuestión es si es posible la ética del discurso en el Derecho.

Pero, como se indicó al inicio del este trabajo, los postulados de la ética del discurso, tal y como se han presentado aquí, no serían útiles en el Derecho, principalmente en los procesos judiciales. Por lo que dicha ética sería tan sólo una necesidad ilusoria para asegurar la creencia en decisiones racionales en discursos ideales.

En primer lugar, parece que la posición de Habermas resulta un tanto inocente al pretender que se puede llegar a una verdad consensual en un proceso judicial. Partiendo de que las partes enfrentadas no siempre van a acudir a los principios del discurso ideal y su ética. Un abogado no argumenta lo que realmente cree, argumenta lo que es mejor para su causa aún esto implique un desconocimiento de sus posturas morales, de esta manera, la vieja fórmula del positivismo de separar metodológicamente Derecho de moral es un obstáculo enorme para poder cumplir con el requisito de sinceridad a la hora de evaluar la ética de un discurso. De hecho, basta con pensar qué ocurriría si un abogado decide no



tramitar alguna solicitud de su representado porque considera que no tiene la razón ni a la luz de la moral ni del Derecho, difícilmente ese abogado podría ser considerado como tal. El abogado está formado por lo general para argumentar aún contra lo imposible y para buscar soluciones, aún cuando sus argumentos parecen estar condenados al fracaso. Estamos de acuerdo en que no es una práctica sana, pero no por ello deja de ocurrir con frecuencia, incluso la capacidad para salvar debates con argumentos cuestionables, pero válidos formalmente, es admirada en los abogados. De hecho, el mismo Habermas parece indicar esta situación problemática.

Cuando los participantes, en el curso de un proceso de argumentación, llegan a la convicción de que, conociendo todas las informaciones oportunas y después de ponderar todas las razones relevantes, han agotado el potencial de posibles objeciones contra 'p', ya no quedan motivos para una prosecución de la argumentación. En cualquier caso, ya no hay ningún motivo racional para continuar manteniendo una actitud hipotética frente a la pretensión de verdad sostenida respecto a 'p' (pero temporalmente dejada en suspenso, como mera hipótesis). (Habermas, 2002b, p. 251)

Otra razón para cuestionar la existencia de la ética del discurso en el Derecho y sus procesos radica en los fundamentos epistemológicos del concepto de verdad. Sobre este punto, por ejemplo, Richard Rorty cuestiona dichos fundamentos de la verdad consensual aportando una posición contraria a la de Apel y Habermas. Dicha posición asume la imposibilidad de acceder a una verdad de tipo consensual dadas las especiales características de la argumentación jurídica, que como se ha dicho, resultan contrarias a la misma ética del discurso. En un proceso de argumentación jurídica ideal intervienen ángeles, seres desprovistos de pasión y llenos de sabiduría y conocimiento, capaces de aceptar que la otra persona tiene la razón y adherirse a ella; para este tipo de participantes parece que la vida es otra, una llena de serenidad, vocación de servicio por el bien común sobre todas las cosas y abandono de todo intento de combate o lucha, algo, sin duda, lejano a la formación del abogado. Por lo tanto, debe reconocerse que al final toda noción de verdad dependerá de los intereses un contexto histórico y cultural, donde la verdad que es creada por "nosotros" no es un verdadero consenso, es un "nosotros" bajo ciertas condiciones que garanticen un acuerdo pero que no es del todo incluyente.

No puedo ver qué significa "aceptabilidad racional idealizada" salvo "aceptabilidad para una comunidad ideal". Tampoco puedo ver, dado que tal comunidad no va a tener el ojo de Dios, que la comunidad ideal no es nada más que nosotros como nos gustaría ser. Y "nosotros" tampoco no puedo ver qué puede significar si no es: nosotros los educados, los sofisticados, los tolerantes, los buenos liberales, las personas que estamos ansiosos de escuchar el otro lado, de pensar en todas sus implicaciones, etcétera. (Rorty, 1993, p. 451)

Una tercera objeción se fundamenta en reconocer que el Derecho es un ejercicio de dominio y de poder antes que de lenguaje. Recordemos que el Derecho es expresable a través del lenguaje y no lenguaje en esencia, por este motivo los mensajes que se transmiten a través del lenguaje jurídico son voluntades de poder encaminadas a determinados fines o a la legitimación de ciertas ideologías. Claro es que se presenta esta realidad como una situación deseable cuando se afirma que la intención del Derecho, manifestada a través del lenguaje, es la de la convivencia social y la paz, pero para muchos esta ilusión se desvanece cuando se plantea que el Derecho está al servicio de intereses particulares (desde el abogado que representa a una persona, hasta las multinacionales y sus conglomerados jurídicos, pasando por el Estado y su expresión normativa). En otras palabras, no puede hablarse de ética cuando la relación es entre un amo y un esclavo, entre aquel que tiene el poder y aquel que debe obedecer, por esta razón una ética del discurso es inviable en el Derecho. Sobre esta situación ha escrito Enrique Dussel:

En efecto, antes de poder emprender el proceso reflexivo que partiendo de la facticidad alcanza el nivel pragmático-trascendental de la Parte A, y, por supuesto, antes, de poder “aplicar” los principios éticos en el nivel empírico-histórico de la Parte B de la fundamentación, el sujeto reflexivo debe ya presuponer siempre a priori -a priori con respecto al proceso de trascendentalización, y a posteriori de la facticidad misma del estar-ya-en-un-mundo donde se argumenta (o se trabaja, se ama, etc.)- que el Otro ha sido “reconocido”<sup>10</sup> como persona. Es decir, si alguien se encuentra ante una piedra, una mesa, un caballo o ante el esclavo de Aristóteles, no tiene por qué argumentar, ni efectuar un producto para intercambiarlo con “el Otro”, porque no “hay” ningún Otro; hay sólo “cosas” (con las que no se argumenta: o se las conoce o se las usa desde el “poder”). (1998, p. 218)

Consideremos el proceso judicial como ejemplo dado que es el escenario idóneo para ejercer el Derecho como práctica discursiva-argumentativa, tanto por las partes intervinientes: los abogados con sus intereses a defender, como el juez con la justificación racional de su decisión. Sobre este escenario podremos sostener estos postulados:

1. La naturaleza contenciosa del proceso judicial ha generado una conciencia de necesidad del triunfo a cualquier costo desde el punto de vista discursivo (esto no debe entenderse como la aceptación de prácticas por fuera de la ley como sobornos o presiones indebidas). Desde luego, tras esto existe un criterio, por lo general, netamente económico, de prestigio y reputación que es indispensable para la construcción de una sólida imagen profesional.
2. La dialéctica propia del proceso judicial necesita del enfrentamiento de argumentos, y como en cualquier debate sólo uno saldrá victoriosa una de las partes. Pero a diferencia de otras áreas en las que se presentan debates, en el Derecho se busca una verdad consensual, que la llaman también procesal al ser resultado de lo que

ocurre dentro del proceso, de lo que se puede probar y no de lo que realmente ocurrió (verdad material o por correspondencia). Trato como similares a la verdad consensual como procesal en tanto ésta última es resultado de aquello que, en teoría, las partes del proceso acuerdan dado el desarrollo del mismo, aunque en la práctica seguramente la parte derrotada no estará de acuerdo en esa verdad, fue partícipe del proceso de creación, y para los destinatarios de dicha verdad, ésta fue creada en el proceso judicial. Esta verdad procesal parece ser el resultado de negar la existencia de una verdad teórica, ideológica o técnica, en palabras de Daniel González Lagier:

[...] la negación de la verdad puede hacerse desde una perspectiva teórica, ideológica y técnica. Las razones teóricas del rechazo de la verdad en el proceso suelen ser consecuencia del escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento general (y no sólo del conocimiento en el caso del juez). Las razones ideológicas se basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso (normalmente se refieren al proceso civil), y suelen tener detrás alguna concepción del mismo en la que la búsqueda de la verdad no cumple un papel relevante o positivo. Las razones técnicas, por último, se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener un conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de estilo. (2013, p. 16)

Sin embargo, existen posturas que asumen que la verdad procesal y la verdad material son la misma en un plano cualitativo-ontológico dado que ambas tienen una pretensión de conocer aquello que es desconocido, entre lo que ocurre y el pasado que antecede a través de los medios probatorios. Pero, pese a esto, no se puede desconocer que el resultado de la reconstrucción de los hechos es distinto en una y en otra, todo mediado por las reglas de los procesos judiciales, en los cuales no se le puede exigir al juez un conocimiento material de la verdad, de esta manera la, verdad procesal es una necesidad a la que se llega por un consenso que también es ilusorio.

3. Reconociendo que en un proceso judicial las partes expresan argumentos contrarios, y que además muchos recurren a cuestiones alejadas de la ética discursiva (repito, que no debe malentenderse como una mala práctica profesional), debemos considerar también, como se indicó anteriormente, que ello es esencial en el Derecho. La noción de debido proceso como garantía máxima en materia judicial determina que todos aquellos envueltos en una discusión judicial deben estar representados por profesionales en el Derecho, y a su vez, éstos deben utilizar todos los argumentos a su alcance para poder llevar con éxito su misión, así no crean en ellos o así deban desvirtuar los argumentos contrarios con plena conciencia de su veracidad. En otras palabras, defender muchas veces una falacia conscientemente.

4. Finalmente, la ética se encuentra en el lenguaje, y esto, a su vez, involucra la ética del discurso. Lamentablemente vemos que el lenguaje sometido al derecho no siempre coincide con la ética. Resulta complejo que ésta ética sirva como guía en las acciones prácticas propias del proceso judicial dadas sus altas exigencias de racionalidad comunicativa.

La ética del discurso parte de la validez de la acción comunicativa como exigencia de eticidad y de racionalidad. Esta supone, en abstracto, que todos los sujetos capaces de lenguaje y acción están obligados igualmente a cumplirla. Sólo que los sujetos se encuentran en distintos niveles de desarrollo de su conciencia ética. (Berumen, 2004, p. 39)

## Conclusión

Dentro de las diversas teorías sobre el Derecho y su relación con el lenguaje, se analizó una parte de la vasta producción de Jürgen Habermas, en especial lo atinente a la ética del discurso y su teoría de la acción comunicativa. Lo anterior aplicado a la racionalidad del discurso en un contexto jurídico y normativo.

Ante la presencia de una situación ideal y ética del discurso, se observó cómo el Derecho, tanto por su esencia contenciosa y adversarial, como por las prácticas en su desarrollo judicial no es un escenario propicio para hablar de un discurso ético. En primer lugar, la práctica judicial del Derecho implica que tanto en jueces como en abogados se adopte un esquema de argumentación donde se privilegie, ante todo, las técnicas argumentativas por encima de la veracidad de las proposiciones y la validez de los argumentos, lo anterior en busca de una verdad consensual y procesal, que en últimas será el criterio a tener en cuenta en discusiones jurídicas.

En segundo lugar, la misma naturaleza del proceso judicial y del Derecho hace necesario sostener la tesis según la cual no es posible reconocer una ética del discurso. Siempre el proceso discursivo judicial supone la asunción de tesis que, a pesar de no ser sinceras, deben ser defendidas conscientemente generando así un rompimiento con la teoría evaluada.

## Referencias

---

- ATIENZA, M. El Derecho como argumentación. En *Revista Isegoría*, N° 21. Madrid: Centro Superior de Investigaciones Científicas CSIC, 1999, pp. 37-47.
- BARRÓN, A. Derecho como discurso. En FABRA, J. et al (eds.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 1. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2015, pp. 563-598.
- BELARDINELLI, S. La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas. En *Anuario Filosófico*, vol. 24, N°1. Navarra: Universidad de Navarra, 1991, pp.115-123
- BERUMEN, A. La ética del discurso jurídico. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 54, N° 242. Universidad Autónoma Nacional de México, 2004, pp. 33-48
- CAMPBELL, U. Facticidad y validez: Teoría del Derecho de Habermas. La acción comunicativa como principio democrático. En *Revista Heurística Jurídica*, año 1, N°1, agosto-diciembre. Ciudad Juárez: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2010, pp. 105-116.
- DUSSEL, E. La ética de la liberación ante la ética del discurso. En *La ética de la liberación: ante el desafío de Apel, Taylor y Vattimo con respuesta crítica inédita de K.-O. Apel*. México DF: Universidad Autónoma nacional de México, 1998, pp. 217-239.
- FETERIS, E. *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GARCÍA, J. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GONZÁLEZ, D. *Questio facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*. México DF: Fontamara, 2013.

HABERMAS, J.

(1985). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.

(1990). *Pensamiento postmetafísico*. México DF: Taurus.

(2000a). *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

(2000b). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta.

(2002a). *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Barcelona: Paidós.

(2002b). *Verdad y Justificación: Ensayos Filosóficos*. Madrid: Trotta.

(2003). *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Barcelona: Paidós,

(2010). *Teoría de la Acción Comunicativa*, tomos I y II. Madrid: Trotta.

MEJÍA, O. *Filosofía del Derecho contemporánea. Una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Bogotá: Ibáñez, 2012.

MORENO, A. Jürgen Habermas: entre la ética del discurso y la ética de la especie. En *Tópicos Revista de Filosofía*, N°35. México DF: Universidad Panamericana, 2008, pp. 93-112

RAWLS, J. *Liberalismo político*. México DF: FCE, 1995.

ROJAS, V. *La ética discursiva en las teorías del Derecho de Habermas y Alexy*. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2012.

RORTY, R. Putnam and the Relativist Menace. En *The Journal of Philosophy*, vol. 90, N°9. 1993, pp. 443-461.

SANTILLANA, A. Del mundo de la vida al sistema: el poder integrador del poder. En *Revista Andamios*, vol. 8, N°16, mayo-agosto. México DF: Universidad Autónoma de Ciudad de México, 2011, pp. 161-185



# IV

## Ludwig Wittgenstein y el Derecho: La corrección del lenguaje jurídico<sup>1</sup>

*Let me tell you a little story. There was once a young man who dreamed of reducing the world to pure logic. Because he was a very clever young man, he actually managed to do it. When he'd finished his work, he stood back and admired it. It was beautiful. A world purged of imperfection and indeterminacy. Countless acres of gleaming ice stretching to the horizon. So, the clever young man looked around the world he'd created and decided to explore it. He took one step forward and fell flat on his back. You see, he'd forgotten about friction. The ice was smooth and level and stainless. But you couldn't walk there.*

*Wittgenstein (película), Derek Jarman, 1993*

### **Introducción y planteamiento general de la cuestión.**

Ludwig Wittgenstein es considerado uno de los filósofos más influyentes del siglo XX. Su intención postura filosófica se centra principalmente en la discusión de temas como la lógica, la estética, la historia y la ética, entre otros, a partir de un análisis lingüístico riguroso

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es una traducción, revisada y ampliada, del texto originalmente escrito en inglés. Ver: STERLING, J. Wittgenstein and the Law: Toward a claim for correction to Language. En *Revista Ambiente Jurídico*, N°12. Manizales: Universidad de Manizales, 2010, p. 206-228.

que permitiera la comunicación exitosa entre ciencia y filosofía. La clave de este intento estaría en el lenguaje, su origen, concepto y función; todo lo anterior bajo el marco del nuevo positivismo del Círculo de Viena. El presente texto apunta a que se debe considerar el lenguaje, en una primera etapa, como una expresión de pensamiento que debe obedecer las reglas de la lógica para así guiar las discusiones en la ciencia y la filosofía. Sin embargo este momento inicial evoluciona hacia los denominados juegos del lenguaje como resultado de una serie de insuficiencias de la primera etapa mencionada. Este proceso evolutivo en el pensamiento de Wittgenstein fue importante para una reformulación de la Filosofía del Derecho del siglo XX, particularmente en influyentes pensadores como H.L.A. Hart y Ronald Dworkin; pero también se analizará la aparente tensión entre filosofía analítica y hermenéutica, tensión que es superada por la creación de un método hermenéutico-analítico por parte de la Teoría Comunicacional del Derecho de Gregorio Robles y que luce como un método conciliador que reivindica el valor de la filosofía analítica más allá de las posiciones positivistas. Se trata entonces de analizar la influencia de la filosofía analítica en el Derecho y sus aportes a partir de la obra del filósofo austriaco.

Para empezar, se puede decir que es poco común, como lo he sostenido en varios escenarios y de diversas formas, que los estudiantes de Derecho se ocupen de forma sólida y constante a temas ajenos a su disciplina. Son numerosos los casos y áreas en las que el desconocimiento de un contexto filosófico sólido conlleva a un pensamiento jurídico mecánico y estéril. Esto es evidenciable en áreas como la filosofía y la hermenéutica del Derecho que tradicionalmente son vistas por los futuros abogados como áreas poco o nada relacionadas con el verdadero objeto de la ciencia jurídica, que generalmente es asumido como las normas positivas. La incapacidad de pensar y repensar el fenómeno jurídico desde escenarios superiores y más amplios es un defecto que ha permitido la agonía de asignaturas conectadas con las humanidades más elementales, dicha agonía se ve en síntomas como la escasa intensidad horaria de asignaturas o cursos como hermenéutica jurídica y filosofía del Derecho en las escuelas o facultades además de la poca profundidad de los contenidos de los cursos que en el mejor casos se limitan a la Filosofía del Derecho hecha por abogados (sin duda relevante) omitiendo la que es hecha por filósofos o sociólogos (o también desconociendo que muchas posturas filosóficas pueden explicar de forma directa o indirecta fenómenos del mundo jurídico). En el peor escenario, los programas de Filosofía Del Derecho se convierten en cursos de Derecho Constitucional y teoría política. El desenlace suele ser la desconexión del Derecho con otras áreas del conocimiento y el marchitamiento de la reflexión jurídica crítica para dar paso a un aislamiento epistemológico.

En otras palabras, puede decirse que se concibe una idea reduccionista en la enseñanza de varias áreas del derecho como la hermenéutica, la lógica, la filosofía o la sociología que se caracteriza por una apariencia de existencia de feudos propios, exclusivos y aislados; una especie de captura y monopolio de áreas generales que pasan ahora a ser feudo "jurídico". (Sterling y Osma, 2018, p. 245)

Dada la reflexión precedente, el principal objetivo de este trabajo es presentar la influencia que tiene la obra del filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein en la Filosofía del Derecho, específicamente en la desarrollada en la segunda mitad del siglo XX. De esta manera se busca un análisis de temáticas comunes entre Derecho y la filosofía analítica de Wittgenstein, como por ejemplo el concepto de Derecho, la indeterminación del lenguaje jurídico, la discrecionalidad judicial, la interpretación de enunciados normativos, entre otros.

La obra y vida de Wittgenstein sin duda lo han llevado a ser considerado como uno de los más grandes e influyentes filósofos contemporáneos gracias a la originalidad y calidad de su trabajo, así como por su particular personalidad y apasionante biografía. Ello basta para entender a aquellos que, sin ser apasionados por el estudio de la Filosofía Analítica (de la cual Wittgenstein un referente ineludible), se ven fascinados con su obra, o incluso a aquellos que no tienen una formación directa en la filosofía. Por ello, no es de extrañarse que la figura del austriaco se eleve a la de ícono de la cultura contemporánea, sus frases e imagen son objeto de culto y mercantilización a partir de las diferentes lecturas que la gente hace del pensamiento wittgensteiniano. Puede decirse que todo el que conoce a Wittgenstein se identifica con alguna parte de su pensamiento o su vida. El poderoso impacto de su obra y temperamento es evidente, al respecto Ray Monk escribió:

Se han escrito poemas acerca de él, se han pintado cuadros inspirados por él, se ha puesto música a su obra, y se le ha convertido en personaje central de una novela de éxito que es poco más que una biografía novelada (*The World as I Found It*, de Bruce Duffy). Además, existen al menos cinco programas de televisión dedicados a él, y se han escrito incontables evocaciones de su persona, con frecuencia por gente que le conocí muy poco. (F.R. Leavis, por ejemplo, que quizás habló con él en cinco o seis ocasiones, ha hecho de sus "*Recuerdos de Wittgenstein*" el tema de un artículo de dieciséis páginas). Se han publicado remembranzas de Wittgenstein escritas por la mujer que le enseñó ruso, por el hombre que le llevaba la turba a su casa de campo de Irlanda, y por el hombre que, aunque no le conocía muy bien, dio la casualidad que tomó las últimas fotografías que se conservan de él. (1994, p. 16)

Es entendible entonces que la poderosa imagen e influencia del autor genere innumerables debates sobre su obra y estilo de vida, desde luego el Derecho no escapa a esta situación. Un ejemplo de lo anterior se observa en las posiciones respecto de una de las más notables discusiones en el Derecho: el debate entre los postulados del modelo iusnaturalista y los postulados del positivismo jurídico de corte fuerte o excluyente. Básicamente la confrontación se ubica en si el Derecho es una disciplina que principalmente tiene como objeto y fin la Justicia y los valores -posición propia del modelo del Derecho Natural clásico- o si por el contrario es un asunto propio de normas positivas que son parte de un proceso lógico formal que lo dota además de un carácter científico, en otras palabras, el Derecho como el arte de lo justo *versus* el Derecho como ciencia normativa. Entonces ¿qué tiene que ver la obra de Wittgenstein en este vetusto debate propio de la

Filosofía del Derecho? Michel Villey, al tratar a la justicia como objeto del Derecho, nos da una respuesta:

¿Qué quiere decir para nosotros que el Derecho busca la justicia? Para la mayoría, nada concreto, si alguien no se lo aclara. Según la doctrina (muy representativa) del neopositivismo, para un Wittgenstein, francamente nada; el término justicia no remite a ningún dato comprobable: es pues una palabra “vacía” que hay que proscribir. (1979, p. 68)

La posición del profesor francés (defensor del modelo iusnaturalista) es una de las tantas que asume una lectura sin dobleces de la obra de Wittgenstein, ubicándola en el plano de una teoría puramente científicista sustentada en la lógica formal y que a se encuentra en las antípodas de las ciencias del espíritu o sociales. En efecto, poco o nada tienen que ver con la obra del austriaco asuntos relacionados con los valores o la justicia; por esta razón el Derecho ha perdido su esencia al olvidar su fin esencial: la Justicia, el arte de ser justo, para pasar a un escenario dominado por la lógica, las normas y la aplicación silogística de éstas. Misma suerte corre la Hermenéutica Jurídica, que inicialmente orientada a la interpretación gramatical y lógico formal de los textos normativos, excluye toda intención o interpretación que no se ajuste a lo estrictamente redactado (literalidad o exégesis), así las cosas, Wittgenstein y su filosofía analítica se convierten, para muchos, en la antítesis de lo que la hermenéutica representa en sí misma: la inversión de la retórica, como lo sugirió Schleiermacher.

Pero las palabras del Villey desconocen la profundidad del pensamiento y la obra de Wittgenstein, basta con analizar su posición en la famosa Conferencia sobre ética dictada en Cambridge entre 1929 y 1930 para entender que no existía una desconexión total entre asuntos relativos a los valores, la ética y el pensamiento wittgensteiniano; de hecho, llegar a tal conclusión implicaría una imagen deformada de su pensamiento que ridiculiza todo intento de comprensión de la ética y la moral.

La ética, en la medida en que surge del deseo de decir algo sobre el sentido último de la vida, sobre lo absolutamente bueno, lo absolutamente valioso, no puede ser una ciencia. Lo que dice la ética no añade nada, en ningún sentido, a nuestro conocimiento. Pero es un testimonio de una tendencia del espíritu humano que yo personalmente no puedo sino respetar profundamente y que por nada del mundo ridiculizaría. (Wittgenstein, 1965, p. 8)

Se debe indicar entonces que la importancia del pensamiento de Wittgenstein radica en que propone una revelación de verdades a partir de una especie de escepticismo crítico que conlleva a un análisis global y sistemático de las situaciones de la vida a través del estudio del lenguaje ya que: *“Hasta ahora los filósofos nos han dicho sólo insensateces, lo que pasa es que no se daban cuenta que usaban la misma palabra en sentidos totalmente diversos.”* (Wittgenstein, 1987, p. 49)

Entre otras cuestiones, el análisis del lenguaje que realiza Wittgenstein supondría la eliminación de una narrativa misteriosa y dotada de una efusividad y emotividad perturbadora, algo así como una Teoría Pura del Lenguaje -parafraseando la obra de Hans Kelsen-, es decir, una teoría que permita explicar fenómenos del lenguaje para entender las estructuras del pensamiento a partir del ver y el oír sin interpretaciones ni misterios que asuma al lenguaje como imágenes. Un ejemplo de lo anterior se puede observar en la crítica que Wittgenstein realiza a *La Rama Dorada* de James G. Frazer, éste último ilustra que los *Festivales de Beltane*<sup>2</sup> en Escocia eran causados por la ignorancia del hombre primitivo que cree en la virtud purificadora del fuego y hemos de purificar todo para que la vida nos siga premiando. Wittgenstein cuestionó duramente las posiciones de Frazer pues sostenía que él, de manera histérica y desenfrenada, trataba de dar un valor misterioso y mítico a las narraciones en vez de reducirlas a cuestiones obvias. Wittgenstein en una de sus críticas decía: “Ningún fenómeno es en sí especialmente misterioso, pero cualquiera puede llegar a serlo para nosotros, y lo característico del espíritu auroral del hombre es que un fenómeno sea significativo.” (Wittgenstein, 1992, p. 57)

Wittgenstein entonces plantea una filosofía vía lenguaje en la que el estudio del lenguaje no es un sustituto sino un método para llegar al conocimiento de la realidad, el lenguaje es entonces el elemento que permite identificar y clarificar el pensamiento, pensamiento que se expresa a través de éste. En una carta escrita a Bertrand Russell, reprochándole cierta incompreensión hacia su filosofía, Wittgenstein afirma:

Ahora bien, me temo que no has captado realmente mi afirmación de la que toda la cuestión de las proposiciones lógicas sólo es un corolario. El punto principal es la teoría de lo que puede ser expresado por las proposiciones, esto es, por el lenguaje (y lo que viene a ser lo mismo, lo que puede ser pensado), y lo que no puede ser expresado por proposiciones sino sólo mostrado; éste creo yo, es el problema cardinal de la filosofía. (Wittgenstein, 1979, p. 49)

En su famoso *Tractatus Logico-Philosophicus* (en adelante TLP) – que ha tenido una influencia enorme en el pensamiento del siglo XX, hasta el punto que se le ha denominado la revolución lingüística de la filosofía- Wittgenstein busca esclarecer que la naturaleza y función de las proposiciones no constituye un fin en sí mismo sino un medio para arrojar luz sobre otras cuestiones, es decir, la naturaleza propia esclarecedora del lenguaje. El objetivo del *Tractatus* es trazar un límite a la expresión de los pensamientos, no al pensamiento en sí mismo (pues para trazar un límite al pensamiento tendríamos que poder pensar ambos lados de ese límite).

---

2 Los festivales de los Fuegos de Beltane corresponde al inicio del verano y marcan la mitad del año para el pueblo Celta. Beltane (que proviene del término “Beltene” y significa “fuego luminoso) también se conoce como la noche de Walpurgis y se celebra usualmente la víspera del primero de mayo siendo la época en que la Diosa se une con el Dios Astado, Bel, para celebrar los placeres Divinos en la Tierra, marcando así el regreso de la vitalidad, la pasión y la esperanza consumadas. En Escocia su particularidad radica en que se pretendía rastrear las huellas de los sacrificios humanos hechas por los Druidas (sacerdotes Celtas).

En el TLP Wittgenstein centralizaba el problema cardinal de la filosofía en la delimitación entre lo decible-pensable y lo indecible-impensable. Después de elaborar toda una estructura que combinaba la lógica y la lingüística, el autor guardaba un lugar privilegiado para lo indecible, encontrando así una proposición que destacaba su identidad con la ética y de otra que previamente vinculaba los conceptos centrales de ambos ámbitos. En este orden de ideas es necesario volver sobre la imprecisión de la crítica de Willey, en tanto sus aportes en materia social son incuestionables a tal punto de ser considerado un revolucionario pues *“Algunos aspectos de la filosofía de Wittgenstein han hecho de él uno de los más importantes místicos del siglo XX”* (Baum, 1988, p. 89)

Más adelante, Wittgenstein planteará que se necesita de una racionalidad en el lenguaje y ésta conlleva mil juegos y contextos distintos con reglas diferentes para cada uno. Cualquier significado y cualquier sentido que emane del lenguaje siempre es relativo, lo demás son tan sólo fantasmas. Su concepción acerca del sentido del lenguaje no lo conduce a una nueva teoría sino, por el contrario, a la exclusión de todas ellas. Entonces, esta filosofía libera de las complicaciones que generan los problemas mal planteados que agitan al espíritu humano y que pretenden, vía argumentos lógicos y en extremo racionalizados y cerrados y que a ese nivel no significan en realidad nada ni tienen solución ni son problemas ni sus planteamientos, resoluciones que resultan inútiles.

En las Investigaciones filosóficas, una de las obras más relevantes de la filosofía contemporánea que recoge aforismos de Wittgenstein de finales de los años 20 y de los años 30, y que no se publicaría hasta después de su muerte, Wittgenstein modifica su idea del Tractatus de que el mundo y el lenguaje poseen una estructura común a través del concepto de juego lingüístico. Ahora reconoce que las reglas que regulan las constantes lógicas no se pueden establecer al margen de la relación interna de las proposiciones en las inferencias lógicas, porque estas reglas, esta sintaxis, forma parte de una sintaxis global mediante la cual se puede analizar la función que cumplen tales relaciones internas. La sintaxis o gramática de nuestro lenguaje ofrece reglas que establecen la relación interna entre un término y su significado, y a partir de las cuales se pueden expresar enunciados sintéticos a priori (en el lenguaje de la fenomenología, más influyente de lo que pudiera parecer en la filosofía de Wittgenstein) que se corresponden con tales reglas, como *“un cuadrado sólo puede tener cuatro lados iguales”, “si algo es azul, no puede a la vez ser marrón”*. (Alarcón, 2000, p.283)

Para Wittgenstein el lenguaje consiste en muchos juegos, el uso diario de las palabras genera todo y cualquier sentido en el mundo. Cualquier significado y sentido de las cosas es relativo siempre y la filosofía es en sí misma una praxis analítica y crítica del lenguaje que termina siendo un estilo de vida y de pensar mas no una doctrina. Por lo anterior es posible pensar que Wittgenstein deja entrever que la primera condición para filosofar es la desconfianza en la gramática, lo que se resulta una coincidencia notable con el pensamiento hermenéutico de Friedrich Schleiermacher o con la posición nietzscheana:



“Ah, la razón, esa vieja hembra embustera. No nos liberaremos de Dios mientras sigamos creyendo en la gramática.” (Nietzsche, 1998, p. 184). En este caso la gramática indica sólo un sentido del lenguaje, desconociendo otros.

En el estudio de la obra del austriaco es común diferenciar las dos etapas de su pensamiento (primer y segundo Wittgenstein). Su primer gran planteamiento, mayoritariamente presentada en el TLP, se describe una teoría de la representación figurativa del signo, como algo que hace las veces de otra cosa. La multiplicidad de idiomas se debe, según el autor, a que los signos son meras convenciones al contrario de los pensamientos y las cosas. De igual manera se asume que el lenguaje es una especie de fotocopia de la realidad en la que cada palabra está amarrada a un objeto (entendido como representación intelectual), de esta manera cuando se dice algo, se piensa (representa) un objeto; en otras palabras: cuando se dice la palabra *bolso* se piensa inmediatamente en la imagen de un bolso (representación). Esta posición sobre el lenguaje inicialmente asumida por Wittgenstein es posteriormente cuestionada por él mismo hasta tornarse insuficiente en tanto cabe preguntarse ¿cómo es posible explicar que haya muchas cosas que no se pueden decir mediante una comunicación cognoscitiva y que sólo se pueden mostrar? Como por ejemplo la estructura lógica de las proposiciones. La lógica no puede salirse de ella misma. Wittgenstein, usando a San Agustín en sus *Confesiones*, se plantea que pueden existir palabras que no estén ligadas a una imagen fija por lo que su significado no puede ser universal, dando así un golpe mortal a su primera idea de lenguaje como imágenes.

El último Wittgenstein rompe con la teoría de la figuración y sostiene aquí que existen varios juegos de lenguaje (a partir de la influencia de la obra de San Agustín). Se aborda entonces la existencia de diversas lógicas, rompiendo así el paradigma de la lógica clásica o aristotélica como referente ineludible. Por esta razón, encontrar una certidumbre, en tanto que estado metal sobre “la verdad” es imposible. El lenguaje es mucho más que nombrar, y no puede sustituir a las cosas. Lo que hace al lenguaje es su uso y sus prácticas de utilización en los diversos juegos, como dar órdenes, informar, etc. La gente aprende a hablar viendo como hablan los demás con las prácticas y las formas de vida que no se pueden describir.

En esta etapa Wittgenstein da importancia a conceptos como ver, interpretar y representar, todos ellos con amplia relación respecto de la mente y voluntad humana: cabría decir que el mundo de la representación no es ni bueno ni malo, sino que sólo lo es el sujeto volitivo, es decir que junto al mundo como representación hay que tener también en cuenta al mundo como voluntad, que sería justamente la consideración del mundo en que la ética entra en juego realzando así la tendencia de Wittgenstein a desligar los valores como hechos. Al ser el hombre un sujeto de voluntad, puede decirse de igual manera que éste tiene sentimientos que lo describen y califican su emotividad por lo que sería éste único capaz de ser feliz o desgraciado, donde la felicidad y la desgracia son los asuntos que se debaten en la ética, ética que para Wittgenstein, se ocuparía del sentido de la vida (*der Sinn des Lebens*), lo que determina que la conciba en estrecha relación o parentesco con la religión, a cuyo cargo ha corrido tradicionalmente el intento de responder a esa cuestión.

Volviendo a su Conferencia sobre Ética, Wittgenstein propone la metáfora de la taza de té. Esta metáfora nos indica que la taza no puede llenarse más allá de su capacidad,

lo mismo ocurre con las proposiciones que pueden soportar cierta carga o contenido antes de rebosarse. Cualquier intento en un sentido contrario estaría destinado al fracaso. Wittgenstein siempre reconoció a la ética como algo natural en el ser humano, y esta tendencia se manifestaba por arremeter contra el lenguaje, pero cuando la ética adopta la forma de la ciencia natural su actitud es intolerante y destructiva, de ahí que pretender que el Derecho sea una ciencia exacta y que además tenga como objeto la Justicia y los valores, es absurdo metodológicamente hablando, pero nunca un intento de ridiculizar a la ética o de sacarla del camino como lo planteó Villey.

Wittgenstein dirá que *“todas las proposiciones valen lo mismo”* (1987, prop. 6, 4) como descripciones de hechos posibles, todos los cuales son igualmente contingentes (pueden o no ocurrir) y entre los cuales no existe preeminencia alguna, no hay entonces ninguna jerarquía ni diferencias de valor entre las proposiciones (una visión aquí un tanto utilitarista). Los hechos conforman el mundo y en él todo es como es y ocurre como ocurre, por consiguiente, no hay en él ningún valor. Esto último es una forma paradójica de afirmar que considerar el valor como parte del mundo equivale a convertirlo en hecho y despojarlo de su condición de valor. El mundo es, simplemente, cuando acontece, y en él todos los hechos han de medirse por el mismo patrón. Todas las proposiciones valen lo mismo. El mundo no es sino la totalidad de los hechos posibles.

Recapitulando hasta ahora, el ámbito del lenguaje, para Wittgenstein, es el del mundo entendido como la totalidad de los hechos que lo componen. Existe una especie de punto de vista interno del lenguaje y éste consiste en la totalidad de las proposiciones que lo componen (proposiciones que surgen de un proceso de percepción y representación), entonces la correlación entre mundo y lenguaje es la correlación entre la totalidad de los hechos y la totalidad de las proposiciones. De ahí que un sujeto tenga más éxito en su argumentación en cuanto mayor capacidad de describir hechos mediante proposiciones verdaderas sea capaz de enunciar.

Wittgenstein pretende estudiar el lenguaje desde un punto de vista lógico como lo enuncié al hincar el texto. Pero el lenguaje lleva implícitamente su propia lógica y la mayoría de las cuestiones filosóficas procede precisamente de que no se comprende la lógica del lenguaje, por ende, hay que entender esta lógica y analizarla cuidadosamente.

El lenguaje es la expresión del pensamiento. El pensamiento es, a su vez, la figura lógica del mundo (y no debe ser confundido esto con el concepto de realidad). Wittgenstein define a la proposición como el signo por el cual expresamos el pensamiento en su relación proyectiva con el mundo. De todos estos conceptos, el central y también el más problemático es el de la relación figura-contenido (figuratividad), puesto que Wittgenstein habla de la relación entre mundo y lenguaje en términos de figuración: *“Nosotros nos hacemos figuras [Bilden] de los hechos”* (Wittgenstein, 1987, prop. 2,1). Se puede decir que el punto clave de su teoría es la esencia de esta relación y como vemos los signos y a estos les damos un nombre, el problema se presenta cuando todos *“vemos”* lo mismo, pero le damos nombres diferentes. ¿Es el signo claro? Y si lo es ¿por qué ante la misma imagen (signo) lanzamos conceptos distintos?

Los aportes de Wittgenstein en la filosofía son enormes, pero como se indicó, el objeto de este trabajo es analizar el impacto de éstos en el Derecho, más específicamente en lo que

denomino un paradigma jurídica discursivo entendido como aquel que centra al Derecho en un plano de discusión y debate sometido a reglas del lenguaje y que rehabilita una razón práctica para realizar cambios reales a través de la toma de decisiones judiciales que ponen fin a controversias. Pero la relación lenguaje-derecho, lejos de ser pacífica, presenta una serie de dificultades que hacen fértil la introducción del pensamiento del autor austriaco para poder entenderla.

## Lenguaje, interpretación y aplicación del Derecho

En 1972 Allan Janik y Stephen Toulmin publicaron el libro *La Viena de Wittgenstein* en el cual se defiende una idea de interpretación bastante diferente a las que se tenían anteriormente. Se ilustra cómo el joven Wittgenstein maneja una idea de interpretación ética como resultado de una oposición a racionalizar o teorizar este concepto. Para Janik y Toulmin la relación entre lógica y ética en el TLP se resumiría de este modo: “*La lógica (de Frege y Russell) apenas cumple con el papel de aportar las técnicas y herramientas formales para realizar una crítica del lenguaje y así, por medio de su aplicación, poder cumplir con el propósito ético del libro.*” (Janik y Toulmin, 1973, p. 196)

Pero para Wittgenstein la lógica también plantea problemas que se pueden resolver mediante la crítica al lenguaje así ellos hayan sido muy probablemente menos importantes para él que su propósito ético. No hay oposición entonces entre la lógica formal y la lógica ética. Pero Además de esta distinción Wittgenstein aborda el fenómeno de la nebulosidad de la interpretación de normas o reglas que es producto de la indeterminación del lenguaje, que en el Derecho está representada en los denominados conceptos jurídicos indeterminados, es decir, aquellos conceptos que no han sido definidos y que su núcleo conceptual es vago ya sea de forma periférica o central.

Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría concordancia ni desacuerdo. (Wittgenstein, 1988, p. 203).

Lo anterior puede tornarse en un escepticismo, tal como lo sostiene Saul Kripke (*cf.* 1982, p. 60). Este escepticismo ha causado un gran efecto en la filosofía en tanto parece que tiende a una relatividad de los conceptos generando así un desorden en la actividad interpretativa que en últimas no va a tener posiciones correctas, terminando, como veremos más adelante, en una imposición de interpretación a través de autoridad principalmente. Quienes tienen esta visión escéptica afirman que el Derecho está radicalmente indeterminado (los realistas, por ejemplo), y que el fenómeno jurídica, en última instancia, no consiste en un criterio de corrección en la aplicación reglas, sino en el impacto que produce en una comunidad las diferentes formas de ejercicio de autoridad y del poder, en este caso a través de la interpretación.

Existe un grave desacuerdo acerca de la naturaleza de esta conexión entre las reglas y los casos que ella regula, basta recordar las palabras de Gèny al respecto: “*La ley escrita no nos proporciona todas las soluciones que requiere la práctica y la lógica del derecho*” (1954, p. 207), es decir, la evolución de la sociedad y sus cambiantes realidades generan un desfase entre lo que la norma prescribe y las hipotéticas situaciones fácticas que se pueden generar. En parte, estas controversias se producen por el diferente papel que se le atribuye al consenso y los acuerdos de los miembros de una comunidad, en este caso de aquello que se considera correcto o incorrecto.

Wittgenstein cree que los casos que una norma regula no están identificados por la regla, sino que tienen que ser producidos o construidos. Esto lo trataría Malcolm Norman con lo que denomina “*la pregunta difícil.*” (1995, p. 148) Los interrogantes que surgen son: ¿Qué decide si un paso tomado en una dirección, si una cierta aplicación, está o no está de acuerdo con la regla? ¿Qué ocurre si las acciones de diferentes individuos que actúan conforme a una regla no están de acuerdo? Estos cuestionamientos resultan notables en tanto significan la aplicación primaria de los juegos del lenguaje de Wittgenstein: ¿Cómo es posible que ante una misma regla o norma tengamos diferentes comportamientos? ¿Cómo es posible que ante una misma norma o regla su interpretación y aplicación varíe? Sin duda lo anterior es uno de los temas centrales de la filosofía del derecho contemporánea. La pregunta difícil surge sólo cuando se asume que existe una cierta norma, pero encontramos discrepancias acerca de sus instancias de interpretación y aplicación.

El Derecho entonces adopta una faceta lingüística en la cual las proposiciones crean un lenguaje jurídico:

Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje. (Aarnio, 2000, p. 12)

Este lenguaje a su vez tiene diversas funciones: directivas, valorativas, enunciativas, informativas y preformativas. Pero al ser el derecho un producto del lenguaje se ve sometido a los mismos problemas de éste. La cuestión se torna interesante en el momento de la interpretación y aplicación del Derecho que se refleja en soluciones distintas a un mismo caso partiendo de interpretaciones variables también ¿En qué radica que una instancia varíe su percepción y decisión sobre un mismo caso respecto de otra que percibió y decidió de manera distinta?

Si analizamos esta situación frente a los denominados casos difíciles (aquellos que no pueden ser justificados con el modelo clásico silogístico) el escenario es mucho más productivo para el debate: la discrecionalidad del juez es mayor y su responsabilidad se refleja en la modificación de la realidad por medio de interpretaciones y justificaciones expresadas a través del lenguaje. Grandes controversias jurídicas, sociales y económicas en

Colombia se han resuelto por una serie de justificaciones novedosas y por vía de autoridad en jurisprudencias memorables ya sea por su brillante construcción o por su infame incoherencia; pero en últimas todo girando en torno al lenguaje y a las formas de percibir realidades y sus correspondientes descripciones mediadas por elementos subjetivos. Se puede pensar incluso en el lenguaje como un atemperador o modulador de emociones.

Las posiciones de Wittgenstein fueron también influyentes en la construcción de la teoría del discurso racional de Robert Alexy (cf. 1798, p. 63 y ss.) y que le permitieron evaluar la utilidad de las teorías emotivistas que sostienen que la defensa de ideales y valores es una mera expresión de sentimientos subjetivos que posee quien argumenta. De esta manera Alexy indica que el lenguaje tiene una función más allá de la descriptiva, pero que no es emotivista, dada la existencia de reglas en toda actividad lingüística y comunicativa, algo que también sostenía Wittgenstein.

Seguir u obedecer una regla es también para Wittgenstein una práctica, un uso, una costumbre, un acto institucional, por lo que no cabe un cumplimiento privado o interior. El concepto de seguir una regla, unido a los conceptos de juego del lenguaje y forma de vida, sirve a Alexy para fundamentar los presupuestos del discurso práctico racional. (Alarcón, 2000, p. 287)

## La importancia de la Hermenéutica

¿Qué es la hermenéutica? Es una duda una pregunta bastante compleja que muchos han tratado de responder, y sin aparentemente sin éxito si se tiene en cuenta que aún no se tiene la suficiente claridad acerca de qué es o para qué sirve después de años de trabajo. De una forma cómica pero precisa, y parafraseando a Flaubert en su *Diccionario de lugares comunes* (1966), definía Derecho con estas palabras: “No se sabe qué es”, pues bien, lo mismo uso para el concepto de Hermenéutica: No se sabe qué es.

Los problemas con la hermenéutica radican, en primer lugar, en el desconocimiento profundo de la palabra en el ámbito jurídico académico. Basta analizar si los miembros de la comunidad académica - jurídica pueden definir con propiedad el término, su utilidad y metodología. En segundo lugar, se trata de una palabra ambigua de la que todos creen saber qué es, o en el peor de los casos tener una idea de qué es y con usos distintos para cada situación. Para algunos es interpretación, para otros no lo es en tanto se trata de un ejercicio de comprensión y elección de interpretaciones, incluso para muchos es una cuestión existencial alejada de textos.

La definición y la función de la palabra “hermenéutica” no siempre han sido claras y certeras, y esta fue una de las principales razones para que durante mucho tiempo la hermenéutica fuese tratada de forma peyorativa en la medida que se consideraba que ésta no remitía a nada concreto. Esto le trajo un aspecto fantasmagórico y adivinatorio que convirtió a la hermenéutica en un área sin brillo ni respeto. La tarea entonces va ser establecer los lineamientos iniciales para una definición del término “hermenéutica” como esencialmente una teoría universal de la interpretación, en los términos inicialmente planteados por Schleiermacher.



Friedrich Schleiermacher, considerado el padre de la Hermenéutica, plantea que su función es la comprensión, ya que: *“todo acto de comprender es la inversión del acto de hablar, en tanto debe llegar a la conciencia qué pensamiento subyace a lo que se dice.”* (Schleiermacher, 1977, p. 76) De esta manera la hermenéutica es la inversión de la retórica en oposición a la universalidad, exclusividad y omnipotencia de la gramática. Si la gramática ofrece las reglas para entender una lengua dada y los discursos en dicha lengua, la hermenéutica ofrecería las herramientas para comprender aquello que está en el discurso, pero no es accesible por medio de la gramática, esta sería la verdadera función de la hermenéutica: la respuesta a ¿cómo es posible la comprensión? La respuesta a esta pregunta surge en la medida que la comprensión buscará siempre el pensamiento del autor, y ésta se encuentra presente en la intención que aquel tuvo para transmitirlo en el discurso o texto: *“todo decir [se basa] en un pensar anterior”*. (Schleiermacher, 1977, p. 78) La idea del teólogo alemán es clara: la hermenéutica busca la expresión de un alma o espíritu individual, algo que escapa a la fría y rígida gramática, porque al final si todo fuese gramática, no existiría hermenéutica. La lección entonces es relevante: no se trata simplemente de comprender un texto, sino de comprender cómo se ha producido, el origen de su creación, de ahí la importancia de establecer de forma clara la relación entre pensamiento y lenguaje, algo que será retomado posteriormente por Gadamer.

La hermenéutica entonces tiene como función: *“comprender desde el lenguaje el sentido de algo que se dice”* (Virmond, 1985, p. 1276) y al ser la función de la hermenéutica la búsqueda de la comprensión, entendida ésta como la identidad entre lo interpretado con el pensamiento que subyace en la mente del autor:

[...] si la comprensión es un acto dirigido a penetrar la génesis del discurso en la psicología del autor, entonces hay una praxis hermenéutica no solo en la solitaria comprensión de un escrito aislado, sino en el entender un tipo de discurso, antiguo o moderno, escrito u oral. (Ferraris, 2000, p. 126-127)

Con los aportes de Schleiermacher puede empezarse a generar una posición optimista frente a la hermenéutica. Esta posición parte de asumir una actitud contraria a la que representa a la hermenéutica como un elemento generador de caos. Es la hermenéutica la llamada a remediar tal desorden pues ante la multiplicidad y arbitrariedad de interpretaciones, aquella pone orden estableciendo reglas para lograr una mejor comprensión y encontrar la verdad en las ciencias del espíritu. Es precisamente aquello que los pesimistas le endilgan a la hermenéutica lo que genera la posición contraria: el caos en la interpretación no es resultado de la hermenéutica, es el punto de partida para su trabajo, así, la valoración y corrección de las interpretaciones para una mejor comprensión es la verdadera función hermenéutica. De nuevo Grondin dice:

Y, sin embargo, como no nos cansaremos de recordar, esta concepción (la pesimista), se sitúa en las antípodas de lo que siempre ha querido ser la hermenéutica, a saber, una doctrina de la verdad en el dominio



de la interpretación. La hermenéutica clásica ha querido, efectivamente, proponer reglas para combatir la arbitrariedad y el subjetivismo en las disciplinas que tienen que ver con la interpretación. (2008, p. 15)

Así las cosas, el relativismo –del que se acusa a la hermenéutica ser su generadora y propagadora- no es nada distinto a un *“espantapájaros conceptual”* (Grondin, 1990, p. 46) colocado por aquellos guardianes de la verdad absoluta y dogmática. Sólo en la medida en que se supere la noción de absolutismo se puede superar el escenario del relativismo: *“para la hermenéutica sobrepasar el absolutismo metafísico es dejar atrás el problema del relativismo”* (Grondin, 1990, p. 46)

Sumado a lo anterior, la hermenéutica, en una moderna imagen, tiene un talante más sólido y respetable que tiende a mostrar una faceta mucho más pragmática en tanto se supera una posición meramente descriptiva de los fenómenos para darse a sí misma una versión perspectivista, pero dentro de los límites de la comprensión.

La hermenéutica resulta valiosa no en tanto nos permite sólo evaluar las interpretaciones, sino en la medida que nuestras interpretaciones son pragmáticas pues están presentes en la relación del sujeto con la realidad y el mundo y permiten crear y modificar realidades: *“Sólo puede surgir una hermenéutica cuando resulta seguro que las imágenes del mundo no son sólo simples duplicaciones de la realidad tal como es, sino que representan interpretaciones pragmáticas, es decir, implícitas en nuestra relación hablante con el mundo.”* (Grondin, 2002, p. 41)

Esta visión optimista debe ser la asumida por el Derecho en tanto permite garantizar la razón práctica en la toma de decisiones judiciales además de potenciar el uso de la hermenéutica jurídica como una herramienta que permite corregir la eventual arbitrariedad judicial (cf. Sterling, 2013, pp. 139-161). Confiar en los métodos y técnicas de la hermenéutica jurídica es necesario para poder lograr la comprensión a la hora de analizar enunciados normativos y así construir la legitimidad en la decisión judicial. La posición optimista implica abandonar la idea según la cual toda interpretación, salvo la gramatical, debe ser evitada en el campo jurídico.

En el Derecho, ante la indeterminación de lenguaje y el enfrentamiento de los jueces a problemas filosóficos, las reglas que proporciona la hermenéutica son elementos básicos para lograr una confianza del ciudadano en la práctica judicial pues éstas permiten no sólo la explicitación de razones acerca de por qué una interpretación es mejor que otra en el caso concreto, sino que también generan rigurosidad argumentativa. La interpretación, que puede ir desde la exégesis hasta la consulta del espíritu o fin de la norma, jamás será un ejercicio arbitrario mientras se fijen reglas y pautas mínimas para tal procedimiento en aras de lograr una comprensión de textos jurídicos armonizada con las disposiciones constitucionales. Ante estos retos de carácter lingüístico y moral la hermenéutica dice presente para dar una mano. La hermenéutica jurídica así entendida no genera, bajo ninguna circunstancia caos, por el contrario, es la esencia del Derecho, entendido éste como ejercicio de normas y lenguaje, como ciencia social. Sin hermenéutica no hay Derecho ni práctica judicial pues toda decisión de esta índole es un ejercicio selectivo de interpretaciones con resultados que transforman la realidad e impactan el mundo: *“Sólo*

*puede surgir una hermenéutica cuando resulta seguro que las imágenes del mundo no son sólo simples duplicaciones de la realidad tal como es, sino que representan interpretaciones pragmáticas, es decir, implícitas en nuestra relación hablante con el mundo.”* (Grondin, 2002, p. 41)

De regreso a la obra de Wittgenstein, su noción de juegos del lenguaje abre la posibilidad a una hermenéutica narrativa (cf. Gadamer, 1996, p. 102), es decir, la narración es también un juego del lenguaje que evalúa el contexto en el cual se desarrollan determinados acontecimientos siendo en últimas el lector u oyente el que evalúa interpretaciones por medio de una experiencia plural de los sentidos, colocando en un segundo plano las experiencias de los autores. Bajo esta situación, Wittgenstein da más importancia a las experiencias previas del intérprete que a las situaciones históricas y particulares de los creadores. En este sentido, la hermenéutica es una filosofía trascendental (como lo indica Arthur Kaufmann). En palabras de Pablo Quintanilla, y usando como analogía el sentimiento religioso:

En el caso de Wittgenstein, sus intuiciones más agudas acerca de la comprensión se formulan cuando discute la naturaleza de la creencia religiosa. En efecto, un caso particularmente extremo de incompreensión parece darse cuando el no creyente trata de comprender al creyente, pues las oraciones del primero tienen un significado diferente para el segundo, en tanto pertenecen a juegos de lenguaje y formas de vida diferentes. Por ejemplo, cuando el creyente dice que Dios existe y el no creyente lo niega en realidad no se están contradiciendo, pues cada uno de ellos atribuye significados diferentes a las palabras “Dios” y “creer”. El no creyente evalúa el significado de esa afirmación asumiendo que es una oración sintética, pasible de verdad y falsedad, que pretende describir un hecho de la realidad. El creyente puede no asumir nada de eso. Para él, esa oración puede tener un significado básicamente moral y no metafísico ni factico. De hecho, es probable que haya sido en ese sentido que Wittgenstein entendiera la religión. Por eso, el no creyente podrá comprender al creyente solo si logra compartir algo del juego de lenguaje y la forma de vida que subyace a las afirmaciones de su interlocutor. (2008, p.4)

Un ejemplo de lo anterior, es decir, el aporte de la obra de Wittgenstein en la evolución del Derecho, está en el punto de vista hermenéutico ilustrado por Hart. Recordemos que Hart está ampliamente influenciado por la filosofía analítica, especialmente por la obra de Wittgenstein y la denominada *Escuela de Oxford*, lo que lo llevó a concretar un giro lingüístico en el análisis del Derecho, es decir, incorporar al lenguaje como un elemento esencial de la práctica jurídica.

A partir de las investigaciones filosóficas de Wittgenstein, obra de extraordinaria influencia en el giro que estamos tratando, el interés de la filosofía analítica se va a centrar en el uso ordinario del lenguaje. [...] Pues bien, es en esta corriente analítica donde se inscribe la escuela de

Oxford y, por ende, Hart. La filosofía del lenguaje ordinaria desarrollada en Oxford se interesa por los detalles reales del lenguaje común y procura exponer el conjunto de las reglas aceptadas al que nos remitimos para determinar los usos correctos o incorrectos de las expresiones del lenguaje. (Bastida, 2001, p. 140)

Lo anterior fue determinante para que Hart pudiese crear sus postulados, entre ellos la existencia del punto de vista interno y externo como criterios para identificar las reglas jurídicas de las meras ordenes respaldadas de fuerza a partir de la noción de aceptación. El concepto de aceptación es fundamental en el análisis de la obra hartiana en tanto un individuo que acepta una regla o norma la está asumiendo como pauta de comportamiento dentro de una comunidad que le da valor a dicha práctica o acto y *“se identifica con una actitud –la crítica reflexiva o autocrítica-, o con la operación característica de un punto de vista –el interno-.”* (Bastida, 2001, p. 161) Esta reflexión conlleva a la necesidad de asumir un punto de vista hermenéutico para comprender cuáles son los verdaderos enunciados jurídicos a partir del concepto de aceptación. Este punto de vista hermenéutico *“no es más que la actitud que adopta todo aquel que, en cualquier suceso de la vida cotidiana, se encuentra ante la siempre comprometida situación de responder a un interlocutor que le incita a ‘ponerse en su lugar’.”* (Bastida, 2001, p. 167) Se trata, por lo tanto, de un punto de inflexión en la teoría del Derecho, que vuelca sus ojos, con la obra de Hart, a los problemas genuinos del lenguaje que han sido tratados por la filosofía analítica y la hermenéutica, reflejados, en este caso, en el concepto de obligación y aceptación de las reglas o normas jurídicas.

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Un de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe. (2009, Hart, p. 113)

Hart denota una sensibilidad enorme en el tema de la relación entre Derecho, lógica y lingüística generando un giro lingüístico en la Teoría jurídica de su época, en sus palabras:

Cuando en 1952 fui nombrado Catedrático de Filosofía del Derecho en Oxford me formé la opinión de que las investigaciones analíticas acerca de la naturaleza del Derecho y los conceptos jurídicos habían cesado prematuramente. En parte, esto se debió a la totalmente legítima y beneficiosa distracción de la atención de los juristas hacia los múltiples problemas dados por el hecho de que las normas jurídicas son vagas

en cuanto a su alcance, por lo que usualmente fracasan al determinar unívocamente una decisión judicial. El énfasis en este fenómeno había llevado a algunos de ellos (los “escépticos ante las reglas”) a dudar, con mayor o menor exageración, de la posibilidad de describir el sistema jurídico en términos de reglas; otros se vieron estimulados a realizar investigaciones, tal vez más fructíferas, sobre los criterios que deberían emplear los tribunales para tomar decisiones razonables cuando se enfrentan con lo que, en algún sentido, son “lagunas” del sistema jurídico. Otros incluso habían advertido que el tratamiento racional de los problemas de la zona de penumbra involucra la consideración de los propósitos “subyacentes” en el Derecho e invocaron la terminología tradicional del Derecho Natural –a veces también con algunas de sus tradicionales confusiones– para expresar sus puntos de vista (...) Sin embargo, me parece evidente que las preguntas acerca de aquellos hechos del Derecho que son relativamente estables y certeros, los cuales constituyen el marco conceptual del pensamiento jurídico, aún están abiertas (...) Éstas quedaron para ser respondidas a partir de una extensa enumeración de conceptos y términos jurídicos, con nuevas herramientas y con una nueva sensibilidad por las distinciones lógicas y lingüísticas. (1957, p. 953, 957-58)

La influencia de la obra de Wittgenstein en la teoría hartiana tiene su punto más alto a la hora de abordar los problemas generados de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje jurídico. Con la noción de zonas grises o de penumbra, la teoría del Derecho se ocupa ahora de un escenario que estaba en mora de ser atendido y que se desarrollaría de forma fructífera en los años venideros. El análisis que ofrece la filosofía analítica es una herramienta poderosa para poder entender los fenómenos propios de la indeterminación del lenguaje jurídico, por lo tanto, es deber de un jurista calificado poseer conocimientos en esta área.

Las palabras no son sólo vagas; a veces son ambiguas. Esto significa que tienen más de un uso bien asentado. Por ejemplo, un testador deja sus pinturas a su hijo. Si la cuestión es si esto incluye un cuadro realizado con técnica de collage se relaciona con la vaguedad de “pintura”, la fuente del problema; pero si la cuestión es si el legado se refiere a los cuadros del testador o a sus latas de pintura, la responsable es la ambigüedad. Este uso del lenguaje genera muchos problemas. Nos tienta, por ejemplo, a buscar sólo una cosa o cualidad que la palabra se supone que representa. En esta situación, el profesor Hart considera que la función del jurista consiste en examinar los diferentes usos para determinar si están unidos por relaciones que giran en torno a alguna noción central. Ha defendido que conceptos como justicia y derecho pueden ser mejor entendidos como resultado de dicho análisis. (Pannam, 2008, p. 82)

## Derecho como pretensión de corrección del lenguaje

Partamos de dos inquietudes: ¿ofrece la hermenéutica una sólida base objetiva? Y ¿cómo valoramos el resultado de un proceso hermenéutico?

Para resolver la primera cuestión presentaré dos teorías: la primera la expuesta por Oswald Ducrot y Gilles Deleuze a la que denominaré teoría explicativa implícita; y por otro lado la teoría de Ludwig Wittgenstein y Stephen Toulmin, que denominaré teoría analítica explícita.

En el caso de Ducrot, se plantea que todo acto de argumentación implicaría necesariamente un acto de interpretación, y en últimas re recurriría al campo de la hermenéutica. Plantea Ducrot que cuando se emite una proposición, está es tan sólo la conclusión de un argumento. El resto, es decir las premisas, se ocultan ya sea por economía lingüística o por motivos estratégicos subjetivos. De esta manera cuando argumentamos sólo presentamos una parte de nuestro argumento, reservando la parte restante por algún motivo particular. Por ejemplo, cuando se dice: “José son las 10 de la noche” esta proposición sería la conclusión de un argumento más grande y cuyas premisas se omiten. Entonces, las premisas podrían ser que es hora de abandonar determinado lugar, o que es demasiado tarde, o que se debe realizar una acción pactada a esa hora, o simplemente indicar que es muy tarde (o muy temprano). Si el José de nuestro ejemplo, contestase con “¿y qué?” Esta expresión sería la invitación a que la otra parte presente todo su argumento, es decir, que indique porque lanza esa afirmación: porque que ya es hora de salir, de lo contrario llegaremos tarde a casa y tendremos problemas con nuestras esposas, a menos que justifiquemos que trabajamos hasta muy tarde. Como vemos al explicitar el argumento surgen claramente sus estructuras (como lo veremos más adelante con Toulmin y Wittgenstein).

La noción básica de Ducrot sostiene que no se puede delimitar una clara separación entre los niveles descriptivo y argumentativo del lenguaje: no existe el contenido descriptivo neutral; toda descripción o designación ya es un momento de algún esquema argumentativo; los predicados descriptivos mismos son, en definitiva, gestos argumentativos reificados. Esta arremetida argumentativa descansa en los *topoi*, en los *lugares comunes*. Una argumentación exitosa presupone la invisibilidad de los mecanismos que regulan su eficacia (*cf.* Ducrot, 1998)

Para Ducrot todo acto argumentativo forma parte del discurso, por lo que la capacidad argumentativa y de persuasión resulta la principal función de un discurso, incluso más que la función informativa. Su propuesta se centra en enfatizar la manera en que la estructura lingüística subyacente en toda información incide en la construcción del sentido de ésta. Por eso el valor argumentativo de un enunciado constituye total o parcialmente el sentido del mismo, de manera que es mediante la concatenación

ma en que se construye un discurso, al margen prácticamente del valor informativo que aporten sus contenidos. Lo anterior es explicable para Ducrot dado que de un enunciado se pueden distinguir tres tipos de indicaciones:



[...] objetivas, subjetivas e intersubjetivas. Las indicaciones objetivas consisten en una presentación de la realidad, las subjetivas indican la actitud del locutor frente a la realidad y las intersubjetivas refieren a las relaciones del locutor con las personas a las que se dirige. (Ducrot, 1988, p. 49)

En el caso de Deleuze, su teoría (de la cual sólo tomo una parte) es mucho más radical al sostener que el lenguaje es siempre usado como un instrumento de poder, esta visión instrumental-dominadora del lenguaje muestra que su principal uso “no es cuestión de ideología sino de economía y organización de poder.” (Rajchman, 2004, p.181)

Así las cosas, quien emite un argumento siempre tiene la intención de lograr una acción por parte de quien lo recibe, desde órdenes tan simples y cotidianas como “sentémonos”, “¿qué hora es?”, “hágame el favor” etc. Hasta discursos más elaborados que conllevan ejecuciones más ambiciosas como discursos políticos legitimadores, y la historia está plagada de estos ejemplos. En esta teoría, lo que se oculta tras la argumentación es una intención de poder de dominación o imposición, sustentada por una ideología desde luego.

Estamos en una crisis generalizada de todos los lugares de encierro: prisión, hospital, fábrica, escuela, familia. La familia es un “interior” en crisis como todos los interiores, escolares, profesionales, etc. Los ministros competentes no han dejado de anunciar reformas supuestamente necesarias. Reformar la escuela, reformar la industria, el hospital, el ejército, la prisión: pero todos saben que estas instituciones están terminadas, a más o menos corto plazo. Solo se trata de administrar su agonía y de ocupar a la gente hasta la instalación de las nuevas fuerzas que están golpeando la puerta. Son las sociedades de control las que están reemplazando a las sociedades disciplinarias. (Deleuze, 1991, p. 1)

La anterior posición de Deleuze es más palpable en su obra *Empirismo y subjetividad* (1981). Aquí plantea que la sociedad reclama de cada uno de sus miembros y espera de ellos, el ejercicio de reacciones constantes, la presencia de pasiones susceptibles de aportar móviles y fines, caracteres colectivos o particulares lo que transformaría al lenguaje en un medio de poder. En el caso del derecho podríamos acudir a los *Critical Legal Studies* (CLS) o Teorías Críticas del Derecho cuando sostienen que el Juez no es neutral y que sus fallos intencionalmente ocultan ideologías política que por estrategia y funcionalidad no deben ser explicitadas, como lo profundiza Duncan Kennedy en su obra *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1999).

Ahora bien, contrario a las teorías de Ducrot y Deleuze aparecen las reflexiones de Toulmin y Wittgenstein. El primero son su famoso texto *The Uses of Argument* retomó la clásica argumentación aristotélica, pero modificándola en el sentido de explicitar la inferencia y sus respaldos, en otras palabras, hace explícito toda la estructura procedimental de la argumentación, por llamarlo de alguna manera. Para Toulmin el argumento debe explicitar todos sus elementos (6 según su teoría) y no sólo quedarse en el plano de premisas y conclusión, sino que debe explicitarse la inferencia (garantía), respaldar



dicha garantía y las premisas (respaldos), usar un cualificador modal o matiz que evite generalizaciones apresuradas (cualificador modal), y por último presentar salvedades, que en caso de ocurrir anularían la conclusión (excepciones). Con un ejemplo podemos explicarlo: Un argumento “lineal” y acercándonos a las teorías de Ducrot e Deleuze sería “este domingo habrá elecciones, por lo tanto, habrá fraude.” Toulmin lo plantearía de esta manera: “Este domingo habrá elecciones por lo tanto es muy probable que haya fraude, salvo que la ONU envíe una comisión seria y rígida. ¿Si se ha hecho fraude antes por qué no ahora? Según el politólogo X en su texto Y, las dinastías en el poder tratan de perpetuarse en él por cualquier medio, Además un informe de las autoridades muestra que en los últimos 20 años la cifra de condenados por delitos contra el sufragio aumentó un 60%.” Como se aprecia la diferencia es notable. Pues para Toulmin “*el argumento es como un organismo vivo*” (2003, p. 89) y para que éste funcione adecuadamente se requieren de ciertos cuidados.

Posición similar resulta la de Wittgenstein en el sentido de explicar de forma analítica el lenguaje para obtener una mayor claridad en la ciencia y la filosofía, ya que todo lo que se debe decir debe decirse de forma clara, de lo contrario es mejor callar.

Cabe anotar que las teorías expuestas por Toulmin y Wittgenstein, serían más apropiadas para una teoría de la *Ética del Discurso* ya que permiten realizar sus supuestos para un *discurso ideal*. Jürgen Habermas en su teoría de la racionalidad comunicativa trata de ilustrar las condiciones en las que debe tomar lugar una discusión racional. Ahora bien, el objetivo de este ensayo es tratar de indicar si puede haber un acople entre esta teoría y el derecho (visto desde luego en una perspectiva argumentativa).

Al intercambiar información las personas asumen que han satisfecho las “*condiciones normales de comunicación verbal*.” (Feteris, 2007, p. 106) Esto significa la suposición de inteligibilidad semántica y sintáctica de la acción discursiva encaminada a un propósito. De aquí se desprende que la pretensión de validez del discurso se forma en la subjetividad de los participantes, por lo que dicha validez se refiere no al tema de la discusión sino a la información que cada uno considera como verdadera a partir del mundo de la vida compartido. Desde luego, este mundo de la vida se conforma, entre otros, por las reglas de comunicación aceptadas.

Para cuestionar esta pretensión de validez se pueden acudir a varios recursos: 1. Cuestionar el entendimiento y contenido de las proposiciones; 2. rebatir la verdad de dichas proposiciones; 3. cuestionar las intenciones del hablante (ética del discurso); o 4. Cuestionar las normas de la acción comunicativa. De lo anterior surge un discurso [*Diskurs*] que busca un consenso racional a través de argumentos racionales (idea luego retomada por Alexy) y encontrar así una verdad de las aseveraciones: la verdad surge de un consenso o “verdad consensual”.

Este consenso racional sólo puede ser logrado a través de su fundamentación en un discurso ideal (*Ideale Sprechsituation*) que plantea una situación bajo la cual los factores externos o el poder no excluyen de la participación a los individuos, algo así como un principio de democracia sobre el que posteriormente se construirá una ética del discurso. Algo similar ocurre en la teoría de la justicia de John Rawls y su consenso traslapado (*Overlapping Consensus*), es decir, la negociación racional entre individuos igualmente

racionales y que supone condiciones de equidad y libertad argumentativa para todos los participantes:

La aceptación de la concepción política de la justicia no es un compromiso entre quienes sostienen diferentes puntos de vista, ante todo, en lucha individual o colectiva, sino que se fundamenta en la totalidad de razones especificadas dentro de la doctrina comprensiva que profesa cada ciudadano. (Rawls, 1995, p. 169)

Ahora bien, esa situación del discurso ideal debe reunir las siguientes condiciones: i) Todo el que pueda hablar puede participar en el discurso; ii) todos pueden cuestionar cualquier aseveración; iii) todos pueden hacer aseveraciones en el discurso; iv) todos pueden expresar sus actitudes, deseos y necesidades; y v) no se puede evitar que alguien ejerza los derechos establecidos por algún tipo de coerción interna o externa.

Desde luego las anteriores situaciones nos llevan a una reflexión central en el texto: ¿Es el discurso algo que se puede construir efectivamente o sólo se queda en un ideal utópico? Pero esta cuestión la tomo como meramente ilustrativa, y su respuesta ya se planteó en un capítulo previo a esta obra.

## **El método analítico en el Derecho**

El problema del método ha sido un tema recurrente de la Filosofía, en especial desde que Descartes escribiera su conocida obra. El método se convierte de esta manera en una manera inevitable para cualquiera que desee adentrarse en el estudio de la ciencia. La exigencia de precisión del mundo científico requirió abandonar las ideas metafísicas que fundamentaban el conocimiento, en este orden de ideas, el planteamiento cartesiano:

Lo que se trataba de superar respecto a la filosofía escolástica era precisamente su falta de comprobación, la imposición de su inefable verdad mediante el axioma o la revelación, lo cual haría que la metafísica quedaría rezagada o bien, fuera perdiendo su merecida gloria del pasado. Descartes pretendió dar un primer paso y pasar de la especulación racional moviediza y confusa a la seguridad que le daban las matemáticas. (Mejía, 2016, p. 64)

Con el surgimiento del método científico las ciencias se conciben como un conjunto de fenómenos observables con un objeto formal determinado que puede ser común (la realidad, el hombre, la naturaleza) pero que se van a diferenciar por su objeto material, que es el que al final las va a definir (la conducta, las normas, los recursos escasos, etc.).

El método científico es un camino de acceso a la intelección de la realidad. Consiste en dar razón sistemática, empírica y en lo posible experimental, de los fenómenos. Se basa en tres nociones capitales que alumbró el pensamiento griego: la *physis*, el *sózein tá phainomena* y el *Iógon didónai*

Primero, la noción de *physis* o naturaleza: lo que es y hace cada cosa depende de su intrínseca naturaleza, no de ritos, conjuros o magias. Segundo, la naturaleza se muestra en sus fenómenos, es decir, en lo que de hecho podemos observar, y toda la ciencia ha de servir al propósito de salvar los fenómenos y atenerse a ellos (*sózein tá phainomena*). Tercero, el modo de salvarlos es dar razón de ellos, es decir, dar de ellos explicaciones racionales (*Iógon didónai*). (Yela, 1994, p. 3)

En el caso del Derecho, si el objeto formal de estudio es el hombre, el objeto material serían las normas que regulan sus acciones y conducta para garantizar la convivencia y todo esto se da en virtud de un proceso enteramente comunicacional (que es ilustrado por la Teoría Comunicacional del Derecho –TCD– de Gregorio Robles, expuesta en varios capítulos de esta obra). En el campo de filosofía de las ciencias y metodología de la investigación científica se proyectan históricamente dos paradigmas científicos: el modelo de explicación y el modelo de comprensión.

Los métodos suelen teorizarse y presentarse de forma paradigmática, sin embargo, debe anotarse que existen posturas anti-metodológicas que se fundan en la idea de que el método se ha elevado a tal magnitud que se vuelve al final un anclaje que termina siendo opuesto a la esencia de la investigación científica, en otras palabras, se han puesto más los ojos en el método que en la verdad. Sobre este punto, Robles sostiene:

Así, se afirma que no es necesaria mucha reflexión sobre el método de las matemáticas para ser un excelente matemático, ni sobre el método de la Física para ser un gran inventor. Estoy de acuerdo en que no se debe caer en la obsesión por el método, pues la rigidez en lo instrumental puede condicionar demasiado la libre investigación científica. (2015, p. 370)

La idea planteada por Robles debe ser matizada con la que se sigue en la tesis gadameriana expuesta en *Verdad y Método*. La posición de una noción comunicacional del Derecho no es la de rechazo o anarquía hacia el método, tal situación es incorrecta y problemática. Lo que busca una Teoría Comunicacional es concebir el método en su verdadero rol, sin ubicarlo en extremos que lo deslegitimen o lo empobrezcan. Por lo tanto, el análisis que se hace sobre el fenómeno jurídico es un ir y venir constante para la construcción y comprensión de los conceptos básicos del Derecho, tal y como lo planteó Gadamer:

Lo que prevalece ahora es la idea del método. Pero éste en sentido moderno es un concepto unitario, pese a las modalidades que pueda tener en las diversas ciencias. El ideal de conocimiento perfilado por el concepto de método consiste en recorrer una vía de conocimiento tan reflexivamente que siempre sea posible repetirla. *Methodos* significa “camino para ir en busca de algo”. Lo metódico es poder recorrer de nuevo el camino andado y tal es el modo de proceder de la ciencia. (2006, p. 54)

En el campo Jurídico, el dominio de la verdad debe estar familiarizado con los métodos propios del campo jurídico, por lo tanto, una de las tareas de la Teoría del Derecho es ocuparse de la metodología con interrogantes sobre si es el Derecho una verdadera ciencia, la existencia de diversos métodos y las características de los mismos. La TCD se centra en que el método que utiliza es el hermenéutico-analítico. Este método debe entenderse en dos sentidos: uno como método "*hermenéutico simple*" (Robles, 2015, p. 374) y otro como "*hermenéutico-analítico*". El primero es relativo a un modelo simplemente interpretativo en general y que recae sobre textos; aquí se acude a la idea optimista de hermenéutica que se ha manejado a lo largo de este trabajo, es decir, la evaluación de interpretaciones sobre textos escritos para elegir una y así lograr la comprensión. El segundo sentido, el hermenéutico analítico que:

Consiste en poner el acento en la idea de que en la interpretación hay dos lados que se necesitan y complementan: el analítico que descompone la materia estudiada en sus elementos simples y el constructivo que construye a partir de los elementos simples el conjunto del edificio cognoscitivo. En la Dogmática Jurídica esto se concreta respectivamente en el análisis conceptual y en la construcción del sistema. (Robles, 2015, p. 374)

La filosofía analítica, centrada en el lenguaje como herramienta para transmisión del pensamiento, en el mundo del derecho, es asociada generalmente con los modelos positivistas "*con la afirmación rotunda de que la única posibilidad de un conocimiento objetivo y riguroso acerca del derecho debía adecuarse al modelo de la ciencia moderna: empírica, descriptiva y exacta.*" (Massini, 2007, p. 208) De esta manera, el estudio de lo jurídico se reducía exclusivamente al estudio lingüístico de sus proposiciones por lo que todo conocimiento que se alejara de esta intención no sería tenido como tal. En este orden de idea, Massini establece los elementos que una filosofía analítica del Derecho presenta:

El primero de ellos es el de la asunción decidida y completa de una concepción lingüística de la filosofía, en el marco de lo que se ha denominado el *linguistic turn* o "giro lingüístico". "Desde este punto de vista -sostiene Villa- la filosofía analítica se caracterizaría por el hecho de presuponer una asunción conceptual fundamental, referida a las relaciones entre pensamiento y lenguaje: el lenguaje, aquí, no es concebido principalmente como un instrumento fundamental de comunicación, sino, sobre todo, como el vehículo necesario del pensamiento". Se trata aquí, por lo tanto, de un claro reduccionismo del pensamiento a solo aquello que puede expresarse por medio del lenguaje.

El segundo de los puntos a precisar es el que se refiere a la opción metodológica fundamental de la filosofía analítica, según la cual "el análisis del pensamiento pasa necesariamente por el análisis del lenguaje"; dicho en otras palabras, el método a seguir en filosofía habrá de ser, en esta perspectiva, analítico-descompositivo y centrado en el lenguaje.

En cuanto analítico, el método procurará desarticular cada enunciado para alcanzar las unidades mínimas de significado -las proposiciones- y establecer entonces su semántica, i.e., su significación y designación; a su vez, en cuanto lingüístico, reducirá el objeto de esa descomposición a los enunciados propios del lenguaje a analizar.

Por su parte, el tercero de los puntos de esta auto comprensión es el referido a que el análisis de los enunciados y de su relación con el lenguaje no ha de tener carácter psicológico o metafísico. (2007, p. 211-212)

De lo anterior, la filosofía analítica tiene repercusiones en el Derecho y no puede considerarse opuesta a los postulados de la hermenéutica como tradicionalmente se ha sostenido. El método hermenéutico-analítico, que es el resultado de asumir los postulados de la filosofía analítica que permite dar orden y claridad a los conceptos básicos del Derecho, es mixto en tanto sugiere la aplicación de los postulados de la hermenéutica, por un lado, y la filosofía analítica por el otro. Las dos teorías son formas, no excluyentes entre sí, de abordar la investigación del lenguaje de los juristas. Durante mucho tiempo estas dos áreas se han presentado como contradictorias al señalar a la hermenéutica como el soporte de las ciencias humanas, sociales o del espíritu que se centran en el fenómeno de la comprensión y están en el corazón de actividades humanistas como la literatura, la filología, la teología y afines. Por su parte la analítica sería el soporte de las ciencias naturales o exactas, las cuales se explican, y estarían referidas a áreas como las matemáticas o la geometría y sus aplicaciones, por lo tanto, *“el lenguaje formalizado es la matriz lógica del conocimiento científico del mundo y que la labor de la filosofía es reducir este lenguaje a su núcleo lógico.”* (Casanova, 2014, p. 164).

Una visión comunicacional del Derecho no las considera áreas excluyentes, las dos constituyen una unidad que se necesita para una adecuada formación jurídica, en palabras de Robles existe un *“espíritu conciliador de las dos tradiciones”* (Robles, 2015, p. 390) que se concreta en el método, en donde la parte de la hermenéutica es equivalente a la interpretación constructiva entendida como una actividad –en mayor o menor medida exitosa- que es correlativa a todo proceso de comunicación y de comprensión. Como se indicó en el primer capítulo de esta tesis, se interpreta para lograr la comprensión a través de las pautas hermenéuticas, por lo tanto, la TCD asume que interpretar y comprender son actividades, que, aunque relacionadas, no son lo mismo en tanto existe un proceso de decisión a la hora de elegir por una interpretación por sobre otra u otras con la pretensión de lograr la comprensión. La hermenéutica, así visa, es un ejercicio valorativo de las interpretaciones. Así, la interpretación es un rasgo inevitable de la comunicación y puede ser un ejercicio que conlleve a un pluralismo.

Los rasgos generales de toda interpretación que ayudan a entender cómo tratar la cuestión *“por qué interpretar”* son trivialmente obvias. Primero. Toda interpretación es de un objeto. Segundo. Puede haber interpretaciones buenas o malas (o mejores o peores). Algunas interpretaciones son correctas o incorrectas (más que buenas o malas). El



punto general, sin embargo, se mantiene: las interpretaciones pueden ser objetivamente evaluadas considerando su éxito como interpretaciones. Tercero. Puede haber, sin embargo, buenas interpretaciones sobre el mismo objeto compitiendo entre sí. Frecuentemente, lo que supera varias interpretaciones no equivale a una afirmación de pluralismo interpretativo. Varias interpretaciones pueden iluminar muchos aspectos diferentes de una misma obra. Por ejemplo, uno puede concentrarse en la iconografía de una pintura; el otro, en su estructura formal. Ambas pueden ser integradas en una única y más completa interpretación de la pintura. El pluralismo interpretativo se manifiesta por el hecho de que varias interpretaciones que compiten entre sí pueden ser buenas interpretaciones. Por ejemplo, tanto las interpretaciones de Glenn Gould como las de Willhem Kempff de las sonatas de Beethoven pueden ser excelentes. Cuarto. Las interpretaciones son juzgadas buenas o malas por su habilidad para hacer que la gente entienda el significado de sus objetos. (Raz, 1996, p. 27-28)

## Conclusión

La posición analítica wittgensteiniana, al igual que la Ética del Discurso es útil en dos eventos: i) en el proceso de argumentación jurídica en sentido restrictivo como lo plantea Robert Alexy, es decir cuando se considera al discurso jurídico es un discurso especial dentro del discurso práctica racional general, especializado en buscar la corrección en la emisión de enunciados normativos a través de la argumentación jurídica. Lo central de la búsqueda de la corrección procedimental. Como discurso, Alexy lo explica del siguiente modo: *“En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas.”* (Alexy, 1998, p. 213) En este caso la argumentación jurídica sería un caso especial de la argumentación práctica (Teorías de Ducrot, Deleuze, Wittgenstein, Toulmin, etc.) pero enfocada en la justificación de las decisiones judiciales frente a casos difíciles. (cf. Alexy, 2002, p. 37 y ss.) ii) En la etapa de la interpretación jurídica (que debe entenderse como un ejercicio de hermenéutica) y su atribución de sentidos y significados como puente entre lo real y lo jurídico.

En la crítica que Wittgenstein hacía a la Rama dorada de Frazer, explicó, quizás sin que fuese su intención, lo que ocurre en el Derecho y que a su vez Kelsen ilustraba en el capítulo séptimo de la Teoría Pura. Una cosa es lo que se capta a través de los sentidos, y otra muy distinta lo que se piensa de lo que se ha captado, y otra, lo que se interpreta de eso que se capta:

[...] algo así como un ver, un oír, un tocar, etc., neutrales o no necesariamente condicionados frente a la manera como se los describa, o se los piense, o se los exprese, o se los interprete. Lo anterior permitiría justificar afirmaciones como todos vemos en el fondo lo mismo, así lo entendamos o concibamos diferente. (Castañeda, 2001, p. 131)



La anterior reflexión ilustraría un caso simple y real pero que no es cuestionado por la comunidad jurídica académica de forma seria: diferentes decisiones (producto del ejercicio de recursos) ante los mismos hechos, una especie de necesidad de interpretación con o sin razón.

Es característico para los sueños que parezcan exigir muchas veces una interpretación del soñante [...] Pero los sueños parecen tener en sí mismos algo enigmático y de cierta manera algo interesante, de tal manera que nosotros los quisiéramos tener interpretados (ellos fueron muchas veces vistos como mensajes). (Wittgenstein, 1996, p. 120)

Pero ¿cómo establecer la adecuada interpretación y argumentación ante este fenómeno por parte de los jueces? Se torna entonces en una cuestión de creencia externa (de los receptores del fallo) y fundamentación interna del juez (lo que planteó de forma más o menos similar después Alexy), al respecto dice Wittgenstein:

Si Moore dice saber que la tierra ha existido... etc., la mayoría de nosotros le da la razón [...] y también le creemos cuando dice que está convencido. Pero ¿tiene también la razón adecuada para su convicción? Porque, si no la tiene, después de todo no lo sabe. (1995, p. 91)

Por lo anterior, la obra de Wittgenstein representa un aporte significativo a las teorías del Derecho contemporáneas que de alguna u otra manera se han interesado por el fenómeno jurídico como una manifestación del lenguaje y la comunicación. Es imposible entonces hablar de filosofía del Derecho sin nombrar los postulados básicos de la obra wittgensteiniana y su impacto en las obras de los más influyentes teóricos y filósofos del Derecho de nuestra época.

## Referencias

---

- AARNIO, A. Derecho, racionalidad y comunicación social. En Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México DF: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2000.
- ALARCÓN, C. Filosofía analítica y lógica jurídica. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 43. Navarra: Universidad de Navarra, 2000, pp. 277-302
- ALI, T. et al (productores), JARMAN, D. (director). *Wittgenstein* [película]. Reino Unido: BFI Production, 1993.
- ALEXY, R.  
(1989). Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.  
(2002). *Derecho y razón práctica*. México DF: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- BASTIDA, X. *El silencio del emperador: un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- BAUM, W. *Ludwig Wittgenstein: vida y obra*. Madrid: Alianza, 1988.
- CASANOVA, M. De la filosofía analítica a la filosofía del lenguaje y la hermenéutica: el caso de la historiografía. En *Revista Alfa*, N° 39, diciembre. Osorno: Universidad de los Lagos, 2014, pp. 163-175.
- CASTAÑEDA, F. Ver un pato y ver un pato como liebre: Wittgenstein y la interpretación. En BOTERO, J. (ed.). *El pensamiento de L. Wittgenstein*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 127-152.
- DELEUZE, G.  
(1981). *Empirismo y subjetividad*. Barcelona: Gedisa.  
(1991). Posdata sobre las sociedades de control. En FERRER, C. (comp.). *El lenguaje literario*, T. 2. Montevideo: Ed. Nordan, 1991, pp. 1-4.

DUCROT, O.

(1988). *Polifonía y argumentación. Conferencia del seminario Teoría de la argumentación y análisis del discurso*. Cali: Universidad del Valle, p. 49.

(1998). *El decir y lo dicho*. Barcelona: Paidós.

FLAUBERT, G. *Diccionario de lugares comunes*. Buenos Aires: Ed. Jorge Álvarez, 1966.

FERRARIS, M. *Historia de la Hermenéutica*. Madrid: Akal, 2000.

FETERIS, E. *Fundamentos de la argumentación jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme, 1996.

GÈNY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Ensaï critique*. L.G.D.J.: Paris, 1954.

GRONDIN, J.

(1990). Hermeneutics and relativism. En WRIGHT, K. (comp.). *Festivals of Interpretation. Essays on Hans-Georg Gadamer's Work*. Albany: State University of New York Press, pp. 42-62.

(2002). *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder.

(2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.

HART, H.

(1957). Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. En *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105. 1957, pp. 953-975.

(2009). *El Concepto de Derecho*, 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

JANIK, A. y TOULMIN, S. *Wittgenstein's Vienna*. New York NY: Simon and Schuster, 1973.

KENNEDY, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre, 1999.

KRIPKE, S. *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1982.

MALCOLM, N. *Wittgenstein on Language and Rules. Wittgenstein's themes*. Ithaca: Cornell University Press, 1995.

MEJÍA, O. Celebración del tricentenario del Discurso del Método de Descartes. En *Revista Realidad*, N° 147, enero-junio. San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. 2016, pp. 63-80.

- MONK, R. *Ludwig Wittgenstein: el deber de un genio*. Barcelona: Anagrama, 1994.
- NIETZSCHE, F. *El crepúsculo de los ídolos*. Madrid: Alianza, 1998.
- PANNAM, C. El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho. En *Academia Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, N°12. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 67-98.
- QUINTANILLA, P. (2008). La hermenéutica en diálogo con otras tradiciones. *IV Jornadas Peruanas de Fenomenología y Hermenéutica*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre 15- 18. Recuperado de <http://www.pucp.edu.pe/jornada/hermeneutica/docs/Quintanilla1.pdf>
- RAJCHMAN, J. *Deleuze un mapa*. Buenos Aires: Nueva visión, 2004.
- RAWLS, J. *Liberalismo Político*. México DF: FCE, 1995.
- RAZ, J. Por qué interpretar. En *Revista Isonomía*, N°5, octubre. México DF: ITAM, 1996, pp. 25-40.
- ROBLES, G. *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi.
- SCHLEIERMACHER, F. *Hermeneutik und Kritik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1997.
- STERLING, J.  
(2010). Wittgenstein and the Law: Toward a claim for correction to Language. En *Revista Ambiente Jurídico*, N° 12, Manizales: Universidad de Manizales, pp. 206-228.  
(2013). Hermenéutica y Argumentación Jurídica: Límites a la discrecionalidad Judicial. En GRANDEZ, P. et al (eds.). *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, pp. 131-169.  
(2018). Con OSMA, P. La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: la Teoría de textos. En *Revista Filosofía UIS*, 17(1). Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, pp. 243-270.
- TOULMIN, S. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- WITTGENSTEIN, L.  
(1965). A Lecture on Ethics. En *The Philosophical Review*, vol. 74, January. Durham NC: Duke University Press, pp. 3-12.  
(1979). *Cartas a Russell, Keynes, y Moore*. Madrid: Taurus.  
(1987). *Tractatus Logico Philosophicus*. Madrid: Alianza.  
(1988). *Investigaciones Filosóficas*. México DF: Crítica-UNAM

(1992). *Observaciones a La rama Dorada de Frazer*. Madrid: Tecnos.

(1995). *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa.

(1996). *Lecciones y conversaciones sobre estética, psicología y creencia religiosa*. Barcelona: Paidós.

VILLEY, M. *Compendio del Filosofía del Derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1979.

VIRMOND, W. F. Schleiermachers 'Allgemeine Hermeneutik' von 1808/1810. En *Internationaler Schleiermacher-Kongress Berlin 1984*, vol. 1. Berlin: Schleiermacher-Archiv, 1985, pp. 1269-1310.

YELA, M. El problema del método científico en la psicología. En *Anuario de Psicología*, N° 60, Barcelona: Facultat de Psicologia Universitat de Barcelona, 1994, pp. 3-12.







## Hermenéutica y Políticas Públicas: Sobre el concepto de familia en Colombia<sup>1\*</sup>

*En coautoría con Nayda Ordóñez Torres*

*“We’re here now  
I’ve still got to let you know  
A house doesn’t make a home.”*

*Sometimes you can’t make it on your own, U2*

### **Introducción**

El rediseño del concepto de familia desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991 ha tenido un impacto en las políticas públicas en esta materia en Colombia. Lo anterior dentro de un escenario que supone la pluralidad étnica y cultural reconocida en el texto constitucional que ha generado retos para varias instituciones (entre ellas la familia) y propiciaron un debate entre las posiciones tradicionales y nuevas visiones pretendiendo la superación conceptual y práctica de aquellas. Este proceso generó un fuerte rechazo por parte de la población, que, con una postura conservadora forjada por la hegemonía de la iglesia católica y sus tradiciones, se resiste a concebir el fenómeno familiar por fuera de estructuras e interpretaciones rígidas. Dicho contexto conllevó a que los jueces, en especial la Corte Constitucional, se vieran convertidos en actores de las políticas públicas tendientes a una nueva concepción de familia, lo que resulta interesante dado que los enfoques clásicos de las políticas públicas

<sup>1</sup> \* El presente texto fue escrito en coautoría con Nayda Ordóñez Torres, profesora del Departamento de Derecho Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, ORCID Id: 0000-0001-8011-7724.

no suelen considerar como actores a los jueces, lo que hace necesario abordar el fenómeno desde un enfoque neoinstitucional de éstas.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia en la elaboración, formulación y evaluación de las políticas públicas son el resultado de asumir que los jueces son actores de éstas y su incidencia, en el caso colombiano, no es poca. La construcción de este documento se estructuró desde una metodología de investigación cualitativa con un método hermenéutico comprensivo que tuvo como fuentes primarias documentos oficiales en materia de políticas públicas de familia, jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias: T-090 de 1994, C-174 de 1996, C-098 de 1996, C-742 de 1998, T-586 de 1999, T-503 de 1999, C-814 de 2001, C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 de 2008, T-716 de 2011, C-577 de 2011, C-238 de 2012 y T-606 de 2013), así como documentos de doctrinantes expertos en el área.

Para iniciar al abordaje del problema, éste se debe situar en el campo del Derecho Constitucional y las características que marcaron el proceso colombiano, y en varios países de Sudamérica, una de ellas la reconfiguración de poder constituyente originario y su impacto a la hora de adoptar un nuevo ordenamiento constitucional.

El proceso constituyente colombiano de 1990-91 y los procesos de Venezuela (1999) y Ecuador (2007) que utilizan como referencia tanto su desenvolvimiento como la interpretación del poder constituyente originario que allí se genera suponen importantes novedades respecto a este cuadro de contradicciones. En primer lugar, porque no se producen en el contexto de ruptura constitucional, sino en transiciones pacíficas fundamentadas en una interpretación de la legalidad constitucional preexistente. En segundo lugar, porque suponen una sucesión de actos constituyentes directos (iniciativa popular mediante referendo) y de asamblearismo constituyente que conforman todos ellos un único poder del que se predicen los caracteres de originalidad y carácter ilimitado. Y, en tercer lugar, porque de este carácter pleno del poder asambleario constituyente se deriva competencia para realizar actos distintos de la mera redacción y aprobación constitucional. (Noguera-Fernández y Criado, 2011, p. 20)

La llegada de la Constitución Política de 1991 y la consagración de un Estado Social de Derecho con nuevas instituciones, mecanismos y principios, marca el planteamiento del problema a abordar en este texto pues implica el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural reconocida en el texto constitucional, algo que significó un debate entre posiciones tradicionales y las nuevas visiones que pretendían la superación conceptual y práctica de diversas formas de concebir el mundo y sus instituciones, entre ellas la familia. Por lo tanto, el problema, inicialmente, parece ser de orden conceptual y se explica a partir de un fenómeno recurrente en la historia constitucional colombiana, la falta de consenso constituyente, al respecto, el profesor Ricardo Zuluaga Gil ha manifestado:

En Colombia hay una realidad que a la luz de las evidencias históricas resulta muy notoria. Hago referencia a que ya casi en los 200 años de vida independiente, nuestra sociedad ha sido incapaz de alcanzar un consenso constitucional que sea suficientemente profundo y duradero. (2008, p. 25)

Este problema histórico de falta de consenso constitucional e imposición de constituciones como actos de poder egoísta trae consecuencias jurídicas. Con la llegada de la Constitución de 1991 por primera vez se da un genuino pacto político que tuvo en cuenta a diversos grupos sociales, políticos y económicos. Históricamente, las Constituciones habían sido impuestas por las élites o clanes políticos que llegaban al poder y esto suponía la exclusión de grupos rivales o la eliminación de proyectos anteriores contrarios. El proceso constituyente de 1991 rompió con este modelo y en un acto sin precedentes el pueblo fue directamente consultado sobre de su voluntad de convocar o no a una asamblea constituyente y elegir sus integrantes. Como resultado de lo anterior se convocó a una asamblea con una composición pluralista y con representación de diversos sectores e ideologías, negritudes y comunidades indígenas, por ejemplo. Por lo tanto: *“Colombia no es una sociedad global con valores universales sino un conjunto de culturas con valores específicos. En otras palabras, diferentes contextos, cosmovisiones y sistemas económicos, sociales y jurídicos.”* (Gutiérrez, 2011, p. 87)

Este pluralismo significó, entre otras novedades, la enunciación de derechos fundamentales pero no su delimitación y contenido y un ejemplo de esto es el concepto de familia, pues si bien la Constitución la concibió como núcleo esencial de la sociedad, no se detuvo a enunciar las características de su composición de una forma clara y profunda dado que hubiese sido imposible lograr acuerdo alguno sobre dicho concepto teniendo en cuenta la multiplicidad de ideologías representadas en la Asamblea Nacional Constituyente. Ahora bien, jurídicamente hablando, la consecuencia de este escenario político es la indeterminación del texto constitucional, que enuncia derechos e instituciones, pero no indica claramente su contenido y alcance. De esta manera, se aprecia cómo desde una coyuntura política concreta se puede derivar un fenómeno jurídico. Se tiene así que, diversas posturas ideológicas intentando definir a profundidad una institución como la familia, implica un fenómeno de indeterminación del lenguaje jurídico, en tanto sólo se puede llegar a enunciar un acuerdo sobre lo mínimo (se tiene el derecho o la institución, pero su contenido o alcance no es claro). Lo anterior hizo necesario que el concepto de familia, desde la Constitución de 1991, fuese determinado por los jueces conforme a la nueva estructura del Estado Social de Derecho y el papel que éstos juegan en él; con el tiempo, se logró una visión incluyente que dista del tradicionalmente aceptado gracias a un cambio interpretativo.

Por las anteriores reflexiones, este escrito se enfoca en el rediseño que ha tenido el concepto de familia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de su proceso hermenéutico, y si el resultado se ha implementado en las políticas públicas en el orden nacional. Además, también se busca rescatar la necesidad de una reflexión que ilustre la relación entre derecho y políticas públicas.

## Las políticas públicas y su enfoque neoinstitucionalista

Para iniciar, se parte del concepto de políticas públicas. Una política pública es, de manera general, la respuesta que la sociedad espera del Estado y sus instituciones en virtud de los fines que constitucionalmente están consagrados: la protección de la vida, honra y bienes de los individuos. Para garantizar y concretar políticas públicas las autoridades actúan a través de la intervención pública, la responsabilidad y los recursos; de acuerdo con lo anterior, una política pública puede concretarse conceptualmente de esta manera:

Una estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes. (Torres-Melo, 2013, p. 56)

La actual coyuntura política del país, marcada por polarizaciones en torno al concepto de instituciones como el matrimonio, la adopción y los derechos de la comunidad LGTBIQ+, representa un desafío para la creación de políticas públicas y su ejecución en un escenario de intenso debate jurídico, ideológico y económico en el cual éstas pierden relevancia y comprometen su utilidad. Esta tensión conlleva a preguntarse hasta qué punto el sistema judicial puede ser un limitante para la deliberación democrática, al cuestionar si son los jueces los llamados a ordenar la creación o ejecución de tales políticas, asumiendo así una función que no les es propia. Por lo anterior, las políticas públicas merecen un análisis en clave jurídica pues se convierten en instrumentos que aseguran el cumplimiento de los principios constitucionales y la libertad de los individuos mientras aseguran el vencimiento de la exclusión y dominación. Pero el escenario descrito merece además un análisis de la tensión entre el activismo judicial, la elaboración de políticas públicas y la opinión pública. Ejemplos recientes han mostrado cómo, pese a pronunciamientos puntuales de la Corte Constitucional sobre la familia, el matrimonio y las adopciones igualitarias, algunas entidades gubernamentales omiten crear e implementar políticas públicas adecuadas para garantizar la nueva realidad reconocida vía jurisprudencia. El origen parece ser el reto de una Constitución con un amplio catálogo de derechos lingüísticamente indeterminados, los diversos mecanismos judiciales para su protección y la creación de políticas públicas que concreten los valores y principios constitucionales. (cf. García, 2016, p. 93)

El Enfoque Neoinstitucional de las políticas públicas (en adelante ENPP) plantea que las instituciones, de cualquier comunidad, son un conjunto de reglas encaminadas a la definición de la acción humana en su actividad política. Se parte de que toda actividad política es el resultado de valores, principios, creencias y costumbres que se construyen a lo largo del tiempo. De esta manera el ENPP puede analizarse, en una primera mirada, bajo lo que Max Weber explicó como proceso de racionalización, "*una toma de postura teórico-intelectual o ético-práctica*" (1987, p. 437) que determinan las formas de coherencia

de una conducta determinada a unos fines deseables y que ilustra cómo una determinada comunidad construye sus creencias y prácticas a partir de un proceso en el que una clase dominante difumina entre las clases dominadas, su ideología, estética, lenguaje y tradiciones; se tiene entonces que las clases dominadas terminan aceptando como natural los comportamientos que se tildarán de correctos o normales, es decir, Weber plantea que el proceso de racionalización responde a la pregunta “¿*Qué serie de circunstancias han determinado que sólo en occidente hayan nacido ciertos fenómenos culturales, que (al menos, tal como solemos representárnoslos) parecen marcar una dirección evolutiva de universal alcance y validez?*” (1979, p.5), edificando así una fe en la legalidad y la política, al respecto Habermas dice:

[...] entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la “*dominación legal*”. Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas por la fe en la legalidad. (2005, p. 35)

Este proceso de racionalización moldea las imágenes, valores y prácticas que se consideran normales y aceptadas dentro de la comunidad, elementos que al final conformarán las reglas que sustentan las instituciones políticas, eje central del ENPP. Si bien es cierto el final del proceso implica una pauta legal, ello no es ajeno a la idea de política pública en tanto es ésta un motor de aquella. El proceso es entonces histórico y de carácter universal dado que explica las relaciones de poder de las instituciones políticas a partir de la formación de valores que: “*brinda una teoría macro-sociológica multidimensional para el análisis histórico de configuraciones sociales básicas y sus variantes, en una perspectiva evolutiva y comparativa.*” (Schluchter, citado por Aronson y Weisz, 2005, p. 31) Así, las instituciones políticas son el resultado de un proceso de racionalización que permite organizar la cotidianidad del individuo y la comunidad a través del establecimiento de reglas que dividen, jerarquizan, instruyen y permiten juzgar el ejercicio del poder y las relaciones del ser humano con él, al respecto, Schluchter, citado por Aronson y Weisz, dice:

Consiste en la organización de la vida, mediante la división y coordinación de las diversas actividades, sobre la base de un estudio preciso de las relaciones entre los hombres, con sus instrumentos y su medio ambiente, en vista de una mayor eficacia y rendimiento (...). Weber caracteriza esta racionalización como una sublimación, es decir, como un refinamiento ingenioso de la conducta de la vida y un dominio creciente del mundo exterior. (2005, p. 31)

La racionalización, como fundamento de las instituciones políticas, facilita entonces el ejercicio del poder y el sometimiento del individuo bajo la idea de dominación. Si bien es cierto el concepto de poder es amorfo, Weber lo concibe como: “*la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.*” (2002, p. 43) La idea de corrección

se basa entonces en el poder o capacidad de no equivocarse (pues es un reflejo de lo tradicional, de lo bueno y correcto); sucede así con el concepto de familia, pues éste se desarrolla dentro del proceso de racionalización.

Vale la pena mencionar también que las instituciones políticas deben ser consideradas, en un sentido amplio, como entidades operativas y no solamente ideológicas. De esta manera coordinan y establecen acciones para la concreción de los valores públicos entre los individuos y la comunidad:

Las instituciones, en un sentido amplio, son las reglas, normas, costumbres de operación del sistema; son al mismo tiempo las redes que sirven para enlazar y encauzar institucionalmente las relaciones de intercambio económico, social y político entre los subsistemas o distintos componentes del sistema. (Rivas, 2003, p. 59)

Así las cosas, el origen del ENPP está cimentado en una reformulación del enfoque institucionalista de las políticas públicas que se caracterizaba por una postura según la cual las instituciones estatales derivaban su autoridad de la voluntad general. Esta teoría, dominante durante la primera mitad del siglo XX, se evidenció en regímenes restrictivos de las libertades de los individuos para privilegiar así anhelos colectivos. De esta manera el institucionalismo se centraba en mecanismos y políticas que privilegiaran el papel del legislador y el sometimiento del sentimiento individual al colectivo (instituciones) en búsqueda de un bienestar igualmente general.

Pero con la evolución que implicó la llegada del racionalismo y el modelo conductista en las décadas de los 50 y 60 (con un origen psicológico, pero con amplias repercusiones en todas las ciencias sociales), el enfoque institucional perdió fuerza y dio un giro hacia un nuevo escenario. De un enfoque centrado en la legitimidad política a través de la ficción voluntarista de las instituciones, se pasó a uno con énfasis en el comportamiento del individuo, lo que trajo un modelo de institución más científica y pragmática, y por ende más evidenciable. El resultado fue una postura eminentemente individualista en donde cada sujeto tenía –racionalmente- la opción de elegir qué acción realizar para alcanzar un fin determinado. Dichas elecciones contendrían una cantidad de variables que el individuo calcula, por lo que el poder de las instituciones se verá limitado. De acuerdo con lo anterior, el cálculo racional y la estabilidad del contexto que realiza el individuo antes de elegir le dan la posibilidad de contar con información completa para definir invariablemente sus preferencias y las consecuencias de cada alternativa que pueda tomar. (cf. Peters, 2003, p. 20)

Sin embargo, las críticas al conductismo y al modelo racionalista generaron que se regresara al modelo institucionalista. Bajo este nuevo enfoque (neo-institucionalista) se cuestiona la pretensión de racionalidad intrínseca de la Ciencia Política y las políticas públicas que sostenían el racionalismo y el conductismo; esto debido a que no era posible asumir de una manera simplista e ingenua que todo fenómeno político se reducía al cálculo y negociación de elecciones por parte del individuo o la comunidad. Así, el nuevo institucionalismo, en busca de sus orígenes, sostiene que el análisis de las políticas públicas



debe enfocarse en las instituciones, que ya no son sólo un sistema de normas o reglas, sino también un conjunto de tradiciones, narrativas, valores y principios construidos a través del tiempo (proceso de racionalización) que determinan la forma de conducta y de relaciones de los individuos. Pretender un enfoque meramente individualista es un error pues se crea una ficción de que la conducta del individuo puede darse independientemente de reglas, valores y tradiciones contenidos en las instituciones. Las decisiones no siempre son individuales o egoístas, en muchos casos están mediadas por la conciencia de la pertenencia a una comunidad y la necesidad de alcanzar ciertos objetivos deseables por ésta, lo que implica muchas veces sacrificar el interés individual de forma consciente. Desde la perspectiva neoinstitucional se tiene entonces que las instituciones no tienen naturaleza propia, ya que se conforman a partir de las preferencias particulares y racionales.

Así las cosas, el ENPP enlaza las conductas y elecciones racionales de los individuos con unos valores y principios deseables por la comunidad. Esto explica porque las legislaciones son, en últimas, herramientas para la consecución de unos fines políticos consagrados en la Constitución. Los individuos poseen derechos inalienables (teoría del derecho natural) que no pueden ser alterados por disposiciones de carácter positivo; entonces, son las instituciones las encargadas de que exista la armonía necesaria entre los principios inalienables y las legislaciones positivas. Este escenario conlleva a que los individuos participen en la formulación de políticas involucrándose en el debate y la toma de decisiones, pues en últimas están en juego sus valores y creencias para el desarrollo de un bien común:

Las instituciones originan valores compartidos de unidad social y confianza en el sistema político, permitiendo que los procesos de cultura política se fortalezcan desde la capacidad e interés de los agentes de participar en los procesos de toma de decisiones públicas y de asignación presupuestal. (Peters, 2003, p. 198)

El ENPP se presenta también como un modelo integrador que plantea regresar al institucionalismo, pero no abandona postulados claves del racionalismo y el conductismo. Así, ante las preguntas fundamentales acerca de cómo se toman las decisiones políticas y cuál es la influencia de las instituciones en dichas decisiones el ENPP asume una posición empírica, propia del racionalismo, que supone el reconocimiento de la inestabilidad política y sus contextos para así poder entender el fenómeno de toma de decisiones como algo variable; según Peters (*cf.* 2003, p.218) el ENPP posee tres aspectos esenciales: i) Toda conducta de los actores está determinada por un marco institucional: reglas de juego, costumbres y organizaciones; ii) las instituciones determinan y condicionan la actividad política, pero además tienen una identidad, poder y estrategia que permite adecuar el comportamiento del individuo a ciertos resultados deseables; y iii) las instituciones están determinadas por la historia que sirve a su vez como lineamiento para la creación de un futuro común y deseable.

El ENPP es útil también en tanto presenta las políticas públicas como estructuras integradoras con el mundo jurídico, pues toda regla que pretenda determinar el accionar

político y económico del individuo y su efecto en la comunidad es el resultado de un proceso histórico que se hereda y concreta en normatividades puntuales. Estos “*nuevos institucionalismos*” (Powell y Dimaggio, 1999, p. 20) son una especie de acuerdos o arreglos institucionales necesarios para la conformación y aceptación de las reglas de juego que determinan la vida económica y política de la sociedad y que actúan, bien sea como reglas informales socialmente transmitidas por herencia cultural o como normas jerárquicamente ordenadas por el derecho.

Finalmente, el ENPP, como fórmula intermedia entre el conductismo/racionalismo y el enfoque institucionalista, busca la fundamentación de políticas públicas a partir de los ideales, valores y colectivos sociales antes que de los intereses individuales calculados. En este orden de ideas, puede entenderse porque el concepto de familia que se ha construido a través de la narrativa jurisprudencial de la Corte Constitucional recoge esta visión del enfoque, veamos como ejemplo de esto lo expresado por la Corte Constitucional:

“La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2016, acápite 4, M.P. Gabriel Mendoza Martelo)

La referencia a la familia como una *institución sociológica* parece mostrar la adecuación de la postura del Tribunal a la estructura del ENPP, y en la misma sentencia se establece:

Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una pareja. [...] También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la sangre” ; las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia”; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensamblada. [...] Resulta contrario a los fines estatales brindar un trato discriminatorio a las familias en razón a su forma de composición cuando, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad. (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2016, M.P. Gabriel Mendoza Martelo)

## El papel de los actores en la formulación de las políticas públicas

Bajo el ENPP el papel de los actores es fundamental pues es a través de la interacción (conflicto-negociación) entre éstos que las políticas públicas pueden ser analizadas y evaluadas. El intercambio entre actores sociales y políticos es determinante para crear redes que permitan la transmisión de conocimientos, experiencias y expectativas; dichas redes se caracterizan por: i) necesidad de alcanzar metas u objetivos por lo que la interdependencia es fundamental; ii) cada actor tiene una ideología y una preferencia que pueden cambiar durante el proceso; y iii) el proceso de interacción social puede generar acuerdos que se erigen como reglas del juego. (cf. Klijn, 1998, p. 33 y ss.)

De esta manera las políticas públicas se conciben como estructuras dinámicas en las que diferentes grupos, con discursos y narrativas propias, se confrontan con el objetivo de lograr una finalidad particular. Los actores que intervienen en este proceso buscan sacar adelante sus intereses a través de estrategias jurídicas y políticas en complejas redes de negociación, como resultado de ello, el contenido de una política pública está determinado por los intereses y valores de los actores que intervienen en el proceso de su creación.

Las redes de actores pueden presentarse, por ejemplo, bajo la existencia de gremios o grupos de presión fuertes que generan una verdadera red de cooperación con un Estado igualmente fuerte y sólido. En este escenario se crean grupos con mecanismos de participación cerrados, sólidos y estables. Pero cuando se está ante la presencia de un Estado débil o frágil frente a gremios fuertes o viceversa, la negociación virará hacia un panorama deficitario en tanto la inexistencia de valores e intereses compartidos sólo beneficiará a una de las partes excluyendo a los grupos que no representen los valores o intereses de minorías, por ejemplo. (cf. Roth, 2002, p. 35) Los actores, en el estudio de las políticas públicas, resulta un tema mayor ya que por lo general son éstos los que contribuyen en la definición del problema público a abordar, influyen la negociación y agilizan el proceso de búsqueda de soluciones:

El nuevo institucionalismo, en cualquiera de sus variantes, está preocupado fundamentalmente de argumentar que el marco institucional es un contrapeso importante frente a la dinámica de cambio que implicaría la libre actuación de individuos racionales. Sin embargo, cada uno de los diferentes aportes tiene implícitos presupuestos diferentes acerca de la capacidad de reflexión e intencionalidad del actor y, por lo tanto, de la influencia de las instituciones en el resultado político. (Zurbriggen, 2006, p. 67)

Pese a las distintas versiones que puedan existir sobre los enfoques institucionalistas y neo institucionalistas, el esquema común parece ser que el agente o individuo busca satisfacer sus necesidades y deseos, por lo que la institución aparece como una restricción o una estructura reglada que, en ocasiones, no está en sintonía con lo que el actor desea. De esta manera el comportamiento del agente o actor puede cambiar dependiendo de la

institución a la que se enfrenta o del juego que otros actores plantean. De lo anterior, los cambios en las estrategias de los actores serán inevitablemente recogidos en las políticas.

Por lo tanto, las instituciones son el resultado del juego consciente de los actores y son endógenas, producto de las preferencias de éstos. De ahí que se defina a las instituciones como las reglas formales de un recurrente juego político o social. (Tsebelis, 1990, p. 92)

Como consecuencia de lo anterior, las instituciones -como estructuras estratégicas dentro de las cuales los actores diseñan medios para lograr sus fines- cumplen un papel condicionante de los agentes y sus relaciones por medio de la regulación acerca de qué conductas están permitidas y cuáles no. De ahí que, tanto las corrientes institucionalistas como las neoinstitucionalistas reflexionan sobre la capacidad de elección racional del sujeto a partir de ciertos valores y principios adecuados a fines: *“La importancia otorgada al individuo como sujeto político conduce inexorablemente a discernir sobre los principios que guían su comportamiento.”* (Tsebelis, 1990, p. 92) La institución, vista así, surge con una función clara: la de regular o estandarizar los comportamientos a través de la reducción de contingencias o de incertidumbres, tratando de planificar todo aquello que involucra el complejo proceso de negociación entre los actores: *“La función de la institución es regular, estabilizar y reducir la incertidumbre, que, además, es introducida –en lógico provecho propio– por aquellos agentes que tienen poder.”* (Tsebelis, 1990, p. 92)

Pero las instituciones no son sólo reglas y procedimientos formales, por ello entender la importancia del actor como sujeto dotado de conciencia y emociones (costumbres, estéticas, valores, etc.) se vuelve determinante para la comprensión del proceso de negociación entre las partes, en tanto los actores:

[...] aprenden las convenciones sociales y con ellas construyen una forma aceptada de hacer las cosas; esto uniforma el comportamiento y facilita la interacción social. Así, las reglas y las tradiciones institucionales son resultado de un proceso de “construcción de la realidad”, es decir, son un fenómeno cultural y constituyen el marco de referencia a partir del cual los individuos se explican el mundo que los rodea, convirtiéndose en una parte objetiva de la realidad. (Zurbriggen, 2006, p. 72)

Es común que en este escenario suela hablarse de una falacia del falso dilema cuando se plantea la errónea disyuntiva de si todas las ciencias sociales fundamentan su explicación, o bien en los actos autónomos de los individuos, o bien en el contexto o estructuras sociales y políticas de las que los actores son meros portadores.

Este falso dilema ya planteado en la sociología por Giddens cobra relevancia cada vez que se realiza la pregunta de si los resultados políticos son consecuencia de las acciones intencionadas de los actores directamente implicados, o bien, de la estructura relacional en que están insertos. (Zurbriggen, 2006, p. 72)

Para superar este falso dilema surge la denominada teoría del Institucionalismo Centrado en Actores (ICA) ilustrada por F. Scharpf a

partir de una serie de estudios con la socióloga Renata Mayntz, en donde se desarrolla un enfoque dentro del institucionalismo, que denomina institucionalismo centrado en actores, y ofrece una perspectiva conciliadora y relacional entre actor y la estructura. (cf. Scharpf, 1997, p. 36) Esta postura conciliadora que reconoce que tanto el actor como la institución son elementos necesarios para un adecuado proceso de desarrollo histórico.

Las instituciones son, sin duda, la principal fuente de información de los actores y el principal factor que influye sobre sus decisiones, en el sentido de que reducen los incentivos para seguir ciertas estrategias de acción y aumentan los incentivos para realizar otras. (Zurbriggen, 2006, p. 74)

El ICA resalta que siempre existe un margen para que los actores elijan entre diferentes tácticas y estrategias. Como consecuencia de lo anterior, el resultado de la política no sólo surge del obedecimiento ciego de reglas, sino también del resultado de la intencionalidad de un actor conforme a sus deseos o intereses previos que son sometidos a una negociación.

A partir de estas premisas, Scharpf elabora un modelo básico de explicación de las políticas públicas que tiene en cuenta la interacción de dos conceptos claves: actores e instituciones. Cada actor está institucionalmente constituido, pues emerge basado en reglas preexistentes. Tales reglas no sólo habilitan su constitución, sino que son las que aseguran su permanencia y actuación. Así definen criterios de membresía, recursos disponibles, la esfera de sus actividades legítimas, el alcance de sus representantes, inclusive sus principios rectores. Las instituciones no sólo operan como facilitadores de elecciones posibles, sino que también delimitan cómo debe evaluar el actor implicado en los resultados de tales elecciones y determinan, de esta forma, las preferencias del actor respecto a las alternativas posibles. (Zurbriggen, 2006, p. 74)

Para finalizar, los actores en este modelo tienen la capacidad de influenciar en mayor o menor medida el resultado de la política final, ello moldeado por la realidad y los intereses o preferencias que posean pero que están sujetas a cambios, a veces por el contexto institucional.

En Colombia es posible sostener que los actores en materia de políticas públicas de familia están representados tanto por los jueces, el gobierno y, por ejemplo, grupos monotemáticos que luchan contra la injusticia que supone la exclusión por parte de una mayoría hegemónica, sobre esta clase de grupos, Grueso ha dicho:

[...] todos los colectivos identitarios (los de género y orientación sexual, los de clase y etnia, los religiosos y raciales), pese a su variedad, tienen rasgos en común. Uno, es que apuntan a que el sector social subordinado



que ellos están articulando entienda la especificidad de la injusticia que vive y avance, en atención a ella, demandas específicas. Otro, es que no suelen articular sus demandas a plataformas políticas integrales, ni tratan de establecer principios generales para una reforma total de la sociedad, en coordinación y en pie de igualdad con los otros sectores subordinados. En general, más que querer reformar el Estado o la sociedad como un todo, a la luz de algún ideal político, quieren defender su propio sector. Un tercer rasgo se deriva de los dos anteriores: se caracterizan por cierta tendencia monotemática, no tanto en el sentido de hablar siempre de la misma cosa, sino de reinterpretarlo todo a partir de su propia condición de subordinación, percibida como la injusticia por excelencia. (2013, p. 20)

Todos estos actores ellos luchan y negocian en el debate sobre el concepto de familia a través de partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y por aquellos grupos que, directa o indirectamente, se ven afectados por una eventual redefinición del concepto de familia y que propugnan por el reconocimiento de sus derechos.

La confluencia de actores gubernamentales, sociales, políticos, económicos e institucionales que demanda la formulación, diseño e implementación de las políticas públicas es perentorio para otorgarle carácter político a las mismas e implica: la configuración de escenarios para escuchar y atender las necesidades y las percepciones que se tienen sobre los asuntos y las situaciones que acontecen; la concertación de acuerdos y negociaciones para poner en conversación los intereses individuales en procura de beneficios colectivos y la confluencia de acciones que superen el protagonismo personal e institucional. (Franco y Sánchez, 2008, p. 105)

## **El Tribunal Constitucional como actor**

La Corte Constitucional ha empezado a colonizar escenarios que otrora eran exclusivos de otras ramas del poder público, y en este escenario las políticas públicas han cobrado especial relevancia. Lejos quedan los tiempos en los que éstas se encontraban sometidas a las voluntades de mayorías legislativas o a los procesos del sector ejecutivo.

En Colombia se ha empezado a cuestionar las bases del Estado de Derecho, la división de poderes clásica, o mejor a revalorar la colaboración armónica entre poderes. Las políticas públicas, otro monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes. (Henaó, 2013, p. 68)

La Corte se ha convertido en una actriz de primera línea a la hora de la formulación e implementación de políticas públicas y bajo el ENPP se puede observar cómo en su interior se dan interesantes procesos de negociación y debate en torno a problemas polémicos como el concepto de familia, además, los jueces poseen una ideología política determinada que pesa a la hora de tomar decisiones (basta simplemente con reconocer que



el proceso de elección de los magistrados de la corporación impone un trasfondo político innegable). Así las cosas, se observan con más frecuencia los acuerdos políticos entre los actores que intervienen en la designación de un Magistrado de la Corte Constitucional, lo que conlleva a que los sectores políticos y grupos de interés opten por cálculos que les permitan un candidato que represente unos intereses calculados. El ejemplo clásico se presenta cuando se determina si se requiere un juez de carácter conservador o uno de talante más liberal, todo esto en el marco de discusiones delicadas y votaciones complejas, como analogía relevante puede pensarse en las dinámicas del sistema judicial norteamericano y su Corte Suprema de Justicia de inicios de los 90.

La marcada orientación “conservadora” evidenciada por los pronunciamientos de la Corte en su actual composición responde no sólo a las preferencias interpretativas de los nuevos miembros del tribunal, sino también a los nuevos vientos políticos que comenzaron a soplar con inusitada fuerza luego de la derrota electoral del presidente Cárter y el arribo a la Presidencia de Ronald Reagan. (Garro, 1992, p. 88)

Este modelo no puede entenderse como una politización de la justicia en tanto es una situación inevitable, pretender que el juez sea imparcial de una manera absoluta es imposible, por lo que desconocer su vocación y formación política es tan ingenuo como perjudicial, de no ser así no habría contrapeso a las otras ramas del poder.

No se trata de que la Corte norteamericana se encuentre “politizada”, sino del resultado de múltiples factores institucionales, entre los que cabe destacar que la Constitución es un programa político en la medida en que limita los poderes de las ramas de gobierno y el poder de éste frente a los individuos. [...] La Corte norteamericana, a través de los años, ha asumido sin ambages su rol de contrapeso de los otros poderes de gobierno, enfrentando muchas veces al poder de las “mayorías temporarias” representadas por el presidente y los representantes del pueblo en las Cámaras del Congreso y legislaturas estatales. (Garro, 1992, p. 88)

En el caso colombiano el modelo parece seguir estos lineamientos, en tanto la composición de una Corte Constitucional más liberal permitió, durante la década de los 90, un desarrollo jurisprudencial garantista de los derechos fundamentales basado en el reconocimiento de la diversidad étnica, cultural y sexual de la población. Situación, que, a juicio de algunos, se ve amenazada dada la actual composición del poder ejecutivo y legislativo que inevitablemente repercute en el tribunal con la presencia, cada vez más notoria, de un ala conservadora. El problema genera una mayor consideración cuando se advierte el papel de los Tribunales Constitucionales como portadores una especie de última palabra frente a otros Tribunales.

La Corte Constitucional se convierte entonces en un actor que porta y defiende ciertos valores constitucionales que se concretan en la formulación y aplicación de una determinada política pública, pero su actuación no es un monólogo, por el contrario, *“se inserta en una comunidad política, compuesta por actores que también comparten ciertos valores, interactúa con otras instituciones y compite por definir la actuación del Estado a la hora*

*de solucionar o manejar una situación relevante para estos grupos.”* (Henaó, 2013, p. 70) En este enfoque, que se conoce en el ámbito de las políticas públicas como *Advocacy Coalitions*:

Se parte de una visión horizontal, con matices, del Estado y la sociedad, y de un entramado de relaciones entre lo público y lo privado, y se deja de lado la visión unidireccional y vertical del Estado y la sociedad. Esto tiene especial importancia pues, como veremos, permite entender por qué las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela, promovidas por diversos actores, hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación. (Henaó, 2013, p. 70)

La irrupción del juez como actor en las políticas públicas se debe en gran medida a la necesidad de gobernanza, entendida ésta como la estructura necesaria para poder concretar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de acciones efectivas contenidas y desarrolladas en las políticas públicas. Debe aclararse que el concepto de gobernanza debe diferenciarse del concepto de gobernabilidad, en tanto éste último se refiere a la capacidad de un sistema político de gobernarse a sí mismo (visto en la capacidad de respuesta técnica y política que tiene el Estado ante las demandas sociales), mientras que el primero se refiere al proceso estratégico de actores que interactúan en la creación y formulación de políticas públicas (que se evidencia en la calidad, idoneidad y pertinencia de las respuestas estatales), por lo anterior:

Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero ¿por qué ha sucedido? La gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis. No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura. Esto indica que no basta la gobernabilidad, entendida como el apoyo político necesario para gobernar, para transformar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera. (Henaó, 2013, p. 71)

De esta manera, la Corte juega un rol determinante en materia de políticas públicas, pues en cada actuación del Estado es ésta la encargada de velar porque cada política formulada e implementada contenga la esencia del texto constitucional: *“Expresado, en otros términos, se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan.”* (Henaó, 2013, p. 79-80)

Pero la injerencia de la Corte Constitucional en este escenario no ha sido un tema pacífico. Existen posiciones que ven en este protagonismo judicial una amenaza a un modelo en el cual el Legislador y el Ejecutivo son los actores centrales. Aceptar que el juez tiene el principal rol en la producción del derecho (y de las políticas públicas) es para algunos una dictadura de los jueces, siendo esto un ejemplo de extremismo ideológico bajo la premisa de que se trata de una especie de minoría que aplaca a las mayorías democráticas. Por dictadura de los jueces suele denominarse, de forma emotiva y peyorativa, al activismo judicial, fenómeno que tuvo sus orígenes en los Estados Unidos (*judicial activism*) y que sitúa en una posición privilegiada al poder judicial sobre el legislativo y el ejecutivo. Esta concepción peyorativa y con señas de desconfianza se asienta a mediados de los años 50, época en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos empezó a desempeñar un rol determinante y polémico en la agenda social del país. (cf. Keenan, 2004, p. 1452)

Por otra parte, existen defensores de la posición privilegiada de la magistratura. Se destaca a la Corte como garante de la democracia al ser un control que impide la perpetuidad en el poder en una ideología política exacerbada, evitar que las reglas electorales se modifiquen en favor de una élite, frenar el empleo de medidas que silencien a los opositores y garantizar la vigencia de la Constitución al custodiarla. (cf. Yáñez, 2014, p. 238 y ss.) Un ejemplo de esto pueden ser los denominados Estados de Cosas Inconstitucional (ECI), cuyas características se encuentran en la sentencia T-025 de 2004. La Corte Constitucional ha precisado que se está ante un Estado de Cosas Inconstitucional cuando: (i) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. En estos escenarios, la necesidad de restablecer el orden constitucional es apremiante, por lo que el Estado debe organizar y aplicar las políticas públicas conducentes para reparar la situación dañina que no es tolerable dentro del marco constitucional, todo bajo la guía del juez constitucional, convertido en actor principal.

En la actualidad la Jurisprudencia constitucional interviene integralmente en el proceso de formulación de políticas públicas, a través de lo que se han denominado órdenes de tipo simple y complejo (lo cual puede considerarse extraño a una providencia judicial dado su impacto sobre la función ejecutar la Ley), cuestión que le compete identificar, en forma

precisa, al Poder Ejecutivo conforme a la Constitución. [...] La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de políticas públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo [...] (Yáñez, 2014, p. 239)

Sumado al papel de la Corte Constitucional, es importante resaltar la labor de grupos monotemáticos que se han encargado de afrontar las presiones y negociaciones en torno al concepto de familia. Hablamos, principalmente, de la comunidad LGBTIQ+ que ha logrado importantes triunfos en materia de reconocimiento de derechos para minorías y así garantizar la dignidad de sus miembros y la igualdad pregonada en la Constitución.

Colombia se ha caracterizado por ser un país de línea conservadora y renuente a abrir las fronteras del pensamiento y la libertad. En este contexto, el movimiento social Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (Intersexuales) (LGBT (I)) ha llevado paulatinamente un proceso de formación a lo largo de varias décadas y, en tiempos recientes, ha ganado importante protagonismo en el ámbito nacional, en la medida en que ha ido conquistando reconocimientos de derechos, asunto tiempo atrás insospechado. (Sánchez, 2017, p. 117)

Este ejemplo ilustra una lucha que, desde la Política, instrumentaliza al derecho al concebirlo como la herramienta idónea para conquistar derechos desde la actuación política y de esta manera generar un cambio en las instituciones mientras se constituye en una resistencia a los procesos regresivos; de esta manera se convierte en un actor colectivo y movimiento social que:

[...] con cierta continuidad y sobre las bases de una alta integración simbólica y una escasa especificación de su papel, persigue una meta consistente en llevar a cabo, evitar o anular cambios sociales fundamentales, utilizando para ello formas organizativas y de acción variables. (Raschke, 1994, p. 124)

## **El papel de las Corte Constitucional en la transformación de imaginarios sociales**

El denominado activismo judicial es una expresión que se acuña por primera vez en los Estados Unidos y ha formado parte importante de la discusión política-jurídica norteamericana. Dicha expresión se ha difundido por otras tradiciones jurídicas. Básicamente se trata de un término que hace referencia a las polémicas sentencias de algunos magistrados (*Chiefs*) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (en especial la denominada *Corte Warren*) que se emitían bajo la idea de que dicha corporación podía contribuir con un desarrollo social y progresista a través de reformas como la implementación de políticas públicas o su cuestionamiento. Cabe destacar que este es un término al que generalmente se oponen sectores conservadores, tanto de la sociedad

como de la magistratura. Este tema ha generado -y genera aún- una polémica fuerte al interior del estudio del derecho y la ciencia política, esta polémica parece continuar y aumentar de intensidad a medida que se incrementan los elogios o cuestionamientos respecto de sus implicaciones.

Para entender el tema del activismo judicial, en primer lugar, es necesario indicar que es una figura que surgió en un modelo jurídico distinto al colombiano, ya que se desarrolló bajo la luz de las bases y problemáticas del modelo anglosajón de derecho (*common law*) caracterizado por una visión más pragmática y que centra en la decisión judicial como fuente principal del sistema jurídico. Lo anterior contrasta con el esquema que heredó Colombia en materia jurídica, marcado por un modelo romano-germánico menos pragmático y que se construye a partir de la norma positiva (ley) como fuente principal, dejando como auxiliar el precedente judicial. Antes de la Constitución de 1991 se tenía clara la diferencia entre los dos modelos, sumado a ello el paradigma dominante –de talante positivista/formalista- dictaba que las decisiones judiciales no eran una fuente obligatoria para los jueces a la hora de resolver asuntos sometidos a su revisión salvo algunas consideraciones excepcionales.

Con la Constitución 1991 el panorama cambió radicalmente. El nuevo Estado Social de Derecho implicó una eficacia directa de la Constitución, por lo que los jueces son también los encargados de garantizar que su contenido se cumpla a plenitud. La acción de tutela, por ejemplo, apareció como una herramienta poderosa, y al alcance de los ciudadanos, quienes pueden exigir ante los jueces el cumplimiento de aquello que la carta política otorga. Lo anterior supuso el ascenso de la función judicial a una esfera más comprometida con la realización de reformas sociales y al conocimiento de las políticas públicas.

Desde el punto de vista teórico, el anterior escenario se explica con el choque entre dos paradigmas jurídicos. Por un lado, la concepción del derecho como un asunto exclusivamente normativo ha sido la tradición en el sistema colombiano. Esto implica reconocer al derecho como ciencia normativa que tiene por objeto de estudio, únicamente, a la norma positiva. Este modelo es el clásico esquema expuesto por Hans Kelsen en su Teoría pura del derecho a partir de un método de depuración que separó el derecho de aquellos elementos impuros o extraños con los que tradicionalmente se le confunde (política, moral, sociología, etc.). Así, Kelsen logra un concepto universal (puro), centrado en las normas jurídicas, entendidas como juicios del deber ser (o mejor, debe pasar –*sollen-*) que imputan sanciones.

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda



estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (Kelsen, 1960, p. 19)

Bajo esta pretensión de cientificidad el derecho es un ejercicio valorativamente neutro y en este orden de ideas debe, metodológicamente, separarse de la moral si se pretende entenderlo como ciencia. Para esta postura, poco o nada importa el papel del juez y su decisión, por lo que es imposible aceptar la idea del activismo judicial.

Sumado a lo anterior, la Corte Constitucional ha cimentado sus posiciones en una visión del Derecho que se apalanca en su esencia interpretativa y argumentativa, se trata de un giro argumentativo y lingüístico que busca fundamentar las decisiones en la racionalidad del discurso y su aceptabilidad como respuesta a los esquemas tradicionales de justificación marcados por la lógica formal y las restricciones hermenéuticas.

En efecto, el giro argumentativo privilegia la racionalidad argumentativa o discursiva sobre la racionalidad instrumental; ofrece un modelo de comunicación dialéctica de la toma de decisiones políticas y la sustenta en una lógica informal de la razón práctica que se erige en contra de la lógica formal del neopositivismo. Intenta superar, por tanto, la limitación epistemológica del empirismo en el análisis de políticas y el proceso de decisión tecnocrático y lineal que de él se deriva. De este modo, el análisis argumentativo se centra en el papel crucial del lenguaje, la argumentación, la retórica y las historias en la elaboración del debate, así como en la estructuración del marco deliberativo en el que se formula la política. (Cano, 2014, p. 440)

La anterior posición es cuestionada por aquellos que ven en el derecho un ejercicio judicial antes que normativo, esto es, que el derecho está y se concreta en decisiones judiciales antes que en normas positivas. Esta idea, ajena a nuestra tradición jurídica y con un sello pragmático, eleva de categoría el rol del juez, pues en últimas lo que el individuo conoce acerca del derecho es una decisión judicial que afecta su cotidianidad y sus relaciones. El giro es mayúsculo, pues se trata ahora de entender derecho como aquello que dicen los jueces y que modifica efectivamente la realidad.

La diferencia entre dignidad y ruina puede revertir un argumento que puno no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o parlamento. (Dworkin, 2008, p. 15)

Dentro de esta idea del derecho de los jueces, también es necesario ahondar en la reflexión acerca de que el fenómeno jurídico puede ser un ejercicio de narración, en tanto todo acto de comunicación apunta a la trasmisión de un mensaje y la consecución de



unos fines a través del recuento de historias y la recreación de imaginarios individuales y colectivos. La narrativa del derecho es entonces aquella estructura conformada por una acción, unos fines, unos motivos, unos agentes y finalmente unos resultados que transforman la realidad. Todos estos elementos, presentes por lo general en las acciones judiciales y las providencias que de ellas se derivan, permiten que el derecho pueda ser comprendido a partir de un concepto similar al de novela o relato, sólo bastaría con preguntarse asuntos básicos para encender la trama y poner en marcha la narrativa: *“En pocas palabras: estos términos u otros parecidos sobrevienen a preguntas sobre el qué, el por qué, el quién, el cómo, el con, o el contra quién de la acción.”* (Ricoeur, 2004, p. 117)

Todo proceso judicial empieza con una narración y termina con otra. A través de la práctica narrativa se acceden a mundos que invitan a la crítica. Cuando un individuo se acerca a la judicatura presenta a ésta un relato de su mundo y creencias, comparte sus experiencias de vida esperando respuesta en otro dialogo empático a sus creencias y pretensiones, así el juez se vuelve un historiador y un narrador.

Narrar no es fácil. Hay que exponer lo preciso y sin complicaciones. [...] No todo el mundo vale para el caso [...] Pensemos siempre que lo primero que necesita el juez es enterarse del caso. De suerte que el historiador es el primer literato que aparece en nuestra personalidad profesional. Más no basta el historiador. Viene después el novelista. Cada pleito es un problema de psicología. (Osorio, 1975, p. 156, 158)

La narración está íntimamente ligada a la concepción de derecho si se lo concibe como un instrumento que se involucra con la conducta del ser humano y su juzgamiento, de ahí, que necesariamente se conecta con los ideales y aspiraciones del individuo; desde el ánimo de vindicación más genuino, hasta el anhelo de felicidad más puro, se esconden bajo narraciones que a veces rayan con lo increíble. De la misma manera encontramos en las sentencias judiciales posiciones tan sabias que sólo queda contemplarlas con enorme sobrecogimiento, sin olvidar que habrá algunas cuantas que nos harán sentir estupor por su desprolijidad e injusticia, cada narración es una vida puesta en texto y contexto: *“las ‘vidas’ son textos [...] sujetos a revisión, exégesis, interpretación.”* (Bruner, 2013, p. 178) Así las cosas, la lucha del ser humano, la lucha que se da al interior del derecho, del proceso judicial, es la lucha por la dignidad y por el respeto, es al anhelo de triunfo sobre la opresión. ¿Se pueden olvidar acaso relatos heroicos que inspiran? ¿Puede decirse acaso que una sentencia judicial no es un relato del triunfo de la dignidad propio de una epopeya?:

Contamos historias porque, al fin y al cabo, las vidas humanas necesitan y merecen contarse. Esta observación adquiere toda su fuerza cuando evocamos la necesidad de salvar la historia de los vencidos y de los perdedores. Toda la historia del sufrimiento clama venganza y pide narración. (Ricoeur, 2004, p. 145)

Bajo las anteriores consideraciones, existen escenarios en los cuales los jueces se convierten en actores de políticas públicas a través de una estructura narrativa. Dichos escenarios ocurren, según Cano

[...] i). Cuando reconoce la necesidad de formular políticas que desarrollen la faceta prestacional de los derechos y ii). Cuando declara un estado de cosas inconstitucionales (ECI). Ambos escenarios no son excluyentes, es decir que es posible encontrar ambos argumentos en una misma providencia, sin embargo, estos contextos se separan en el escrito para resaltar que no siempre que la Corte adopta órdenes complejas y fallos estructurales –que involucran políticas públicas– se ha declarado un ECI. (Cano, 2014, p. 441)

## Conclusiones

Nos encontramos ahora frente a la necesidad de analizar las narrativas jurisprudenciales para abordar un tema tan polémico como el del concepto de familia y sus implicaciones bajo la Constitución Política de 1991. Se debe entonces reconstruir las narraciones que dan cuenta de las situaciones, motivos y estrategias que generaron un discurso que cambió la realidad de muchos; estas narraciones sólo se pueden concebir partiendo de un mundo histórico lleno de contrastes y sentimientos, de mundos paralelos y escondidos, *“mundos alternativos que echan nueva luz sobre el mundo real.”* (Bruner, 2013, p. 24) Se trata entonces de relatar de manera holística para así tener una mejor comprensión de la lucha y el resultado: *“el derecho busca legitimarse en el pasado; la ficción literaria, en lo posible.”* (Bruner, 2013, p.31) De esta manera la importancia del derecho como ejercicio narrativo radica en la capacidad de generar empatía con los otros pues a partir de la narración, de la exposición de un mundo en un relato, puede lograrse una conexión con situaciones del pasado y las consecuencias de un futuro dictado por la decisión judicial: *“la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática [...] La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente nos fue ajeno.”* (Gilligan, 1982, p. 874)

Con esta perspectiva narrativa, la Corte Constitucional ha sido protagonista en los últimos años del debate, no sólo jurídico, sino también político e ideológico del país. A través de sus fallos ha propiciado el análisis del Derecho desde una perspectiva argumentativa y hermenéutica que ha dado como resultados posiciones controversiales para sectores de la comunidad. Sus creaciones son reconocidas a nivel internacional dando paso a la creación de teorías locales que, bajo una concepción principialística de la Constitución, ha permitido el triunfo para minorías históricamente discriminadas.

En este sentido, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, utilizada como herramienta hermenéutico-argumentativa, en materia de vacíos normativos frente a normas de principio, entendidas

ya no desde una metateoría del derecho constitucional, sino desde un constitucionalismo colombiano, como derechos fundamentales, cobra una especial importancia la teoría de principios, como gestación del Estado constitucional. (Bechara, 2017, p. 34)

Así pues, tenemos que el abordaje de la polémica temática sobre el concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido sencillo. La narración de esta batalla no ha sido un proceso simple, ha requerido de valentía y precisión en ambos sentidos: tanto del ciudadano como del juez que determinará su suerte, de ahí que se deba pensar en los actores como narradores que generen empatía con sus relatos, por lo que la capacidad narrativa –y literaria– es una virtud necesaria *“para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas.”* (Nussbaum, 1997, p. 25)

El cambio que se pretendía resultó problemático y sólo se logró después de intervenir otras instituciones tradicionales que suponían la base de lo que era familia para la sociedad y el derecho en Colombia. Una de estas figuras, cuyo análisis bajo la nueva Constitución arrojó luces para posteriormente abordar el concepto de familia fue la del matrimonio, en especial su finalidad, composición y regulación. La permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo o igualitario sería un escenario con consecuencias determinantes para discusiones futuras sobre el concepto de familia.

El debate que se generó sobre el matrimonio igualitario con las sentencias de la Corte Constitucional ha tenido un profundo impacto en la comunidad, pues se trata de un tema que históricamente ha sido de difícil abordaje dado sus connotaciones religiosas. Tres temas giran alrededor de esta polémica discusión: homosexualidad, matrimonio y familia; los tres enfrentados en un escenario político y jurídico que se concretó en una nueva realidad construida a través de la jurisprudencia. El choque entre el escenario religioso y el jurídico-político cobró aquí ribetes notables:

En Colombia, empero, la discusión sobre el tema sí parece tener una connotación religiosa más o menos clara. La oposición al reconocimiento social de la homosexualidad tiene sobretonos claramente teológicos; la posición que defiende el matrimonio *“tradicional”* usualmente lo hace desde conceptos igualmente *“religiosos”*. (López, 2016, p. 118)

Por tanto, la Corte manifestó una separación tajante entre familia y matrimonio a la hora de definir a éste último en el derecho colombiano. Inicialmente, se señala que el matrimonio, que en el ordenamiento jurídico colombiano es concebido como una figura especial, pues si bien es un contrato según el artículo 113 del código civil: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*, también es concebido por parte de la doctrina jurídica como una institución que genera a la familia. Así las cosas, era tratado tan sólo como una entidad formal o instrumental: una herramienta que permite lograr una obra posterior: la familia. De esta manera, la Corte implícitamente reconoció, vía interpretación, que el

matrimonio es una de las tantas formas existentes para crear familia, pero no la única. Esta posición busca deslegitimar lo que se conoce como “*homofobia jurídica*” (López, 2016, p. 119), argumentando la tendencia abierta y progresista del derecho en Colombia, desde la nueva Constitución, puntualmente, en la interpretación del artículo 42 que trata sobre el concepto y función de la familia; así la Corte estableció que:

El concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente como aquella surgida del vínculo matrimonial. (Corte Constitucional, sentencia C-886 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, acápite 4.2)

La anterior reflexión jurisprudencial es de vital importancia para la realidad jurídica de aquellas parejas del mismo sexo que quieren ser cobijadas por del concepto de familia que la Constitución (ahora interpretada por la Corte) implica; ello porque se establece que tanto la persona como la pareja homosexual tienen en el instituto del matrimonio la posibilidad de crear familia -entendida como finalidad-, por lo que pensar en el vínculo matrimonial sólo como medio es contrario a una interpretación correcta de la Carta Política. En otras palabras, la constitución de la familia es un fin en sí mismo avalado por la Constitución, por lo tanto, someterlo a la formalidad y solemnidad del contrato de matrimonio en una interpretación textual que resulta injustificada.

Por eso, el punto central será mostrar que la persona y la pareja homosexual tienen un *derecho-fin*: el del reconocimiento de la familia formada por dinámicas espontáneas de interacción social. Por el contrario, esta misma familia no es titular de un *derecho-medio*: el de la constitución de la familia por medio de matrimonio formal y solemne. (López, 2016, p. 120)

Esta lectura del artículo 42 de la Constitución resulta entusiasta para muchos sectores pues por primera vez en un texto constitucional se reflexionaba acerca de la existencia de familia por fuera del concepto tradicional, y como consecuencia de ello se produjo un avance al reconocer que el concepto no sólo era el resultado del matrimonio formal en los términos del código civil, sino que también podía ser creada a partir de uniones convencionales de hecho, adopciones, de crianza y monoparentales (mayoritariamente encabezadas por mujeres), ensambles familiares, etc. Todas estas formas, que si bien es cierto no se encuentran explícitamente indicadas en el artículo constitucional, se desprenden de la familia como finalidad encaminada, primariamente, a la protección de los niños, pero también a la defensa de la libertad de elección de la persona y la pareja como elementos fundadores de la familia.

La Corte Constitucional en su esfuerzo por mostrar una idea conceptual más amplia de familia, también se refirió a la *procreación endógena o directa* como elemento determinante para su concepto en tanto: “[...] *no es esencial en la constitución del matrimonio y familia porque*

*ello vaciaría de sentido entonces a los vínculos establecidos sin propósito aparente de procrear.”* (López, 2016, p. 121) Y esto es apenas entendible, pues si un requisito esencial para la existencia del matrimonio o de la familia fuera la procreación, entonces una persona con esterilidad no podría celebrar dicho contrato y tampoco formar una familia; en dicha situación caerían también aquellas parejas que voluntaria y conscientemente deciden no tener hijos, o aquellos adultos mayores que por alguna razón crían a menores de edad, entre otras situaciones. Este argumento es crucial para que la Corte adopte un *concepto social* de familia que la aleja de concepciones biológicas o naturalistas y que se centran en la procreación como elemento determinante para hablar de ella, lo anterior se reflejó en documentos oficiales que contienen políticas públicas de familia.

El concepto de familia ha evolucionado en los últimos años, lo que refleja uno de los cambios sociales más importante en la actualidad. En cuanto a su composición, no se puede hablar únicamente de familias nucleares mediante la unión entre un hombre y una mujer con roles plenamente establecidos y descendencia, pues las dinámicas familiares actuales obligan a tener en cuenta otras tipologías como las familias extensas, muy tradicionales en Colombia, integradas por diferentes parientes como abuelos o tíos, etc. Existen familias unipersonales donde no existe un núcleo familiar, o las familias monoparentales donde solo que se caracteriza por la ausencia de padre o madre, siendo estas conformaciones resultado de procesos de globalización, culturas, violencia intrafamiliar, entre otros factores que influyen los modos y estructuras de organización familiar. El porcentaje de hogares monoparentales cada día es mayor, las separaciones y divorcios entre parejas son cada vez más comunes y las familias compuestas también son representativas en tanto que las personas separadas o divorciadas vuelven a formar nuevos hogares con otras personas. (Departamento nacional de Planeación, 2014, p. 7)

De esta manera, la familia se ha construido sobre la ampliación de un concepto que, ahora no sólo busca la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA), sino que también se erige sobre la libre asociación y protección de quienes deciden conformarla; igualmente los NNA que hagan parte de esta nueva estructura conceptual no tienen que necesariamente provenir de *“la reproducción biológica de la pareja adánica.”* (López, 2016, p. 121) Así pues, se sigue rompiendo, por vía jurisprudencia, la interpretación unívoca según la cual la pareja conformada por un hombre y una mujer como paradigma social de una visión tradicional y hegemónica que fundamenta la idea de familia a partir de la heterosexualidad y el fin de procreación, esto como resultado del análisis religioso judeo-cristiano exclusivamente. (cf. Crane, 2006, p. 1221 y ss.)

La Corte abandona así la interpretación textualista del concepto de familia consagrado en el artículo 42 constitucional, pues no es posible realizar un ejercicio hermenéutico que concluya con una interpretación exegética de la palabra *“familia”* en los términos de heterosexualidad biológica basada en el mito adánico. Se hace uso entonces de una



interpretación teleológica o sociológica del enunciado constitucional que privilegió la finalidad o la intención de éste antes que su mera comprensión gramatical. En otras palabras, el textualismo como un abuso hermenéutico surge cuando se interpreta de forma literal las palabras de un enunciado normativo sin importar si con ello se llega a una conclusión absurda o cómica. Para combatir este abuso, el método teleológico-sociológico se fundamenta en la finalidad del enunciado normativo en armonía con los valores, principios y tradiciones de la comunidad.

La anterior reflexión llevó a que la Corte, en numerosas sentencias, se apalancara en argumentos y análisis históricos y sociológicos acerca del momento que se vivía en el país cuando se reunió la Asamblea Constituyente para debatir el contenido del texto constitucional. Como conclusión de este proceso, se infirió que es imposible determinar con exactitud a qué tipo de familia se refería el constituyente al redactar el artículo 42, por lo que se debe asumir que, debido a que en su construcción se involucraron diversas ideologías, corrientes y grupos de presión, parece poco probable que se estuviese pensando sólo en un tipo de familia: la heterosexual y biológica, esto dada la pluralidad ideológica de los miembros de la Asamblea. El sólo texto escrito, en este sentido, muchas veces no es suficiente para obtener la verdadera intención de su creador dada la complejidad que supone el proceso político y la naturaleza constitucional del texto que resulta de éste, al respecto la Corte afirma:

[...] con fundamento en un criterio que ya es usual en el derecho constitucional contemporáneo, se afirma que es difícil establecer la voluntad de un órgano de composición plural y heterogénea con el solitario apoyo de los textos suscritos por los ponentes y que sirvieron de base a las discusiones anteriores a la adopción de un texto. Que no suele ser la expresión de una tendencia, sino del resultado de un compromiso entre las distintas vertientes representadas en el seno de cuerpos colegiados. (Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P. Gerardo Mendoza Martelo, acápite 4.1)

En consecuencia, una interpretación jurídica textualista del concepto de familia no es un verdadero ejercicio hermenéutico en tanto no es posible atribuir un significado al término a partir de aquello que se infiere únicamente por vía gramatical, por ello es necesario indagar por la finalidad del enunciado normativo y las circunstancias históricas que propiciaron su aparición; en este caso hablamos de la necesidad de protección de los NNA y la garantía de la libertad de elección de la persona y la pareja sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen o ideología.

Por vía de interpretación textualista de la Constitución, la familia no está formada necesariamente por la pareja adánica. Se trata de una realidad social más compleja, formada por “vínculos naturales” que el Estado debe reconocer y proteger. La familia nuclear biparental sigue siendo la imagen más tradicional de la familia, pero ya se reconoce que las familias



se forman y reconfiguran de muchas maneras complejas, fruto a veces de planes voluntarios de vida y a veces a la contingencia de las vicisitudes vitales. A pesar de ello, estas formaciones alternativas no pueden terminar siendo desprotegidas por el Estado. (López, 2016, p. 123)

Lo anterior llevó a consideraciones acerca de que también existe, por ejemplo, un tipo de familia monoparental, con especial énfasis en el liderazgo de la mujer llamada madre cabeza de familia y que en la narrativa jurisprudencial de la Corte se constituyó en un sujeto de especial protección, cabe anotar que la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha establecido una protección especial a la mujer cabeza de familia en desarrollo de los artículos 5, 13, 43 y 44 de la Constitución, en este orden de ideas, las sentencias más relevantes son: T-102 de 2012, T-692 de 2009, T-646 de 2006, T-1086 de 2006, C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004. Dicha protección se ve reflejada en diversos ámbitos como el laboral, entre otros. Este tipo de familia se ha abierto espacio en Colombia siendo muy común, en donde, además, la denominada jefatura femenina es la base de esta forma de familia monoparental. Un documento del Departamento Nacional de Planeación muestra como en una gran cantidad de hogares colombianos esta figura está presente.

En las encuestas de hogares, la jefatura de hogar se designa por reconocimiento. Es decir, el jefe de hogar es aquella persona del hogar que los demás miembros reconocen como tal. Generalmente, por razones culturales, cuando el hogar está compuesto por una pareja heterosexual, la tendencia es a reconocer al hombre como el jefe de hogar. Las mujeres, al quedar solas por separación, divorcio o viudez, asumen la jefatura del hogar. (Departamento nacional de Planeación, 2014, p. 17)

Así las cosas, la posición de la Corte es la de tratar como un error la idea según la cual el concepto de familia es algo estrictamente natural y biológico, interpretarlo así sería desconocer, no sólo la realidad social, sino también desconocer la finalidad de los valores y principios de la Constitución que están dispuestos para proteger a la familia en su papel de núcleo esencial de la sociedad. La familia es un concepto complejo, interdisciplinario y pluritemático que involucra la historia, costumbres y prácticas de una comunidad, apuntando siempre a un sentimiento de protección cariño y empatía entre sus miembros.

La familia con su conjunto de valores y estructura es suma integrada de influjos y presiones que emanan del todo institucional y de la cultura. Lo que se ha venido reflejando en un devenir histórico, resultante de un ambiente social creado por el total institucional: economía, religión, socialización, poder político, ley, etc., y por un cerco cultural tratando la familia de adecuarse a estos influjos institucionales. (Gutiérrez y Villa, 1988, p. 29)

Se logró entonces, por primera vez, un concepto amplio de familia a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que recogió diversas narrativas e imaginarios forjados a través de las luchas políticas y jurídicas. Sumado a esto, de la interpretación *anti textualista* del artículo 42 -cuyo resultado se ajusta a los parámetros constitucionales- se obtienen, no sólo un concepto amplio e incluyente, sino que se derivan consecuencias

notables: La primera es que la familia no se funda necesariamente por una pareja, es decir, se elimina la condición obligatoria de biparentalidad. Así las cosas, una “madre cabeza de familia”, un padre soltero, etc., pueden conformar familia. La segunda es que la familia no está necesariamente atada a la heterosexualidad en tanto parejas del mismo sexo pueden conformarla por una decisión libre y responsable. Una tercera consecuencia es que el fin de la familia no es exclusivamente la procreación y cuidado de los hijos, pues de ser así se estaría excluyendo de la posibilidad de formar familia a aquellas personas que por razones biológicas (esterilidad) o por una simple elección de vida no deseen hijos con su pareja. Una cuarta consecuencia radica en que la familia no se puede entender como una institución exclusivamente ligada al cuidado de hijos propios, pues al excluir a la adopción como forma de generación de familia se estaría sacrificando el derecho de los NNA -que por circunstancias accidentales se encuentran por fuera de un núcleo familiar- a pertenecer a una familia responsable y amorosa. Finalmente, una quinta consecuencia sería que la familia ni siquiera tendría que ser monogámica, pues la realidad muestra que esta figura es tolerada en la sociedad.

De lo anterior surgió una nueva concepción de familia bajo la Constitución de 1991: *“Se trata de una comunidad de afecto, cuidado y solidaridad, independiente de su configuración.”* (López, 2016, p. 131) Por lo tanto, frente al enfoque tradicional del concepto de familia hay ahora dos notables diferencias: En primer lugar, para la noción de familia pasa a un segundo plano el aspecto sobre quiénes la conforman para dar paso al propósito o la intención, es decir, lo principal para que exista una familia es el ánimo de cuidado, solidaridad y afecto entre sus miembros más allá de su condición biológica. En segundo lugar, los propósitos de afecto, solidaridad y cuidado se amplían a personas que se encuentran en situación de abandono o que por cuestiones contingentes no son el resultado de una relación matrimonial en el sentido tradicional. Bajo las anteriores consideraciones y narrativas es claro que una pareja del mismo sexo puede acceder al concepto de familia:

Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales de la frase “por voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que sólo el matrimonio y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege [...] En el orden puramente literal se plantea, entonces, una nueva interpretación del primer inciso del artículo 42 superior [...] (Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2011, M.P. Gerardo Mendoza Martelo)

Es notable el papel que ha cumplido la Corte Constitucional en la interpretación del concepto de familia y las consecuencias que ello ha traído para aquellos que históricamente habían sido excluidos de la posibilidad de constituir una. Las estructuras teóricas y argumentativas del tribunal constitucional han permitido superar la rigidez

conceptual y metodológica del Derecho enseñado en Colombia logrando una verdadera participación de individuo en los debates constitucionales y legales, atendiendo los problemas generados por la exclusión social por banales que parezcan, desde el uso del espacio público hasta la necesidad de conformar y sentirse parte de algo llamado familia.

La audacia de la Corte ha llegado a los extremos de atenuar la otrora rígida separación de poderes mediante la “modulación o manipulación” de sus fallos, bajo el argumento de que sólo ella puede dar el alcance a sus providencias. De igual forma, el alto tribunal constitucional colombiano se ha convertido en el último eslabón de la pirámide del poder público en Colombia. Cualquier controversia por banal que sea, es susceptible de constitucionalizarse y con ello la discusión no se puede considerar cerrada hasta tanto la Corte no se pronuncie sobre el asunto. (López, 2011, p. 172)

## Referencias

---

- ARONSON, P. y WEISZ, E. *Sociedad y religión: Un siglo de controversias en torno a la noción weberiana de racionalización*. Buenos Aires: Prometeo, 2005.
- BECHARA, A. Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana. En *Revista Justicia*, N° 32, julio-diciembre. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar, 2017, pp. 15-37.
- BRUNER, J. *La fábrica de historias: Derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: FCE, 2003.
- CANO, L. La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En *Revista Papel Político*, vol. 19, N°2, julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014, pp. 435-458.
- CRANE, D. A 'Judeo-Christian' Argument for Privatizing Marriage. En *Cardozo Law Review*, Vol. 27. Nueva York: *Yeshiva University*, 2006, pp. 1221-1259
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Informe del Observatorio Nacional de Familias*, boletín N° 2, julio. Bogotá. Consultado en: <https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Boletines/bolet%C3%ADn-3---observatorio-de-familias.pdf>, 2014
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Tipologías de familia en Colombia: Evolución de 2003 a 2014*. Bogotá. Consultado en: [https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion\\_dic3-\(1\).pdf](https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf), 2014.
- DWORKIN, R.  
(1996). *Freedom's Law: The moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.  
(2008). DWORKIN, R. *El Imperio de la Justicia*, 2ª edición. Barcelona: Gedisa.
- FRANCO, S. y SÁNCHEZ, G. Las familias: ¿Un asunto de políticas públicas? En *Revista Economía y Sociedad*, N° 14, junio, Cali: Universidad del Valle, 2008, pp. 82-105.

- FREUND, J. *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Península, 1973.
- GARCÍA, L. *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- GARRO, A. (1992). Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, mayo - agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, pp. 85-95.
- GILLIGAN, C. *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- GRUESO, D. Los desafíos de la democracia frente a la diversidad. En *Revista de Filosofía Conceptos*, número 3, febrero. Cartagena: Universidad de Cartagena, 2013, pp. 11-27
- GUTIÉRREZ, M. Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. En *Revista Derecho del Estado*, N° 26, enero-junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 85-105
- GUTIÉRREZ, V. y VILA, P. *Honor, Familia y Sociedad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988.
- HABERMAS, J. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 2005.
- HENAO, J. El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas. En *Revista de Economía Institucional*, vol. 15, N° 29, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 67-102.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 4ª edición, 9ª reimpresión (2009). Buenos Aires: EUDEBA, 1960.
- KEENAN, K. *The Origin and current meaning of Judicial Activism*. En 92, Cal. Law Review, 2004.
- KLIJN, E. *Redes de políticas públicas: una visión general*. Londres: SAGE Publications, 1998.
- LÓPEZ, D. *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2016.
- LÓPEZ, G. el juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? En *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*,

- Nº24, enero-junio. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2011, pp. 169-193.
- MARCH, J. y OLSEN, J. *El Redescubrimiento de las Instituciones. La Base Organizativa de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert. Y CRIADO, M. La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, Nº1, enero-junio. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011, pp. 15-49.
- NUSSBAUM, M. *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997.
- OSSORIO, Á. *El alma de la toga*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1975.
- PETERS, G. *El Nuevo Institucionalismo: Teoría Institucional en Ciencia Política*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- POWELL, W. y DIMAGGIO, P. *El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- RASCHKE, J. *Sobre el concepto de movimiento social*. En *Zona Abierta* (69), Madrid: Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 121-135
- RAWLS, J. *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993.
- RICOEUR, P. *Tiempo y Narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- RIVAS, J. El Neoinstitucionalismo y la Revalorización de las Instituciones. En *Revista Reflexión Política*, junio, Nº 5, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2003, pp. 36-46.
- ROTH, A. *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora, 2002.
- SÁNCHEZ, E. El movimiento LGBT (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos. En *Revista Reflexión Política*, vol. 19, núm. 38, enero-junio, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2017, pp. 116-131.
- SCHARPF, F. *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder: Westview Press, 1997.



- TORRES-MELO, J. *Introducción a las políticas públicas*. Bogotá: IEMP Ediciones, 2013.
- TSEBELIS, G. *Nested Games. Rational Choice in Comparative Politics*. Berkeley: University of California Press, 1990
- WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península, 1979.
- WEBER, M. *Ensayos sobre Sociología de la Religión*, Tomo I, Taurus: Madrid, 1987.
- WEBER, M. *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- YAÑEZ, D. Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas. En *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXXI. N° 157, junio, Medellín: Universidad de Antioquia, pp. 237-268.
- ZULUAGA, R. *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- ZURBRIGGEN, C. El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas. En *Revista de Ciencia Política*, volumen 26, N° 1. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 67-83.





## La codificación en el Derecho: Una reflexión nominalista sobre el lenguaje jurídico

*"I don't want knowledge, I want certainty."  
Law (Earthlings on fire), David Bowie*

### **Introducción**

La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) de Gregorio Robles plantea una noción del Derecho como elemento transmisor de mensajes con todas las características que implica el proceso de comunicación. Dichos mensajes son producidos por decisiones de autoridades a través de textos que buscan con ellos ordenar la convivencia a través de la solución de conflictos. Un componente de la TCD es su lingüística textual particular dentro de la cual el concepto de texto cumple un papel fundamental y además resulta novedoso. En este escrito se abordará una característica especial: la escritura como rasgo predominante (Robles no niega el valor de los mensajes orales, y, por lo tanto, de normas de carácter oral), pero analizada desde un proceso de tres etapas: colonización, cosificación y codificación. Este proceso, lo formulé hace más de 10 años y lo he ido adecuando a los postulados de la TCD, como resultado de ello surge este escrito. En primer lugar, se analizará la relación entre poder, lenguaje y Derecho, para posteriormente explicar las fases del proceso, finalmente se hará una reflexión desde el nominalismo para completar el objetivo propuesto

## Derecho, lenguaje y poder

Siguiendo las líneas metodológicas de la TCD, los cuestionamientos anteriores no siempre son respondidos de manera exitosa por ese primer abordaje sociológico, se requiere de algo más, se requiere la ayuda de la antropología y la filosofía, en tanto acceder a un estudio del lenguaje que sólo considere las sus condiciones de aparición como practica social (sociología) sería una visión sesgada y que no va de la mano con el análisis circular y en espiral que de los conceptos propone la TCD. La conjunción de estas áreas del conocimiento ayuda a explicar cómo el lenguaje, en tanto práctica social, es un elemento que determina el conocimiento a la vez que se convierte en un control social a través de estructuras.

Cargadas de significado, las cuales son apropiadas por las personas, los grupos y las sociedades y las reproducen dentro del grupo al cual pertenecen [...] Ellas muestran cómo el sujeto conoce la realidad que le circunda, mediante explicaciones que él extrae de los procesos de comunicación y del pensamiento social. (Moscovici, 1997, p. 38)

Ahora bien, la forma en la que el individuo concibe o se representa el mundo es la condición para que esté determine su rol en aquel y establezca una relación de poder a partir de sus deseos, de lo que el individuo quiere. Todo lo anterior a través de ficciones que en el lenguaje toman la forma de palabra y expresan subjetividades, Lippmann, citado por Beltrán, establece que:

En unas incisivas páginas escritas en 1922 bajo el título de *The World Outside and the Pictures in our Heads* (y que constituyen el capítulo primero de su famoso *Public Opinión*), Walter Lippmann afirma que “la manera como imaginan el mundo determina en todo momento lo que harán los hombres”, ya que, “en el nivel de la vida social, lo que llamamos adaptación del hombre a su medio se lleva a cabo mediante ficciones”, esto es, mediante representaciones del medio que en gran medida han sido hechas por el hombre mismo. (1990, p. 34)

Analizado lo anterior, usemos como ejemplo la teoría de Teun Van Dijk, conocida como Análisis Crítico del Discurso (ACD) y que permite entender la relación existente entre lenguaje y poder, que será a su vez determinante en la relación lenguaje y Derecho. Esta relación “*se enfoca en los grupos e instituciones dominantes y en la forma en la que éstos crean y mantienen la desigualdad social por medio de la comunicación y el uso de la lengua.*” (Van Dijk, 2004, p 8) Si existe un grupo que domina, en consecuencia, debe reconocerse la presencia de grupos sin acceso al poder que resisten a los que ostentan hegemonía oponiéndose discursivamente a tal dominación. De esta manera no se habla de un método en sí mismo sino de un modelo crítico del discurso dominante en el cual grupos sometidos luchan contra un abuso del poder discursivo.

Si algo nos interesa del análisis de Van Dijk, es un elemento que se comparte con el Derecho y que se ha mencionado a lo largo de esta tesis: el poder. En ese sentido, se habla de poder en términos de control, es decir, la capacidad para que otras personas hagan o dejen de hacer en virtud de una orden de otra persona o grupo (que detentan el poder) determinadas acciones (que coinciden con la voluntad del poderío). Todo esto dentro de una pretensión modeladora de la conducta que encamine la acción a unos fines específicos:

[...] definiré esencialmente el poder (social) en términos de control; es decir el que un grupo o institución ejerce sobre otras personas. Dicho control puede ser coercitivo, esto es control físico directo del cuerpo, como en el caso de la milicia, el poder policial o el poder de hombres sobre mujeres en casos de violencia, sexista. Sin embargo, el poder discursivo es más bien mental. Es un medio para controlar las mentes de otras personas y así, una vez que controlemos las mentes de otros, también controlamos indirectamente sus acciones futuras. (Van Dijk, 2004, p. 9)

El poder, así concebido en su relación con el lenguaje, condiciona a éste a una lógica que trasciende su intención comunicativa para situarlo en una donde la dominación parece ser el verdadero objetivo. Esta aproximación general a la idea de dominación está presente en el Derecho en tanto no se puede olvidar que sin poder no hay Derecho, pero no podría afirmarse que se trata de una posición que deba ser asumida sin reservas y de forma integral. Me refiero con esto a que no puede asumirse una posición totalmente crítica del discurso o del lenguaje que lo presente exclusivamente como un artefacto diabólico diseñado para la opresión y el mal. Valdés, sobre la obra de Frantz Fanon, ilustra esta posición:

Así sucede con el lenguaje, la cultura, la ciencia, puestos en función de una sola lógica, la del dominador, que ha ganado imponiéndose a todas las demás y nos tima cuando confiere apariencia de ciencia a supuestas verdades absolutas como los ideales de belleza, como si Occidente estuviesen las llaves de la bóveda y de allí llegasen las ideas, el arte, la filosofía, las ciencias, las instituciones, y todo aquello que nos salvará. (2017, p. 27)

Esta concepción del poder y su relación con el lenguaje agrega un elemento fundamental a la hora de analizar todos los procesos que se surten de él, uno que es relevante para nuestro estudio y la TCD, es el relacionado con la pertenencia del individuo a un determinado grupo tan sólo por compartir las estructuras lingüísticas que dicho grupo adopta, transmite y ordena. Esta composición permite insertar un aparato bastante útil a la hora de explicar la relación del lenguaje con el mundo y la cultura, en tanto aquellos que utilizan una lengua determinada asumen como propias las realidades de dicho mundo (sienten que pertenecen a él) y, por lo tanto, adoptan una cultura que se identifica con aquello que la lengua describe en términos legibles, en consecuencia, aquel

que no comparte, o mejor, no adopta una determinada lengua queda excluido de todo proceso. En términos de Derecho, una arista puede ser que compartir una determinada lengua implica la pertenencia a un ordenamiento y la asunción de éste como parte de la cultura del individuo. Al respecto Fanon, citado por Valdés, dice:

Hablar una lengua es asumir un mundo, una cultura. El antillano que quiere ser blanco lo será, efectivamente, tanto más cuanto mejor haya hecho suyo ese instrumento cultural que es el lenguaje. Recuerdo que en Lyon, hace poco más de un año, después de terminar una conferencia en la que yo había trazado un paralelo entre la poesía negra y la europea, un compañero metropolitano me decía calurosamente: *“En el fondo, tú eres un blanco”*. Por lo visto, haber estudiado con la lengua del blanco un problema tan interesante me daba derecho de ciudadanía. (2017, p. 67)

Hechas las anteriores reflexiones, la TCD se concentra en una reflexión que trasciende esta primera etapa de análisis de la relación poder, control y lenguaje para acomodarla al mundo del Derecho. Pone el acento en otro elemento indispensable de la relación: la comprensión propia de la necesidad de comunicación. Limitar el lenguaje tan sólo a un ejercicio de hegemonías no es útil para los fines de una Teoría Comunicacional, de hecho, esto plantearía una idea contraria a su naturaleza, por eso se indicó que es una aproximación inicial externa, es decir, desde otras áreas del conocimiento.

La obra de Robles se perfila a explicar que toda acción individual o colectiva precisa de la existencia de un sistema de signos (lenguaje) que asegure la comunicación entre sus miembros. De esta manera el elemento comunicativo sería la esencia de todo fenómeno lingüístico, sería el primer momento; un segundo momento, es decir, los fines de la comunicación o posteriores construcciones a esta idea pueden coincidir con la noción de control, organización y ordenamiento. Por lo tanto, la TCD sostiene que la sociedad es en últimas un sistema de comunicación con unas características propias:

Los componentes de una sociedad se comunican entre sí en niveles muy diferentes. Se comunican, en primer lugar, en lo que es el ámbito de las relaciones privadas o estrictamente personales. Y también se comunican en el marco de las relaciones no estrictamente privadas sino en las económicas, en las políticas, en las religiosas, etc. Pues bien, cada sociedad selecciona cuáles son las relaciones del más diverso género que introduce en el Derecho haciéndolas además relaciones jurídicas.

Quiero decir con esto que el Derecho lo mismo penetra la vida privada que la económica, la política o la religiosa, y también otros ámbitos distintos de estos. Incluso aquellos aspectos de la vida humana que parecen más alejados, como puede ser el amor, son elevados a categoría jurídica en el matrimonio y las relaciones paterno-filiales. (Robles, 2015, p. 90)



El lenguaje, como primera conclusión de lo abordado hasta aquí, es un ejercicio de poder, y el Derecho, al manifestarse a través de éste también lo es. El origen del lenguaje es la necesidad de comunicación, pero ello no explica que esté determinado por el ejercicio del poder, de allí que el lenguaje es algo inventado, fabricado y eso significa que alguien ordenó qué se debía decir y qué significaba, el que nombra manda, tiene el poder. El lenguaje cubre una necesidad, es verdad, pero una vez inventado pasa a ser también objeto del poder, es creado por los poderosos y difundido, sobre esto, Foucault indica:

Hablando de la poesía, siempre en *La Gaya Ciencia*, Nietzsche afirma que hay quienes buscan el origen de la poesía, su *Ursprung*, cuando en verdad no existe tal cosa, porque también la poesía fue inventada. Un día, alguien tuvo la idea bastante curiosa de utilizar ciertas propiedades rítmicas o musicales del lenguaje para hablar, para imponer sus palabras, para establecer cierta relación de poder sobre los demás por medio de sus palabras: también la poesía fue inventada o fabricada. (1996, p. 14)

El lenguaje y el Derecho son marcadores de poder, la construcción de significado de las expresiones jurídicas está determinado por una intención individual o grupal de otorgar uno u otro sentido y así transformar la realidad conforme a los deseos del individuo o del grupo. Esta posición es ilustrada ya por Deleuze y Guattari, que asumen los actos de lenguaje como actos de poder. Costa Lima, en entrevista a Foucault, dice sobre el tema:

Deleuze dice que Edipo se actualiza en esa formación social, que da lugar al "imperialismo del significante"; se trata de *râper avec l'impérialisme du signifiant* y, por parte de usted, de proponer una estrategia del lenguaje: discurso como estrategia, ya no como búsqueda de la verdad sino como ejercicio del poder. (1996, p. 150)

### **Colonización, cosificación y codificación en el Derecho**

El anterior esquema lo analizo desde un proceso de tres etapas y que a continuación desarrollaré: la primera se denomina etapa de colonización, seguido de una etapa de cosificación para finalizar con la etapa de codificación. La idea principal es que el "*Derecho es un ejercicio de colonización a través del lenguaje y domina el mundo de la vida para poder estructurar una codificación que refuerce un consenso ilusorio y así lograr una legitimidad procedimental sustentada en la generalización de expectativas.*" (Sterling, 2019, p. 127) Así, el fenómeno de la codificación, que da soporte al paradigma positivista, se sustenta en una generalización de expectativas a partir de la reducción de contingencias que se explica acudiendo a los fenómenos previos de cosificación y colonización.

Empecemos diciendo que el Derecho puede ser concebido (adicional a un elemento organizador) como una respuesta a la excesiva presencia de contingencias en la vida del hombre, es una de las posiciones de la sociología de Niklas Luhmann, en este

sentido puede asociarse la idea de contingencia a la de incertidumbre. De esta manera la limitación de dichas contingencias es una de las tareas, sino la principal, del derecho. Se genera así una función integradora en la cual se crean una serie de esperanzas comunes a los individuos, es decir, ideales, valores o sueños compartidos por la mayoría, fines deseables por el común de las personas: *“En esta dirección se destaca la importancia funcional del Derecho, que mediante una generalización congruente de expectativas socialmente vividas a las que les da una representación normativa responde a la excesiva contingencia y complejidad del sistema social.”* (Mejía, 2005, p. 186) Esta generalización de expectativas como respuesta al enorme universo de contingencias posibles se explica a partir de la complejidad propia de un sistema social en la cual las acciones de un individuo responden a un principio de selectividad. Un hombre puede decidir entre una acción u otra y cada una de ellas con consecuencias distintas. De esta manera se empiezan a configurar las condiciones básicas para la existencia de un sistema social en el cual la comunicación es esencial. Sin comunicación no habría sociedad plantea Luhmann, ya que ésta es el medio posible por el cual se pueden reducir las contingencias y se puede generar una generalización de expectativas, es decir, sólo a través de la comunicación se puede lograr una participación en el sistema pues se dota de sentido las selecciones para hacerlas de alguna manera aceptables, *“comunicación es proceso de selecciones, y es, a su vez, un acontecer selectivo.”* (Luhmann, 1997, p. 236) Por lo tanto, el Derecho opera como sistema social a partir de la comunicación que busca una reducción de expectativas ante la complejidad ofrecida por un infinito universo de contingencias propias del mundo de la vida.

El Derecho, así entendido, supone el abandono la justificación de decisiones desde el plano individual y subjetivo para legitimarlas a partir de un proceso democrático en el cual se generalizan ideales y valores. Allí donde no hay consenso sobre la aceptación, la voz de las mayorías parece crear un velo de legitimidad que lo cubre de aceptación general y representación popular en tanto todos están de acuerdo, pero la mayoría omite a los que no opinan como ésta. He aquí la ilusión de la democracia y del positivismo como paradigma jurídico y político, esa que indica que la mayoría toma decisiones en forma de normas pero que no es nada distinto a una ficción sustentada en aprobación total con base en el trazado de una línea que todos debemos seguir. En otras palabras, la autoridad genera expectativas comunes, fines deseables por toda la sociedad: una buena propiedad inmobiliaria, educación, ciertos bienes básicos, reproducción natural, pago de impuestos, y la trasmisión a la descendencia de estos valores y bienes; resumiendo: una vida normal y deseable por la cual el Derecho se preocupa, y para esto se *“precisa la suposición del consenso ciudadano, y dado que la positividad del Derecho impide fundar la legitimidad en la creencia en valores o principios, en definitiva, se legitimaría tanto el derecho como el sistema político.”* (Mejía, 2005, p. 187)

El papel del lenguaje cobra importancia en todo este proceso ilustrado en tanto es a partir de él de donde se construye la legitimidad. El lenguaje es la base de todo, los límites de nuestro mundo están definidos por nuestro lenguaje planteaba Wittgenstein, incluso la ciencia, para explicar sus teorías y hacerlas comprensibles a los receptores que no tienen una formación científica se vale del lenguaje para este fin. El Derecho, como hemos visto, no es ajeno a este fenómeno, y de la construcción de un lenguaje jurídico con

una sólida base comunicacional depende el éxito de una adecuada legitimidad, validez y eficacia. De este lenguaje jurídico se puede decir que es una construcción sofisticada que culmina con un fenómeno de codificación vital para el sostenimiento del Derecho y su carácter autopoiético, pero para llegar a esta meta, se pasa por dos etapas previas: la colonización y la cosificación.

## Colonización

En esta fase el Derecho actúa como un agente o elemento colonizador del mundo de la vida, de nuestra cotidianidad. Habermas en su planteamiento teórico, propone como punto de partida el concepto de la *acción comunicativa* entendido como un fenómeno interpretativo a partir del cual se puede entender el desarrollo de determinada cultura (saber cultural). Así, la cultura se encuentra caracterizada por cierta organización y necesidad de interacción a partir de la comunicación. El fundamento de la acción comunicativa se encuentra, en primer lugar, en la teoría de los sistemas que suponen una acción y una organización social de acuerdo a las necesidades. También sostiene, por otro lado, la intersubjetividad como fundamento de la acción, que se desarrolla en dicho mundo, es decir, en los espacios de la cotidianidad.

El mundo de la vida es, por así decirlo, el lugar trascendental en que hablante y oyente se salen al encuentro; en que pueden plantearse recíprocamente la pretensión de que sus emisiones concuerdan con el mundo (con el mundo objetivo, con el mundo subjetivo y con el mundo social); y en que pueden criticar y exhibir los fundamentos de esas pretensiones de validez, resolver sus disentimientos y llegar a un acuerdo. En una palabra: respecto al lenguaje y a la cultura los participantes no pueden adoptar *in actu* la misma distancia que respecto a la totalidad de los hechos, de las normas o de las vivencias, sobre las que es posible el entendimiento. (Habermas, 2002, p. 179)

Además, el mundo de la vida está compuesto por la cultura, la sociedad y la personalidad, cada uno de estos tres elementos hace referencia a criterios interpretativos que determinan las pautas correctas (cultura) para el desarrollo relaciones sociales (sociedad) al determinar el modo de ser y comportarse de las personas (personalidad), al respecto Schutz y Luckmann dicen:

Por mundo de la vida cotidiana debe entenderse ese ámbito de realidad que el adulto alerta y normal simplemente presupone en la actitud de sentido común. Designamos por esta presuposición todo lo que experimentamos como incuestionable; para nosotros, todo estado de cosas es aproblemático hasta nuevo aviso. (1977, p. 25)

El Derecho se convierte en un elemento colonizador del mundo de la vida en la medida que su poder invade la cotidianidad, siendo cada vez más escasos los espacios

descolonizados de Derecho en ella. Esto es posible gracias a que el Derecho es un poder revestido de aparente legitimidad, pues siendo en esencia violento, su objetivo es la invasión de los diferentes sistemas sociales presentes en el mundo de la vida, tal como lo haría un colonizador. (cf. Habermas, 2002, p. 179 y ss.)

Como colonizador el derecho irrumpe de forma coactiva en la gran mayoría nuestros comportamientos, se vuelve así una razón para la acción sustentada en la generalización de expectativas de manera que aquellas conductas deseables por la mayoría son permitidas, mientras que aquellas que no son aprobadas por éstas serán objeto de castigo; de esta manera nuestra cotidianidad es invadida, colonizada por el Derecho. La consecuencia es clara ahora, son casi inexistentes los espacios del mundo de la vida en los cuales no haya presencia del fenómeno jurídico, todas las acciones -por más insignificantes que parezcan- de alguna u otra manera tienen consecuencias jurídicas y están dominadas (colonizadas) por el Derecho; desde relaciones laborales, familiares, incluso los avances en la ciencia, que suponen el descubrimiento de espacios antes desconocidos y fenómenos antes inexplicables, son inmediatamente colonizados (piénsese, por ejemplo, la clonación o asuntos relativos a tecnologías en computación, hasta la regulación de contenidos por Internet y propiedad en la órbita geoestacionaria y la conquista del espacio).

Habermas se ve orillado a recurrir a su herencia kantiana para argumentar, con la ayuda del formalismo de las pretensiones de validez, a favor de la superioridad de la acción comunicativa (...), en aras de construir una ética desde un horizonte crítico. A diferencia del formalismo trascendental kantiano, Habermas plantea un formalismo procedimental cuya función se finca en generar pautas normativas de convivencia comunicativa extraídas del mundo de la vida de los afectados en una comunidad de habla. (Santillana, 2001, p. 172)

El Derecho se presenta entonces como un agresivo colonizador del mundo de la vida cuyo objetivo es la generalización de expectativas extraídas de un consenso ilusorio (la voz de las mayorías asumidas como la voluntad general a través de la noción de imperio de la Ley), todo esto en aras de construir una legitimidad procedimental que permita la aceptabilidad política y jurídica de las decisiones y órdenes. Es así como se coloniza la cotidianidad, el mundo de la vida, las más simples decisiones y acciones ya están bajo su dominio, son resultado de un proceso de juridización.<sup>1</sup> El Derecho en este punto se convierte en razón instrumental, en un instrumento poderoso de los sistemas económicos y político-administrativos para someter al socio-cultural, es decir, al mundo de la vida, de esta manera *“la integración social se vuelve entonces una integración sistémica.”* (Mejía, 2005, p. 241)

---

<sup>1</sup> A lo largo de la historia, Habermas determina cuatro momentos en los cuales hay procesos de juridización a través del Derecho como un instrumento colonizador del mundo de la vida y orientado por las directrices del capital: 1) El Estado burgués (prevalencia del concepto de ley y persona jurídica); 2) el Estado burgués de Derecho (con interés en la funcionalidad del Estado y una regulación del poder público); 3) el Estado democrático de derecho (formación jurídico-constitucional de la idea de libertad y derechos de participación política) y 4) El Estado social y democrático de derecho (garantías de libertades y frenos a los desmanes del sistema económico, un Estado interventor).

Finalmente, la inicial fase de colonización agotada por el Derecho se sustenta en una idea de formalidad (similar a la de la ética) que se construye a través de un proceso racional, que en este caso se logra a través del lenguaje en tanto permite la comunicación de pautas logradas por un consenso ilusorio, y que permite la inclusión de en él de todos los seres racionales que además se sentirán identificados y pertenecientes a dicho proceso (sienten que han sido parte de la decisión, que se los ha tenido en cuenta a la hora de decidir gracias al proceso democrático). De esta manera se construye legitimidad en el Derecho, legitimidad sólo de carácter procedimental propia de una ética discursiva.

[...] una ética universalista de la razón o, como diría Habermas, de una ética 'cognitivist'. Ambas posiciones se caracterizan por buscar la base de la ética en un principio formal, el cual es universalista precisamente gracias a su formalidad. La validez moral es cimentada sobre un procedimiento racional, el cual, al recurrir, por un lado, a una especie de esencia universal de la racionalidad de los seres racionales, está, por otro, dirigiéndose a cada uno de ellos, tomados en cuanto libres e iguales en un sentido fundamental. Habermas y Apel coinciden con Kant y —por lo que toca al concepto de 'legitimidad' del derecho— con el derecho natural de corte revolucionario. Y es precisamente en este sentido en el que los autores mencionados pueden ser alineados en las filas del humanismo ilustrado. (Wellmer, 1994, p. 36-37)

## Cosificación

Si en un primer momento la fuerza se convierte en la herramienta del colonizador para imponerse sobre los colonos, ésta no puede ser utilizada como única forma de dominio (piénsese en el proceso de conquista española en América). Un proceso de colonización que se base sólo en la aplicación de la autoridad y la fuerza conllevaría tarde o temprano a consecuencias desastrosas como la desobediencia y la rebeldía, por lo tanto, se requiere superar esa primera fase de imposición por autoridad. De la misma manera, el Derecho impuesto por la fuerza, es decir, respaldado únicamente por la autoridad de aquel que tiene el poder, no permite una legitimidad duradera por lo que se requiere entonces de otro paso, de otro proceso más sofisticado que permita la aceptación por parte de quienes han sido colonizados; en otras palabras, el Derecho no se sostiene únicamente por la fuerza que emana de él como producto de una voluntad privilegiada, si esto fuese así nada lo separaría de ser un régimen totalitario; no es únicamente fuerza y se requiere de algo adicional que asegure, en primer lugar, un entendimiento de aquellos que reciben la orden además de una aceptación consciente por parte de éste. Se requiere entonces de la enseñanza de un lenguaje que garantice, primero, el entendimiento de los signos y sonidos que emite aquel que ordena, y segundo, la transmisión de deseos, valores, justificaciones y consecuencias en esta relación. Acudiendo de nuevo al ejemplo de la conquista española de América, en la medida que se avanzaba se hizo necesario la enseñanza del castellano a los grupos indígenas para que así pudieran entender, en primer



lugar, las órdenes de los colonizadores a la vez que se transmitía una nueva cultura y unos nuevos valores, no sólo el lenguaje para decir qué se debe hacer, sino por qué se debe hacer. El lenguaje entonces se vuelve un elemento cosificador en tanto permite un proceso en el que *“el dominio del hombre sobre la naturaleza y sobre sí mismo está estrechamente relacionado con el proceso de linguistización.”* (Demmerling, 1994, p. 127) Este proceso o fase de cosificación está centrado en el lenguaje (para diferenciarlo del ilustrado por Lukacs y Honneth, centrado en la economía), y se traduce en la acción de nombrar las cosas con las que existe relación en el mundo de la vida, de delimitarlas con un nombre para asignarles ciertas características y funciones.

La cosificación producto de la colonización del mundo de vida aparece entonces no como la consecuencia necesaria del sistema capitalista mercantil, sino sólo como la interferencia de un tipo de racionalidad en el espacio de otro, vale decir, de la instrumental en la comunicativa. (Sierra, 2007, p. 7)

Este planteamiento es cercano a lo que Nietzsche explicaba en la Voluntad del poder. De esta manera se aborda un proceso más sofisticado que trasciende, porque así debe ser, la etapa de colonización y se evidencia en la imposición del lenguaje por aquel que es más fuerte a través de la acción de nombrar las cosas y determinar sus características y usos. Nietzsche, sobre este punto indica que el lenguaje implica relaciones de poder, el fuerte se apodera del débil, ya en El Anticristo el famoso filósofo alemán planteaba esta idea.

La vida misma es para mi instinto de crecimiento, de duración, de acumulación de fuerzas, de poder: donde falta la voluntad de poder hay decadencia. Mi aseveración es que a todos los valores supremos de la humanidad les falta esa voluntad, -que son los valores de decadencia, valores nihilistas los que, con los nombres más santos, ejercen el dominio. (Nietzsche, 1978, p. 30)

Tomando la obra de nietzscheana, el lenguaje es una imposición con una profunda carga simbólica llena de significados y significantes que se proyectan en el orden social, de esta manera se elabora una racionalidad que permite entender los roles del individuo en la comunidad. Este proceso elabora conceptos que se transforman en contenidos en la conciencia del individuo que luego expresa por medio de signos y símbolos que asume como propios. Por lo tanto, gracias a la voluntad del poder, todo concepto al final ocupa un espacio en el lenguaje.

[...] a cada espacio conceptualizado desde la voluntad de poder le corresponde un espacio lingüístico. Lo que se busca es entonces una refundación epistemológica: a una vida y un mundo conceptualizado desde la voluntad de poder, le corresponden una biología de la voluntad de poder, pero también una química, una astronomía -una cosmología-, y, asimismo, a través de las diversas tipologías humanas, una psicología, un arte, una moral -inmoral. Ahora bien, desde la propia concepción de voluntad de poder, la expansión siempre se produce a partir de



resistencias, de algo que se le enfrenta. A través de esa expansión y colonización epistemológica de la *Wille zur Macht*, ¿a qué perspectiva vital busca enfrentarse? ¿A qué obedece esta dinámica expansiva, en términos de concepto y lenguaje? (Zengotita, 2018, p. 102)

Nietzsche permite construir un panorama del lenguaje como ejercicio de poder, que también es ilustrado por Foucault cuando indica que los poseedores del discurso eran también los poseedores del poder y la riqueza; pero es Christoph Demmerling quién más profundiza el concepto de cosificación aplicado al lenguaje. Lo concibe como una transformación crítica-lingüística de la filosofía práctica que retoma los postulados de la filosofía del lenguaje (giro lingüístico y giro pragmático) para dar cuenta de la sociedad post-industrial. Asume, bajo este marco, que el lenguaje se cosifica cuando las palabras son arrancadas del único escenario donde realmente tienen significado: la práctica contextual lingüística, por lo tanto, asumir que las palabras tienen una autonomía en su existencia es ya cosificarlas. Uniendo esto con lo abordado de Nietzsche, tenemos que se cosifica cuando se nombra, pues, al final, aquel que tiene el poder es que el asigna nombres a las cosas. La reducción del lenguaje humano a nombres permite realizar un análisis crítico de la sociedad, por lo tanto, la idea cosificación desde la perspectiva de la crítica lingüística se evidencia:

[...] con la creciente significación del lenguaje como medio de la reproducción social al interior del desarrollo hacia una sociedad postindustrial hay que otorgar el mismo peso que tuviera la crítica de la cosificación en la teoría clásica del marxismo al análisis crítico lingüística de la cosificación. (Demmerling, 1994, p. 126)

La cosificación, así entendida, puede aplicarse al Derecho. El Derecho, después de colonizar, cosifica a través de la asignación de nombres a acciones cotidianas que son de su interés, esto es, que ya ha colonizado. Parece bastante coherente pensar que una vez el Derecho ha colonizado el mundo de la vida con su coacción y uso legítimo de la fuerza avanza a una fase más elaborada, más racional, donde impone nombres a los fenómenos y acciones que van a ser objeto de su regulación, de esta manera es más fácil para la comunidad la obediencia pues, en primer lugar, se expresa con una lengua común que ya se ha aprendido, y, en segundo lugar, dicho lenguaje puede ser traducido en caso de incomprensión. En conclusión, el Derecho cosifica al asignar nombres a las situaciones de la cotidianidad, y, dependiendo del contexto, determina también su uso y contenido. Para un abogado un auto no es el mismo auto que para el ciudadano, éste último alejado del lenguaje jurídico.

Un ejemplo de esta fase de cosificación en el Derecho se puede extraer del famoso escrito Tú-Tú de Alf Ross. En este trabajo, una comunidad primitiva posee una creencia en la deidad llamada Tú-Tú, que es la causa última de toda desgracia o fortuna para dicho grupo, de tal manera que todo lo que ocurre (desde un desastre natural hasta una mala cosecha, pasando por periodos de abundante pesca o buen clima) es obra del Tú-Tú.

Ahora bien, el significado y uso de la palabra Tú-Tú sólo puede ser entendido por dicha comunidad, para un observador externo ésta carecería de sentido salvo que alguien que conoce de las prácticas de la comunidad o pertenece a ella le explique bajo qué contexto se usa, nos dice Ross al respecto:

Lo que se ha dicho aquí en modo alguno contradice la afirmación de que 'Tú-Tú' es una palabra sin sentido. Sólo al juicio 'N.N. está Tú-Tú', tomado en su conjunto, se le puede adscribir referencia semántica. Pero no se puede separar en esta referencia una cierta realidad o cualidad que pueda ser atribuida a N.N. y que corresponda a la palabra 'Tú-Tú'. La forma del juicio no se adecua a lo aludido por él, y esta falta de adecuación es, por supuesto, consecuencia de las creencias supersticiosas de la tribu. (1976, p. 16)

Se tiene entonces que la tribu llama Tú-Tú, (coloca ese nombre) a una serie de fenómenos del mundo de la vida, de su cotidianidad, que seguramente no puede explicar de una forma científica. Si hay inundaciones, es culpa del Tú-Tú, si hay una buena pesca, es obra del Tú-Tú, y así con cualquier evento. Esa es su explicación a través de la necesidad de nombrar, de deificar, de identificar y concretar lo abstracto, en otras palabras, la necesidad de cosificar.

En el Derecho también tiene otros "Tú-Tú", es decir, se actúa de la misma forma que los nativos de la tribu descrita por Ross, basta con reflexionar sobre esta pregunta ¿alguien ha visto un matrimonio? ¿Podría señalarlo o describirlo? Se puede convenir que existen respuestas diversas, por ejemplo, asumir que alguien responda señalando o representando que un matrimonio es una pareja de personas, o un acta o documento de papel, un anillo, en fin, pueden existir una gran variedad de imágenes que representan lo que es un matrimonio para una persona. Pero si analizamos detenidamente, una pareja es una pareja, un anillo es un anillo y un papel es un papel, por lo que se concluirá entonces que el matrimonio es el nombre que una autoridad dotada de poder ha asignado a una cotidianidad consistente en el amor entre dos personas que desean vivir juntas, procrear y auxiliarse mutuamente. De ahí, que cualquier jurista capacitado (bajo el ordenamiento jurídico colombiano) dirá que un matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer encaminado a producir efectos jurídicos, pero además hay un compromiso de procrear, convivencia y ayuda mutua, tal como lo establece el artículo 113 de código civil.

El proceso se puede ilustrar así: al ser el matrimonio un contrato, es un acuerdo, y al ser un acuerdo es una convención de voluntades (nótese como se va del concepto particular a uno más amplio); además dicho acuerdo genera consecuencias creando figuras como la sociedad conyugal. Continuando con este análisis, algunos estudiosos sostienen que el matrimonio es también una institución y un sacramento diría la iglesia; ahora bien, retomemos la pregunta ¿alguien ha visto un matrimonio? La respuesta debe ser no, en tanto el matrimonio, como concepto relacionado a un objeto material, no existe, lo que conocemos es el nombre asignado por el Derecho una cantidad de situaciones cotidianas, de nuestro mundo de la vida, a las cuales se les ha colocado un rótulo: matrimonio, así

como los nativos nombraron a una serie de eventos Tú-Tú. Estafa, auto, traslado, mutuo, usufructo, nuda propiedad, aluvión, y podría seguir así con sinfín de términos que se encuentran en los códigos son al final nombres, son formas de cosificación en el Derecho. Es la limitación a través del lenguaje del mundo de la vida que ya ha sido colonizado.

Finalmente, de formularse una pregunta más: ¿para qué cosifica el Derecho? La respuesta es para llegar a una etapa superior: el proceso de codificación que culmina la creación de expectativas generales en aras de la legitimidad procedimental.

## Codificación

La codificación es la última fase del proceso en la cual se concreta la colonización y la cosificación previas. Se concreta en la generalización de la subjetividad jurídica por medio del reconocimiento de derechos a aquellos que tienen la capacidad para ejercerlos, todo esto a través de decisiones de la autoridad que nombra situaciones cotidianas de diversa índole, por ejemplo, todo lo relacionado con asuntos económicos y patrimoniales que hacen parte de la vida y el desarrollo del individuo (un *topoi* propio de la legislación civil, muestra por excelencia de la codificación). Al final, el Estado como autoridad ejerce el poder a través de la legislación para crear códigos que generalicen las prácticas deseables por la comunidad y procedimientos para el logro de objetivos comunes; la codificación, según Caroni:

En primer lugar, requiere la generalización de la subjetividad jurídica y, por lo tanto, el reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, extracción social, etc. Por lo demás, el cambio provocado por esta medida estaba ya en el ambiente, pues una vez suprimido el “valor” económico de los estamentos e instaurado el mercado que tendía a convocar a todos, resultando todos apresados por el juego de la competencia, ya no quedaba más que trasladar estas innovaciones al ámbito jurídico. Esto podía hacerse admitiendo que todos, en cuanto potenciales titulares de valores y energías, eran también considerados jurídicamente autorizados (aunque hubiese sido más honesto decir: obligados) a introducirse en la circulación patrimonial general gestionada, precisamente, por el mercado.

En segundo lugar, reivindica una regulación jurídica de los negocios patrimoniales que no sustituya de golpe a las opciones concretas de los sujetos jurídicos, sino que respete su voluntad como resultado, al menos, del principio de autonomía privada, que era lícito considerar como una consecuencia (es decir, como el rasgo más expresivo) de la subjetividad jurídica. En otras palabras, el derecho no debía reprobar la inspiración explícitamente individualista de la nueva sociedad, no debía colmar su red normativa de incentivos o de correctivos, y menos aún la subyacente en los contratos patrimoniales. La primacía de la iniciativa privada –esto es, de la iniciativa que el mercado trataba de valorizar– no era objeto de

discusión. Por ello, las reglas jurídicas, incluso las promulgadas, tenían un valor meramente subsidiario o dispositivo, siendo pocas las (imperativas) que se sustraían autoritariamente a la libertad de los contrayentes.

En tercer lugar, habiendo heredado de la ilustración un nuevo deseo de certeza, incluso de certeza jurídica, pide al Estado que legisle de modo claro, completo y minucioso, sobre bases más fiables y compartidas de modo general ateniéndose, además, a un procedimiento taxativo y transparente; porque solo un derecho claro y fiable garantizaba la posibilidad de calcular los resultados procesales, en cuyo defecto la contabilidad burguesa hubiera sido un ejercicio inútil. (2012, p. 175-176)

El fenómeno de codificación es fundamental para el paradigma jurídico positivista, pero se puede decir que para todo el fenómeno jurídico en tanto es la forma de evidenciar materialmente lo que se puede llamar Derecho, es su concreción física. Dicha codificación es la manera más efectiva, desde el plano jurídico, para organizar una situación caótica que se traduce en un sinnúmero de contingencias que deben ser ordenadas y reguladas, nótese como siempre está presente la idea de generalizar expectativas ilustrado en la etapa de colonización. Ante una situación de desorden y diversidad de posibles conductas (contingencias) que requieren ser colonizadas y cosificadas la actitud codificadora es necesaria para proceder a asignarles una ubicación y una consecuencia determinada en un texto, en palabras de Bulygin:

La codificación napoleónica significó un hecho totalmente novedoso y revolucionario, pues borró de un plumazo todo el derecho existente y lo reemplazó por códigos elaborados por los mejores juristas de la época. [...] Es un aspecto fundamental de los códigos su pretensión de ser completos y consistentes en el sentido de suministrar una y sólo una solución en todos los problemas jurídicos en un cierto ámbito. (2006, p. 68)

La codificación, según el mismo Bulygin, trajo consigo dos consecuencias en el Derecho: en primer lugar, supuso una positivización del fenómeno jurídico, en segundo lugar, la concepción de justicia como un mero acto de legalidad.

Desde esta perspectiva se pretende generar una infalibilidad del Derecho, en tanto se presenta como un conjunto de normas ya organizado y codificado. El código ofrece una solución a una determinada realidad ya nombrada, por lo que aquello que no se encuentre dentro de esta estructura sencillamente no es Derecho (no hace parte de él), no hace parte de él, dicho de otra manera, la conducta no merece nombre y no es de interés para el Derecho. Cabe resaltar que esta tesis que sostiene que existe una respuesta correcta en el derecho no es exclusiva de autores que comúnmente son etiquetados como positivistas, un ejemplo de esto es la obra de Ronald Dworkin, que a pesar de ser un crítico de este paradigma sostiene una tesis similar en cuanto a la existencia de una respuesta correcta en el Derecho. (cf. Dworkin, 1977, p. 51-54)

La positivización a través de la codificación constituye una herramienta poderosa del Derecho para la obtención de legitimidad a través de la generalización de expectativas. Cuando se ha colonizado y cosificado todo está listo para ser ordenado y ubicado de tal manera que el Derecho a través de normas asigne códigos para mostrar de forma ordenada una variedad de conductas jurídicas y deseables por todos, desde en qué momento se considera que existe la vida, hasta cómo se debe conformar la familia, pasando por qué situaciones constituyen la muerte y sus consecuencias. Todo lo anterior se ha realizado asignando nombres a situaciones de nuestra cotidianidad. El hilo conductor de esta positivización muestra que aquello que está codificado es lo que la mayoría quiere, pero en la práctica se asume como una voluntad totalizadora ante la cual no hay oposición bajo la ficción de la voluntad popular o el pueblo, así, las minorías son invisibilizadas por un falso e ilusorio consenso. La justificación de decisiones fundada en la razón individual es reemplazada por el concepto moderno de consenso construido a través de un proceso democrático generando así una ilusión de voluntad suprema que ignora a quienes no han querido ser parte de dicho proceso o piensan distinto a una clase dominante.

La importancia del código en la enseñanza del Derecho es vital. En muchas de facultades o escuelas de Derecho en Colombia el estudiante (sólo por citar un ejemplo, pues la situación es similar en abogados y funcionarios judiciales) se siente indefenso ante la ausencia de un código. La ausencia de respuestas concretas a las contingencias presentadas por usuarios o clientes es una realidad aterradora y un fantasma recurrente de estudiantes, abogados o funcionarios que requieren del código asignado a un fenómeno puntual ya nombrado y que regula un aspecto puntual del mundo de la vida, en otras palabras, cuando una persona se acerca a un abogado para contarle que es dueño de una casa que ha entregado en arrendamiento no recibe el pago del inquilino, lo que el profesional del Derecho hace es, primero, analizar si tal situación la interesa al Derecho, para luego determinar qué nombre se le ha asignado (seguramente incumplimiento de contrato de arrendamiento) y finalmente qué código se le ha asignado, es decir, en qué arte de un texto se encuentra y que consecuencias se darán en caso de que ocurra la figura.

Se puede pensar que el Derecho, al final, es un gran código textual que ofrece respuestas a contingencias con dos respuestas posibles y excluyentes: legal/ilegal, una especie de “*Dr. Know*”<sup>2</sup> que todo lo sabe y aquello que no sepa no está dentro del sistema, no existe.

El Derecho como sistema sólo reconocería aquello que se encuentra codificado, es decir, todo aquello que ha sido colonizado, nombrado (cosificado) y organizado en un texto o código. Todo aquello que no esté en el código es porque no le interesa al Derecho y no existirá para su mundo, es una contingencia que ha sido eliminada, esto es, que puede ocurrir, pero es descartada por el sistema, dejando así sólo un camino general y consensuado.

<sup>2</sup> Personaje de la película “*Inteligencia Artificial*” (2001) dirigida por *Steven Spielberg*. “*Dr. Know*” es un programa informático que contiene millones de datos sobre la vida y el universo. Por una cantidad de dinero el usuario debe cuidadosamente seleccionar qué debe preguntarle para así obtener una respuesta deseada, ya que ésta puede ser interpretada de diversas formas. Es una especie de programa “sábelo-todo”.



Finalmente, el objetivo general de la codificación es crear una concepción unitaria y sistemática del Derecho dotada de una validez universal. Concepción unitaria y sistemática del derecho, de validez universal que garantice la seguridad jurídica. Entender esta idea supone asumir la codificación como una reconstrucción histórica y crítica a partir del lenguaje:

Para un historiador del derecho esto es casi una acrobacia: partir, no de un concepto jurídico previamente elaborado para reconstruir después meticulosamente su concreción, es decir su formación, sino de una sociedad agitada, irritada de alguna manera por nuevas exigencias, quizá acosada por reivindicaciones sectoriales cada vez más exigentes y que intenta encontrar de una vez una solución en el terreno jurídico, esto es, codificando el derecho. Quien está dispuesto a esta acrobacia descubre en la historia de la codificación la de una sociedad que codifica, y por la misma razón considera el código, no como un fruto casual o un resultado imprevisto, sino como el deseado producto jurídico de un anhelo social. Lo que no impide concebir el código como objeto de estudio. Pero exige analizarlo y describirlo, no como entidad autónoma y autorreferencial, sino como un derivado o producto de una sociedad histórica, es decir concreta, que no puede separarse de ella, a ella se refiere y no puede comprenderse sin tenerla en cuenta. (Caroni, 2012, p. xiii)

El Estado moderno, surgido de la revolución, se ha establecido sobre la base de la codificación del Derecho, que puede concebirse como un mensaje amplio y articulado que se recibe de manera uniforme por toda la comunidad de sujetos jurídicos (que previamente han sido reconocidos/definidos como tal por el sistema) para ordenar las mejores soluciones posibles ante contingencias seleccionadas pero dejando espacio para que no lo haga, caso en el cual se generará una consecuencia, también previamente ordenada.

Sabemos muy bien cómo logró satisfacer todas estas exigencias el Estado que surgió de la revolución: por medio de la codificación del derecho, que consiste, como es sabido y como ahora trataré de resumir, en un mensaje amplio y articulado a) que es recibido de modo uniforme por todos los ciudadanos, todos ellos reconocidos previamente como sujetos jurídicos. Ahora bien, aunque el texto que recoge los códigos no logre ser materialmente completo, formalmente lo es en virtud de la teoría política de la voluntad popular, el imperio de la ley y el monopolio estatal del Derecho como una intuición que sustenta la certeza del Derecho.

Para finalizar, la codificación obedece a la ley de la interdependencia de los textos (o interdependencia textual) que establece que, a la hora de indagar por el significado de un texto o código, éste dependerá del lugar que ocupe dentro de un determinado ordenamiento o sistema (para adecuarlo a la idea de la TCD). Esto permite explicar porque un texto o código puede cumplir diferentes funciones dependiendo del orden que se maneje, de allí que a un mismo texto pueden sucederle diferentes resultados, todo ello reglado o permitido por el mismo sistema. La ley de interdependencia de los textos:



[...] en cuya virtud el significado propio de una regla jurídica depende también del lugar que ocupa en el ordenamiento y de la relación que establece y mantiene con las otras reglas del mismo ordenamiento. Si esto es verdad en general, vale sobre todo para el código que, como es sabido, accede al mito de la completitud y de la exclusividad; que es, además, en palabras sencillas, el mismo destino de las cartas de la baraja, que aun sin variar materialmente cambian de valor según las reglas concretas del juego. (Caroni, 2012, p. 184)

Explicado el fenómeno de codificación en los términos de las líneas previas, se puede continuar con la posición que la TCD de Gregorio Robles plantea en materia del Derecho como texto.

### **El nominalismo en el Derecho: pluralidad de ordenamientos jurídicos**

La TCD está marcada por la influencia del pensamiento de José Ortega y Gasset que moldeó el perspectivismo epistemológico que servirá como base textual y según la cual los textos también tienen su propia perspectiva, es decir, se analizan dependiendo de dónde se los aborde. Se puede usar como ejemplo la novela y su narrador, aquel que contempla la obra y la puede relatar de diversas maneras, de esta manera la forma cómo dicho narrador empieza el relato, su rol en la trama, las palabras que usa, el ánimo que lo motiva, etc., serán pistas o llaves para una idea de la perspectiva que adoptará. Igual ocurre con los textos de carácter histórico que no se limitan simplemente con narrar una historia como si de un cuento se tratase, sino a investigar la evolución social. Como es de suponerse, el Derecho no escapa al perspectivismo textual, mejor, el objeto de estudio del Derecho no escapa; es más que claro que la perspectiva y discurso de un abogado defensor es distinta a la de su contraparte y muchas veces a la del juez, de la misma manera, el juez, al emitir su decisión busca unos fines acordes al ordenamiento jurídico, esto también lo obliga a asumir una perspectiva dada. Ante este panorama, Robles indica:

[...] todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva textual desde la que se contempla y se enjuicia el mundo jurídico. Esta tesis que podemos llamar “perspectivista”, va unida a otras dos tesis no menos importantes dentro de la Teoría Comunicacional del Derecho: la tesis nominalista y la tesis de pluralidad de ordenamientos jurídicos. (Robles, 2018, p. 83)

El nominalismo es una postura filosófica que se opone al universalismo. Ante la idea aristotélica de la existencia de conceptos universales (la humanidad, el hombre, la comunidad, etc.) las tesis nominalistas reaccionan con incredulidad al sostener que, desde el punto de vista epistemológico, es imposible acceder al conocimiento de dichos conceptos, así, lo que se denomina humanidad no es identificable como objeto material, es, por el contrario, la suma de una cantidad de elementos (Juan, Pedro, María, Lucía,

etc.) que en su conjunto se la nombra con un término general: la humanidad. La postura nominalista suele oponerse a la realista.

Los nominalistas en cambio afirmaron que los Universales no tenían una existencia real, sino que eran creaciones de la mente humana elaborada con base en las sensaciones que ésta recibe del mundo exterior. El nominalismo no cree que existan en éste conjuntos homogéneos claramente diferenciados unos de otros que puedan ser reproducidos por las categorías humanas, sino que por el contrario afirma que la realidad es continua y heterogénea. (Viqueira, 1983, p. 80)

Uno de los grandes representantes de esta tesis nominalista fue Guillermo de Ockham (también citado como Occam), considerado por muchos como el padre de la epistemología moderna. Su postura nominalista catalogó a los universales como abstracciones de la mente humana en tanto sólo existen los individuos o cosas en particular. Algunos lo consideran más un conceptualista que un nominalista en tanto no se puede reducir todo a nombres.

El nominalismo de Occam debe interpretarse, en primer lugar, como el rechazo de la doctrina de los ejemplares entendidos como ideas en la mente de Dios. Contrariamente a los platónicos, quienes sostenían que había una naturaleza común inherente a las cosas similares y que incluso existía aparte de las mismas, Occam sostenía que no hay tales naturalezas comunes. Occam rechazaba tanto la concepción de una naturaleza común existente aparte de las cosas como la concepción de una naturaleza común existente en las cosas. Para Occam, no hay más universales que los conceptos generales que la mente va construyendo a partir de las similitudes entre las cosas. Occam llegó a mantener que el concepto era una entidad psíquica idéntica al acto de conocer, el acto de la cognición abstractiva. (De la Sierna, 2009, p. 83)

Regresando a los postulados de la TCD, la tesis nominalista es la respuesta a la problemática existente a la hora de intentar definir un fenómeno tan complejo como el Derecho. Como se indicó anteriormente, el proceso de codificación es el resultado de dos etapas previas: cosificación y colonización, siendo la primera de éstas la etapa donde la autoridad asigna nombres a un espacio del mundo de la vida colonizado previamente por la fuerza. La cosificación es similar a la teoría nominalista en tanto en ambas se asignan rótulos o nombres a los objetos con una esencia pragmática, es decir, a la hora de definir (nombrar) al Derecho se busca determinar qué cosas pueden llamarse así antes que buscar su esencia, el nominalismo entonces se traduce en una especie de juego en la que se busca encajar el nombre a una realidad concreta. La pregunta no sería ¿qué es el Derecho?, es ¿a qué podemos llamar Derecho? Para la TCD no existe el Derecho propiamente dicho, existen ámbitos jurídicos, en plural (el ámbito jurídico colombiano, español, argentino, etc.).

Así como la palabra matrimonio no existe y es tan sólo un nombre que la autoridad dio a una serie de hechos y acciones del mundo de la vida, así como para los nativos del ejemplo de Alf Ross Tú-Tú es un nombre dado a la diversidad de fenómenos naturales que afectan su vida social, el Derecho es otro nombre que se asigna a los diversos ámbitos jurídicos (procesos comunicacionales). El Derecho no existe, como tampoco existe el matrimonio o el Tú-Tú, es un nombre que se ha asignado para englobar un conjunto de fenómenos, ¿alguien ha visto alguna vez al Derecho, o un matrimonio o al Tú-Tú? Efectivamente nadie los ha visto porque su existencia como objeto material no es concebible, lo que hemos visto son acontecimientos o conductas que, entrelazadas, pueden ser designadas con el rótulo o nombre Derecho.

“Derecho”, en efecto, es una palabra, un *nomen* designativo de una realidad plural y multiforme. Cuando decimos “el Derecho” estamos empleando una forma lingüística simplificadora que cumple la función de sintetizar con esa palabra un conjunto de fenómenos variopinto. El Derecho como tal no tiene existencia real, sino que es un nombre que usamos para referirnos a la pluralidad de ámbitos jurídicos que han existido en el pasado, existen en el presente y presumiblemente existirán en el futuro. Los que de verdad tienen existencia son los ámbitos jurídicos. (Robles, 2018, p. 85)

Por lo tanto, para la TCD no es posible acuñar una definición esencialista u ontologista del Derecho, en esto se diferencia de teorías iusnaturalistas y positivistas. El Derecho existe en realidades plurales: los ámbitos jurídicos, y esto nos remite a una pluralidad de ordenamientos jurídicos, es decir, una tesis pluralista.

La tercera tesis (junto con el perspectivismo textual y el nominalismo) es la de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta posición encuentra su némesis en la conocida tesis del monismo jurídico, que es sostenida por paradigmas iusnaturalistas y positivistas. Dicho monismo sustenta la idea de que debe haber un solo ordenamiento y sistema jurídico centralizado en un Estado, el objetivo es la garantía de los principios de igualdad, certeza y objetividad. Para ello, las normas jurídicas deben tener un carácter general, abstracto e impersonal, y cuando esto no ocurre surge la violencia y anarquía debido a la existencia de ordenamientos jurídicos paralelos. Se trata de una visión “*armoniosa y unitaria*” (Robles, 2018, p. 87) del Derecho que no es patrimonio exclusivo del Derecho Natural, pues ya en la obra de Kelsen es también apreciable.

Kelsen, como es sabido, se inclina decididamente por el monismo: el ordenamiento jurídico internacional, determinando la esfera y el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales, forma con estos últimos un único ordenamiento jurídico universal, la *civitas maxima* de wolffiana memoria. (Luzzati, 1999, p. 143)

Desde la TCD se defiende la postura opuesta al monismo, es decir la pluralista al considerar que no existe un solo ordenamiento jurídico sino una multiplicidad de ellos. Hay una conexión aquí con los postulados de Santi Romano, pero sin llegar a ser tan amplio en la cantidad de ordenamientos (por ejemplo, la TCD no está de acuerdo en que la mafia sea una muestra de ordenamiento como el jurídico).

Dentro del desarrollo de la tesis de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, la TCD desarrolla el principio de relatividad en el Derecho, es decir, cada ordenamiento jurídico constituye una perspectiva desde la cual se enuncia y valora el mundo jurídico. De esta manera todo ordenamiento jurídico es una perspectiva textual desde donde se hacen enunciaciones y valoraciones jurídicas que permiten identificar estatus de pertenencia (por ejemplo, el acto de matar a una persona en territorio colombiano o argentino).

Todo ordenamiento jurídico organiza la realidad y la valora aplicando su propia textualidad, sus propias normas. Y esta tarea la lleva a cabo respecto de todos los elementos (autoridades, competencias, procedimientos, actos, etc.) que considere jurídicamente relevantes. Esto es lo que significa la tesis de que cada ordenamiento jurídico constituye una perspectiva desde la cual es posible calificar y enjuiciar todos los elementos jurídicamente relevantes. (Robles, 2018, p. 91)

Sumado a lo anterior, el ordenamiento jurídico se autorregula, es decir, tiene un carácter autopoiético (en términos de Luhmann), es una perspectiva que se construye a sí misma y determina ella misma las condiciones para su existencia o modificación, en otras palabras, es una perspectiva autorreferencial o autopoiética que también regula sus relaciones con sistemas externos (perspectivismo externo), es decir, todo ordenamiento jurídico es autónomo en sus relaciones con otros ordenamientos del mundo indicando qué valor dará a instrumentos y normativas internacionales. Cuando hablamos de un modelo autopoiético o autorreferencial estamos hablando de un sistema que determina de manera autónoma las formas que adoptará para relacionarse con sistemas externos (en este caso otros ordenamientos), incluso si se permitirán dichas aperturas relacionales, siempre bajo el entendido que la externalidad es una forma de conocer, y si está permitido, incorporar elementos de otros ordenamientos. No se trata entonces de una idea que conlleve al aislamiento, se trata de una regulación de las relaciones con ordenamientos (sistemas en términos sociológicos) distintos y del establecimiento de una base para calificar acciones jurídicamente relevantes de aquellas que no lo son.

[...] la clausura de los sistemas autorreferenciales no sólo impide su apertura frente a su medio, sino que es justamente “condición de apertura”. Si el sistema puede relacionarse con su medio es porque previamente aparece preordenada por el propio sistema la forma de tal relación, el esquema a que se ha de ajustar. Y la autorreferencialidad o autopoiesis del sistema consiste en esa autoconstrucción continuada del propio sistema a través de sus propias operaciones. [...] Por lo tanto,

la clausura autorreferencial de los sistemas es la forma de extender los contactos posibles con el mundo. La pura autorreferencialidad es imposible. Cada sistema sólo puede existir y reproducirse en un medio: ¿cómo podría existir el sistema jurídico si no hubiera actos exteriores a él que someter a juicio de juridicidad/antijuridicidad? Consiguientemente, clausura autopoietica no significa aislamiento. (García, 1999, p. 135-136)

## Referencias

---

- BELTRÁN, M. Sobre el lenguaje como realidad social. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 7, septiembre-diciembre. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 33-55.
- BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México DF: Distribuciones Fontamara, 2006.
- CARONI, P. *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson, 2012.
- COSTA, L. Entrevista a Michel Foucault. En FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996
- DE LA SIERNA, A. Una filosofía nominalista. En *Revista Stoa*, vol. 1, N°1. Xalapa: Instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, 2009, pp. 77-97.
- DEMMLERLING, C. *Sprache und Verdinglichung*, Frankfurt Am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.
- DWORKIN, R. No Right Answer. En HACKER, P. y RAZ, J. (eds.) *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, pp. 58-84.
- FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- GARCÍA, J. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1ª reimpresión, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 2002.
- LUHMANN, N. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997
- LUZZATI, C. Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho Internacional. En *Revista DOXA*, N°22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999, pp. 135-170.



- MEJÍA, O. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis, 2005.
- MOSCOVICI, S. *Psicología Social I*. Barcelona: Paidós, 1984
- NIETZSCHE, F. *El Anticristo*, Madrid: Alianza, 1978.
- ROBLES, G.  
(2015). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Aranzadi.  
(2018). *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik.
- ROSS, A. *Tú-Tú*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- SANTILLANA, A. Del mundo de la vida al sistema: el papel integrador del poder. En *Andamios*, vol. 8, núm. 16, mayo-agosto. México DF: UACM, 2011, pp. 161-185.
- SCHUTZ, A. y LUCKMANN, T. *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu, 1977.
- SIERRA, W. Cosificación: avatares de una categoría crítica. En *Revista de Filosofía Sophia*, N° 1. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2007, pp. 1-16
- STERLING, J. Colonización, cosificación y codificación en el Derecho: ¿Es realmente útil el lenguaje jurídico? En HERNÁNDEZ, C. et al (eds.). *La Cuarta Revolución y el Derecho*. Socorro: Universidad Libre seccional Socorro, 2019, pp. 127-143.
- VALDÉS, F. De la enajenación por el color a la praxis de-colonizadora: *Leer a Fanon medio siglo después*. En CÉSAIRE, A. et al. *Leer a Fanon, medio siglo después*, 1ª ed. Buenos Aires: CLACSO, 2017, pp. 19-45.
- VAN DJIK, T. *Discurso y dominación: 25 años del análisis crítico del discurso*. Lección Inaugural de la Facultad de Ciencias Humanas, primer semestre, 17 de febrero. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004, pp. 5-28.
- VIQUEIRA, J. Realismo y nominalismo en las ciencias sociales. En *Revista Relaciones*, 13. Michoacán: El Colegio de Michoacán, 1983, pp. 79-95.
- WELLMER, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Barcelona: Anthropos, 1994.
- ZENGOTITA, A. Nietzsche: El poder táctico del lenguaje. En *Praxis Filosófica*, N° 47, julio-diciembre. Cali: Universidad del Valle, 2018, pp. 91-111.



# VIII

## Prolegómenos de una Teoría Hermenéutica del Derecho<sup>1\*</sup>

*You start a conversation you can't even finish it  
You're talking a lot, but you're not saying anything  
When I have nothing to say, my lips are sealed  
Say something once, why say it again?*

*Psycho Killer. Talking Heads*

### **Introducción**

La Teoría Comunicacional del Derecho –TCD- del profesor español Gregorio Robles Morchón asumió desde su concepción la idea de que el derecho es básicamente un ejercicio de comunicación de significados. A partir de las teorías de Dilthey y Gadamer, Robles replantea la noción de texto superando la limitación que imponía la visión clásica del positivismo (ahora en crisis). Partiendo del Derecho como ejercicio hermenéutico (Teoría Hermenéutica del Derecho) y de una visión optimista de la hermenéutica, se verá como la TCD ofrece una revitalización del quehacer hermenéutico y se torna útil en la enseñanza del Derecho.

### **Captura y monopolio: lo “jurídico” en la enseñanza del Derecho**

Es muy común que, en la enseñanza del derecho, particularmente en ciertas regiones de Colombia distintas a las grandes capitales con prestigiosos centros de educación superior como Bogotá, Cali o Medellín, se omita una reflexión sólida y contextualizada de la hermenéutica jurídica. Lo anterior tiene su génesis en la frecuente creencia según la cual

---

<sup>1</sup> \* El presente texto es el resultado de una versión preparada para el curso de maestría en Derecho de la Universidad de Siena (Italia) como profesor invitado en el año 2019 por parte del Programa *Erasmus+* y que ha sido ampliada para su publicación.

es posible abordar la hermenéutica jurídica sin contar con una fundamentación básica en hermenéutica general. Este fenómeno de la pedagogía del derecho no es exclusivo en la enseñanza de los contenidos de la hermenéutica jurídica, pues en áreas como la lógica y la filosofía, que también llevan el rótulo “jurídica” o “del Derecho”, suele llegarse a la misma creencia: que son exclusivas del mundo jurídico y por lo tanto no existe la necesidad de conexión con la lógica o la filosofía en general. En otras palabras, puede decirse que se concibe una idea reduccionista en la enseñanza de varias áreas del derecho como la hermenéutica, la lógica, la filosofía o la sociología que se caracteriza por una apariencia de existencia de feudos propios, exclusivos y aislados; una especie de captura y monopolio de áreas generales que pasan ahora a ser feudo jurídico.

Pretender abordar la hermenéutica jurídica desconociendo los aportes de Friedrich Schleiermacher, Wilhem Dilthey o Hans George Gadamer, sólo por citar tres grandes autores, resulta perjudicial en tanto se desperdicia una oportunidad de abarcar lo que la hermenéutica pretende ser a nuestro juicio: la fundamentación de la verdad en las ciencias sociales a través del proceso de la comprensión del sentido por medio de la evaluación de interpretaciones, y bajo este concepto hablar de una hermenéutica del derecho encaminada a la evaluación y corrección de interpretaciones de textos jurídicos para lograr su comprensión. Es frecuente, por ejemplo, que se asuma hermenéutica e interpretación como sinónimos, algo cuestionable si partimos de que lo que hace en sí la hermenéutica es ofrecer herramientas para corregir la multiplicidad y arbitrariedad de resultados que supone el ejercicio de interpretación. De esta manera es necesario abrazar una visión optimista de la hermenéutica que la reconoce como un instrumento corrector del caos y el relativismo. La anterior reflexión sólo es posible cuando se enfrenta el quehacer hermenéutico de una forma amplia, crítica e histórica; situación en la que se falla a la hora de la enseñanza, que sólo se limita a la hermenéutica como método además de exclusivo del derecho y limitada por lo que éste pueda ofrecerle. Aspirar a ser un hermeneuta jurídico sin conocer las bases y la evolución de la hermenéutica es tan absurdo como pretender ser un sociólogo o filósofo del derecho sin conocer aspectos esenciales de la sociología y la filosofía. Lamentablemente el panorama actual parece mostrarnos, por ejemplo, que existen muchos abogados haciendo “sociología” sin el mayor rigor conceptual y académico. Razón tiene el sociólogo que cuestiona este escenario, pues bien, ello no es menos frecuente en la filosofía, la argumentación o la hermenéutica.

En el caso de la filosofía del derecho, para citar otro ejemplo, es reconocible también la posición de reducción que suele tomarse frente a la hermenéutica jurídica y que se ilustró líneas arriba. La asunción de una filosofía propia para la problemática del derecho conlleva a un desconocimiento de la existencia de la filosofía en general como un referente condicionante. Conceptos como “responsabilidad”, “causa”, “libertad”, “moral”, “Estado”, “poder” y otros, que son objeto de numerosa literatura filosófica moral y política, parecen ser ahora monopolizados por el derecho, capturados y dotados de sentido sólo por lo que éste considere necesario cortando así una conexión con la filosofía. Muchos de los problemas que se suelen llamar “jurídicos” son en principio problemas de origen filosófico y por lo tanto para su entendimiento prescindir de la filosofía es inconveniente, al respecto, Ronald Dworkin sostiene que:

En su labor cotidiana los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura personas mentalmente enfermas acusadas de un delito, son efectivamente responsables de sus actos no obstante su condición, y sobre si una acción particular del demandado causó realmente el daño que el demandante alega, igualmente los conceptos de responsabilidad y de - y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la discriminación positiva [*affirmative actions*], el suicidio asistido y la libertad de expresión. (Dworkin, 2010, p. 8)

Si en el caso de la filosofía es necesario su conocimiento -al menos básico- por parte del juez para enfrentar problemas propios de la moral o la política que suponen muchos asuntos jurídicos, no es menos cierto que ello aplique también para el quehacer hermenéutico. Parece entonces que es apenas comprensible y exigible que se tenga cierta familiaridad con los conceptos y evolución de la hermenéutica para poder resolver asuntos que plantea la hermenéutica del derecho o jurídica. Dworkin continúa (sobre la filosofía): “*Por tanto, parecería natural esperar que los jueces tengan alguna familiaridad con la literatura filosófica, así como esperamos que la tengan con la economía y, en el caso de los jueces constitucionales, con la historia constitucional.*” (Dworkin, 2010, p. 10) Este análisis calza también en el panorama de la hermenéutica jurídica.

En este texto se resaltaré la urgencia de abandonar de las huestes de una hermenéutica limitada y reducida sólo a textos normativos escritos por ciertas autoridades e interpretables sólo por vía gramatical. Se requiere entonces el atrevimiento de repensar a la hermenéutica y su especialidad jurídica, como un ejercicio universal de comprensión a partir de la razón histórica y crítica anclado en la filosofía para así poder generar una actitud y una formación más sólida y contextualizada de los estudiantes de derecho conscientes de los amarres que supone una visión exclusiva de la hermenéutica del derecho marcada por la ritualidad y la formalidad. Se pretende, en conclusión, plantear como inicio una propuesta para romper con el monopolio de la hermenéutica por parte del derecho y acabar así la reducción propia de “lo jurídico” como límite.

## **El Derecho como ejercicio hermenéutico (Teoría Hermenéutica del Derecho)**

Muchos autores han identificado al derecho con nociones como norma, poder, regla, ideología o creencia. Pero proponemos pensar en que el derecho puede ser asumido como un ejercicio de hermenéutica a partir de la idea bajo la cual todo actuar jurídico supone en primer lugar partir de un texto para encontrar varias lecturas, en segundo lugar, asumir que la hermenéutica no genera caos –es útil- para finalizar con una nueva noción del texto a partir de la denuncia de una crisis en el positivismo.

Una propuesta para pensar el Derecho en clave hermenéutica parte de la premisa según la cual se puede entender el fenómeno jurídico a partir de la expresión unidad de texto y diversidad de lecturas. En el texto de Andrej Kristan *Hiperliteratura y derecho: unidad de texto, diversidad de lecturas* (2010, pp. 13-24) se aborda de una manera bastante novedosa

el concepto y funcionamiento del derecho como potencial ejercicio hermenéutico. En primer lugar, se sugiere un cambio paradigmático en la conceptualización del derecho como ejercicio de hermenéutica a partir del análisis de la estructura *unidad de texto y diversidad de lecturas* usando los postulados de la escuela psicológica de la Gestalt.

La idea que se pretende presentar parte de la afirmación según la cual el derecho es un ejercicio hermenéutico en tanto se trata de un fenómeno que supone siempre la escogencia de una interpretación sobre otras por parte del juez y esto es causado porque a la hora de abordar un problema jurídico se presenta la referencia a un solo texto del cual se desprenden diversas lecturas, muchas de ellas viables o ajustadas al sistema jurídico en principio, al final el juez decide cuál de dichas lecturas o interpretaciones es la que mejor permite comprender el sentido del enunciado normativo que se encuentra en el texto. Lo anterior no parecería algo novedoso pues se ha dicho antes que los jueces escogen la respuesta “correcta”, pero este ejercicio supone necesariamente que éstos puedan determinar con claridad qué es lo “correcto” y qué no lo es. Es necesario entonces repensar el anterior esquema reconociendo que las diversas lecturas o interpretaciones pueden ser viables o justificables de manera racional lo que complica la labor judicial, pues una cosa es elegir entre lo correcto y lo no correcto, y otra más compleja y desafiante es escoger entre dos o más soluciones correctas a la luz de un ordenamiento jurídico determinado, esta noción que suele denominarse caso difícil ocurre: “[...] *cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica.*” (Dworkin, 1984, p. 146) El derecho así visto es un ejercicio eminentemente de selección interpretativa y argumentativa donde las normas positivas no son suficientes para dar cuentas de ciertos problemas que implican moral y ética; según el profesor Luís Prieto Sanchís, esta visión del derecho: “[...] *haya de concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo.*” (Prieto, 1985, p. 356). El concepto de caso difícil ha sido explicado por autores como Dworkin, Atienza, McCormick, entre otros, se pretende aquí dar una explicación alternativa para su comprensión.

El surgimiento de casos difíciles como aquellos que plantean dos o más soluciones viables a partir de dos o más interpretaciones de un texto –igualmente viables- puede ser entendido desde los postulados de la escuela psicológica de la *Gestalt* (palabra alemana que tiene varias acepciones: conjunto, configuración, totalidad o forma).

El iniciador de esta corriente, también llamada psicología de la forma o *Gestaltpsychologie*, es el alemán Max Wertheimer que en 1913 publica su trabajo *Estudios experimentales sobre la visión de los movimientos*, considerado la piedra fundacional de la escuela Gestalt. Wertheimer realizó algunos experimentos sobre la naturaleza de la percepción del movimiento formulando lo que denominó *fenómeno phi*. Descubrió que, si dos líneas cercanas entre sí se exponen de forma instantánea y sucesiva a una velocidad determinada, como cuando se hace con un proyector de cine, el observador no verá dos líneas sino una sola que se desplaza de la primera a la segunda. Si se reduce el intervalo de presentación más allá de un umbral determinado, el observador verá dos líneas inmóviles. Pero si se aumenta mucho dicho intervalo, se verán separadas en el tiempo y el espacio. Wertheimer denominó Gestalt a ese factor que unifica, que combina elementos



separados en un todo, provocando dicha ilusión, así las cosas, el todo es mucho más que la suma de las partes.

El postulado central de la gestáltica consiste en que la interpretación de fenómenos es mucho más que un conjunto de datos sensoriales, es una estructura organizada donde experiencias previas y creencias determinan lo que las personas interpretan de determinadas situaciones. La percepción es un acto organizado ya que los objetos producen ciertas sensaciones que muchas veces difieren del todo, por lo tanto, al relacionarse producen diferentes resultados o visiones. El núcleo de la psicología de la *Gestalt* parece ser que la percepción del ser humano no es simplemente la suma de los datos sensoriales, sino que pasa por un proceso de reestructuración mediante el cual se configura una forma. Así las cosas, para la *Gestalt* es el sujeto quien al conocer ejerce su acción sobre las sensaciones, percepciones y representaciones para describir e interpretar formas completas y estructuradas, al respecto Guillaume dice:

Los hechos psíquicos son formas, es decir unidades orgánicas que se individualizan y se limitan en el campo espacial y temporal de percepción o de representación. Las formas dependen, en el caso de la percepción, de un conjunto de factores objetivos, de una constelación de excitantes; pero son transportables, es decir que algunas de sus propiedades se conservan en cambios que de cierta manera afectan a todos esos factores. ... La percepción de las diferentes clases de elementos y de las diferentes clases de relaciones corresponde a diferentes modos de organización de un todo, que dependen a la vez de condiciones objetivas y subjetivas. (Guillaume, 1976, p. 21)

El principio básico de la *Gestalt* se resume entonces en que una forma no siempre es lo perceptible a primera vista (el todo), sino algo más que la suma de las partes, en otras palabras, las propiedades de la forma no surgen de la sumatoria de las propiedades de los distintos elementos que la componen. Lo que denominamos “el todo” es una realidad compuesta por varios elementos, analizar lo primero sin la presencia de aquellos sería un error. Por ejemplo: se tiene la percepción de “un paisaje”, no simplemente colores, volúmenes, sonidos, contrastes, y dimensiones sumadas, la naturaleza del paisaje no es simplemente un todo

Dos de los principios de la Gestalt nos ayudan a entender el siguiente ejercicio; uno es el de relación fondo-figura, importante porque muestra como “*el notorio énfasis puesto en el concepto de contorno como elemento inherente a la forma, aún no explica el modo en que se puede llegar a tener informaciones sobre cómo un objeto puede estar articulado con otros conformando un paisaje*” (Oviedo, 2004, p. 95). El segundo es el principio holístico que plantea, como se dijo, que el todo es siempre más que la suma de las partes que lo componen. Se puede afirmar entonces que las propiedades de las formas poseen cualidades que las distinguen de sus elementos y al mismo tiempo las sensaciones se organizan en la conciencia y crean cualidades formales que pueden ser novedosas. Como consecuencia de este proceso captamos figuras que nos demuestran que nuestras percepciones son la suma

de experiencias organizadas y que no somos simples receptores pasivos de estímulos sensoriales pues ejercemos cierto tipo de voluntad a partir de experiencias o creencias sobre lo que representamos. Para ejemplarizar lo anterior partamos de la premisa según la cual ante una misma imagen pueden obtenerse dos percepciones distintas, pero igualmente sensatas o viables (un objeto, varias visiones). Para ilustrar el punto de la relación fondo-figura y el principio holístico observemos la imagen 1 que popularmente se denomina “mi suegra o mi esposa”:

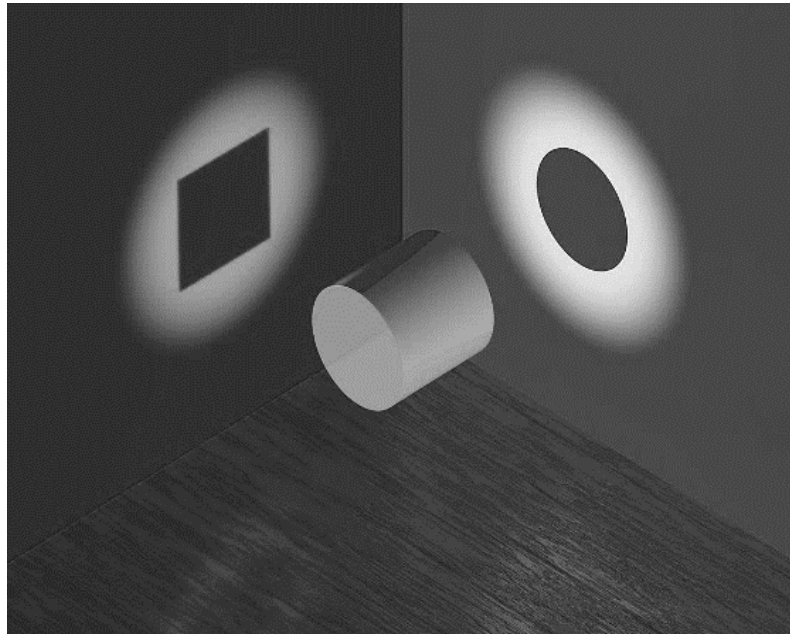


Imagen 1. (Matlin y Foley, 1996, p. 163)

Se propone ahora el siguiente ejercicio mental: La percepción que se puede tener de esta imagen concuerda, en primer lugar, con una dama joven y elegante (la esposa), pero si se detiene un momento esta percepción y se cambia la perspectiva de abordaje de la misma imagen también se puede percibir una anciana (la suegra). Las dos percepciones son igualmente viables o comprensibles a la luz de los sentidos, pero no es posible ver las dos imágenes al mismo tiempo, pues entre más concentración o fijación haya en tratar percibir por ejemplo a la esposa, poco a poco desaparece la percepción de la suegra y viceversa. Es aquí cuando se explicita es postulado que más adelante se aplicará en el mundo del derecho: de una misma imagen podemos obtener dos percepciones viables. Una verdadera concepción del derecho como ejercicio hermenéutico surge entonces cuando se necesita ilustrar por qué se decide ver una “imagen” y no la otra; en el caso del derecho se reemplaza la idea de imagen por la de interpretación, resultando, análogamente, que pueden existir dos o más interpretaciones simultáneas y válidas.

El anterior proceso, curiosamente, puede ser ejemplificado también acudiendo a postulados de la física cuando se aborda el fenómeno de la dualidad onda-corpúsculo, también llamado dualidad onda-partícula. De acuerdo con la física clásica existen diferencias entre una onda y una partícula, esta última tiene una posición definida en el espacio y tiene masa, la primera, en cambio, se extiende en el espacio caracterizándose por tener una velocidad definida y masa nula. Actualmente se considera que la dualidad onda-partícula es un “concepto de la mecánica cuántica según el cual no hay diferencias fundamentales entre partículas y ondas: las partículas pueden comportarse como ondas y viceversa”. De esta manera es posible comprobar como un mismo fenómeno puede tener dos percepciones distintas.

El anterior fenómeno ha sido experimentado en varias ocasiones y permite explicar la posibilidad desde la cual un mismo objeto puede producir imágenes (reflejos) distintas al ser iluminado. Veamos la siguiente imagen:



**Imagen 2: Fenómeno dualidad onda partícula (Benoist, 2007)**

Como se puede apreciar, la premisa es la misma que se ha manejado hasta ahora: una sola imagen u objeto del cual se pueden obtener percepciones distintas que dependerán de las perspectivas que se asuman frente a dicho objeto (en el caso del derecho la interpretación) con la característica de que las percepciones o reflejos tienen sentido. Esto supondría un conflicto ante la pregunta ¿qué se ve?

Un ejemplo desde el campo del Derecho implica asumir, como se ha dicho, que éste se caracteriza por presentar una estructura hermenéutica derivada de reconocer que todo enunciado normativo posee unidad de texto, pero genera diversidad de lecturas o interpretaciones simultáneas viables. En el campo de la hermenéutica constitucional un texto, que es el mismo para todos los lectores en cuanto a su estructura gramatical (así como la imagen es la misma para todos los receptores), puede generar diversas

interpretaciones igualmente viables. Pensemos por ejemplo en el artículo 192 de la Constitución Política de Colombia: “El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: “Juro a dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia”.

Ahora bien, aunque el enunciado es el mismo, gramaticalmente hablando, para cualquier lector (es decir un solo texto u objeto) qué pasa ante la siguiente pregunta: ¿Un Presidente ateo que se niegue a jurar por dios puede posesionarse? La respuesta a este interrogante permite generar dos interpretaciones o lecturas viables: la primera es un razonamiento de carácter formal, originalista y textualista que conlleva a un no, pues el texto constitucional es claro en la forma y los términos usados para la posesión y juramento del Presidente, además, si la intención del constituyente originario hubiese sido otra pues entonces así lo hubiese plasmado en el texto, por lo tanto, este requisito es inobjetable. Pero una segunda respuesta, lectura o interpretación permitiría la posesión, pues el objetivo del juramento no es profesar una determinada creencia religiosa, sino garantizar el cumplimiento de un deber a través de una solemnidad común pero no indispensable para la celebración de un acto, sumado a eso la misma Constitución establece un Estado laico, así la intención del constituyente primario era la de generar compromiso a través de un juramento, más allá de formalidades que pueden omitirse sin que se vea afectado el fin del enunciado. Se concluye entonces que la unidad de texto y diversidad de lecturas como fundamento del derecho entendido como ejercicio hermenéutico es algo plausible.

### **Pospositivismo y hermenéutica filosófica: una visión optimista**

Veamos ahora cómo la hermenéutica del derecho, bajo una visión optimista, es necesaria en un escenario pos-positivista y cómo esta relación se encuentra presente en los primeros escritos del profesor Robles Morchón previos a la estructuración de su Teoría Comunicacional del Derecho (TCD).

La hermenéutica puede considerarse como la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales. Ante los problemas que supone el concepto de comprensión en dichas ciencias la hermenéutica es aquella que permite establecer los caminos para poder llegar a la correcta identificación de un mensaje dado. Así como en las ciencias naturales existe un método científico guiado por la lógica formal y las leyes naturales, en las ciencias sociales existen procedimientos aportados por la hermenéutica para poder lograr la comprensión de fenómenos sociales, pues éstos se comprenden mientras que los naturales se explican. En el derecho, para lograr la comprensión de los enunciados jurídicos –que funcionan bajo la premisa unidad de texto, diversidad de lecturas-, la hermenéutica es la clave metodológica pues es ésta la lógica de las ciencias sociales. (cf. Habermas, 2009)

Pero la hermenéutica ha trasegado un largo camino para poder posicionarse como aquella teoría sobre la verdad en las ciencias sociales. Ha debido superar una visión que la relegaba en la academia, particularmente la academia jurídica, pues generaba miedo o sospecha y la convertía en un elemento inútil, incluso esotérico o adivinatorio. Esta visión que denominaremos pesimista se opone a una visión que resalta el valor de la hermenéutica

como una disciplina útil y encaminada a solucionar la arbitrariedad de la interpretación.

La tesis o visión pesimista se sustenta en el verbo de Nietzsche, particularmente en su famosa afirmación según la cual no existen hechos, sólo interpretaciones, pero también identificable en su Genealogía de la moral cuando afirma que:

Existe únicamente un ver perspectivista, únicamente un conocer perspectivista; y cuanto mayor sea el número de afectos a los que permitamos decir su palabra sobre una cosa, cuanto mayor sea el número de ojos, de ojos distintos que sepamos emplear para ver una misma cosa, tanto más completo será nuestro concepto de ella, tanto más completa será nuestra objetividad. (Nietzsche, 1987, p. 155)

Así vista la hermenéutica tiene una clara impronta de sospecha, se torna en un escenario donde la verdad no existe de manera clara y unívoca pues todo resulta ser, en últimas, una cuestión de interpretación. El mundo terminaría siendo algo cognoscible siempre y cuando el conocimiento tenga algún sentido; pero al ser susceptible de diversas interpretaciones no tiene un sentido fundamental, sino muchísimos sentidos, lo que convierte a la hermenéutica en un espacio intelectual donde la verdad se desdibuja dando paso al perspectivismo. (cf. Nietzsche, 1981, p. 277)

Es entendible entonces que esa posición relativista sea evitada en el mundo del Derecho, y con razón, más si se tiene en cuenta que uno de los pilares lo jurídico es la construcción seguridad sobre el concepto de verdad evitando cualquier injerencia subjetiva en la resolución de problemas a través de normas objetivas y procedimientos formales, la diversidad de perspectivas no es buena, así las cosas *“el perspectivismo no nos enseña nuestros límites, sino todo lo contrario: exalta los poderes creadores de la posición de la voluntad de poder, de modo que el acceso a la verdad siempre es perspectivístico en el sentido positivo de creación individual.”* (López, 2014, p. 111) Es esta la caracterización de lo que es una posición pesimista representa, aquella que desconfía de la hermenéutica pues la considera generadora de caos al multiplicar las interpretaciones de manera arbitraria refundiendo el concepto de verdad pasando a una verdad menos objetiva de la que se cree- comúnmente manejada en las ciencias naturales- y que se encuentra viciada por lo que el sujeto arbitrariamente añade; esta visión de la verdad es poco metodológica pues dota de libertad al intérprete permitiéndole manipular el contenido del mensaje, aquí la hermenéutica es un ejercicio político: *“[...] la hermenéutica es política, como en Platón, donde Hermes altera los significados originales en el proceso de entrega de los mensajes. Es en esta alteración donde tienen lugar la libertad o la existencia. La hermenéutica se muestra siempre como una contribución, no sólo como una simple recepción o anuncio.”* (Catalán y Zabala, 2011, p. 28) El profesor Jean Grondin explica el origen de esta visión así:

Verdaderamente uno de los posibles sentidos de la palabra ‘hermenéutica’ puede ser el de designar un espacio intelectual y cultural donde no hay verdad, ya que todo es cuestión de interpretación. Esta universalidad del dominio de la interpretación ha encontrado su primera expresión en el



verbo explosivo de Nietzsche: No hay hechos sino sólo interpretaciones.  
(Grondin, 2008, p. 14)

Ahora bien, esta posición frente a la hermenéutica tiene su contraparte: una visión optimista. Esta posición parte de asumir una actitud contraria a la que representa a la hermenéutica como un elemento generador de caos. Es la hermenéutica la llamada a remediar tal desorden pues ante la multiplicidad y arbitrariedad de interpretaciones, aquella pone orden estableciendo reglas para lograr una mejor comprensión y encontrar la verdad en las ciencias del espíritu. Es precisamente aquello que los pesimistas le endilgan a la hermenéutica lo que genera la posición contraria: el caos en la interpretación no es resultado de la hermenéutica, es el punto de partida para su trabajo, así, la valoración y corrección de las interpretaciones para una mejor comprensión es la verdadera función hermenéutica. De nuevo Grondin dice:

Y, sin embargo, como no nos cansaremos de recordar, esta concepción (la pesimista), se sitúa en las antípodas de lo que siempre ha querido ser la hermenéutica, a saber, una doctrina de la verdad en el dominio de la interpretación. La hermenéutica clásica ha querido, efectivamente, proponer reglas para combatir la arbitrariedad y el subjetivismo en las disciplinas que tienen que ver con la interpretación. (Grondin, 2008, p. 15)

Esta visión optimista debe ser la asumida por el derecho en tanto permite garantizar la razón práctica en la toma de decisiones judiciales además de potenciar el uso de la hermenéutica jurídica como una herramienta que permite corregir la eventual arbitrariedad judicial (*cf.* Sterling, 2013, pp. 139-161). Confiar en los métodos y técnicas de la hermenéutica jurídica es necesario para poder lograr la comprensión a la hora de analizar enunciados normativos y así construir la legitimidad en la decisión judicial. La posición optimista implica abandonar la idea según la cual toda interpretación, salvo la gramatical, debe ser evitada en el campo jurídico.

En el Derecho, ante la indeterminación de lenguaje y el enfrentamiento de los jueces a problemas filosóficos las reglas que proporciona la hermenéutica son elementos básicos para lograr una confianza del ciudadano en la práctica judicial pues éstas permiten no sólo la explicación de razones acerca de por qué una interpretación es mejor que otra en el caso concreto, sino que también generan rigurosidad argumentativa. La interpretación, que puede ir desde la exégesis hasta la consulta del espíritu o fin de la norma, jamás será un ejercicio arbitrario mientras se fijen reglas y pautas mínimas para tal procedimiento en aras de lograr una comprensión de textos jurídicos armonizada con las disposiciones constitucionales. Ante estos retos de carácter lingüístico y moral la hermenéutica dice presente para dar una mano. La hermenéutica jurídica así entendida no genera, bajo ninguna circunstancia caos, por el contrario, es la esencia del Derecho, entendido éste como ejercicio de normas y lenguaje, como ciencia social. Sin hermenéutica no hay Derecho ni práctica judicial pues toda decisión de esta índole es un ejercicio selectivo de



interpretaciones con resultados que transforman la realidad e impactan el mundo: *“Sólo puede surgir una hermenéutica cuando resulta seguro que las imágenes del mundo no son sólo simples duplicaciones de la realidad tal como es, sino que representan interpretaciones pragmáticas, es decir, implícitas en nuestra relación hablante con el mundo.”* (Grondin, 2002, p. 41)

### **Hermenéutica filosófica, crisis del positivismo y pospositivismo**

La Teoría del Derecho del profesor español Gregorio Robles Morchón puede catalogarse como visionaria en la recuperación de la relación entre derecho y hermenéutica filosófica en los términos descritos líneas arriba. Desde sus inicios, en ella se puede entrever no sólo una conexión entre la teoría del derecho y los conceptos más elementales de la teoría hermenéutica, sino también se puede esbozar una idea de la hermenéutica como una herramienta útil en el campo jurídico. La obra del profesor Robles termina siendo un hito en el estudio de la hermenéutica en Iberoamérica pues presenta una teoría del derecho que utiliza una visión de la hermenéutica marcada por elementos como: la historia, la filosofía del lenguaje, la teoría de textos, y la psicología; una concepción útil sin duda en la enseñanza del Derecho y en la comprensión del mismo como fenómeno hermenéutico.

El planteamiento de la visión de Robles se enmarca dentro de lo que él denomina la *“crisis epistemológica del positivismo”* (Robles, 2003, p.179) y que se puede resumir con estas características:

En primer lugar, la carencia de una base gnoseológica lo suficientemente sólida para explicar por qué el positivismo puede considerarse a sí mismo una forma de conocimiento racional. Ante la imposibilidad de volver a la metafísica como soporte del objeto del derecho (algo propio del paradigma iusnaturalista) el positivismo requiere entonces una estructura que satisfaga un mínimo gnoseológico distinto a la autoridad per se de lo racional.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el positivismo ha entrado en una crisis –que se reflejará en el positivismo jurídico– que se traduce en la necesidad de abrir el debate sobre cuestiones novedosas que surgieron como consecuencia de las complicaciones que supuso equiparar el método de las ciencias naturales al de ciencias sociales o del espíritu. Aquel lema del positivismo de atenerse a los hechos sería ahora cuestionado también al preguntarse ¿qué es un hecho? Ante esta situación el positivismo había mostrado una actitud *“naturalista”* (Robles, 2003, p. 180) que se limitaba a meras comprobaciones sensoriales. De ahí que la mente se comporte como un espejo de la realidad inmediata de los hechos, recordando la filosofía de Richard Rorty (cf. 2010) en su famosa obra *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, y ello supone la creación de una determinada concepción de la realidad que implica que se nos es pre-dado lo real a nuestros sentidos y al final éstos terminan doblegados ante la idea de dicha realidad. Como sostiene el profesor Fernández Membrive:

Pero, por lo pronto, ¿Qué significa que un enunciado se corresponda con los hechos? (También podríamos preguntar, por supuesto, ¿qué es un

hecho?) Si a lo primero respondemos que la correspondencia es un ajuste o una conformidad entre lo que se piensa y lo que es o existe, o entre lo que se dice y la realidad, tampoco adelantamos mucho en la aclaración del asunto; lo único que hacemos es nombrar de otra manera el problema, y el problema precisamente consiste en esclarecer lo que pueda significar esa exigencia de correspondencia, ajuste, conformidad, etc. Dicho de otro modo, el problema en todo caso consiste, por un lado, en explicar qué significa que las representaciones mentales o las proposiciones, que, se supone, son entidades de una determinada naturaleza, correspondan a los “hechos” o “estados de cosas”, esto es, a entidades del mundo que, se supone también, son de una naturaleza distinta. Y, por otro lado, el problema consiste igualmente en esclarecer cómo es que se lleva a cabo esa operación de contraste por la que resulta posible valorar qué representaciones o enunciados corresponden o no, de esa manera, a los estados de cosas. Esta última cuestión es la que resulta más importante para el tipo de rechazo que hacen tanto Habermas como Rorty de esta concepción de la verdad. (Fernández, 2015, p. 38)

En ese orden de ideas la metáfora del espejo supone que, para el positivismo, puntualmente el jurídico, el derecho refleja la realidad, pero desconoce otros elementos que le son propios y que no se reflejan. Se habla por ejemplo de una decisión racional y de un proceso silogístico en su justificación para así crear la imagen de una realidad del derecho, pero, al mismo tiempo, omitiendo elementos que son indispensables -pero no perceptibles- como la ética, la moral, la política o la psicología y que no pueden reducirse a una visión descriptivista propia del positivismo.

En tercer lugar, la insuficiencia epistemológica del descriptivismo afecta el positivismo y por ende el positivismo jurídico. El positivismo, ante la idea de que el conocimiento es una descripción de la realidad, solo podría ofrecer una especie de fotografía que registra un “estado de cosas” (Robles, 2003, p. 181) de la realidad con lo cual basta con la acomodación ordenada de imágenes en un fichero para conocer. Pero cuando se habla de la descripción de la realidad usando el ejemplo de un espejo con éste se refleja la realidad en sí misma e imposible de materializar por lo que no se puede registrar. Esta posición de Robles es interesante en tanto se parte de la premisa de que no se puede representar lo que se está viendo (diferencia entre la fotografía y el espejo), de ahí que la mentalidad positivista (fotografía) quiera describir la realidad de una manera artificial y estática, en palabras del mismo Robles: “*El positivismo prescinde de la metafísica, pero eleva la realidad misma a la metafísica, prescinde de la idea, y, sin embargo, rescata la realidad como idea. Podría decirse que fotografía la realidad, tratando, en definitiva, de estabilizarla o, si se quiere, eternizarla*”. (Robles, 1977, p. 92) Es decir, la fotografía describe la realidad en la medida que simplemente no añade nada nuevo a ella, es sólo un retrato o reflejo tal cual es, y como consecuencia no hay cabida para la interpretación distinta a aquella que se limita a describir los elementos del retrato, que en el caso del derecho, bajo un paradigma hegemónico positivista, sería una interpretación gramatical o textual que corta de tajo apreciaciones subjetivas relacionadas con la concepción del mundo y los elementos no

perceptibles en la fotografía, como por ejemplo la vida y obra del autor/fotógrafo, todo con el objetivo de evitar tergiversar la realidad y crear subjetividad.

Como consecuencia de estas características Robles se empieza a cuestionar el concepto de método en el positivismo:

Sustituyamos ahora la máquina fotográfica por la palabra milagrosa de la filosofía moderna: método. Veremos que el método del positivismo cumple, respecto de la realidad, idéntica función a la descrita para la cámara fotográfica. El método positivista tiene como meta la descripción de la realidad, esto es, de los hechos. (...) La descripción positivista excluye absolutamente la interpretación, allí donde hay ciencia no hay interpretación, y viceversa: donde hay interpretación no hay ciencia, y, por lo tanto, no hay racionalidad. (Robles, 2003, p. 182)

La explicitación del profesor español resalta que el positivismo asume una posición pesimista frente a la hermenéutica, y pone de presente que dicha visión está en crisis y debe ser superada ante cuestionamientos acerca de si la ciencia admite o no interpretaciones, o incluso ir más allá y preguntarse si la ciencia requiere de forma determinante o no del lenguaje para su explicitación y por qué no comprensión. Lo anterior adquirirá ribetes interesantes en el surgimiento de un giro lingüístico que da importancia capital al análisis del lenguaje permitiendo así la revitalización de una visión optimista de la hermenéutica estructurada en el concepto de la comprensión, además ingresando algo que resulta un punto notable: la teoría de textos enmarcada en su Teoría Comunicacional del Derecho, a partir de los aportes de Dilthey y Gadamer

### **La teoría de textos (lingüística textual): punto de encuentro entre comunicación y hermenéutica**

En la construcción de su TCD el profesor Robles es bastante acucioso en el señalamiento de la filosofía de la razón histórica como fundamento de la revitalización de una teoría hermenéutica que supere las falencias del modelo positivista y que se caracterizará por una mayor rigurosidad en cuanto al fenómeno de obtención de la comprensión -que en autores como Friedrich Schleiermacher, por ejemplo, quedó en un escenario meramente adivinatorio-. De esta manera le es posible armonizar este punto de la evolución de la hermenéutica con la teoría de textos, que será notable en la visión actual de su TCD.

Dentro de las diversas corrientes que han sido críticas del positivismo debe darse, para nuestro caso, especial atención a la propuesta por Wilhem Dilthey que puede denominarse filosofía de la razón histórica. Bajo esta visión, y para el caso de la hermenéutica jurídica, es posible dar cuenta de problemáticas que el positivismo había rotulado como peligrosas debido a que permitían la irracionalidad en la decisión judicial al alejarse del estricto carácter descriptivo y a-valorativo que suponía la esencia racional y objetiva del modelo.

La realidad hizo necesario el abandono del modelo descriptivista del positivismo

permitiendo que se abriera paso para el derecho el modelo universal de Dilthey y posteriormente el de Gadamer. Ante el surgimiento de movimientos constitucionales que recogían las ideologías de sociedades cada vez más pluralistas y cambiantes se obtuvo como resultado la consagración en el texto constitucional de derechos con una vaguedad lingüística evidente, lo que hizo necesario enfrentar dicho escenario con un nuevo modelo que permitiera la coexistencia de paradigmas respecto del derecho y sus formas de conocimiento y comprensión: la fotografía ya no era suficiente pues mostraba un momento en la historia, un retrato, pero nada más.

Pese al avance sólido del positivismo durante el siglo XIX y gran parte del XX ello no logró eliminar la conciencia respecto de la importancia de las humanidades. Ante el auge del método científico la preocupación por los valores nunca desapareció y poco a poco se tomaba conciencia de que no todo podía ser explicado por las ciencias naturales y sus reglas. Por su parte la ciencia del derecho, en palabras de Robles, contaba con la Jurisprudencia como una forma de tratar los textos y la investigación de su significado, en cuyo desarrollo jugaría un papel fundamental la historia sobre todo con los aportes, primero de Dilthey, y posteriormente de Gadamer. De esta manera la razón histórica como fundamento hermenéutico se oponía al feudo del positivismo y la pretensión de cientificidad predominante entonces.

La historia, ahora convertida en otro método, conllevaría a la creación de un mundo histórico en oposición al mundo físico. Este mundo histórico no es nada distinto a historia elevada a la razón y que a su vez permite que la aquella sea la herramienta para comprender la realidad. Esto se tornará importante porque en la hermenéutica – como ejercicio de comprensión- la biografía o vivencias del autor serán determinantes para el hallazgo del sentido en los textos en la medida de que todo texto es la expresión de una espiritualidad, una intención del autor que desea transmitir para que perdure: *“sobre el suelo de lo físico aparece la vida espiritual.”* (Dilthey, 2000, p. 121) Así las cosas, el sentimiento vivido (*Erlebnis*) será el fundamento para el desarrollo de una hermenéutica que se sustente en la razón histórica y así la comprensión se lograría a través del análisis de la individualidad a partir de signos externos pues al final todo texto es la expresión de un autor, de sus sentimientos y aspiraciones: *“Al proceso por el cual, partiendo de signos que se nos dan por fuera sensiblemente, conocemos una interioridad, lo denominamos comprensión.”* (Grondin, 2008, p. 40) La comprensión entonces sólo es posible en la medida en que se pueda recrear en uno mismo el sentimiento vivido por el autor a partir de una estructura triádica: Lo vivido por el autor, la expresión de esto a través de los signos y finalmente la comprensión que logra el receptor; este es el quehacer de la hermenéutica en la obra de Dilthey pues: *“En las ciencias que nos interesan actúa una tendencia que se funda en la cosa misma. El estudio del lenguaje incluye tanto la fisiología de los órganos de la palabra como la teoría del significado de las palabras y el sentido de las frases.”* (Dilthey, 1944, p.102)

Pero pese a los notables aportes de Dilthey que permitieron la creación de una hermenéutica más universal y menos adivinatoria, superando el listón dejado por Schleiermacher, al proponerla como aquella que fundamenta la pretensión de verdad de las ciencias del espíritu, a saber: *“el conjunto de las ciencias que tienen por objeto la realidad histórico social”* (Dilthey, 1949, p. 13) o también denominadas *“ciencias culturales”* (Dilthey,

1944, p.91), Dilthey parece dar una fundamentación de éstas que se aparta del positivismo pero, paradójicamente, con una notable influencia y similitud a éste. En otras palabras, Dilthey trató de crear un estatuto autónomo de las ciencias del espíritu que permitieran su diferenciación de las ciencias naturales a través de un modelo que terminaba siendo similar al de éstas últimas, una especie de ciencias del espíritu naturales. Lo anterior fue cuestionado por Gadamer permitiendo además una visión un poco más precisa.

Los aspectos que hacen la hermenéutica gadameriana tan valiosa radican, *grosso modo*, en que Gadamer sostiene que tanto la filosofía como la hermenéutica son útiles en la medida que se encargan de aquello que no ocupa al científico (que trabaja con una naturaleza sensible). El filósofo y el hermeneuta, lejos de presentar resultados medibles y visibles, le corresponde abordar lo problemático, lo que “*da que pensar.*” (Gadamer, 2006, p.49). El Derecho, por ejemplo y entendido como un ejercicio hermenéutico, proporciona este escenario a partir del dialogo constante con la historia, pero, además, su objeto de estudio al estar ligado a conceptos como Justicia, Poder, Libertad o similares, lo hace propenso a debates de índole político y moral. Estos conceptos provienen y se moldean a partir de realidades sociales, son parte de la memoria colectiva de un pueblo. Esto sirve como preámbulo a una posición en la que Gadamer plantea la importancia del reconocimiento de la autoridad del otro como elemento para combatir la arbitrariedad. Pero debe indicarse que dicha autoridad no es buena por sí misma ya que la autoridad por autoridad no tiene ningún sentido.

Dicha autoridad es la que da el contrapeso a la inteligencia propia de la ilustración y el auge las ciencias naturales: “*Por eso lo válido aquí no es sólo la máxima de la Ilustración: ten en valor de usar tu inteligencia, sino también lo contrario: la autoridad.*” (Gadamer, 2006, p. 45) Y es que reconocer y obedecer la autoridad significa que la voz del otro importa, debe ser escuchada y retumba en el presente, es el reconocimiento de que alguien pudo haber comprendido algo mejor que uno mismo, una especie de ética del discurso a partir de la historia y el reconocimiento. Lo anterior supone una forma de combatir la arbitrariedad: el diálogo reconociendo limitaciones, igualdad, y autoridad a través de la experiencia: “*Escuchar la tradición y permanecer en la tradición, es sin duda el camino de la verdad que es preciso encontrar en las ciencias del espíritu.*” (Gadamer, 2006, p. 46) El concepto de autoridad también supone la eliminación del tratamiento peyorativo hacia los prejuicios, recordemos que éstos deben ser desechados según la ciencia natural, y a lo que Gadamer llamó “*vieja receta*” (Gadamer, 2002, p. 59) pues las ciencias sociales o del espíritu utilizan dichos prejuicios y a través del debate éstos se ponen en juego, Gadamer dirá que la “*autoridad es la base de la educación*” (Gadamer, 2002, p. 61) —autoridad en un sentido emancipador y ético— y por lo tanto su reconocimiento supone una valoración inevitable de prejuicios.

Gadamer también es claro al reconocer la hegemonía metódica de las ciencias naturales en el siglo XIX como causa del porqué de la naturaleza lógica de las ciencias del espíritu. La posición Gadameriana resulta valiosa en tanto en su monumental obra Verdad y Método aparece para cuestionar como la ciencia le ha dado más importancia al método que a la verdad, en otras palabras, el método, que es un instrumento, termina siendo más importante que la verdad, en este caso el fin de la ciencia. Robles, conocedor amplio de la obra de Gadamer, lo identifica y señala de esta manera: “*La filosofía moderna se*



*ha preocupado más hasta ahora del método, del camino, del trayecto. Hora es de que nos ocupemos del fin, del objetivo, esto es, de la verdad.”* (Robles, 2003, p. 188)

Valiéndose de lo anterior Robles propone el retorno a una hermenéutica filosófica sustentada en la tradición humanista que se podía entrever en Gadamer. Esta hermenéutica estaría centrada en la construcción de la comprensión a través de la búsqueda de la experiencia vital, más allá de los textos escritos (que serían sólo una parte de la expresión humana), una comprensión del todo, y así lo señala: *“Mi aspiración es propiamente una aspiración filosófica: la cuestión no está en averiguar qué es lo que hacemos o deberíamos hacer, sino en qué es lo que pasa en nosotros, más allá de la voluntad de hacer.”* (Robles, 1982, p. 20) La pregunta central de la hermenéutica filosófica no estaría encaminada a una visión limitada a las ciencias del espíritu sino a la totalidad de la vivencia humana y sus prácticas vitales. ¿Cómo es posible la comprensión entonces? A través del olvido de reglas y la hegemonía del método, plantea Robles siguiendo la idea gadameriana, una reflexión sobre el “estar ahí” en un mundo histórico, dar cuenta de las experiencias del mundo.

Pero Robles identifica que esta posición eventualmente traería un problema: la hermenéutica puede caer en el campo y las falencias propias de la filosofía de la historia, es decir: hermenéutica como filosofía de la historia. Ello se vería reflejado en la imposibilidad de separar lo individual de lo universal: *“[...] puesto que mi meta cognoscitiva es hallar el sentido, no de lo individual en cuanto que individual, sino en conexión con la historia efectiva, de tal modo que nada escape a la integración en el todo dotado de sentido, incluso los más pequeños detalles.”* (Robles, 2003, p. 190) Someter la historia a la historicidad de ella misma es una trampa que acertadamente denuncia Robles. Cada época significa la creación de la historia, así como los supuestos para su comprensión. La historia no es la panacea, en tanto herramienta de comprensión autónoma, sino que *“ella misma se inserta en la hermenéutica”*. (Robles, 2003, p. 190)

Para evitar el problema descrito anteriormente, que supone confundir la hermenéutica con la filosofía de la historia, Robles plantea que, a diferencia de la historicidad, la *“lingüística (Sprachlikeit) subyace a todo fenómeno de comprensión, y éste a su vez es el marco dentro del cual necesariamente se inserta todo conocimiento, del tipo que sea.”* (Robles, 2003, p. 190) Por lo tanto puede hablarse de una universalidad de la hermenéutica fundada ahora un fenómeno inmediato –a diferencia de la historia- y también universal: el lenguaje.

El análisis hermenéutico de cualquier fenómeno se presenta en el tratamiento textual de éste en la medida que sólo a través de los textos se puede buscar la comprensión. El hombre se acerca a los fenómenos para aprehenderlos a través de la expresión textual que supone la transmisión de un mensaje o experiencia de vida, de ahí que: *“Comprender e interpretar textos es la función paradigmática de la hermenéutica”*. (Robles, 2003, p. 190) En este orden de ideas Robles se apunta a una concepción clásica de la hermenéutica -que ya había sido enriquecida por la visión amplia de Dilthey- y que tiene como una de sus características la de recaer principalmente sobre textos (cf. Grondin, 2008, p. 17).

Pero Robles va más allá de esta concepción y plantea, en 1988, que el texto debe ser elevado a una visión más amplia para dotarlo así de un significado universal, ya que sólo de esa manera podría llegarse también a un concepto universal de la hermenéutica como herramienta para lograr la comprensión. Por tal razón texto, en la posición de Robles –



que será luego recogida en su famosa TCD-, será: “*Todo lo que el hombre hace, dice, piensa, habla, actúa, etc.*” (Robles, 2003, p. 190) De esta manera el concepto de texto va ligado al de la experiencia vital que busca ser develada en el proceso de comprensión pero que sólo puede ser percibida a través de un discurso o un diálogo. El texto da cuenta de la experiencia humana en el mundo.

El texto así entendido representa un interés que suscita una pregunta para el intérprete, una pregunta sobre el horizonte histórico del autor y su presencia en él y que sólo es perceptible a través del mismo texto y de la conversación. Surge de nuevo un rasgo propio de la hermenéutica gadameriana consistente en la importancia del diálogo con el otro, en tanto ese otro se reconoce como un sujeto valioso que puede aportar conocimiento para luego generar transformación; ese otro representa también la autoridad en la medida que lo quiere decir es trascendental para el que está interesado en comprenderlo. Vemos cómo la lingüisticidad se presenta como la esencia del quehacer hermenéutico y la razón subyace en que la comprensión siempre requiere de un marco lingüístico, no porque ésta provenga después de las palabras, sino porque “*tal comprensión se consuma en el lenguaje*” (Robles, 2003, p.196). Se reafirma entonces la idea axiomática de Gadamer según la cual todo lo que se debe presuponer en la hermenéutica es lenguaje.

El gran aporte de la hermenéutica, dice Robles, será entonces que es posible hablar de una universalidad del lenguaje a la hora de interpretar y por lo tanto es posible hablar de una universalidad en la comprensión. Todo objeto puede ser comprendido y puede ser traducido al lenguaje. Lo que se interpreta no tiene que poseer necesariamente una naturaleza lingüística, como por ejemplo un texto en sentido tradicional, si no que puede ser una obra de arte o una pieza musical, pues si bien es cierto éstos no tienen en estricto sentido un carácter lingüístico son, al final, medios de expresión de una experiencia personal del sujeto en el mundo. (cf. Gadamer, 1991, p. 65) Esta visión permite una concepción de texto que no es un amarre metodológico en tanto no pretende convertirse en algo dado e inmodificable, en algo que se entrega para acumular conocimiento y nada más. Robles acude a la visión de Gadamer para poner de presente la tradición humanística del conocimiento en donde se privilegia la construcción (*Bildung*) autónoma o formación y no la simple acumulación de contenidos. En este orden de ideas el conocimiento ofrece verdades que transforman al ser humano a través de la elevación hacia la generalidad, Gadamer dice respecto de ese conocimiento:

[...] no está simplemente reducido a la formación teórica, y tampoco designa un comportamiento meramente teórico en oposición a un comportamiento práctico, sino que acoge la determinación esencial de la racionalidad humana en su totalidad. La esencia general de la formación humana es convertirse en un ser espiritual general. El que se abandona a la particularidad es ‘inculto’. (Gadamer, 2006, p. 41)

No es extraño entonces que Gadamer considerara a la hermenéutica jurídica como paradigmática por la siguiente razón: los métodos de interpretación utilizados afectan la dogmática jurídica y también decisión judicial, modifican la realidad. Esto está

íntimamente ligado a la problemática sobre cuál es el concepto del derecho y el lenguaje de los juristas. En otras palabras: los juristas se han preocupado más por el problema de la definición del derecho olvidando las *“demandas teóricas de los juristas”*. (Robles, 2003, p. 199) La abstracción del lenguaje jurídico conlleva a vivir de espaldas a la realidad convirtiendo a la filosofía y a la hermenéutica del derecho en elementos totalmente improductivos, altamente ideales y abstractos.

Robles no niega que el problema ontológico del derecho sea relevante, pero no puede llevar a una amputación metodológica. La formación del jurista y su posición frente al Derecho no puede ser simplemente una visión carente de construcción y limitada sólo a la acumulación de conocimientos a partir de textos en un sentido corriente ya su interpretación de manera gramatical o exegética únicamente. Antes de preguntarnos qué es el derecho deberíamos empezar por preguntarnos cómo construimos el derecho y cómo hablamos de él, esto es algo que sólo se puede lograr a través del texto en un sentido amplio, del texto como la evidencia de las experiencias humanas en el mundo. *“¿Cómo construimos los hombres el derecho? La respuesta sólo puede ser esta: mediante las palabras.”* (Robles, 2003, 1999)

En su teoría del derecho, que recoge los fundamentos de la TCD (cf. Robles, 2015, pp. 265-358), Robles presenta la relación entre dogmática jurídica y teoría de textos. La más reciente versión de la TDC habla del texto como *“toda obra humana”* (Robles, 2015, p. 265), y ello implica que en esa categoría caben desde objetos artificiales (una silla o un bolígrafo), una obra de arte, una estructura civil como un puente o una carretera, una composición musical, un tratado de química o física, una ley o una sentencia judicial, etc. Dicha conceptualización es posible en la medida en que se habla de realidades construidas intencionalmente por el hombre, cosificadas, que poseen un sentido para él. Las construcciones del hombre, bajo esta perspectiva, serían obras, acciones, y la acción es fundamental en la TCD pues *“la acción es el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. Como sentido o significado que es, es susceptible de transmitirse mediante el lenguaje.”* (Robles, 2015, p. 265)

Respecto del predominio de textos escritos en el mundo jurídico, Robles es claro en plantear que existen tres tipos o categorías: ordinamentales (constituciones, tratados internacionales, leyes), sistémicos (manuales, textos doctrinales, estudios) y aquellos que no son ni ordinamentales ni sistémicos (demandas, querellas, escrituras, etc.). Lo anterior genera una realidad textual compleja en el derecho que se caracteriza por innumerables enlaces entre diversos tipos de textos, una especie de hipertexto en tanto se habla de un texto infinito, en crecimiento y compuesto por numerosas referencias, como conclusión se puede hablar entonces del derecho como *“un gran texto.”* (Robles, 2015, p. 266)

Ahora bien, para la comprensión de este gran texto se plantea la necesidad de *“presupuestos comunicacionales o marco hermenéutico de referencia”* (Robles, 2015, p. 269) que implica la existencia de un bagaje cultural de cierta profundidad a la hora de realizar ejercicios de comprensión, algo similar a lo que sería el punto de vista hermenéutico en la obra de Neil McCormick. (cf. 1978) De ahí que para la comprensión de la diversidad de textos es necesaria una formación jurídica pero también cultural y por qué no literaria.

Robles se compromete con una noción de texto amplia, como hemos visto, que sin duda permite una comprensión del mundo jurídico a partir de la eliminación de una hegemonía ideológica del positivismo y su lógica gramatical. El texto ahora es una construcción que implica una conciencia de nuestra presencia en el mundo y que no se agota simplemente con normas jurídicas positivas y codificadas, aparece también la concepción de la jurisprudencia como elemento narrativo, el concepto de hipertexto (un texto conectado con otros e infinito), incluso la noción interesante de textos “escribibles” puede ser parte del derecho, miremos para finalizar esta idea bajo la óptica de Ronald Barthes:

¿Cómo plantear entonces el valor de un texto? ¿Cómo fundar una primera tipología de los textos? La evaluación fundadora de todos los textos no puede provenir de la ciencia, pues la ciencia no evalúa; ni de la ideología, pues el valor ideológico de un texto (moral, estético, político, alético) es un valor de representación, no de producción (la ideología no trabaja, “refleja”). Nuestra evaluación sólo puede estar ligada a una práctica, y esta práctica es la de la escritura. De un lado está lo que se puede escribir, y de otro, lo que ya no es posible escribir: lo que está en la práctica del escritor y lo que ha desaparecido de ella: ¿qué textos aceptaría yo escribir (reescribir), desear, proponer, como una fuerza en este mundo mío? Lo que la evaluación encuentra es precisamente este valor: lo que hoy puede ser escrito (reescrito): lo escribible. (Barthes, 2005, p. 450)

Como vemos además del concepto de hipertexto, está el de texto escribible (*writerly texts*) como oposición al de texto legible (*readerly texts*). Los primeros caracterizados porque en ellos se busca que el lector tome parte activa en el desarrollo de la narración permitiendo que sus decisiones sobre qué y cómo leer cambian el final de ésta; por el contrario, los segundos presentan una estructura lineal en la que sólo se puede leer de una manera con un resultado invariable. (cf. Barthes, 1977, pp. 142-149) El concepto de hipertexto sumado al de texto escribible es valioso como complemento a la visión tradicional y lineal por lo que su exclusión no sería deseable: “Por eso, negar universalmente la connotación es abolir el valor diferencial de los textos, negarse a definir el aparato específico (poético y crítico a la vez) de los textos legibles, es equiparar el texto limitado al texto-límite, es privarse de un instrumento tipológico”. (Barthes, 2005, p.453)

Puede entonces pensarse que el proceso de interpretar consiste en ampliar el texto de forma hasta que llegue a estar en relación con el universo entero pues sólo así tendría sentido. El texto da cuenta de experiencias, historias, sentimientos, conductas que se dan un espacio y tiempo, los jueces los abordan y se pronuncian sobre ellos con más textos escribibles que por lo general remiten a otros textos (hipertexto).

El mundo podría ser entendido como una especie de texto con infinitas posibilidades e implicaciones. La jurisprudencia como ejercicio de narración de historias (hombres que han cometido un crimen, personas que buscan remuneraciones a una vida de trabajo, personas que buscan justicia frente a actos de otros, etc.) es un texto que nos remite a otros donde también se encuentran historias y reglas. Lo mismo podría decirse de las leyes que constantemente envían al lector a otras como en una especie de red infinita.

Este concepto que suele llamarse hipertexto (*cf.* Landow, 1994) implica que no existen textos acabados sino en constante crecimiento y construcción, como los textos legales.

El texto ampliado en su concepto permite una concepción distinta a la tradicional y resulta útil en la comprensión del fenómeno jurídico. Lejos queda la época en que el texto jurídico se identificaba con aquel expresado en una codificación y sin más conexiones que aquellas que la exégesis prodigaba, desde luego, pocas y sólo con atribuciones autoritarias. El texto bajo la concepción de la TCD de Robles puede ser entendido como aquel que permite la comunicación, generación de nuevos sentidos y una capacidad de memoria. Tiene el texto entonces unas funciones que permiten completar la definición lotmaniana de texto (Lotman, 1996, pp.86-100). Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor. Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una tercera función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.

A la luz de lo dicho, el texto se presenta ante nosotros no como la realización de un mensaje en un solo lenguaje cualquiera, sino como un complejo dispositivo que guarda varios códigos, capaz de transformar los mensajes recibidos y de generar nuevos mensajes, un generador informacional que posee rasgos de una persona con un intelecto altamente desarrollado. En relación con esto cambia la idea que se tenía sobre la relación entre el consumidor y el texto. En vez de la fórmula “el consumidor descifra el texto”, es posible una más exacta: “el consumidor trata con el texto”. Entra en contacto con él. (Lotman, 1996, p. 82).

El texto así entendido permite recobrar una visión del derecho como ejercicio hermenéutico conectado con el mundo y no como ejercicio sometido a reglas inflexibles y a una exclusiva visión del camino de la comprensión de los enunciados normativos presente en los textos. Ante los límites propios de la visión positivista, esta nueva visión de la hermenéutica del derecho construida en la TCD aparece como un elemento valioso para la comprensión del fenómeno jurídico.

La Teoría Comunicacional del Derecho del profesor Gregorio Robles, como su nombre lo indica, pretende principalmente argumentar que el derecho es ante todo un ejercicio de comunicación y transmisión de sentido. Ya desde 1988 se veían las bases de esta pretensión que conllevarían a la elaboración de una teoría de textos con las características expuestas. La asunción del derecho como un ejercicio hermenéutico a partir de la premisa de unidad de texto y diversidad de lecturas, la adopción de una visión optimista de la hermenéutica, la crisis del pospositivismo y su insuficiencia metodológica, los aportes de la crítica de la razón histórica se unieron para que Robles presentara una teoría de textos ambiciosa y necesaria para la enseñanza del Derecho dentro de un escenario riguroso, amplio y alejado de amarres metodológicos y visiones hegemónicas que no permitían entender adecuadamente el fenómeno de la comprensión.

## Referencias

---

BARTHES, R.

(1977), *Image, music, text*. London: Fontana Press.

(2005), *S/Z*. Madrid: Siglo XXI.

BENOIST, J. *Pour illustrer la dualité onde/corpuscule (par exemple)* [FiguraJPG], 2007, recuperada de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Dualidad\\_onda\\_corp%C3%BAsculo#/media/File:Dualite.jpg](https://es.wikipedia.org/wiki/Dualidad_onda_corp%C3%BAsculo#/media/File:Dualite.jpg)

CATALÁN, J. et al. ¿Por qué no hay hechos sino sólo interpretaciones? En *Revista CLAVES DE RAZÓN PRÁCTICA*, N° 211, abril. Madrid: Asociación de Revistas Culturales de España ARCE, 2011, pp. 26-29.

DILTHEY, W.

(1944), *El mundo histórico*. México DF: FCE.

(1949), *Introducción a las ciencias del espíritu*. México DF: FCE.

(2000), *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, Madrid: ISTMO.

DWORKIN, R.

(1984), *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

(2010), ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?" *Revista Isonomía*, N° 32, abril. México DF: Instituto Autónomo Tecnológico de México ITAM, pp. 7-29.

FERNÁNDEZ, M. Frente al imposible espejo de la naturaleza: Rorty y Habermas. En *Revista Daimon*, N° 65. Universidad de Murcia, 2015, pp. 35-50.

GADAMER, H.G.

(1991), *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Paidós.

(2002), *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Trotta.

(2006), *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.



GRONDIN, J.

(2002), *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder

(2008), *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder

GUILLAUME, P. *Psicología de la forma*. Buenos Aires: Psiqué, 1976

HABERMAS, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2009.

KRISTAN, A. Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas. En *Revista Dixi*, edición n° 12, abril, traducción de Juan Pablo Sterling Casas. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Bucaramanga, 2010, pp. 13-24.

LANDOW, G.P. *Hypertext Theory*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1994.

LÓPEZ, M. Verdad o Interpretaciones: Gadamer versus Nietzsche. En *Eikasia Revista de filosofía*, N°56, mayo. Oviedo: Eikasia Ediciones, 2014, pp. 105-126.

LOTMAN, I. *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia, 1996.

MATLIN, P. y FOLEY, M. *Sensación y percepción*. México DF: Prentice Hall, 1996

MCCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

NIETZSCHE, F.

(1981), *La voluntad del poderío*. Madrid: EDAF.

(1987), *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.

OVIEDO, G. La definición del concepto de percepción en psicología con base en la teoría Gestalt. En *Revista de Estudios Sociales*, N° 18, agosto. Bogotá: Universidad de los Andes, 2004, pp. 89-96

PRIETO, L. Teoría del derecho y filosofía Política en Ronald Dworkin. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, N° 14, mayo-agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, pp. 353-378

ROBLES, G.

(1977). El Origen de la Sociología del Conocimiento. *Revista Derecho, Razón Práctica e Ideología*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°17. Granada: Universidad de Granada, pp. 91-102.

(1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide

(2003). *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª Edición. Barcelona: Debate.



(2015). *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi

RORTY, R. *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza*, 2ª Edición. Madrid: Cátedra, 2010.

STERLING, J. *Hermenéutica y Argumentación Jurídica: Límites a la discrecionalidad Judicial*. En GRANDEZ, P. y MORALES, F (eds.). *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, 2013, pp. 139-161





## Argumentación Jurídica como límite a la arbitrariedad judicial<sup>1\*</sup>

*Good morning, Worm your honor  
The crown will plainly show  
The prisoner who now stands before you  
Was caught red-handed showing feelings  
Showing feelings of an almost human nature  
This will not do.*

*The Trial. Pink Floyd*

### Introducción

El presente escrito pretende indicar cómo la hermenéutica y la argumentación jurídica se han convertido en los elementos legitimadores de la decisión judicial. Sin embargo, la sola autoridad a la hora de encontrar y justificar la respuesta correcta en la práctica judicial no basta para legitimar el papel del juez como aquel que concreta el Derecho, de ahí que es necesario depositar la confianza en la hermenéutica y la argumentación jurídica para construir legitimidad judicial. La evolución del Estado, el concepto de derechos fundamentales, la vaguedad del lenguaje jurídico y la necesidad de interpretar y justificar de forma racional normas y decisiones judiciales son elementos que apuntan a reconocer la necesidad de un modelo hermenéutico y discursivo del Derecho. Cuatro reflexiones permiten identificar la importancia de la hermenéutica y la argumentación jurídica: 1) La relación entre práctica judicial y Filosofía del Derecho; 2) Una posición optimista frente a la hermenéutica jurídica; 3) el reconocimiento del Derecho como un ejercicio discursivo; y 4) la razón práctica como límite verificable de la decisión judicial.

<sup>1\*</sup> Este texto es una ampliación del original titulado *Optimistic Hermeneutics and Dialogue as Limit to Legal Arbitrariness*, expuesto en el evento The Philosophy Days in Uppsala / Filosofidagarna i Uppsala, Universidad de Uppsala, (Suecia) en agosto de 2017.

Toda Filosofía del Derecho debe responder a tres preguntas esenciales, la primera de corte ontológico: ¿Qué es del Derecho? Es decir, el origen y la naturaleza del mismo *-el ser-*; en este caso sumado al objeto que persigue. La segunda de corte epistemológico: ¿Cómo se conoce el objeto del Derecho? Y las posibilidades de conocerlo realmente. Y finalmente una pregunta de corte metodológico: ¿Cómo funciona el Derecho? Es decir, una valoración de la eficacia. Ante este escenario son varios los paradigmas jurídicos que tratan de dar respuesta a los interrogantes mencionados; desde posiciones que sitúan la idea de justicia como hilo conductor y fin del Derecho (Realismo Jurídico Clásico o Iusnaturalismo), hasta aquellas que excluyen la posibilidad de una idea de justicia absoluta y limitan el Derecho a un fenómeno normativo, formalista y eminentemente sancionador (Teoría Pura del Derecho), se encuentran diversas posiciones que, con más o menor cercanía a las dos mencionadas, tratan de dar cuenta de la problemática que representa el Derecho.

La discusión sobre si el Derecho debe adecuarse a la idea de lo justo, lo legal o lo bueno *-útil-* ha sido una característica propia de la época de posguerra. Esta relación trilemática de tensión ha posibilitado la aparición de una corriente en la cual la hermenéutica y la argumentación jurídica han podido construir bases sólidas: el Neoconstitucionalismo.

El Neoconstitucionalismo surge entonces como un paradigma que pretende la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho, superando así la vetusta figura del Estado de Derecho, esto supone la superación del modelo francés, instaurado desde la Revolución, a partir de unos puntos esenciales como por ejemplo: el concepto de Constitución como norma y límite a la actuación estatal, la garantía y mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, la eficacia directa de la Constitución, la existencia de principios, un marcado activismo judicial a través de una interpretación extensiva y sistemática del ordenamiento jurídico y la elaboración de políticas públicas por parte del juez. Debe señalarse que este paradigma, que presenta en sus orígenes una marcada impronta anti-positivista, con el paso del tiempo se ha vuelto ambiguo, Pozzolo (2010, p. 209 y ss.) indica que este proceso de indeterminación se debe a la extensa difusión dentro de los debates políticos, académicos y filosóficos en los cuales el término Neoconstitucionalismo está presente. Sumado a lo anterior, hoy en día se evidencia una apropiación mucho mayor por parte del ciudadano de los postulados constitucionales, además los debates sostenidos en los Tribunales son de especial y masivo interés para la comunidad; quizás esto sirva para explicar también el auge antes mencionado de este modelo pues no es desconocido que el desarrollo del Neoconstitucionalismo es conocido y analizado especialmente en países como España e Italia, cuyos procesos constitucionales tienen características comunes y por su afinidad con Latinoamérica también es estudiado y complementado por autores locales, lo cual demuestra su amplia vigencia en nuestro medio. (Carbonell, 2010, p. 161).

El Neoconstitucionalismo es un escenario fecundo para un despliegue amplio de la hermenéutica y la argumentación jurídica, y las características enunciadas líneas arriba conllevan los elementos que pretendo exponer en este texto: el significativo rol del juez en la concreción del Derecho, el Derecho como un ejercicio de interpretación y argumentación desde la práctica judicial sobre todo en asuntos relacionados con la filosofía política

y moral (escenarios no contemplados por el modelo positivista) y por último la razón práctica como elemento de valoración para la justificación de las decisiones judiciales. De esta manera la hermenéutica y la argumentación jurídica, en tanto desarrollo del modelo neoconstitucionalista, se erigen como elementos que limitan y permiten valorar decisión judicial frente a la discrecionalidad judicial, ésta última emanada de fenómenos que propician un activismo judicial marcado debido en gran parte al enfrentamiento de los jueces a casos concretos que suponen problemas filosóficos (morales y políticos).

## Filosofía del Derecho y práctica judicial

Todo problema jurídico está íntimamente ligado al lenguaje, existen entonces problemas de lenguaje también. Los problemas jurídicos se traducen en malos entendidos de lenguaje. Esta será una idea, centrada en la teoría de *Ludwig Wittgenstein*, que manejaré a lo largo del texto y con la que iniciaré la reflexión. El Derecho es un asunto íntimamente ligado al lenguaje pues se manifiesta a través de éste, por lo que es apenas necesario analizar lo que la filosofía del lenguaje, o analítica, puede ofrecer para muchos de los problemas jurídicos. La filosofía analítica se compone del análisis de los postulados de la filosofía del lenguaje. Es resultado de los que muchos denominan giro lingüístico que tiene un auge en la primera parte del siglo XX (especialmente con la obra de Ludwig Wittgenstein). Sostiene, básicamente, que los problemas filosóficos son en esencia confusiones conceptuales que se generan a partir del mal uso del lenguaje ordinario; de ahí que la principal función de la filosofía (analítica) es la de una clarificación del sentido de los enunciados cuando se aplican a áreas como la ciencia, la metafísica, la política, la ética, etc. En el caso del mundo jurídico, podemos decir que la función del jurista, en especial los jueces, es, a través del lenguaje, desenredar los problemas que en apariencia son jurídicos, pero que en realidad no es nada distinto a un error en la comunicación.

*Ludwig Wittgenstein* plantea una idea de pretensión de corrección de la filosofía a través del lenguaje. La importancia de su pensamiento radica en que propone una revelación de verdades a partir de una especie de escepticismo que conlleva a un análisis global y sistemático de las situaciones de la vida a través del estudio del lenguaje, al respecto el mismo Wittgenstein afirma: "*Hasta ahora los filósofos nos han dicho sólo insensateces, lo que pasa es que no se daban cuenta que usaban la misma palabra en sentidos totalmente diversos.*" (1987, p. 49). Se ofrece entonces una filosofía *vía* lenguaje entonces, de esta manera la lingüística y sus herramientas no son un sustituto sino un método para llegar al conocimiento de la realidad, y así al objeto del Derecho.

Así pues, la filosofía tiene una labor fundamental: la clarificación del pensamiento a través del lenguaje. Y esto no es ajeno al mundo del Derecho, entendido éste también como un ejercicio de lenguaje. Pero se debe decir que la relación lenguaje-derecho, lejos de ser pacífica presenta una serie de dificultades que hacen fértil la introducción del pensamiento de *Wittgenstein* para poder entenderlas (*cf.* Sterling, 2010, p. 212 y ss.). Por un lado, tenemos el problema de la interpretación jurídica y la vaguedad del lenguaje como génesis de una dificultad para muchos inadvertida. Una segunda dificultad es la visión de la hermenéutica jurídica que presenta una limitada capacidad iluminadora, que

denominaré posición pesimista hermenéutica debido, en gran parte, a un auto-blindaje y a un desarrollo espinoso y enredado propio del modelo positivista. En tercer lugar, tenemos una pretensión de corrección del Derecho a través del lenguaje, que ilustra un panorama donde la hegemonía la tiene una interpretación por vía de autoridad que “prefabrica” el lenguaje jurídico rayando con la metáfora de *Humpty Dumpty* (ilustrada por Lewis Carroll en su obra Alicia a través del espejo).

La tendencia del hombre se muestra como una representación, a través del lenguaje, de sus pensamientos y creencias para evolucionar hacia un intento de explicación de fenómenos externos que condicionan e impactan su existencia. Esta situación es aplicable al Derecho, donde una especie de nominalismo parece apuntar a lo que Ockham llamaba el problema de los universales, es decir, no existen conceptos universales, tal y como lo planteaba Aristóteles, lo que hay es una suma de conceptos individuales y dotados de un nombre que denota una característica determinada. De esta manera el Derecho sería un concepto universal e inabordable como ente absoluto y estaría compuesto por palabras que lo definen bajo ciertos contextos, éstas a su vez explican fenómenos naturales o morales a través del lenguaje y la percepción de realidades que no generarían uno, sino varios conceptos de Derecho. Un ejemplo de esto es el aporte de Alf Ross en su escrito *Tú-Tú* en el que se ilustra la utilización mágica o mística del lenguaje para explicar los fenómenos más simples de la naturaleza: “*De esta manera, hay que admitirlo nuestra terminología y nuestras ideas presentan una considerable semejanza estructural con el pensamiento mágico primitivo sobre la invocación de potencias sobrenaturales que a su vez son convertidas en efectos fácticos.*” (1992, p.23)

Debe entenderse entonces que el Derecho es un fenómeno del lenguaje desde esta perspectiva. Todas nuestras acciones en el mundo jurídico están limitadas por el lenguaje, la interpretación y la argumentación son tan sólo un ejemplo de la importancia capital de esta idea. En este sentido, muchos han tratado de comprender al Derecho como una especie de literatura bajo la premisa de unidad de texto y diversidad de significados (cf. Kristan, 2009, p. 13 y ss.). Lo anterior significa que si bien es cierto cuando un lector se enfrenta a un enunciado, en este caso jurídico, se habla de un solo objeto (es el mismo enunciado para cualquier lector) pero las lecturas o interpretaciones del mismo pueden variar. Así las cosas, el artículo 22 de la Constitución Política Colombiana nos dice que “*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*”, pero, a pesar de que todo lector recibe el mismo enunciado, las lecturas acerca de qué significa “*paz*” serán diversas. Entonces se verifica lo pretendido arriba: hablamos de un solo texto con varias lecturas posibles, es decir un problema de lenguaje, en el ejemplo dado cabría preguntarse ¿Qué se debe entender por “*paz*”? Tenemos entonces que lo que comúnmente llamamos “problema jurídico” es un mal entendido del lenguaje, y se debe acudir a éste para solucionar la confusión, es entonces el juez el llamado a clarificar el lenguaje a partir de un proceso de interpretación y argumentación pues a parecer toda norma es potencialmente vaga desde el punto de vista lingüístico.

Se debe hablar entonces del papel del juez en la actual configuración del Estado Constitucional de Derecho. Es muy conocido en el mundo académico-jurídico el párrafo introductorio del primer capítulo de la obra Dworkin:



La diferencia entre dignidad y ruina puede revertir un argumento que pudo no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o parlamento. (1992, p. 15)

Esta afirmación no es nada distinto al señalamiento de la importancia actual del juez en el Estado pues es él quien concreta o realiza efectivamente el Derecho. El ciudadano tiene su idea de Derecho relacionada estrechamente con la imagen y función del juez, los juzgados o tribunales, los litigios, en general: la práctica judicial. La realidad que modifica el Derecho viene en forma de decisión judicial. De esta manera el Derecho es práctica judicial, o por lo menos eso es lo que comúnmente se aprecia y espera de él. Pero sumado a la importancia del juez en la sociedad actual, se debe identificar un elemento de gran importancia: no en pocas ocasiones los jueces se ven enfrentados a problemas que no son jurídicos en esencia, sino que se trata de asuntos de carácter filosófico pues su contenido conceptual de moral y política es elevado. El problema entonces supone dos preguntas: ¿Es real y aceptable dicho enfrentamiento a situaciones filosóficas aparentemente no jurídicas?, y ¿Cómo lo resuelve el juez?

Respecto del primer interrogante la respuesta es sí. Es decir, en la práctica judicial, los jueces se enfrentan a situaciones que en apariencia son problemas jurídicos, pero que en el fondo son problemas ampliamente tratados por la filosofía. Ya sea desde situaciones tendientes a resolver dilemas morales, tensiones políticas o incluso la misma aplicación y estructuración lógica de una norma o sentencia judicial, se habla de una necesidad de conocimiento de filosofía pues ésta subyace en el fondo sin discusión alguna.

En su labor cotidiana, los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica. (...) Los asuntos filosóficos son particularmente relevantes en el Derecho constitucional y resultaron de inevitable referencia en las dramáticas decisiones recientes de la Suprema Corte sobre el aborto, la discriminación positiva, el suicidio asistido y la libertad de expresión. (Dworkin, 2010, p. 8)

La rama judicial, como se ve, cada día se encuentra más expuesta a la responsabilidad de toma de decisiones sobre problemas clásicos de la filosofía: autonomía personal, por ejemplo, cuando se trata de temas como el aborto o la eutanasia, es decir responder a la vieja pregunta: ¿hasta dónde puede el Estado intervenir en la voluntad individual de uno de sus asociados? O temas de filosofía política, como por ejemplo mecanismos para la inclusión de minorías y procedimientos para garantizar una igualdad real a grupos históricamente discriminados a partir de las conocidas acciones de discriminación inversa.

En el escenario colombiano tenemos numerosos ejemplos de lo anterior. Uno de ellos se puede encontrar en la sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional. En esta ocasión el alto tribunal debía decidir si el consumo de sustancias estupefacientes en una

dosis mínima y regulada por norma atentaba contra la autonomía personal y el Derecho a un libre desarrollo de la personalidad (consagrado en el artículo 16 constitucional). Se repite la pregunta que debe resolver el togado: ¿Hasta qué punto puede el Estado interferir en la voluntad y autonomía de una persona que desea consumir sustancias alucinógenas? Lo que suponen sin duda una reflexión sobre la moral y los conceptos de bien y mal para así poder determinar el deber de una persona consigo misma y con la sociedad. Es inevitable, en primera medida, no pensar en Emmanuel Kant, y así lo hizo la Corte en dicha sentencia:

Emmanuel Kant advierte en torno a la finalidad del ser humano, que el libre albedrío no puede tener su esencia sino en la realización de los fines racionales del hombre. La finalidad de que habla el filósofo alemán es la finalidad de la naturaleza; dicha finalidad no es otra que el mismo hombre, ya que éste es “el único ser sobre la tierra que posee un entendimiento y, por tanto, una facultad de proponerse unos fines, por eso merece ciertamente el título de señor de la naturaleza, y si se considera a la naturaleza como a un sistema teleológico, es según su destino, el fin último de la naturaleza; pero es solamente de una manera condicional, es decir, a condición de que sepa y de que tenga la voluntad de establecer entre ella y él una relación final tal, que ésta sea independiente de la naturaleza y, bastándose a sí misma, pueda ser por consiguiente fin último. (Kant, 1965, p. 23)

Otro ejemplo, es el reciente debate que se dio sobre la posibilidad de permitir en la legislación colombiana el matrimonio entre parejas del mismo sexo o matrimonio igualitario. Ello implicaba declarar que el artículo 113 del Código Civil Colombiano, que dice: “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*” no estaba ajustado a la Constitución pues vulneraba el derecho a la igualdad y a la posibilidad de formar una familia a parejas del mismo sexo. La discusión aquí no fue menos polémica y ardua que las anteriores. Como resultado de ello se expide la sentencia C-577 de 2011. Resulta de sumo interés que en esta sentencia la Corte haga una reflexión sobre, nada más y nada menos, que la misma filosofía del lenguaje a la que nos referimos líneas arriba. Indica la Corte en uno de los apartes de la providencia precitada:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no puede ser leída de forma parcial, selectiva y excluyente. La interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional no puede caer en lo que la filosofía del lenguaje llama ‘contradicciones performativas’, es decir, actos de habla en los cuales se invoque la protección a la igualdad, la libertad o la dignidad, a la vez que el mismo acto lingüístico excluye, invisibiliza o desconoce los derechos de sujetos de especial protección constitucional, que merecen garantía y atención especial. (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011)

Como se puede apreciar, los debates que involucran la valoración de posiciones políticas y morales son cuestiones innegables de la práctica judicial. Cada día los juicios en los que el futuro económico, social y político de una nación están en manos de los tribunales van en aumento y esto, sin duda, capta la atención del ciudadano que está atento a observar cómo los jueces toman un papel protagónico en la construcción de una sociedad dinámica ya no cómo simples aplicadores de normas, sino también como garantes de ciertos valores éticos y sociales.

Es claro entonces que el enfrentamiento de los jueces al momento de tomar decisiones a problemas de filosofía moral y política es un fenómeno real y de ocurrencia frecuente. De ahí surge la pregunta: ¿Debe el juez ser filósofo? Debe aclararse que cuando me refiero a ser filósofo deseo indicar la necesidad de una formación académica en filosofía.

En este apartado comparto la posición de Dworkin (*cf.* 2010, p. 25 y ss.) que indica que no es necesario que el juez sea filósofo, en el sentido ya explicitado. Esta, a mi juicio, es una posición sana, pues un juez debe estar formado principalmente en competencias jurídicas, es decir, primero debe ser un buen jurista. Lo anterior no significa que se debe descuidar el estudio de temas de filosofía atinentes al Derecho. Por el contrario, dentro de esa formación que se orienta a lograr juristas excelsos la filosofía cumple un papel fundamental; de ahí que si bien es cierto a un juez no se le debe exigir cualidades esenciales de un filósofo éste debe estar en capacidad de conocer y manejar teorías y conceptos propios de la filosofía para resolver de una mejor manera asuntos de corte moral y político. Para ser entonces un buen jurista, y por ende un buen juez, hay que interesarse y dominar elementos básicos de la filosofía es el mensaje de Dworkin que aquí se comparte.

Sería absurdo sugerir a los jueces que pidieran permiso para ausentarse de su trabajo con el objetivo de obtener Doctorados en Filosofía (PhD.), y que luego, a su regreso al tribunal, redactaran todas sus sentencias, o al menos las más importantes, de tal forma que pudieran ser publicadas en revistas especializadas en filosofía. Los abogados entrenados de forma correcta tienen la capacidad de establecer sus propios argumentos filosóficos, los cuales pueden ser muy diferentes a los presentados por un filósofo académico, y los jueces, por su parte, pueden valorar esos argumentos sin tenerse que sujetar a la concepción de un filósofo determinado. (Dworkin, 2010, p. 25-26)

Se requiere entonces de una cierta sensibilidad por parte de los jueces a la hora de abordar asuntos filosóficos. Dicha sensibilidad radica en el conocimiento, no sólo de teorías, sino también de una realidad social que determina una idea de justicia sustentada en el bien común. No es necesario entonces que un juez domine a la perfección las extensas y a veces complejas teorías de los más notables filósofos como Aristóteles, Kant, Hegel, Marx o Nietzsche, pero sí es necesario una formación que dé cuenta de los principales temas de la filosofía, como, por ejemplo, los conceptos y teorías sobre la libertad, la dignidad, la moral, el Hombre, el Estado y la Sociedad, a esto es lo que llamo una sensibilidad filosófico-social.

## La hermenéutica como límite a la arbitrariedad judicial.

Los problemas filosóficos a los que comúnmente se ven enfrentados los jueces comportan dos grandes escenarios: hermenéutica y argumentación jurídica. Bajo esta perspectiva es necesario, en primer lugar, realizar una reivindicación de una visión o posición optimista frente a la hermenéutica en el Derecho teniendo en cuenta los desafíos que supone un análisis del éste desde el Neoconstitucionalismo. En segundo lugar, la revitalización del concepto del Derecho como un ejercicio discursivo. Empecemos entonces con la formulación de una visión optimista de la hermenéutica.

Andrej Kristan en su escrito *Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto, diversidad de lecturas* (2013, p. 13 y ss.) plantea un ejercicio de cambio de paradigma en la concepción del Derecho. El paradigma propuesto por el autor europeo consiste en asumir que el Derecho es un fenómeno que se caracteriza por presentar unidad de texto, pero necesariamente diversidad de lecturas, es decir, si bien es cierto los enunciados normativos son iguales para todos los lectores, de éstos pueden desprenderse varias lecturas o interpretaciones con la particularidad de que todas ellas pueden ser válidas. El sustento de esto se encuentra en los postulados de la escuela psicológica de la *Gestalt* que indica que la mente humana pre-configura aquello que desea ver cuando tiene varias opciones validas al tiempo (un ejemplo de esto son las famosas ilusiones ópticas, una de ellas, *El Jarrón de Rubín*, muestra en una misma imagen una silueta en la que se distinguen en su parte sombreada un cáliz o copa, pero en su parte clara dos rostros que se miran frente a frente). En este orden de ideas, la mente no puede observar las dos imágenes al mismo tiempo, pues se optará por una y no por la otra; Kristan invita al lector a hacer el ejercicio para comprobarlo (ver figura 1).

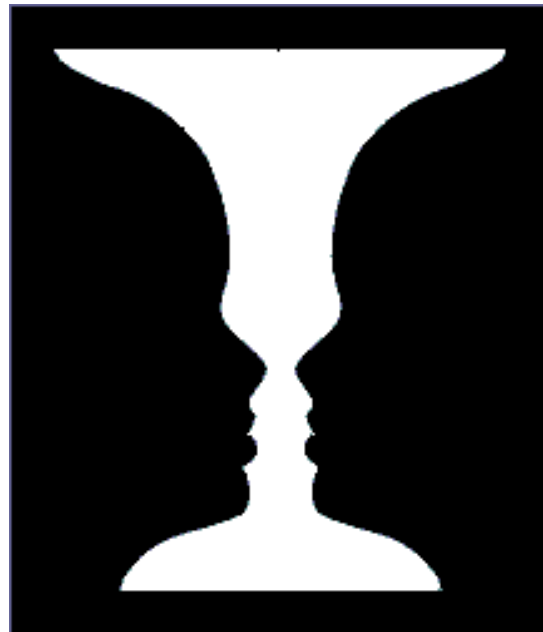


Figura 1: "El Jarrón de Rubin"

Teniendo en cuenta esta posición, podemos aplicar dicho fenómeno al mundo jurídico. En este caso no hablamos de una imagen sino de un texto, el cual es el mismo para todos los lectores en cuanto a su estructura gramatical (así como la imagen es la misma para todos los receptores), pero a pesar de ello, las interpretaciones serán distintas, aunque igualmente viables (así como es viable poder apreciar en la imagen dos rostros que se enfrentan o una copa o cáliz). Usemos un enunciado de la Constitución Política de Colombia, su artículo 192 en el que se lee: *“El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: “Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia”*.

Ahora bien, aunque el enunciado es el mismo, gramaticalmente hablando, para cualquier lector (un solo texto u objeto) puede hacerse la siguiente pregunta: ¿Un Presidente ateo que se niegue a jurar por Dios puede posesionarse? La respuesta a este interrogante permite generar dos interpretaciones o lecturas viables: la primera es un no, pues el texto constitucional es claro en el procedimiento y los términos usados para la posesión y juramento del Presidente, además si la intención del constituyente originario hubiese sido otra pues entonces así lo hubiese plasmado en el texto, por lo tanto, este requisito es inobjetable. Una segunda respuesta, lectura o interpretación permitiría una posesión, pues el objetivo del juramento no es profesar una determinada creencia religiosa, sino garantizar el cumplimiento de un deber a través de una solemnidad común pero no indispensable para la celebración de un acto, sumado a eso la misma Constitución establece un Estado laico. Como se puede apreciar, dos visiones distintas de un solo texto.

Siguiendo lo anterior, podemos lanzar una segunda tesis: La hermenéutica es la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales, es decir, ante los problemas de comprensión en dichas ciencias (y se puede incluir aquí al Derecho) la hermenéutica es aquella que permite establecer el método para poder llegar a una correcta comprensión de un determinado mensaje. Así como en las ciencias naturales existe un método científico guiado por la lógica formal y las leyes naturales, en las ciencias sociales existen procedimientos aportados por la hermenéutica para poder lograr la comprensión de fenómenos sociales, pues éstos se comprenden, los naturales se explican. En nuestro caso particular, lograr la comprensión de las normas jurídicas (que funcionan bajo la premisa “unidad de texto, diversidad de lecturas”) la hermenéutica es la clave metodológica, la hermenéutica es la lógica de las ciencias sociales tal y como lo plantea *Habermas* (2009, p. 173).

Pero la hermenéutica ha trasegado un largo camino para poder posicionarse como aquella teoría de verdad en las ciencias sociales. Ha debido superar una visión que la relegaba en la academia, particularmente la academia jurídica, pues generaba un miedo o sospecha que la convertía en un elemento inútil. Esta visión pesimista se opone a una visión que resalta el valor de la hermenéutica como una disciplina útil y encaminada a solucionar la arbitrariedad de la interpretación.

Esta tesis o visión pesimista se sustenta en el verbo de *Nietzsche*, particularmente en su famosa afirmación según la cual no existen hechos, sólo interpretaciones, pero también identificable en su *Genealogía de la moral* (Nietzsche 1987, p. 155) cuando afirma que: *“Existe únicamente un ver perspectivista, únicamente un conocer perspectivista”*.



De esta manera la hermenéutica tiene una clara impronta de sospecha pues se torna en un escenario donde la verdad no existe ya que todo resulta ser, en últimas, una cuestión de interpretación. Esa posición relativista, muy común en la posmodernidad, en el mundo del Derecho es evitada con razón, más si se tiene en cuenta que uno de los pilares lo jurídico es la construcción seguridad sobre el concepto de la verdad. Es esta entonces la posición pesimista, aquella que desconfía de la hermenéutica pues la considera generadora de caos al multiplicar las interpretaciones de manera arbitraria refundiendo el concepto de verdad el cual es ya imposible de hallar.

Verdaderamente uno de los posibles sentidos de la palabra ‘hermenéutica’ puede ser el de designar un espacio intelectual y cultural donde no hay verdad, ya que todo es cuestión de interpretación. Esta universalidad del dominio de la interpretación ha encontrado su primera expresión en el verbo explosivo de Nietzsche: ‘No hay hechos sino sólo interpretaciones’. (Grondin, 2008, p. 14)

Sin embargo, esta posición frente a la hermenéutica tiene su contraparte: una visión optimista; pues contrario a ser un elemento que genera caos, la hermenéutica es la llamada a remediar tal desorden. Ante la multiplicidad y arbitrariedad de interpretaciones, la hermenéutica es aquella que pone orden estableciendo métodos para lograr una mejor comprensión y encontrar la verdad. Y es precisamente aquello que los pesimistas hermenéuticos le endilgan a la hermenéutica lo que genera la posición contraria: el caos en la interpretación no es resultado de la hermenéutica, es el punto de partida para su trabajo, así, la corrección de las interpretaciones y su valoración para una mejor comprensión es la verdadera función de ésta.

Y, sin embargo, como no nos cansaremos de recordar, esta concepción (la pesimista), se sitúa en las antípodas de lo que siempre ha querido ser la hermenéutica, a saber, una doctrina de la verdad en el dominio de la interpretación. La hermenéutica clásica ha querido, efectivamente, proponer reglas para combatir la arbitrariedad y el subjetivismo en las disciplinas que tienen que ver con la interpretación. (Grondin, 2008, p. 15)

La hermenéutica jurídica debe ubicarse en la visión optimista. Lo anterior significa que se debe confiar en los métodos y técnicas de interpretación jurídica para poder lograr la comprensión a la hora de analizar enunciados normativos. De esta manera se construye legitimidad en la decisión judicial.

La posición optimista implica abandonar la idea según la cual toda interpretación, salvo la gramatical, debe ser evitada en el campo jurídico. Ya ha quedado ampliamente demostrado que la dinámica social conlleva problemas del lenguaje y de valoración que no pueden ser abordados y resueltos con una mera interpretación gramatical. El Neoconstitucionalismo es una muestra de ello, pues ante la consagración de principios redactados en términos particularmente vagos y la necesaria valoración que supone



identificar el Derecho con unos estándares mínimos de justicia, la hermenéutica es una herramienta idónea para valorar y limitar la discrecionalidad judicial y una eventual arbitrariedad. Discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos distintos, pues mientras la primera es inevitable al ser una propiedad del lenguaje, es decir, el lenguaje jurídico es indeterminado así no se quiera, la segunda es evitable, de hecho, debe ser evitada pues constituye un atentado contra la moralidad jurídica y pública.

Lo que se trata de evitar es la arbitraria desviación de poder, así como falta de control sobre el mismo y esto no se produciría ya que, según él, toda decisión de la Administración, por muy discrecional que sea, es susceptible de control judicial de Juridicidad. (Otero, 1995. p. 389)

Si bien es cierto, no existe una verdad absoluta, y el Derecho se trata de resolver lo justo aquí y ahora; ante la indeterminación de lenguaje y el enfrentamiento de los jueces a problemas filosóficos, las reglas que proporciona la hermenéutica son elementos básicos para lograr una confianza del ciudadano en la práctica judicial pues éstas permiten no sólo la explicitación de razones acerca de por qué una interpretación es mejor que otra en el caso concreto, sino que también generan rigurosidad argumentativa. La interpretación, que puede ir desde la exégesis hasta la consulta del espíritu y fin de la norma, jamás será un ejercicio arbitrario mientras se fijen reglas y pautas para tal procedimiento en aras de lograr una comprensión de textos jurídicos armonizada con las disposiciones constitucionales. Ante estos retos de carácter lingüístico y moral la hermenéutica dice presente para dar una mano sumamente útil. La hermenéutica jurídica entonces no genera, bajo ninguna circunstancia, caos, por el contrario, es la esencia del Derecho, entendido éste como ejercicio del lenguaje y como ciencia social, sin hermenéutica no hay Derecho ni práctica judicial pues toda decisión de esta índole es un ejercicio de interpretación; *Grondin* sostiene que: “Sólo puede surgir una hermenéutica cuando resulta seguro que las imágenes del mundo no son sólo simples duplicaciones de la realidad tal como es, sino que representan interpretaciones pragmáticas, es decir, implícitas en nuestra relación hablante con el mundo.” (2002, p. 41)

Sumada a la hermenéutica, el ejercicio de la argumentación jurídica es básico para la legitimación de la decisión judicial. La explicitación de manera racional a través de una estructura argumentativa sólida es la culminación del proceso de legitimación. La necesidad de justificación de la decisión judicial es un valor fundamental en un mundo jurídico complejo que permite el análisis de la comunidad, no sólo jurídica, sino también académica y del ciudadano común, de las razones que los jueces usan para proferir sus sentencias. Es una condición entonces de validez y aceptabilidad del discurso jurídico una argumentación jurídica rigurosa.

El auge de lo que se conoce con el nombre de Teoría de la Argumentación Jurídica generalmente se ha explicado desde diversas situaciones históricas, políticas, ideológicas y jurídicas. Podría decirse, *grosso modo*, que el auge mencionado surge en la época de posguerra, al mismo tiempo que el Neoconstitucionalismo, y como resultado de una fuerte crisis del paradigma jurídico positivista, así como de la necesidad de replantear el

papel del Derecho en torno a la idea de justicia, el respeto por la dignidad humana y sus desarrollos conceptuales conexos. No es raro a la hora de los debates sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica, sobre todo en su enseñanza, acudir a los Juicios de Núremberg para ilustrar cómo hay un cambio paradigmático consistente en la superación de la idea de la separación tajante, que se pretendía endilgar al positivismo, entre el Derecho y la moral. Lo anterior con una idea clara: La pretensión de construir una nueva forma de justificación de las decisiones judiciales ante un escenario complejo que supone el debate sobre valores que no pueden ser definidos y aplicados con la frialdad propia de un positivismo lógico. Las ideas de justicia, dignidad y libertad, por ejemplo, ya no pueden ser abordadas por simples operaciones lógico-formales, pues debido a su naturaleza convencional se tornan subjetivas, pero no por ello alejadas de la idea de un Derecho objetivo. Y es que con la Teoría de la Argumentación Jurídica como nueva forma de justificación de la decisión judicial se presenta de nuevo la vetusta polémica entre los paradigmas jurídicos positivista e iusnaturalista.

La posición positivista respecto de la idea de justicia y su inutilidad a la hora de definir el Derecho y aplicarlo es algo ya conocido. Por tal razón el modelo de justificación de la decisión judicial debía estar comprometido con la neutralidad valorativa que el modelo positivista exigía. De ahí que se acude a la lógica formal como elemento que permite la evaluación y corrección del razonamiento judicial, dicha aplicación de la lógica formal en el Derecho terminaría siendo conocida como la teoría del silogismo judicial.

Dicha teoría, supone que la decisión judicial es un mero ejercicio lógico formal reducido a un silogismo, es decir, un razonamiento deductivo y categórico en el cual partiendo de dos premisas conocidas se obtiene una conclusión desconocida. En otras palabras: un silogismo no me permite determinar verdades o falsedades, pues estas propiedades son sólo predicables de las proposiciones (juicios), esto indica que las proposiciones que integran el silogismo pueden ser falsas, pero aún dicho silogismo puede ser válido desde un punto de vista lógico-formal.

Ahora bien, este formalismo lógico llevó a la idea según la cual el juez a la hora de aplicar la normatividad jurídica en un determinado caso debía acudir a una operación silogística. Cada norma supone un caso acompañando de una solución normativa (generalmente descrita por un operador deóntico), así las cosas, una norma no es otra cosa distinta a la descripción de una conducta acompañada de una sanción, de tal manera que el agente que realice la conducta descrita será responsable, a través del proceso de imputación, de la sanción preestablecida. La estrategia positivista resulta fascinante pues al usar la lógica formal propia del silogismo no hay que preocuparse por debates sobre el contenido de la norma. Es decir, así como en la lógica formal del silogismo el valor de verdad de las proposiciones (contenido) es irrelevante, en el positivismo el grado de justicia de la norma (contenido) también lo es.

Las críticas a esta forma de pensar y aplicar el Derecho no se hicieron esperar. Ante los horrores de la segunda guerra mundial y la mirada perpleja de la comunidad internacional que observaba como la dignidad de millones de personas cedía y era vulnerada de la manera más espantosa ante un modelo lógico del Derecho que simplemente miraba sin mayor preocupación la barbarie y se convertía en un legitimador del horror, surgían las

voces que clamaban por el abandono de tan nefasta estructura lógico-jurídica. Se requería contenido en la aplicación del Derecho, esto es, se necesitaba recuperar las nociones de dignidad y justicia para evitar que sucesos como los ocurridos se presentasen de nuevo. Estaba entonces el positivismo y el silogismo en una crisis profunda, y todo producto de una deformación del positivismo original y de una amañada utilización de la lógica formal.

El silogismo judicial es presentado entonces como un maligno artefacto que permitió, entre otras cosas, la comisión de crímenes aberrantes de los cuales la humanidad no se olvidará. El papel de la lógica en el Derecho como elemento determinante en la justificación judicial debía replantearse y en lo posible alejarse de dicho modelo. Pesaba entonces sobre el positivismo y la lógica formal una mancha de vergüenza. Ya el Derecho no podía depender de tan devastadores modelos. Esto se puede evidenciar en las famosas palabras de *Karl Larenz*, citadas en la obra de *Alexy*: “*Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.*” (1989, p. 23)

De esta manera, la Argumentación jurídica puede ser entendida de una mejor forma si se aprecia la tensión entre el paradigma positivista formalista y el modelo iusnaturalista clásico (Sterling, 2013, p. 13 y ss.). Dicha tensión supone dos tipos de lógica en la justificación judicial: una de tipo formal y otra sustentada en la retórica ante la necesidad de abordar situaciones de orden moral o político, tema sin duda polémico.

Uno de esos temas polémicos ha sido el de la argumentación jurídica (o, si se quiere, el de la justificación de las decisiones jurídicas -en particular, las judiciales), con la discusión acerca del papel que la lógica y la moral han de jugar -o juegan de hecho- al respecto. (Atienza, 1998, p. 33)

### **El Derecho como ejercicio discursivo.**

Debe entenderse, además, que este auge de la Argumentación Jurídica se debe en gran parte al reconocimiento de que el Derecho es un fenómeno discursivo, es decir, un ejercicio de enfrentamiento de discursos donde aquel que esté mejor sustentado prevalece. Toda la práctica judicial es discursiva, desde los alegatos de las partes hasta la justificación de la decisión por parte del juez, están envueltas en estructuras discursivas que deben ser valoradas respecto de su validez y aceptabilidad. Es un requisito del Estado Constitucional de Derecho la presencia de una Argumentación Jurídica sólida para garantizar derechos fundamentales y la racionalidad judicial. De esta manera la Argumentación Jurídica es un límite a la arbitrariedad por parte del Estado, particularmente de los jueces. Atienza al respecto afirma: “*La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación.*” (2004, p. 353)

De lo anterior se desprenden varias reflexiones. Una de ellas permite identificar que existe un lenguaje jurídico que no sólo se encuentra en las normas, sino que también que en muchas ocasiones está determinado por los jueces y su práctica judicial. Estamos

hablando, ni más ni menos, de una definición del lenguaje jurídico por parte de un órgano jurisdiccional, y desde luego, las implicaciones sociales que esto trae pueden ser polémicas. La aceptación del Derecho como fenómeno discursivo y del lenguaje parece entonces no ser descabellada.

Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje. (Aaulio, 2000, p. 12)

Atienza plantea que la práctica del Derecho es en sí misma un ejercicio del lenguaje y del empleo de discursos, especialmente en los Estados Constitucionales (*cf.* 2006, p. 15 y ss.). Esto en gran parte a la difusión amplia del modelo procesal anglosajón, que en Colombia ha tenido un auge especial debido a la entrada en vigencia de un modelo de oralidad en las actuaciones judiciales.

El Derecho como ejercicio discursivo, supone también aceptar la legitimidad del discurso de la autoridad judicial. Es decir, el juez no es sólo un agente que aplica normas y que justifica dicha aplicación en operaciones lógico-formales, es también un garante de valores constitucionales que se defienden con un discurso determinado y que orienta toda actuación del ciudadano y el mismo Estado hacia el bien común.

Un ejemplo de lo anterior son los denominados Test de Proporcionalidad usados por la Corte Constitucional como desarrollo de la Teoría de la Ponderación explicitada por *Robert Alexy* que la forma en que se aplican los principios de carácter jurídicos, también conocidos como mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*” (Alexy, 1997, p. 86) De esta manera la Argumentación Jurídica a través de un discurso racional permite justificar, en este caso, qué decisión es más adecuada ante un choque de principios. La ponderación es una forma de aplicar un procedimiento discursivo ante unas circunstancias especiales que no pueden ser resueltas con un silogismo tradicional.

Los Test o Juicios de Proporcionalidad son usados por nuestro Tribunal Constitucional, y han sido explicitados en numerosas jurisprudencias. Ellos son una forma de argumentar la toma de decisiones cuando hay un enfrentamiento de principios. Éstos a su vez tienen varias partes:

El primer elemento del test de proporcionalidad es, como bien se sabe, el relativo a la finalidad de la medida de que se trata. En este tipo de análisis el propósito que el precepto cuestionado persigue y los intereses que busca favorecer resultan relevantes, en cuanto si la medida implica alguna restricción o sacrificio de otros derechos o intereses, como a primera

vista ocurre en este caso, la validez constitucional de esa limitación depende, entre otros criterios, de la importancia que el texto superior le reconozca al objetivo que la norma pretende alcanzar. La jurisprudencia ha señalado que en los casos en que se aplica un test de proporcionalidad de intensidad intermedia, el propósito que se busca debe ser importante, a la luz del texto constitucional. [...] El segundo elemento por analizar con miras a determinar la proporcionalidad de la medida que se estudia es su idoneidad para alcanzar la finalidad propuesta, esto es, contribuir a reducir los niveles de congestión de los despachos judiciales. Dado que en este caso se aplica un juicio intermedio de proporcionalidad, la medida ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, por lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado. [...] Por último, debe analizarse también si esta medida resulta proporcionada en sentido estricto, para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría. (Corte Constitucional, Sentencia C-470 de 2011)

La argumentación jurídica como resultado del Derecho, entendido éste como concepto discursivo, es entonces un caso especial de argumentación práctica en el cual el Juez pretende dar una solución a través de un fallo, pero como característica especial se tiene que el objeto de la decisión es lo que se denomina un caso difícil (que aparentemente tiene más de una solución). Según el profesor Óscar José Dueñas Ruiz:

Superando un poco el debate Hart-Dworkin, se encuentra la teoría de la argumentación planteada por Robert Alexy, al igual que Dworkin, él sostiene que las decisiones en derecho se deben tomar a través de un discurso donde ciertos argumentos se enfrentan a otros y triunfan los mejores. (2005, p. 26)

Un elemento importante que se debe tener en cuenta, además de la validez de los razonamientos en la argumentación es la aceptabilidad. La aceptabilidad de una tesis o argumento jurídico depende de su justificación, es decir del punto de vista desde el cual un juez expone su motivación (Feteris, 2007, p. 15 y ss.).

Como claramente expone Soeteman la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal. Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual *“lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras.”* (Soeteman, 1989, p. 20)



## **La razón práctica como límite verificable de la decisión judicial.**

También es importante resaltar la practicidad que se le da a la teoría de la argumentación jurídica. Con esto se quiere indicar que, lejos de ser una teoría explicativa solamente, ella se encarga de resolver problemas reales y prácticos (los generados por la indeterminación del lenguaje jurídico y los choques de principios). Al respecto Alexy manifiesta:

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. En un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. (2002, p. 21)

*Alexy*, además de ser uno de los más importantes representantes de la teoría de la argumentación jurídica, es reconocido por su aporte en la teoría de los derechos fundamentales. Ha sabido aplicar en las dos teorías elementos comunes. El punto de encuentro entre estos dos temas: derechos fundamentales y argumentación jurídica lo ubicamos dentro del concepto del discurso racional. Por medio de este discurso racional, se busca rehabilitar la razón práctica reforzando así el enfoque discursivo del Derecho. Es decir, mediante esa rehabilitación de la razón práctica se pretende estructurar un discurso racional que obedece a ciertas reglas, para luego avanzar a una teoría normativa del discurso racional que permita justificar decisiones en casos difíciles. (1995: p. 52):

El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional. (*Alexy*, 1995, p. 52)

Todo el proceso de argumentación, y en general, toda actuación en el Derecho, está guiada por la idea de razón práctica a la hora de tomar decisiones y elegir de manera racional de acuerdo a los fines deseados y la idea de bienestar común. En esta razón práctica están presente los valores que determinan la corrección o incorrección de las conductas o elecciones por lo que puede servir como guía universal.

Se puede afirmar que la razón es la facultad de elegir, de la mejor manera posible, tanto los fines, como los medios que orientan nuestras acciones. La determinación de los medios más adecuados para acceder a un fin dado es una cuestión técnica, sustentada en una descripción verdadera de los hechos. Por otro lado, la elección de los fines no depende de una



descripción verdadera de los hechos, sino de los valores que hacen posible establecer lo que es digno de ser perseguido en las acciones. Hablar de razón práctica implica el reto de reconocer el politeísmo de los valores y, también, sostener que la razón puede ofrecer una guía a la decisión que debemos tomar ante el conflicto permanente en el que se presentan. Es decir, se trata de hacer compatibles la pluralidad propia del mundo humano con la exigencia de validez universal propia de la razón. (Serrano, 2005, p. 121)

Con una clara estirpe kantiana, la idea de razón práctica plantea que la autonomía del ser humano solo es posible en la medida que se de una interacción con los demás, dicha interacción debe estar mediada por la elección racional de acciones que conlleven a un fin, de esta manera esa acción es aceptada por la comunidad pues satisface los valores colectivos. La idea de justicia sustenta la posibilidad de una sociedad racional y evolucionada además de convertirse en el criterio de validez de las acciones individuales. Al respecto Serrano señala:

El núcleo de la ética kantiana reside en la tesis de que los seres humanos sólo pueden convertirse en sujetos autónomos en su interacción con los otros. El individuo que justifica de manera racional sus motivos asume, implícita o explícitamente, que esa justificación también debe ser reconocida por los otros como válida: el buscar la autonomía individual presupone reconocer la autonomía de los otros (segunda formulación del imperativo categórico). Las normas susceptibles de ser universalizadas no se refieren a cuestiones de vida buena, sino a principios de justicia que posibilitan la coexistencia en un mundo plural. El imperativo categórico permite diferenciar los enunciados evaluativos, apoyados en criterios variables, de aquellos universalmente válidos para todo sujeto racional. (2005, p. 125)

Por lo anterior, la relación entre la teoría y la práctica en materia moral se fundamenta a partir de un escenario teleológico o de fines perseguidos. La razón práctica establece unos fines u objetivos deseables que deben ser alcanzados por unos medios concretos. Por lo anterior, los argumentos de corte deontológico están jerárquicamente por debajo de los teleológicos (no son, por tanto, excluyentes), es decir, en términos de validez, éstos prevalecen sobre aquellos. Desde la perspectiva de Kant, en el Derecho y la moral pueden existir coincidencias respecto del contenido de la legislación estatal y moral, sin embargo, en la moral sólo se acepta como móvil el reconocimiento de ésta por parte del otro, mientras que en el Derecho esto varía, por ejemplo, con la sanción.

A la mera concordancia o discrepancia de una acción con la ley, sin tener en cuenta los móviles de la misma, se le llama legalidad (conformidad con la ley), pero aquella en la que la idea del deber según la ley es a la vez

móvil de la acción, se le llama moralidad (eticidad) de la misma. (Kant, 1989, p. 219)

Así las cosas, la noción de razón práctica es una forma de escapar de las posiciones dogmáticas, tanto de iusnaturalistas como de positivistas al establecer pautas claras para concebir el uso de la razón y sus componentes, por lo tanto no existe una exclusión entre estos dos paradigmas, pues, al final, la idea de justicia siempre estará presente a la hora de determinar la aptitud moral de una determinada acción, la diferencia radica en el momento en que se juzga esta situación por parte de los paradigmas nombrados.

La filosofía kantiana del derecho busca distanciarse tanto del dogmatismo del iusnaturalismo tradicional como del dogmatismo que también ha imperado en la tradición del positivismo jurídico. Para ello, empieza por aplicar uno de los preceptos básicos de su método crítico, el cual exige establecer límites definidos entre los distintos usos de la razón. Ello permite advertir que el positivismo y el iusnaturalismo se mueven en distintos niveles, por lo que ellos no pueden considerarse posturas opuestas, entre las que se tiene que elegir. El tema del positivismo jurídico es una *quaestio facti*, a saber, determinar lo que el derecho es *quid sit iuris*, es decir, lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado. En cambio, el tema del derecho natural es una *quaestio iuris*, a saber: si lo que han dicho las leyes es justo, esto es, se trata de establecer el criterio general para reconocer tanto lo justo como lo injusto (*iustum et iustum*). (Serrano, 2004, p. 10)

Con la concepción discursiva del Derecho y el auge de la Teoría de la argumentación jurídica en la segunda mitad del siglo XX, la razón práctica cobra un papel fundamental a la hora de la justificación de los discursos jurídicos, pues se tratan de estructuras prácticas, al igual que la razón, que buscan corregir enunciados normativos, esta corrección no es nada distinto a una pretensión de moralidad práctica. Lo anterior se logra a través de Reglas (Alexy), hermenéutica (Kaufmann) o sentimientos (Nussbaum), entre otras propuestas.

Luego de que aparecieran los trabajos de Perelman y Viehweg, surge a finales de los años setenta un conjunto de autores cuyos trabajos giran en torno al problema del razonamiento jurídico y de la justificación de la decisión judicial. De estos autores, el más conocido para nosotros es sin lugar a dudas Robert Alexy (1997), quien sostiene que la jurisprudencia y, en particular, la argumentación jurídica versa sobre cuestiones prácticas, pues ambas presuponen corrección de enunciados normativos y, por tanto, ambos son portadores de una pretensión de corrección, de allí que deba considerarse al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. (Carrillo, 2009, p. 59)

En conclusión, el Derecho como ejercicio discursivo debe contar para su pretensión de corrección de las decisiones judiciales con la incorporación del concepto de razón práctica para así evitar la arbitrariedad derivada del fenómeno inevitable de la discrecionalidad judicial. La arbitrariedad es una conducta indeseable y contraria a la moral y el Derecho, y para evitar que surge es necesario adoptar las medidas que garanticen una justificación racional y razonable de las decisiones judiciales, en este escenario la argumentación y la hermenéutica jurídica ofrecen herramientas que permiten la concreción de la razón práctica convirtiéndose en áreas útiles para el mejoramiento del discurso jurídico y sus resultados.

Entendemos que la arbitrariedad es una conducta contraria a derecho mientras que la justicia es uno de los valores fundamentales objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en algunas ocasiones el mandato concreto que impone una ley puede no ajustarse estrictamente a los parámetros de la justicia, de tal manera que una ley concreta puede resultar injusta. Para evitar esta situación, el derecho dispone de una serie de medidas correctoras, de tal manera que la modificación de un precepto para ajustarlo a la justicia, es una práctica corriente. (Otero, 1995, p. 392)

## Referencias

---

AARNIO, A. *Derecho, racionalidad y comunicación social: Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México DF: Fontamara, 2000.

ALEXY, R.

(1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(1995). *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

(1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

(2002). *Derecho y Razón Práctica*. México DF: Fontamara.

ATIENZA, M.

(1998). A propósito de la Argumentación Jurídica. En *Revista Doxa*, N°21, II. Alicante: Universidad de Alicante, p. 33-50.

(2004). Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. En: *Anales de jurisprudencia*, México DF: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pp. 352-369.

(2006). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.

BERNAL, C. Estructura y límites de la Ponderación. En: *Revista Doxa*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, pp. 225-238.

CARBONEL, M. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En CARBONELL, M. y JARAMILLO, L. (eds.). *El Canon Neocconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 159-173.

CARRILLO, Y. Acerca de la razón práctica en el derecho y de sus límites en la justificación de las decisiones judiciales. En *Revista Jurídicas*, 6 (I), enero-junio. Manizales: Universidad de Caldas, 2009, pp. 52-68.

DUEÑAS, O. *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

DWORKIN, R.

(1992). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.

(2010). ¿Deben nuestros ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? En: *Revista Isonomía*, N°32, abril. México DF: ITAM, 2010, pp. 7-31

FETERIS, E. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las Teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GRONDIN, J.

(2002). *Introducción a la Hermenéutica Filosófica*. Barcelona: Herder.

(2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.

HABERMAS, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2009.

KANT, I.

(1965). *Crítica del juicio*. México: Editora Nacional.

(1989). *Metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.

KRISTAN, A. Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas. En *Revista Dixi*, N°12, abril. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Bucaramanga, 2009, pp. 13-21

NIETZSCHE, F.

(1987). *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.

(2007). *Fragmentos Póstumos (1869-1874)*, vol. I. Madrid: Tecnos.

OTERO, M. La arbitrariedad. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°12. Madrid: Ministerio de Justicia, BOE, 1995, pp. 387-400

POZZOLO, S. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En CARBONELL, M. y JARAMILLO L. (eds.). *El Canon Neococntitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 209-229.

ROSS, A. *Tú-Tú*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

SERRANO, E.

(2004). Derecho y razón práctica. En *Revista Signos Filosóficos*, vol, VI, N°11, enero-junio. México DF: UAM, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, pp. 9-45.

(2005). Reflexiones sobre la noción de razón práctica. En *Revista Signos Filosóficos*, vol, VII, N°13, enero-junio. México DF: UAM, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, pp. 121-126.

SOETEMAN, A. *Logic and Law*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

STERLING, J.

(2010). *Wittgenstein and the Law: toward a claim for correction of language*. En *Revista Ambiente Jurídico*, N°12, noviembre. Manizales: Universidad de Manizales, P. 207-231

(2013). *Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica: reflexiones desde los paradigmas jurídicos*. Saarbrücken: Editorial Académica Española/AV Akademikerverlag GmbH & Co. KG

WITTGENSTEIN, L.

(1979). *Cartas a Russell, Keynes, y Moore*. Madrid: Taurus.

(1992). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Madrid: Alianza.





## Gestalt y Hermenéutica del Derecho

*Goodbye Ruby Tuesday  
Who could hang a name on you?  
When you change with every new day  
Still I'm going to miss you.*

*Ruby Tuesday. The Rolling Stones*

### Introducción

El Derecho puede ser considerado, de forma general, como un ejercicio hermenéutico y comunicacional que implica la transmisión de mensajes por parte de las autoridades (decisiones) que están encaminados a la acción humana para garantizar la convivencia social, siguiendo los lineamientos de la Teoría Comunicacional del Derecho de Gregorio Robles, el concepto de Derecho se caracteriza por *“adoptar la perspectiva de la comunicación, y por lo tanto del lenguaje para estudiar el fenómeno jurídico.”* (Robles, 2018, p. 19) Si se asume el Derecho como un ejercicio hermenéutico-comunicacional, uno de los pilares para esta noción está sustentada en la tesis según la cual el fenómeno jurídico es perspectivista y constructivo debido a que se trata de la unidad de textos y diversidad de lecturas; postulado que puede ser explicado desde la escuela psicológica de la *Gestalt*. Por lo anterior, este texto apunta a explicar cuáles son los orígenes, postulados y evolución de la teoría gestáltica y su impacto en el Derecho como ejercicio comunicacional, no se hará un ejercicio valorativo respecto de la conveniencia o no de la posición gestáltica, se trata de ilustrar su contenido y su encuadre en la visión del Derecho propuesta.

## La escuela de la *Gestalt*: Unidad de texto, diversidad de lecturas

No es extraño que en la cotidianidad una persona tenga que escoger entre dos o más opciones a la hora de realizar un proceso de interpretación y esto no es un asunto exclusivo del mundo jurídico. Constantemente las personas se enfrentan a imágenes, textos u obras que suponen conclusiones diferentes después de ser interpretados, pese a que se trata del mismo objeto, esto es también válido en el mundo jurídico.

No es necesario ser jurista para darse cuenta de que un mismo texto suele interpretarse a menudo de maneras diferentes, y al menos parcialmente, incompatibles. Saber cómo y por qué esto sucede es algo que la teoría del derecho tiene en común, por ejemplo, con la teoría literaria. (Kristan, 2017, p. 13)

Una propuesta para pensar el Derecho en clave hermenéutica parte de la premisa según la cual se puede entender el fenómeno jurídico como un ejercicio de obtención de significado partiendo de la unidad de texto, pero con diversidad de lecturas. En el artículo de Andrej Kristan *Hiperliteratura y derecho: unidad de texto, diversidad de lecturas* (2009, p. 13-24) se aborda de una manera bastante novedosa el concepto y funcionamiento del Derecho como potencial ejercicio hermenéutico. Como de indicó arriba, se sugiere entonces un cambio de paradigma a la hora de conceptualizar el Derecho, dicho cambio implica asumirlo como ejercicio de hermenéutica a partir del análisis del postulado unidad de texto y diversidad de lecturas y sus implicaciones desde la escuela psicológica de la *Gestalt*.

La idea que se pretende presentar parte de la afirmación según la cual el Derecho es un ejercicio hermenéutico en tanto se trata de un fenómeno que supone siempre la escogencia de una interpretación sobre otras, algo que hasta aquí no es desconocido. Lo anterior es el resultado que se obtiene cuando al abordar un problema jurídico se hace la referencia a un solo texto (objeto) del cual se desprenden diversas lecturas (interpretaciones), todo ello con un elemento adicional: muchas de ellas lecturas son viables o ajustadas al sistema jurídico en principio; por lo que al final se decide cuál de dichas lecturas o interpretaciones es la que mejor permite comprender el sentido del enunciado normativo que se encuentra en el texto. Este escenario no parece novedoso pues se ha dicho antes que los jueces, por ejemplo, al interpretar siempre escogen la respuesta correcta, pero, a diferencia de las teorías anteriores, este ejercicio supone necesariamente que éstos puedan determinar con claridad qué es lo correcto y qué no lo es. Es necesario entonces repensar el anterior esquema reconociendo que las diversas lecturas o interpretaciones pueden ser viables o justificables de manera racional, lo que complica la labor judicial, pues una cosa es elegir entre lo correcto y lo incorrecto, y otra más compleja y desafiante es escoger entre dos o más soluciones correctas a la luz de un ordenamiento jurídico determinado, esta noción que suele denominarse caso difícil ocurre: “[...] cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica.” (Dworkin, 1984, p. 16) El Derecho, así visto, es un ejercicio eminentemente de selección interpretativa y argumentativa donde las

normas positivas no son suficientes para dar cuentas de ciertos problemas que implican moral y ética; según Prieto Sanchís, esta visión del Derecho debe:

[...] concebirse como algo más que un conjunto de normas; los principios, morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo. (1985, p. 356)

La idea de caso difícil resulta un desafío para el positivismo jurídico en tanto redefine el papel y peso de la interpretación jurídica en la medida que ya no se acude a los estándares tradicionales interpretativos para dar significado a un enunciado normativo, sino que se requiere una verdadera actitud interpretativa con una participación fuerte del Juez. Para algunas visiones del positivismo la actividad interpretativa judicial es, parcialmente, creativa, por lo que la interpretación permite la confusión entre el Derecho que es y el que debe ser:

Dicho de manera aproximativa, se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. Tomado conjuntamente con el punto anterior, ello implica que el positivismo jurídico no puede aceptar el punto de vista de que el Derecho es siempre objeto de interpretación. Se da por sentado que, en mayor o menor medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un Derecho para interpretar. (Marmor, 1991, p. 124-125)

En este apartado se debe mencionar que suele hablarse de una simplificación del positivismo jurídico que muchas veces se confunde con legalismo. La escuela de Viena, por ejemplo, admite perfectamente la creatividad de los jueces por medio de la interpretación, así las cosas, no todas las teorías positivistas excluyen necesariamente los principios, lo único que hacen es destacar que los principios se inducen de los textos legales y jurisprudenciales. Se debe aclarar, sin embargo, que sí existe una exclusión de los principios en tanto su origen, ya sean de carácter fuerte (principios del Derecho en estricto sentido) o débiles (consecuencia de una acción humana, más amplio o de sentido general), pues las teorías iusnaturalistas, al ser voluntaristas, no conciben principios de fuentes como la naturaleza o Dios.

Como ya hemos adelantado, las versiones fuertes de los principios contradicen las versiones iuspositivistas en tanto aquellos integran el derecho por su propio contenido y no por alguna "fuente social". Consecuentemente, los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico, dado que, si el derecho positivo no supera el umbral de justicia y de racionalidad reclamado por los principios de Alexy o las exigencias de

moralidad incluidas en los principios de Dworkin, aquellas normas no alcanzarán su pretendido carácter jurídico, y el juez estará obligado a descalificarlas jurídicamente (Alexy) o a mentir y a ocultarlas (Dworkin). (Vigo, 2017, p.148)

Ahora bien, los casos difíciles tienen además otra faceta que para el positivismo resulta por lo menos incompatible: el enfrentamiento de valores o principios (éstos últimos con una diferencia lógica: la derrotabilidad y funcional: el peso respecto de las reglas positivas) que implican un ejercicio de ponderación por parte del Juez. Dicha ponderación es la forma de solucionar un choque entre principios (es la forma de aplicarlos). En este escenario los principios son entendidos como mandatos de optimización, pautas o guías. Este tipo de enunciados normativos no son exactos en tanto no dicen expresa y claramente que algo deba ser hecho, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*” (Alexy, 1997, p. 86-87) La expresión “en la mayor medida posible” desde luego sugiere toda una compleja labor de interpretación y ejecución, al respecto, Bernal Pulido dice que:

Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte. (2003, p. 226).

La situación descrita anteriormente fu resuelta por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-411 de 1994. De acuerdo con lo anterior, la función del juez será, al final, determinar cuál de los dos valores o principios enfrentados prevalece sobre el otro, al respecto, dice Atienza:

Todo ello, por cierto, presupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo. (Atienza, 1997, p. 17)

Planteo ahora, que el surgimiento de este tipo de casos como aquellos que plantean dos o más soluciones viables a partir de dos o más interpretaciones de un texto –igualmente

viables- puede ser entendido desde los postulados de la escuela psicológica de la *Gestalt*, palabra alemana que tiene varias acepciones: conjunto, aspecto, totalidad o forma.

El postulado central de la *Gestalt* consiste en que la interpretación de fenómenos es mucho más que un conjunto de datos sensoriales, es una estructura organizada donde experiencias previas y creencias determinan lo que las personas interpretan de determinadas situaciones. La percepción es un acto organizado ya que los objetos producen ciertas sensaciones que muchas veces difieren del todo, por lo tanto, al relacionarse producen diferentes resultados o visiones.

Los psicólogos de la Gestalt han demostrado que el hombre, no percibe a las cosas como entidades aisladas sin relación entre ellas, sino que las organiza en el proceso perceptivo en totalidades significativas. El sujeto organiza básicamente las percepciones de la corriente sensorial aferente. Es la experiencia primaria de una figura vista o percibida contra un segundo plano o fondo y el sujeto tiende al cierre de ambos. Así, por ejemplo: ver un cuadrado completo en un conjunto de puntos aislados. Los psicólogos de la *Gestalt*, sin embargo, se ocuparon solamente del estudio de las percepciones de figuras externas en especial visuales y auditivas y no intentaron aplicar sus estudios a las percepciones de los propios sentimientos, emociones y sensaciones corporales. Fue Perls quien logró integrarlas utilizando los principios básicos de la gestáltica, la motivación personal y las percepciones orgánicas corporales. (Burga, 1981, p. 86)

El núcleo de la psicología de la *Gestalt* parece ser que la percepción del ser humano no es simplemente la suma de los datos sensoriales, sino que pasa por un proceso de reestructuración mediante el cual se configura una forma o visión de las cosas. Así, para la *Gestalt* es el sujeto el que al conocer ejerce su acción sobre las sensaciones, percepciones y representaciones para describir e interpretar formas completas y estructuradas, al respecto Guillaume dice:

Los hechos psíquicos son formas, es decir unidades orgánicas que se individualizan y se limitan en el campo espacial y temporal de percepción o de representación. Las formas dependen, en el caso de la percepción, de un conjunto de factores objetivos, de una constelación de excitantes; pero son transportables, es decir que algunas de sus propiedades se conservan en cambios que de cierta manera afectan a todos esos factores. ... La percepción de las diferentes clases de elementos y de las diferentes clases de relaciones corresponde a diferentes modos de organización de un todo, que dependen a la vez de condiciones objetivas y subjetivas. (1976, p. 21)

La *Gestalt*, o gestáltica, surgió en Alemania a principios del siglo XX “como un rechazo de las posiciones elementaristas y asociacionistas, al mismo tiempo que por un deseo de conectar psicología y vida, algo muy difícil en los planteamientos estructuralistas.” (Burgos, 2014, p. 213)

El término fue acuñado por Christian von Ehrenfels para indicar que la percepción no es un fenómeno tan simple como se cree y que algunas percepciones complejas no podían ser divididas sin perder sus propiedades, es el caso, por ejemplo, de una melodía o una figura.

El iniciador de esta corriente, también llamada psicología de la forma o *Gestaltpsychologie*, es el alemán Max Wertheimer, que en 1913 publica su trabajo *Estudios experimentales sobre la visión de los movimientos*, considerado la piedra fundacional de la escuela *Gestalt*. Wertheimer realizó algunos experimentos sobre la naturaleza de la percepción del movimiento formulando lo que denominó fenómeno phi. Descubrió que, si dos líneas cercanas entre sí se exponen de forma instantánea y sucesiva a una velocidad determinada, como cuando se hace con un proyector de cine, el observador no verá dos líneas sino una sola que se desplaza de la primera a la segunda. Si se reduce el intervalo de presentación más allá de un umbral determinado, el observador verá dos líneas inmóviles. Pero si se aumenta dicho intervalo, se verán separadas en el tiempo y el espacio. Wertheimer denominó *Gestalt* a ese factor que unifica y que combina elementos separados en un todo, provocando una ilusión, así las cosas, el todo es mucho más que la suma de las partes cuando se ve.

Como caracteres generales de la *Gestalt*, para entender su ubicación dentro de las variadas y ricas teorías de la psicología, se puede decir, en primer lugar, que ésta pretende una visión integral y unitaria del sujeto y sus acciones, para ello se parte de que las experiencias obtenidas por los sentidos estaban ya estructuradas desde el inicio, de esta manera la psicología debe enfocarse principalmente en las percepciones antes que en las sensaciones. La escuela gestáltica, desde un punto de vista filosófico, está influenciada por la teoría de la intencionalidad de Franz Clemens Brentano (influenciada notablemente por la filosofía aristotélica) y que básicamente plantea que las personas tienen intenciones a la hora de realizar sus actos; dichas intenciones están encaminadas a ciertos objetivos y por lo tanto no son meras reacciones automáticas a estímulos.

Brentano plantea la teoría de la intencionalidad, según la cual la mente es una relación entre conciencia y el mundo, de esta manera la mente siempre apunta o se dirige a un objeto. Gracias a la intencionalidad un sujeto es capaz de conocer la realidad que lo rodea, algo que además es natural en él, pero al mismo tiempo el sujeto se reconoce a sí mismo, no como objeto, sino como un hecho psíquico. De lo anterior puede decirse que todo saber es intencional. Brentano plantea que, así como la ciencia natural tiene como objeto de estudio los fenómenos físicos, la psicología estudia los fenómenos mentales o psíquicos, éstos últimos se caracterizan por su inexistencia intencional, al respecto, dice Brentano:

Todo fenómeno mental se caracteriza por lo que los Escolásticos de la Edad Media han llamado la inexistencia intencional (o mental) de un objeto, y lo que podríamos llamar, aunque no totalmente sin ambigüedad, referencia a un contenido, dirección hacia un objeto (el cual no debe ser entendido aquí como significando una cosa), u objetividad inmanente. Todo fenómeno mental incluye algo como objeto dentro de sí mismo, aunque no todos ellos lo hacen del mismo modo. En la representación



algo es representado; en el juicio algo es afirmado o negado; en el amor, amado; en el odio, odiado; en el deseo, deseado, etc. (2009, p. 68)

Entonces el fenómeno psíquico, en oposición al fenómeno físico, no es lo que es representado en la percepción sensible, sino que es el acto de representación (*Vorstellung*) mismo: “oír un sonido, ver un objeto coloreado, sentir calor o frío, así como los estados similares de la imaginación.” (Brentano, 2009, p. 60) Para Brentano, el fenómeno psíquico es algo más que una especie de lienzo en blanco para capturar impresiones, esta idea la adopta de la escolástica de la edad media y su idea de inexistencia intencional o mental de un objeto.

De este modo, Brentano formula una definición de lo psíquico que, reducido a la conciencia, escapa al estatuto de un contenedor de ideas o una hoja en blanco receptora de impresiones. La conciencia se funda en un acto que la refiere, la dirige, hacia su objeto, hacia algo que no es ella misma y en cuya vinculación la propia conciencia se constituye, lo que supone un cuestionamiento radical a la independencia entre sujeto y objeto. (Scholten, 2016, p.3)

De la misma manera, siguiendo la fenomenología -en especial de Husserl- se plantea que no se reciben sensaciones elementales (azul, felicidad, extensión), sino formas o *gestalten*, es decir, realidades estructuradas a partir de los sentidos: percepciones. En segundo lugar, la *Gestalt* rechazó el positivismo por su “carácter mecanicista y cuantitativo, que está en la base de las construcciones psicológicas de corte empirista” (Burgos, 2014, p. 215), pues contrario al empirismo como el de David Hume en el cual la realidad está compuesta por elementos sin relación entre sí (siendo el sujeto el que asume asociaciones, por ejemplo, por una conjunción permanente), el modelo gestáltico estipula que tanto las cualidades como los sujetos son reales y no se reducen a una simple construcción a partir de datos elementales.

La idea de la *Gestalt* nos encamina a descubrir que los fenómenos se interpretan más como unidades organizadas que como agregados de distintos datos sensoriales (el todo no es simple y llanamente igual a la suma de las partes). Hablar de la *Gestalt*, por tanto, implica no aceptar una mera configuración reducida a la superposición de elementos que la forman, sino que existen cualidades en tanto modificar tan sólo uno de los elementos supone modificar todo el conjunto o imagen. Todo lo anterior parte de hacer énfasis en que son procesos organizadores los que juegan un papel determinante en nuestra percepción de la realidad (formas, figuras, textos); pero esta realidad no es determinante en tanto no puede ser única e indiscutible (reducible a una sola percepción y una consecuente descripción), si no que se trata múltiples realidades alternativas y que se alteran controladamente por la conciencia.

Ahora bien, respecto del fenómeno de la percepción la *Gestalt* sostiene que ésta se da en tipos de longitudes: la física y la perceptiva (el ejemplo más común son las ilusiones ópticas). Cuando el sujeto percibe estas imágenes ocurre lo siguiente: i) el sujeto no es un simple receptor pasivo de estímulos visuales; ii) el sujeto es también

aportante de elementos organizativos para de alguna manera materializar el estímulo; iii) el percibir no es un acto universal y común a todos, no es una experiencia similar para todas las personas; iv) las experiencias del sujeto y el contexto de éstas son determinantes para la percepción. De esta manera la *Gestalt* se opone a los postulados empiristas y estructuralistas que plantean que los estímulos se aprenden, ya que el sujeto tiene una capacidad inherente para decodificar y percibir los estímulos del exterior. Así las cosas, en el cerebro ya existen estructuras que permiten analizar los estímulos externos sin la necesidad de experiencias o aprendizajes.



Imagen 1: Ejemplo de ilusión óptica, obra: *pan de Muertos* (Ocampo, 1991)

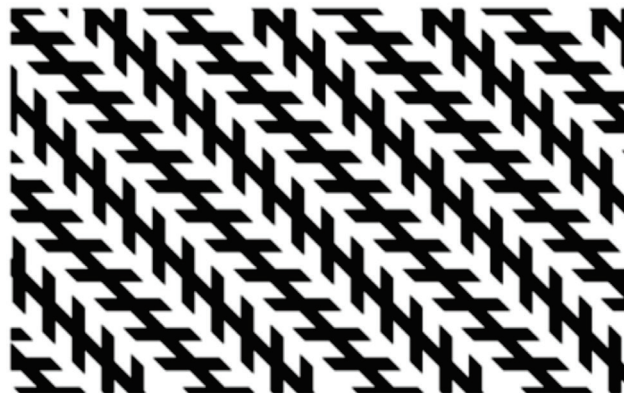


Imagen 2: Ejemplo de ilusión óptica, *Ilusión de Zollner* (Fibonacci, 2007)

El principio básico de la *Gestalt* se resume entonces en que una forma no siempre es lo perceptible a primera vista (el todo), sino algo más que la suma de las partes, en otras palabras, las propiedades de la forma no surgen de la sumatoria de las propiedades de los distintos elementos que la componen. Lo que denominamos “el todo” es una realidad compuesta por varios elementos, analizar lo primero sin la presencia de aquellos sería un error. Por ejemplo, se tiene la percepción de un paisaje, no simplemente colores, volúmenes, sonidos, contrastes, y dimensiones sumadas, la naturaleza del paisaje no es simplemente un todo.

De acuerdo con lo anterior, la teoría de la *Gestalt* explica cómo la mente se encarga de configurar los elementos de la realidad (formas) que son recibidos por canales sensoriales: sensaciones o percepciones, o de la memoria: representaciones. Ahora bien, existen tres elementos en este proceso: i) Objeto real: El que corresponde con la realidad que vemos; ii) Estimulo visual, que es la imagen retiniana: imagen sobre la retina que puede estar enfocada o desenfocada; y iii) Experiencia perceptiva que tiene lugar en el cerebro y donde se organizan los estímulos para producir reconocimiento de las formas. Todo este proceso se orienta bajo ciertos principios de la gestáltica:

a. Principio de simetría: De acuerdo con este principio las imágenes que son simétricas se percibirán como iguales, es decir, como un único elemento a la distancia. Supóngase por ejemplo que se duplica una imagen, el resultado sería que dicha imagen se ve como un todo único. Por lo general la simetría utiliza figuras divididas de forma geoméricamente perfecta, lo que genera la aparición de una variable: el equilibrio. En conclusión: cuando las imágenes son simétricas éstas son percibidas como iguales, como un solo elemento en la distancia.

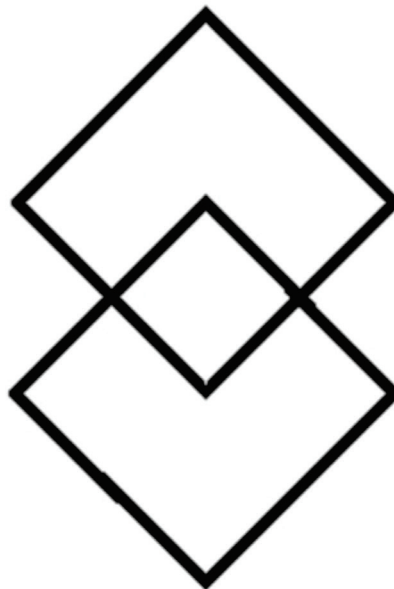


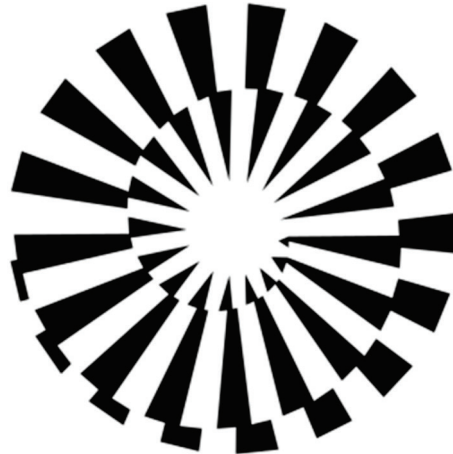
Imagen 3: Principio de simetría.

b. Principio de la buena forma o *pregnancia (Prägnanz)*: Implica la existencia de figuras que tienden a producir mayor efecto visual, es decir, se identifican primero y a simple vista, pero son parte de un orden tendiente a mostrar una imagen más grande. Ocurre cuando, por ejemplo, al ver cierta publicidad lo que aparentemente son objetos individuales, al verlos en conjunto introducen otra figura más amplia y compuesta por aquellos. De acuerdo con este principio cuando se percibe una imagen existen figuras más *pregnantes*, es decir, que tienden a percibirse primero o producir un mayor impacto visual. Es el caso de las figuras geométricas simples, como el triángulo, el círculo y el cuadrado, que forman juntas el icono de la Bauhaus.



**Imagen 4: Ejemplo del principio de *pregnancia* en la *Gestalt*, logo de la Bauhaus (Sasson, 2012)**

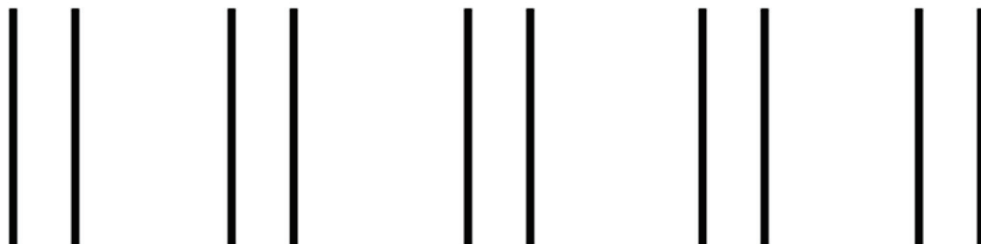
c. Principio de continuidad: También llamado principio de la dirección común, indica que cuando los elementos mantienen un patrón, se tiende a percibirlos continuos, aunque estén interrumpidos. Por ejemplo, si se coloca en una imagen la secuencia de un patinador profesional en diferentes posiciones, todas éstas continuas, se dará la impresión de una imagen general de movimiento, dirección y continuidad. En otras palabras, cuando varios elementos parecen construir un patrón o un flujo en la misma dirección, éstos son percibidos como un único elemento.



## Munich1972

**Imagen 5: Principio de continuidad (dirección común) en la Gestalt.**  
*Logo COI Múnich 1972 (COI, 1972)*

Principio de proximidad: Explica que el proceso mental por medio del cual el cerebro tiende a agrupar parcial o secuencialmente los elementos con base en la distancia entre ellos. Por ejemplo, cuando los elementos de una imagen se ordenan de tal manera que pueden crear, a partir de la distancia entre ellos, una imagen distinta. El principio de la proximidad se refiere al agrupamiento de forma parcial o secuencial de elementos que gestiona nuestra mente, basándose en la distancia, es decir, los objetos adjuntos tienden a ser percibidos como una unidad, mientras que los **estímulos** que permanecen próximos se suelen percibir como parte de la misma unidad. Como conclusión, los elementos similares son percibidos como pertenecientes a la misma forma debido a que el cerebro agrupa aquellas cosas que poseen alguna propiedad visual común (grosor, tamaño, color o movimiento).



**Imagen 6: principio de proximidad en la Gestalt.**

d. Principio de semejanza: explica cómo la mente agrupa los elementos semejantes como un todo. Ocurre cuando en una imagen aquellos elementos que son similares en

forma o color pueden ser utilizados para formar una imagen distinta. La agrupación de los elementos similares termina en una entidad, hay que mencionar que la semejanza depende de la forma, del tamaño, del color y de otros aspectos visuales de los elementos.

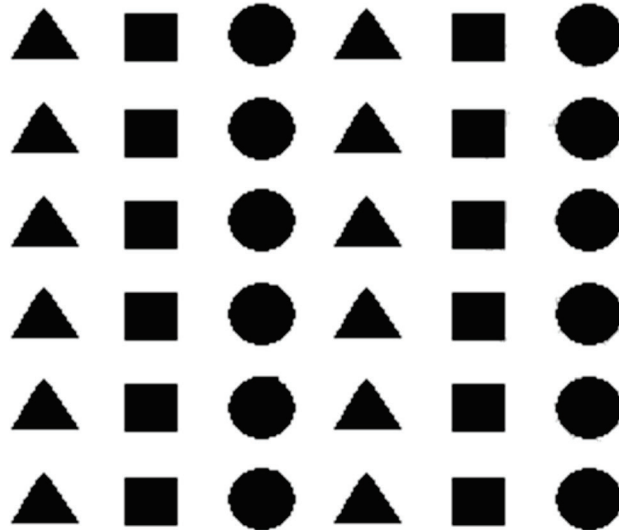


Imagen 7: Principio de semejanza de la *Gestalt*.

e. Principio de relación entre forma y fondo: Establece que un objeto no puede establecer una imagen al mismo tiempo como figura y como fondo, este principio va a ser determinante para el caso que nos ocupa. Implica reconocer que para el cerebro es imposible interpretar un objeto como forma y fondo al mismo tiempo. De acuerdo con las experiencias e intereses del observador aparecerá en su mente un elemento como figura y el otro como el fondo de la figura o viceversa. Es considerado el principio más fuerte de la *Gestalt*, pues abarca a los demás.

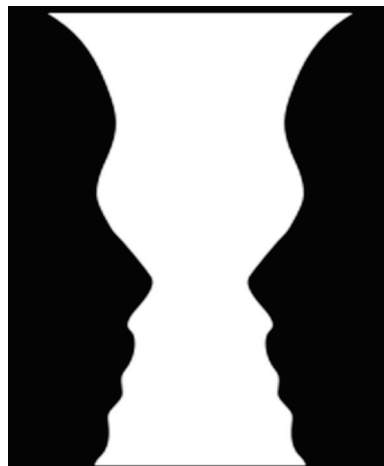


Imagen 8: Principio de relación forma y fondo, *Jarrón de Rubin* (Derksen, 2007)



f. Principio de cierre: Según este principio al unir diferentes líneas paralelas propias de objetos individuales, puede darse la impresión de encerrar un objeto distinto. De esta manera las líneas que circundan una superficie se captan, en igualdad de circunstancias, más fácilmente como unidad o como figura. De esta manera la mente agrega automáticamente los elementos faltantes para completar una figura ya que al percibir se tiende a completar o llenar aquellas partes y vacíos que se presentan incompletas para permitir captar el objeto en su totalidad.

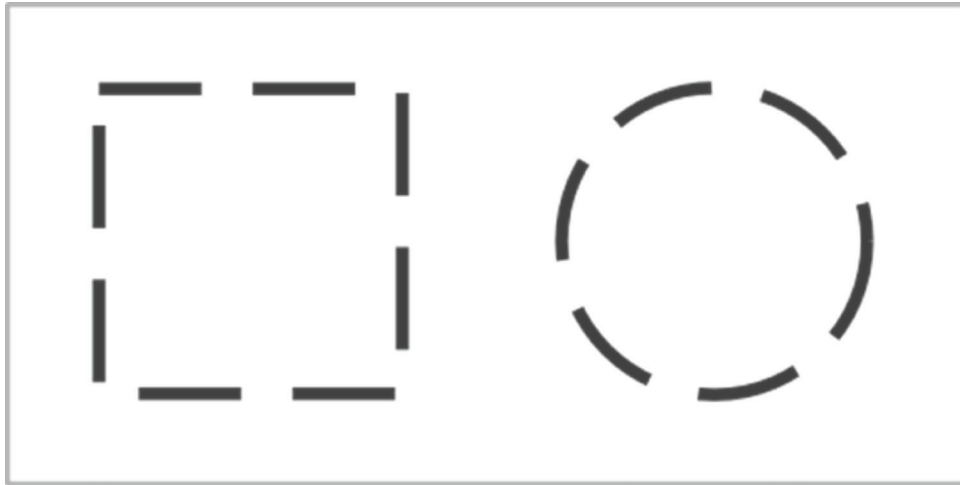


Imagen 9: Interpretación de la ley de cierre producido por la Gestalt (Chr5Commons, 2007)

g. Principio de simplicidad: Este principio establece que todo individuo construye sus percepciones a partir de rasgos simples y regulares.

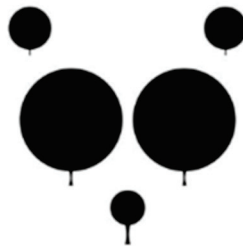


Imagen 10: Principio de simplicidad en la Gestalt (Gurgaon, 2013)

h. Principio de igualdad: De acuerdo con éste ante la concurrencia de varios elementos de diferentes clases se tienden a construir grupos con aquellos elementos que son iguales.

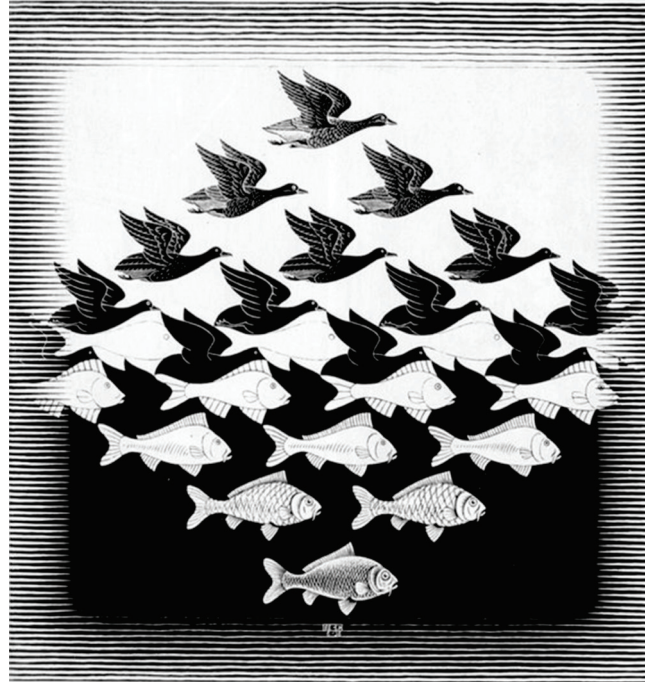


Imagen 11: principio de la igualdad en la *Gestalt* (Escher, 1938)

i. Principio de experiencia: Explica desde el punto de vista biológico, cómo el propio sistema nervioso se ha ido formando por el condicionamiento del mundo exterior que determinan nuestra forma de interpretar imágenes.

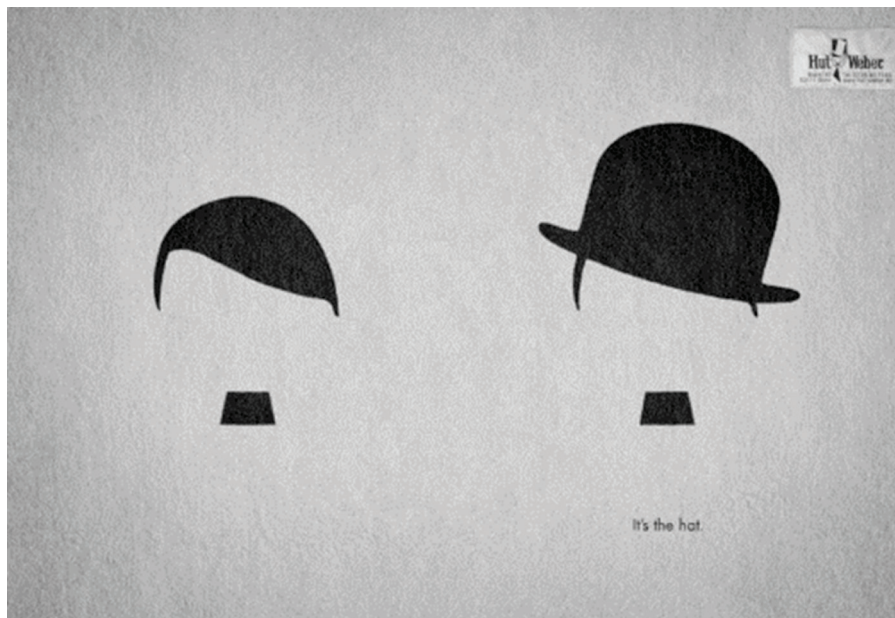


Imagen 12: Principio de la experiencia en la *Gestalt* (Maas, 2008)

j. Principio de contraste: que establece que la posición relativa de los diferentes elementos incide sobre la atribución de cualidades de los mismos, como por ejemplo el tamaño.

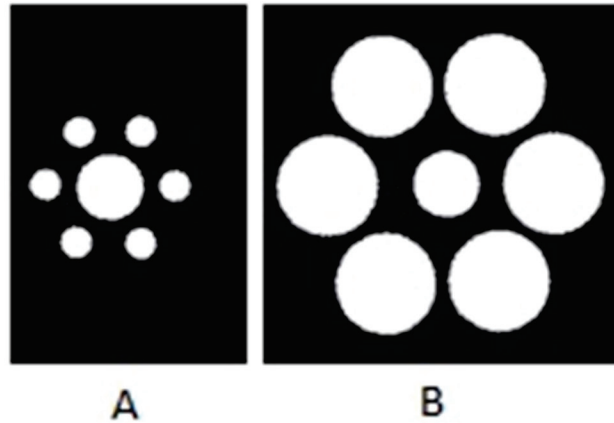


Imagen 13: Principio de contraste en la *Gestalt*.

En la siguiente imagen se pueden ver ejemplos de los principios gestálticos.

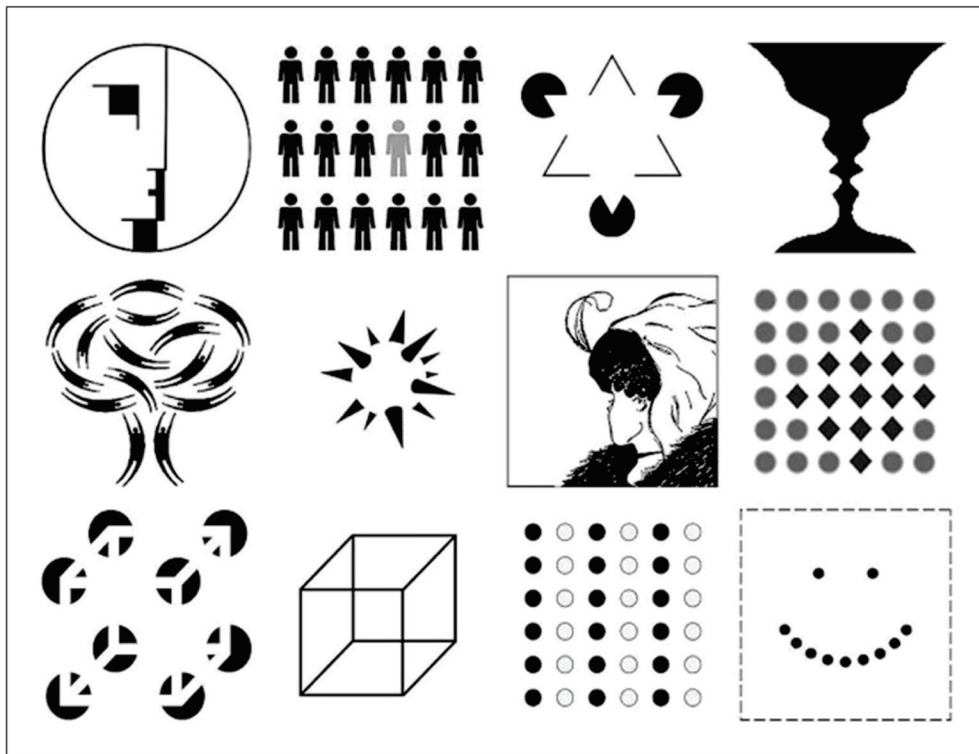


Imagen 14: Composición con figuras que responden a los diferentes principios gestálticos. Programa educativo *Gestalt* (Impronta, 2011)

Todos los principios a los que se ha hecho referencia previamente pertenecen a la cotidianidad de las experiencias visuales de una persona y han sido útiles para los artistas, comunicadores y publicistas en sus mensajes con la intención de captar la atención del receptor.

También es necesario abordar la obra de Kurt Lewin, que desde la *Gestalt* estableció las bases de la denominada psicología social y ha sido reconocido por sus trabajos en la dinámica de grupos y procesos interpersonales. Desarrolló la Teoría de Campo que aplicó a los problemas del desarrollo y educación. Lewin, entendía la conducta como el resultado de la relación entre fuerzas que se dan en un individuo concreto en un contexto o campo determinado, por lo tanto, solamente representando el campo total de las fuerzas del individuo podríamos tener la base para predecir con precisión su conducta. De esta manera la psicología pasaría a ser predictiva, dándole un lugar determinante a la intención, pues toda conducta va dirigida a un fin.

En Lewin la preocupación acerca del desarrollo mental se inicia a partir de la crítica que él mismo hace de otros puntos de vista. Ustedes saben que con frecuencia los gestaltistas iniciaban mucho de su enseñanza y de su teorizar y aún mucho de su investigación, a partir de la crítica que hacían del conductismo. En este caso Lewin critica la idea de que el desarrollo mental consiste exclusivamente de una serie histórica y casi discontinua de cambios que ocurren en sujetos humanos y que pueden ser anotados, cuantificados y descritos. Para él esto era simplemente una enumeración de cambios que ocurren a través del tiempo, pero que no satisface porque no da una explicación del porqué ocurren estos cambios. Lewin piensa que es posible llegar a una explicación de tipo psicológico -no necesariamente de tipo genético o fisiológico- sino una explicación de tipo psicológico, del porqué del desarrollo mental. Claro que no llegó jamás a determinar de manera completa, esto que nadie ha contestado hasta el presente --de porqué ocurren los cambios en el desarrollo mental- partiendo de un punto de vista exclusivamente psicológico. (Díaz-Guerrero, 1972, p. 36)

Lewin también propuso pasar de una psicología descriptiva y de tipo aristotélico a una predictiva de tipo galileano (*cf.* Burgos, 2014, p. 227). Pero sin duda, y para los efectos de esta explicación, su aporte más interesante sería aquel que le permitió crear una teoría del conflicto, la cual permite entender cómo surgen los conflictos a partir de campos y valencias: negativo y positivo. De esta manera al percibir, el sujeto debe elegir entre tres tipos de conflictos: i) acercamiento-acercamiento: cuándo se debe elegir entre dos realidades positivas; ii) evitación-evitación: cuando el sujeto debe elegir entre dos realidades negativas; y iii) acercamiento-evitación: cuando el sujeto se encuentra ante un objeto ambivalente, es decir, tanto con aspectos positivos como negativos (por ejemplo, elegir entre un automóvil bueno y bonito pero costoso). Sin duda esta temática puede ser recreada en el mundo jurídico y en el Derecho como ejercicio hermenéutico en tanto se trata de una elección de interpretaciones de acuerdo a intenciones y finalidades del intérprete.

Dos de los principios de la *Gestalt* nos ayudan a entender el siguiente ejercicio; el primero es el de relación fondo-figura, importante porque muestra cómo:

[...] el notorio énfasis puesto en el concepto de contorno como elemento inherente a la forma, aún no explica el modo en que se puede llegar a tener informaciones sobre cómo un objeto puede estar articulado con otros conformando un paisaje. (Oviedo, 2004, p. 95)

El segundo es el principio de simetría que plantea, como se dijo, que el todo es siempre más que la suma de las partes que lo componen. De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar entonces que las propiedades de las formas poseen cualidades que las distinguen de sus elementos y al mismo tiempo las sensaciones se organizan en la conciencia y crean cualidades formales que pueden ser novedosas, como consecuencia de este proceso captamos figuras que nos demuestran que nuestras percepciones son la suma de experiencias organizadas y que no somos simples receptores pasivos de estímulos sensoriales pues ejercemos cierto tipo de voluntad a partir de experiencias o creencias sobre lo que representamos. Para ejemplarizar lo anterior partamos de la premisa según la cual ante una misma imagen pueden obtenerse dos percepciones distintas, pero igualmente sensatas o viables (un objeto, varias visiones). Para ilustrar el punto de la relación fondo-figura y el principio holístico observemos siguiente imagen que popularmente se denomina *mi suegra o mi esposa*:



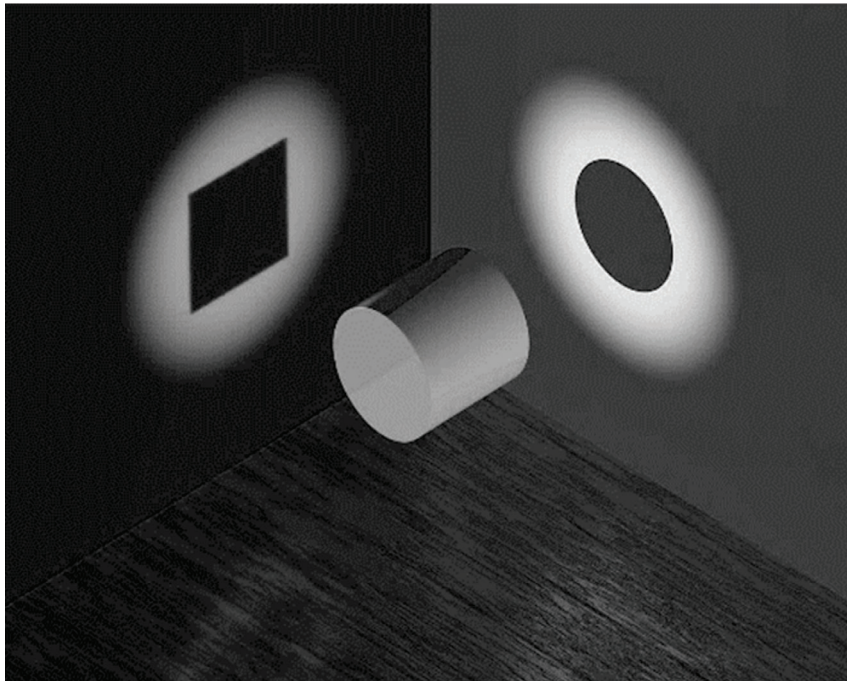
Imagen 15 (Matlin y Foley, 1996, p. 163)

Se propone ahora el siguiente ejercicio mental: La percepción que se puede tener de esta imagen concuerda, en primer lugar, con una dama joven y elegante (la esposa), pero si se detiene un momento esta percepción y se cambia la perspectiva de abordaje de la misma imagen también se puede percibir una anciana (la suegra). Las dos percepciones



son igualmente viables o comprensibles a la luz de los sentidos, pero no es posible ver las dos imágenes al mismo tiempo, pues entre más concentración o fijación haya en tratar percibir por ejemplo a la esposa, poco a poco desaparece la percepción de la suegra y viceversa. Es aquí cuando se explicita es postulado que más adelante se aplicará en el mundo del Derecho: de una misma imagen podemos obtener dos percepciones viables. Una verdadera concepción del Derecho como ejercicio hermenéutico surge entonces cuando se necesita ilustrar por qué se decide ver una imagen y no la otra siendo ambas claras y reconocibles; en el caso del Derecho se reemplaza la idea de visión por la de interpretación, resultando, análogamente, que pueden existir dos o más interpretaciones simultáneas y válidas.

El anterior proceso, curiosamente, puede ser ejemplificado también acudiendo a postulados de la física cuando se aborda el fenómeno de la dualidad onda-corpúsculo (también llamado dualidad onda-partícula). Este fenómeno ha sido experimentado en varias ocasiones y permite explicar la posibilidad desde la cual un mismo objeto puede producir imágenes (reflejos) distintas al ser iluminado. Veamos la siguiente imagen:



**Imagen 16: Fenómeno dualidad onda partícula (Benoist, 2007)**

Como se puede apreciar, la premisa es la misma que se ha manejado hasta ahora: una sola imagen u objeto del cual se pueden obtener percepciones distintas que dependerán de las perspectivas que se asuman frente a dicho objeto (en el caso del derecho la interpretación) con la característica de que las percepciones o reflejos tienen sentido. Esto supondría un conflicto ante la pregunta ¿qué se ve?

Un ejemplo desde el campo del Derecho implica asumir, como se ha dicho, que éste se caracteriza por presentar una estructura hermenéutica derivada de reconocer que todo enunciado normativo posee unidad de texto, pero genera diversidad de lecturas o



interpretaciones simultáneas viables. En el campo de la hermenéutica constitucional un texto, que es el mismo para todos los lectores en cuanto a su estructura gramatical (así como la imagen es la misma para todos los receptores), puede generar diversas interpretaciones igualmente viables (una posición sostenida, entre otros, por Kelsen). Pensemos por ejemplo en el artículo 192 de la Constitución Política de Colombia: *“El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: ‘Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia’”*.

Ahora bien, aunque el enunciado o proposición es la misma, gramaticalmente hablando, para cualquier lector (es decir un solo texto u objeto) qué pasa ante la siguiente pregunta: ¿Un Presidente ateo que se niegue a jurar por Dios puede posesionarse?

La respuesta a este interrogante permite generar dos interpretaciones o lecturas viables: la primera es un razonamiento de carácter formal, originalista y textualista que conlleva a un no, pues el texto constitucional es claro en la forma y los términos usados para la posesión y juramento del presidente, además, si la intención del constituyente originario hubiese sido otra pues entonces así lo hubiese plasmado en el texto, por lo tanto, este requisito es inobjetable. Pero una segunda respuesta, lectura o interpretación permitiría la posesión, pues el objetivo del juramento no es profesar una determinada creencia religiosa, sino garantizar el cumplimiento de un deber a través de una solemnidad común pero no indispensable para la celebración de un acto, sumado a eso la misma Constitución establece un Estado laico, así la intención del constituyente primario era la de generar compromiso a través de un juramento, más allá de formalidades que pueden omitirse sin que se vea afectado el fin del enunciado. Se concluye entonces que la unidad de texto y diversidad de lecturas como fundamento del Derecho entendido como ejercicio hermenéutico es algo plausible, Derecho es interpretación.

Actuar jurídicamente es siempre interpretar. Lo que se planteaba como un recurso de emergencia ante la obligada aplicación de la ley a casos difíciles, se desvela como la textura habitual de toda praxis jurídica. Poco a poco se va desvelando la secreta afinidad que convierte al jurista en oportuno aliado de una rehabilitación de la filosofía práctica. La actividad jurídica misma aparece como una peculiar puesta en práctica de dicho filosofar... la actividad jurídica aparecerá ante todo como un juicio: como el enjuiciamiento de una conducta concreta a la luz de un principio valorativo [...] Lo judicial es un prius radical dentro de la diversidad de elementos que constituyen la realidad jurídica [...] Esa matriz judicial de lo jurídico lleva consigo una paralela prioridad de la justicia [...] no establecemos que el derecho debe ser justo, sino que constatamos que todo derecho es y se presenta como la búsqueda de un ajustamiento de las relaciones sociales. Sin ese intento —aparente, al menos— ninguna actividad sería recibida como realmente jurídica. (Ollero, 1996, p. 474)

De esta manera, el Derecho siempre implicará una actividad intelectual interpretativa y constructiva, más aún ante la presencia de casos difíciles, hay entonces siempre una

toma de elección, la selección de una lectura, de las varias posibles, frente a un texto, y todo encaminado a la develación del mensaje que permita la convivencia y la justicia. El Derecho como ejercicio hermenéutico asume que los juristas son los constructores del sistema jurídico (de acuerdo con la posición de Robles en su Teoría comunicacional) a través de su trabajo con los textos, trabajo que se enmarca dentro de la premisa aquí expuesta: unidad de textos y diversidad de lecturas; todo ello evidenciado en la dinámica jurisprudencial.

Enseña la hermenéutica alemana que uno de los “círculos hermenéuticos” que corresponde reconocer a los juristas es el que se da entre los “textos” de las normas y los “casos” que son regulados por los mismos, de esa manera una norma es no solo su texto, sino también los casos a los que brinda respuesta, y así, al día siguiente de su promulgación casi no sé nada de ella, pero al cabo de varios años de vigencia y aplicación estaré en condiciones de saber mucho más de la norma (pensemos en la norma que prescribe la caducidad de instancia de un proceso que no recibe actos impulsorios durante un plazo, pues el conocimiento completo de esa norma dependerá de las definiciones jurisprudenciales que se vayan haciendo de los actos a los que se les reconocerá o no carácter impulsorio). (Vigo, 2017, p. 176)

## Referencias

---

- ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, M. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. En *Revista Isonomía*, N° 6, abril. México DF: Instituto Autónomo Tecnológico de México ITAM, pp. 7-30.
- BENOIST, J. *Pour illustrer la dualité onde/corpuscule (par exemple)* [Figura JPG], 2007, recuperada de: [https://es.wikipedia.org/wiki/Dualidad\\_onda\\_corp%C3%BAsculo#/media/File:Dualite.jpg](https://es.wikipedia.org/wiki/Dualidad_onda_corp%C3%BAsculo#/media/File:Dualite.jpg)
- BERNAL, C. Estructura y límites de la ponderación. En *Revista Doxa*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, pp. 225-238.
- BRENTANO, F. *Psychology from an empirical standpoint*. London: Routledge, 2009.
- BURGA, R. Terapia gestáltica. En *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 13, N°1. Bogotá: Fundación Universitaria Konrad Lorenz, 1981, pp. 85-96.
- BURGOS, J. *Historia de la Psicología*. Madrid: Palabra, 2014.
- CHR5COMMONS. *Interpretación de la ley de cierre producido por la Gestalt*, [Imagen PNG], 2007, recuperada de: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gestalt\\_cierre.png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gestalt_cierre.png)
- COI. *Logotipo de XX. Juegos Olímpicos de Verano Múnich 1972*, [Imagen PNG], 1972, recuperada de: [https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Muenchen1972\\_logo.svg](https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Muenchen1972_logo.svg)
- DERKSEN, B. *A white cup or two black faces?* [Imagen PNG], 2007, recuperada de: [https://en.wikipedia.org/wiki/File:Cup\\_or\\_faces\\_paradox.svg](https://en.wikipedia.org/wiki/File:Cup_or_faces_paradox.svg)

- DÍAZ-GUERRERO, R. La evolución psicológica según Kurt Lewin: dos conferencias. En *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 4, N°1, Bogotá: Fundación Universitaria Konrad Lorenz, 1972, pp. 35-74.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- ESCHER, M.C. *Cielo y agua I*, [Imagen JPEG], 1938, recuperada de: [http://www.artnet.de/k%C3%BCnstler/m-c-escher/sky-and-water-l-a-8Xnuxv\\_rU2SS5KV503cCGQ2](http://www.artnet.de/k%C3%BCnstler/m-c-escher/sky-and-water-l-a-8Xnuxv_rU2SS5KV503cCGQ2)
- FIBONACCI, *Ilusión de Zollner*, [Imagen PNG], 2007 recuperada de: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Zollner\\_illusion.svg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Zollner_illusion.svg)
- GUILLAUME, P. *Psicología de la forma*. Buenos Aires: Psiqué, 1976.
- GURGAON, O. *Panda*, [Imagen JPEG], 2013, recuperada de: <https://www.coloribus.com/adsarchive/prints/wwf-panda-17602905/>
- IMPRONTA. *Teoría de la Gestalt. Composición con 12 figuras que responden a los diferentes principios gestálticos*, [Imagen JPG], 2011, recuperada de: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gestalt\\_Principles\\_Composition.jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gestalt_Principles_Composition.jpg)
- KRISTAN, A.  
(2017). *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons, 2017.  
(2009). Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas. En *Revista Dixi*, N°12, abril, traducción de Juan Pablo Sterling Casas. Bucaramanga: CIS Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Bucaramanga, pp. 13-24.
- MAAS, F. *It's the hat*, [Imagen JPEG], 2008, recuperada de: <https://adland.tv/ooh/hut-weber-hats-hitler-vs-chaplin-its-hat>
- MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- MATLIN, P. A. y FOLEY, M. A. *Sensación y percepción*. México DF: Prentice Hall, 1996, pág.
- OCAMPO, O. *Pan de muertos* [Imagen JPEG], 1991, recuperada de: [http://www.foroxerbar.com/files/images/50/0pan\\_de\\_muerto\\_obra\\_de\\_octavio\\_ocampo.jpg](http://www.foroxerbar.com/files/images/50/0pan_de_muerto_obra_de_octavio_ocampo.jpg)
- OLLERO, A. *¿Tiene razón el Derecho?* Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados. 1996.

- OVIEDO, G. La definición del concepto de percepción en psicología con base en la teoría Gestalt. En *Revista de Estudios Sociales*, N° 18, agosto. Bogotá: Universidad de los Andes, 2004, pp. 89-96.
- PRIETO, L. Teoría del Derecho y filosofía Política en Ronald Dworkin. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, N°14, mayo-agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985, pp. 353-377.
- ROBLES, G. *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik Ediciones, 2018.
- SASSON, M. *Bauhaus Shapes*, [Imagen JPEG], 2012, recuperada de: <https://adrianasassoon.me/2012/05/19/sassoon-architecture/bauhaus-shapes/>
- SCHOLTEN, H. Psicología de Franz Brentano, noventa años después. En *Revista de Psicología*, 25 (2). Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2016, pp. 1-8.
- VIGO, R. *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México DF: Tirant lo Blanch, 2017.







## Paradigma jurídico discursivo y Estado Social de Derecho

*When logic and proportion have fallen sloppy dead  
And the White Knight is talking backwards  
And the Red Queen's off with her head  
Remember what the Dormouse said  
Feed your head, feed your head*

*White Rabbit. Jefferson Airplane*

Conceptos como hermenéutica, interpretación y teoría de la argumentación jurídica son una parte del derecho que ha experimentado un gran auge durante las últimas décadas. Ello no es de extrañar. Lejos quedan los tiempos en los que el ideal de jurista (en sus diversas facetas, pero en especial los jueces) se asemejaba a un autómatas que dictaba mecánicamente sus decisiones, la boca de la ley en la famosa expresión de Montesquieu. La centralidad de los derechos fundamentales ha ampliado el ámbito de decisión de los Jueces, pero ello, al mismo tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad imperiosa de controlar su discreción. Por lo anterior, el desarrollo moderno del Derecho implica la aprehensión de nuevas teorías, tanto interpretativas como argumentativas que permitan hacer frente a las nuevas concepciones del Derecho que se apartan del legalismo en tanto la ley escrita no proporciona *“todas las soluciones que requiere la práctica, y puesto que la lógica del derecho [...] es impotente para darnos la clave de los problemas de la vida social.”* (Gèny, 1954, p. 207)

Cada vez, con más frecuencia, en el razonamiento jurídico se deben acudir a ejercicios de interpretación y argumentación que ponen a prueba la creatividad, rigurosidad y claridad de quienes lo hacen. Atrás quedaron los tiempos en que la Ley era considerada como respuesta a todos los males de la sociedad y los operadores jurídicos y estudiosos

del Derecho simplemente acudían mecánicamente a ella como una respuesta infalible. La evolución del Estado hacia uno más garantista ha ido de la mano con cambios en la administración de justicia, y, por ende, con los procesos de interpretación y argumentación jurídica, sobre este punto, Ferrajoli dice:

El progreso del Estado de derecho es entonces simultáneo y paralelo al desarrollo del papel de la jurisdicción. Por lo tanto, este desarrollo es un fenómeno común en todas las democracias avanzadas, ya que está relacionado con la expansión del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos, que se produjo con el crecimiento de la complejidad de los sistemas políticos y, por consiguiente, del paradigma del Estado de derecho. De hecho, se puede afirmar que, a toda expansión del principio de legalidad, a todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder, inevitablemente ha correspondido un aumento de los espacios de la jurisdicción. (2016, p. 86)

En la actualidad los diferentes Tribunales son más amplios en sus decisiones; y sus estructuras hermenéuticas y argumentativas se evalúan cada día más, en tanto se ha tomado conciencia de que el Derecho se basa en situaciones reales, que la realidad es compleja y dinámica y cuenta con elementos que no pueden ser resumidos y analizados como un sistema aritmético sintetizado y descrito por la norma jurídica. Prueba de ello es el papel de los tribunales constitucionales, cuyos fallos son una muestra del cambio en la teoría del Derecho, en especial lo referido a su relación con el lenguaje, todo lo anterior, bajo los postulados del Estado Social de Derecho y lo que ello implica, es decir, no sólo el reconocimiento de una conexión entre la lingüística y el Derecho, sino también cómo funciona tal conexión; en palabras de Atienza: *“La tesis de que existe una estrecha relación entre el Estado Constitucional y la argumentación jurídica no pasa de ser una obviedad, pero quizás no sea ya tan obvio precisar cómo hay que entender esa relación.”* (2003, p. 353)

El Estado Constitucional de Derecho no sólo se manifiesta como aquel en el que está vigente una Constitución, sino que trasciende al convertirla en un texto vivo y dinámico que tiene aplicación directa y una cercanía con el ciudadano que no requiere mediación legal para su puesta en marcha. La presencia de un catálogo, expreso o no, de derechos fundamentales se convierte, además, en el punto central del nuevo constitucionalismo en el que éstos generan nuevos criterios de interpretación por parte de los jueces. La aparición de teorías como la ponderación de derechos, por citar un ejemplo, supone para los tribunales constitucionales un nuevo esquema que requiere un fuerte rigor interpretativo y argumentativo. Se supera así al recurso de apelación a la autoridad (en este caso el principio de deferencia al legislador) como sostén de la justificación judicial, dado que se abandona la fe en la legalidad y vigencia de la norma como último fundamento de coacción sin razón práctica aparente, ahora *“no basta la referencia a la autoridad y a ciertos procedimientos, sino que se requiere un control en cuanto a los contenidos.”* (Atienza, 2003, p. 355) Por lo tanto, bajo este escenario, la hermenéutica y la argumentación jurídica se convierten en los elementos que permiten construir la legitimidad del discurso jurídico

con la centralidad del juez en el Derecho, de esta manera, la creación del Derecho también recae en la decisión judicial, además del legislador, y la necesidad de asegurar un ejercicio discursivo riguroso por parte de juez es inobjetable.

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. (Corte Constitucional, sentencia C-406 de 1998, M.P. Ciro Angarita Barón)

El papel central que los jueces toman en el Estado Constitucional se justifica en la medida que son ellos los que van a determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales constitucionales aplicando y formulando teorías estructuras hermenéuticas y argumentativas, llamado. Se trata de un proceso en donde *“la creación judicial de normas generales, difiere en importantes aspectos de la creación legislativa”* (Bulygin, 2003, p. 25), uno de ellas los destinatarios, otra, la especificidad de la decisión. En el caso colombiano esta realidad está presente en los últimos años y se evidencia en las constantes disputas entre las Cortes respecto del contenido y obligatoriedad de las interpretaciones de las normas jurídicas, en especial aquellas relacionadas con los derechos fundamentales, existe una tensión entre la que puede denominarse Constitución escrita *versus* una Constitución interpretada; y todo el debate se surte en el campo judicial principalmente.

Sin embargo, las posiciones que defienden una figura activista del juez no son bien vistas por muchos sectores de la doctrina jurídica. Este activismo judicial, figura de origen norteamericano, fue expuesto inicialmente por el juez de la Suprema Corte de Estados Unidos Charles Evans Hughes en 1907 con su famosa expresión según la cual *“estamos regidos por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es”*. Por su parte, Woodrow Wilson sostuvo que *“la Suprema Corte es algo así como una Convención Constituyente en sesión permanente.”* (2014, p. 8) indicando el carácter cambiante de los fallos judiciales y el peligro que esto significa para la democracia, la seguridad jurídica y el estudio del Derecho. En la actualidad, son muchos los tratadistas que cuestionan esta supremacía hermenéutica y argumentativa de los tribunales constitucionales indicando que es contraria a la concepción democrática moderna que sólo una rama (la judicial) tenga la última palabra dejando de lado al legislador, rama por naturaleza representativa. Autores como Jeremy Waldron son representantes de este sector crítico del papel interpretativo definitivo del juez. Para este autor norteamericano, la idea de un proceso argumentativo sometido a votación como el que se da en las Cortes precisamente porque ello no es prueba del consenso, por el contrario, resalta las diferencias sin proponer solución racional de fondo.

La deliberación, se nos dice, se dirige principalmente al consenso; no obstante, es solo en circunstancias de disenso (una diversidad de opiniones o posiciones no resueltas) en las que se busca algo como la votación. Como último recurso, tal vez, cuando la deliberación parece inútil para llevarnos más lejos, podríamos sinceramente contar cabezas y ver cuál de las posiciones en competencia tiene mayor apoyo. Pero hay algo vergonzante sobre la votación en un contexto deliberativo. (Waldron, 2004, p. 250-251)

Por su parte, el profesor Donald Bello Hutt plantea que la supremacía judicial es un privilegio sin sentido en tanto nadie puede garantizar la infalibilidad de los jueces, así como tampoco la calidad de sus argumentos para ser considerados como superiores a los de otros actores de Estado y de ello concluir que no existen otros actores capaces de lograr una tarea interpretativa mejor que la hecha por la jurisdicción, por ejemplo, el legislador u otras instituciones de renombre.

Para estos efectos, entiendo por supremacía judicial, un estado de cosas en virtud del cual la palabra final en la dotación de significado a una constitución es confiada en su totalidad a la judicatura. Esta comprende, por tanto, dos asuntos relacionados: primero, que los jueces interpretan la constitución y deciden sus casos de acuerdo con dicha interpretación. Segundo, que los razonamientos que subyacen a estas interpretaciones judiciales son seguidos sin oposición por otras instituciones y por la ciudadanía. Esto sitúa el razonamiento judicial en una posición privilegiada comparado con los razonamientos de otros agentes de una comunidad política en general y con instituciones representativas y/o con los ciudadanos en particular. (Bello, 2017, p.1)

Pero más allá de las críticas, que no son pocas ni irrelevantes, no se puede ocultar que el panorama en la interpretación y la argumentación jurídica tiene como su actriz principal, en nuestro caso, a la Corte Constitucional y sus decisiones que han marcado la historia política, jurídica y social del país. Este panorama colisiona con la tradicional visión que situaba en la cabeza de todo proceso interpretativo y argumentativo a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, receptores de una tradición distinta y, en apariencia, menos liberal y exótica en términos jurídicos y políticos. Por lo anterior las constantes batallas para establecer superioridad y aceptabilidad en los fallos han llevado a un escenario ciertamente rico en materia académica, pero para muchos preocupante en materia de seguridad jurídica y carácter de nuestro sistema. Uno de los síntomas de este malestar lo explica así Vanossi:

En consecuencia, de la combinación de fuentes interpretativas procedentes de modelos distintos y distantes, se produce una mixtura que, lejos de ayudar al esclarecimiento de los problemas que se suscitan en la aplicación de las normas y en el consiguiente funcionamiento de los órganos, por el

contrario, se acrecientan los niveles de oscuridad y las justificadas dudas que aparecen ante un cuadro tan complejo, al punto de resultar casi imposible intentar una calificación correcta y asequible en torno a qué tipo de modelo y qué clase de régimen hemos adoptado. (2003, p. 7)

Ante las anteriores situaciones, y con la intención de minimizar el debate sobre el activismo judicial y sus límites, han aparecido posturas que abogan por un llamado minimalismo jurídico en el cual los tribunales constitucionales se limitan a argumentar de manera tal que no se entren en controversias respecto de valoraciones políticas o ideológicas y generalmente sobre aspectos de forma mas no de fondo en asuntos delicados (casos difíciles); al final, se trata de una argumentación escasa y prefabricada con expresiones generales que no resuelven de fondo las cuestiones tratadas. Con esta posición el debate regresa naturalmente a su escenario original: el poder legislativo cumpliendo así con los estándares de la democracia deliberativa y participativa. El minimalismo puede ser considerado como *“la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa”* (Sunstein, 2001, p. 3) en tanto ofrece una especie de silencio productivo o constructivo en tanto evita desgastes en debates con otros órganos. Opuesto a una posición maximalista que implica que la decisión en un caso fallado cubre de manera amplia y abstracta casos similares, en el minimalismo:

[...] la regla de un precedente se debe fijar de manera completa, con un ámbito normativo limitado, de modo tal que el caso resuelto sólo gobierne circunstancias fácticas análogas a ese caso concreto. Detrás del debate entre ambas posturas está el problema de los límites y la legitimidad del poder de crear derecho que tienen los jueces, pues el alcance de un precedente determina qué tanto se colma el derecho preexistente. (Cajas, 2009, p. 281)

Pero al minimalismo no le faltan críticos, para un sector de la doctrina los postulados minimalistas implicarían graves consecuencias en sistema jurídico, una de ellas es la de, efectivamente, minimizar el Derecho o reducirlo a aspectos muy simples y formales dejando de lado las verdaderas tragedias sociales, es como mirar a un lado para no observar las verdaderas problemáticas de la comunidad en aras de evitar polémicas institucionales, así, el Derecho sólo se limitaría a desacuerdos irrelevantes que en nada contribuyen a una cohesión social y a una verdadera idea de justicia, asistimos a la conversión del fenómenos jurídico a una estructura que pretende guardar apariencias de orden y control sacrificando el estudio juicio y crítico de las causas de la injusticia y la desigualdad. Visto así, el minimalismo tiene como objetivo *“trivializar el derecho.”* (Santos, 1989, p. 247)

Para analizar mejor este escenario, se debe debatir acerca la efectividad y la validez de la Constitución, surgen así dos preguntas, la primera: ¿la validez de la Constitución se edifica a partir de su enunciación en el mismo texto constitucional?, y la segunda: ¿acaso la validez no debe ser entendida bajo el supuesto de una efectividad real? Este

planteamiento es importante, pues permite ilustrar un punto de encuentro entre la Teoría de la Argumentación Jurídica (concepto que incluye el escenario hermenéutico) y el Estado Constitucional. La tensión entre validez y eficacia debe abordarse desde unas posiciones que precisan desbordar la perspectiva meramente jurídica de validez formal, para considerar igualmente la perspectiva de eficacia social y legitimidad política que el sistema jurídico comporta en un contexto particularmente inestable como el colombiano. Por lo tanto, resulta viable que no se derive la validez de una Constitución por su mera consagración en el texto -como es nuestro caso con el artículo 4º-, incluso algunos pensadores positivistas afirmaban que para la validez de una norma y la subsistencia de un sistema normativo era necesario un mínimo de eficacia, al respecto de la relación validez-eficacia, Mejía Quintana dice:

Empero, los desarrollos, no solo actuales, sino incluso clásicos, de esta relación, pese a las problemáticas, muestran lo errado de tales consideraciones aisladas. Ya en Kelsen la validez del sistema jurídico dependía de un mínimo de eficacia, sin la cual aquella quedaba totalmente en entredicho. Pero la eficacia suponía, a su vez, un mínimo grado de aceptación que el sistema tenía que lograr entre la ciudadanía, es decir, un mínimo nivel de justificación, en otras palabras, de legitimidad. Aunque el énfasis era en la validez, vista desde una óptica epistemológica, esta estaba supeditada, en últimas, a la legitimidad general del sistema. (2006, p. 47)

Así las cosas, el escenario propicio para hablar del impacto de la Teoría de la Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional es el que se plantea a partir de la relación entre la validez y la eficacia como elementos evaluadores del impacto del Derecho como fenómeno discursivo.

## **El Estado Constitucional de Derecho**

La aparición de una Constitución es el resultado de la necesidad de encontrar un límite al poder, luego vendrá su organización y funcionamiento, pero en el fondo, todo texto constitucional es la base donde recae toda la justificación acerca de quién, cómo y por qué se ejerce el poder de una u otra manera; es, al final, una lucha contra la mera autoridad, una forma de limitarla, Karl Loewenstein, al respecto dice:

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda, por el hombre político, de las limitaciones del poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la autoridad existente. (1976, p. 149)

La necesidad del sometimiento del poder y su justificación moral son pilares fundamentales para la existencia del Estado. Pero no sólo la estructuración de un aparato



estatal satisface estas necesidades, la efectiva protección de los derechos, libertades y el trato moral adecuado de los individuos bajo la luz de una Constitución, sumado a su sometimiento a ésta, son la máxima expresión del Estado Constitucional de Derecho (ECD).

El ECD posee elementos que permiten otorgar una mayor legitimidad al poder judicial, esto debido, en primer lugar, al cambio en la concepción de democracia, que pese a establecer reglas como el sufragio universal, el consenso, el reconocimiento del pluralismo, libertad, igualdad, etcétera, no se puede pronunciar sobre el contenido material de las decisiones que se toman, en otras palabras, existe información sobre qué se decide, quién decide, porqué decide y cómo se decide, pero esto no es suficiente para catalogar como democrático, en términos reales y efectivos, a un Estado. En segundo lugar, el cambio de paradigma que supuso pasar de un Estado de Derecho a uno Social o Constitucional de Derecho se tradujo en el abandono del poder como única justificación efectiva de las decisiones jurídicas. El antiguo Estado de Derecho (que suele asociarse con la Constitución de 1886) puede ser concebido en un sentido débil en tanto éste se identifica con la existencia de un ordenamiento jurídico (Kelsen); otro posible sentido del Estado de Derecho puede ser atribuido a las posiciones iusnaturalistas más fuertes en donde éste coincide y se manifiesta en el respeto hacia los principios naturales o teológicos (universales, eternos e inmodificables). Finalmente, un tercer sentido intermedio bajo el cual el Estado de Derecho es aquel donde se ejerce el poder *sub lege* y *per lege*, pero sin consideraciones acerca de los postulados constitucionales como mandatos directos. Ahora bien, más allá de los sentidos expuestos sobre el Estado de Derecho, la ausencia de la eficacia directa de la Constitución es el común denominador en todos ellos, de hecho, la existencia de un texto constitucional es una mera formalidad, una apariencia de legitimidad que se queda en el papel, un artilugio, a veces incomprensible, a veces incómodo, a veces innecesario, que sólo puede usarse bajo ciertas condiciones especiales.

Con base en lo anterior, el ECD surge como un modelo que supera el Estado de Derecho asumiendo una posición garantista y caracterizado por la consagración escrita y expresa de garantías individuales y colectivas, situación que muchos han llamado como un fenómeno de constitucionalización del derecho, que en el caso colombiano se dio con la llegada y desarrollo de la Constitución de 1991 y la adopción de una mirada más principalística de las relaciones jurídicas.

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano puede calificarse como lento, dispar, con diferentes puntos de entronque, preferiblemente judicial y que hacia el futuro presenta interesantes interrogantes. El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico inició con la Constitución de 1991. Con la expedición de este texto jurídico se dio un viro respecto a la forma de ver el derecho que se traía desde la Constitución de 1886; podría calificarse de una revuelta en contra del formalismo. La concepción fuerte de la nueva Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales, mediante la cual estos revelan la potestad de irradiar el ordenamiento jurídico y condicionar situaciones que otrora regulaba la ley o estaban sometidas al arbitrio

de los privados, comenzó a surgir en el ordenamiento jurídico interno a partir de la Carta de 1991. (Suárez-Manrique, 2014, p. 330)

El ECD asume una postura contraria a los planteamientos del positivismo fuerte al contemplar que la validez, y de paso la legitimidad, de las normas jurídicas dependerá de su consagración en el texto constitucional y ya no de la moral o la naturaleza humana. Igualmente, este Estado supone una sujeción total del juez a la Constitución, que ahora tendrá hegemonía sobre las leyes expedidas por el legislador, y, por ende, sobre cualquier otro tipo de normas. Esta situación supone pensar en una legitimidad del juez que ya no es formal y marcada por la deferencia hacia el legislador, sino que debe ser también material, es decir, coherente con los contenidos de los derechos fundamentales, los valores y principios constitucionales, para ello los procesos interpretativos y argumentativos deben trascender a estructuras más creativas, razonables y flexibles.

Ante la quiebra de los métodos tradicionales de aplicación y de interpretación del derecho, porque no atienden a las complejas demandas, la sociedad contemporánea reconoce la necesidad de una interpretación más creativa de los jueces. Cuando se habla de una interpretación más amplia y en flexibilización de la norma legal, no se está pretendiendo desenganchar el juez del texto expreso, del principio de la legalidad y de sus máximas como previsibilidad y anterioridad de la ley, incluso porque el juez siempre está vinculado al ordenamiento jurídico, especialmente cuando la materia esté relacionada a los derechos fundamentales. Quitar de las esferas democráticas, de la participación popular las decisiones referentes a la ejecución y a la concretización de estos derechos que indiscutiblemente son el campo más fértil y adecuado para la construcción de la sociedad que se pretende con la institución de un Estado Democrático. (Muller y Gorczewski, 2016, p. 210-211)

Ahora bien, sin perjuicio de las orientaciones que abogan por destacar el momento constituyente y hacerlo vinculante desde la perspectiva hermenéutica, es fundamental abrir el proceso de interpretación de las normas y aplicar criterios extensivos que favorezcan la comprensión armónica entre norma, realidad y valores. Esta actualización no sólo implica reconocer el carácter evolutivo del contenido material de las normas jurídicas, sino que además se trata de una apertura a los intérpretes de la Constitución; una sociedad abierta de los intérpretes del texto constitucional, como lo indicó Häberle, que permita que diferentes grupos participen en el proceso hermenéutico constitucional dado que las normas jurídicas surgen para que ocupen un espacio vital de la comunidad y sus ámbitos, por ello, quien vive la norma debe tener la posibilidad interpretarla y que su interpretación pueda ser tenida en cuenta a la hora de tomar decisiones.

Finalmente, Aguiló Regla (2004, p. 50 y ss.) indica que existen tres características que permiten hablar de la existencia un ECD, éstas son:

- a. La existencia de una Constitución rígida diferenciada claramente de las otras fuentes del derecho (que no existe materialmente en nuestro país).
- b. La Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: limitación del poder y garantía de derechos y libertades, es decir el constitucionalismo como ideología.
- c. Se requiere de una eficacia de la Constitución, lo que Aguiló denomina una “*Constitución practicada*” (2004, p. 53), es decir la Constitución debe consolidarse, en un ECD, como una práctica jurídica y política.

La pregunta que surge de la anterior explicación se encamina a determinar si Colombia puede catalogarse como un Estado Constitucional con una visión discursiva del Derecho. Se puede adelantar que, a pesar que en el país se presentan algunos rasgos de este Estado, el paradigma discursivo ha sido importante en el discurso pseudo-garantista de la Corte Constitucional, sin embargo, es un arma de doble filo que debe ser observada con sumo cuidado.

### **La Corte Constitucional y su argumentación: Recordando a Humpty Dumpty**

El conocido diálogo entre Alicia y Humpty Dumpty en el capítulo VI del *Alicia a través del espejo* de Lewis Carroll ha sido usado por varios estudiosos del Derecho para ilustrar, metafóricamente, una posición sobre la interpretación jurídica, generalmente atribuida al positivismo, especialmente a la teoría kelseniana. Pero, como se verá, no es una posición exclusiva de la obra del austriaco, se trata de una situación que puede afectar incluso las bases del activismo judicial. Hablamos de la autoridad como criterio último en materia interpretativa, en este caso, cuando quien interpreta es el tribunal Constitucional. Es necesario entonces, rescatar la posición de Kelsen sobre la interpretación para así entender el panorama descrito. Para el autor de la Teoría Pura, la interpretación es un acto de voluntad en el cual no se busca establecer la cual es correcta o justa, razón por la que se considera a Kelsen un pesimista en materia hermenéutica; en palabras de Kelsen:

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación del derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay interpretación posible. (2007, p. 133-134)

De lo anterior puede identificarse las siguientes posiciones: i) la interpretación jurídica es un acto de voluntad en el que la autoridad que crea o aplica la norma es la encargada de determinar el sentido de ésta; ii) no es posible determinar o evaluar una interpretación como correcta o justa, por lo tanto, la interpretación es un ejercicio que prescinde de la valoración de resultados; iii) desde el punto de vista hermenéutico (que considera que comprender e interpretar son conceptos distintos), la posición kelseniana es pesimista dado que no le ve utilidad a evaluar interpretaciones; y iv) los comentarios resultado de las interpretaciones de los juristas son política jurídica y no un material científico en estricto sentido, éstas buscan influenciar a los tribunales. Con base en lo anterior, la propuesta de Kelsen se centrará en diferenciar entre la interpretación del derecho y su aplicación bajo el supuesto de que ningún acto jurídico es un simple acto de conocimiento en tanto siempre se requiere de un aspecto volitivo dado que sin voluntad no nace la norma, por lo tanto, la aplicación del derecho abarca una función cognitiva y una volitiva, por lo anterior, *“con esto se indica otro muy importante razonamiento: el acto de voluntad impuesto en la actividad de producción jurídica puede ser más o menos exactamente determinado por las reglas de producción.”* (Mayer, 2001, p. 99)

Frente a lo anterior, la pretensión de Kelsen de que los científicos del Derecho (juristas en general) cuando interpretan dan cuenta de todos los posibles sentidos de una norma jurídica resulta ingenua en tanto desconoce que ellos buscan influir en las decisiones judiciales, no se trata de meras descripciones. Pero es suficiente para ilustrar el punto de que, al final, es un acto de voluntad y de poder antes que de conocimiento, más aún cuando resulta al menos problemático desde la óptica kelseniana que se puedan atribuir significados a los enunciados normativos como una tarea descriptiva pero sin valores de verdad, si esto es así ¿cómo se realiza el proceso de comprobación o evaluación?

La interpretación del derecho que realiza el científico del derecho, según Kelsen, tiene que dar cuenta de todos los significados que es posible atribuir a un enunciado normativo. Tiene por tanto pretensiones descriptivas, y no pretende persuadir sobre qué significado debe acoger el órgano de aplicación del derecho: “El método científico debe mostrar, desde la base de un análisis crítico, todas las interpretaciones posibles de una norma jurídica”. Es decir, es una exposición de los significados atribuibles a un enunciado jurídico.

[...] Sin embargo, esto resulta paradójico: según Kelsen, mientras que la tarea de exponer los significados atribuibles a un enunciado normativo sería una tarea descriptiva, los enunciados interpretantes que atribuyen significado a los enunciados normativos (y que son los que componen la descripción de los significados atribuibles) no tendrían valores de verdad. Es decir, la tarea sería de carácter descriptivo pero los enunciados individuales que componen tal descripción no serían ni verdaderos ni falsos. Esto parece sencillamente insostenible. (Núñez, 2014, p. 419-420)

Veamos ahora en qué consiste la metáfora que nos remite a la figura de Humpty Dumpty en la obra de Carroll. En la escena que nos presenta el autor inglés, Alicia se encuentra con Humpty Dumpty e inician un diálogo, que históricamente se ha considerado un ejemplo en temas de lingüística e interpretación, en cierto momento de la conversación se lee lo siguiente:

Quando yo uso una palabra, insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso, quiere decir lo que yo quiero que diga, ni más ni menos. La cuestión, insistió Alicia, es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión, zanjó Humpty Dumpty, es saber quién es el que manda, eso es todo. (Carroll, 2004, p. 88)

La anterior reflexión invita a preguntarse por quiénes son los individuos u órganos que tienen la autoridad para interpretar, esto bajo la óptica de una pauta hermenéutica clara: no toda interpretación vale, esto es, responde a la noción de comprensión. Esta respuesta la tiene cada ordenamiento jurídico al establecer las fuentes del Derecho y las disposiciones relativas a la interpretación de las leyes. En el caso colombiano, para citar un ejemplo, la Corte Constitucional ha establecido que:

Es claro que la Corte Constitucional es también órgano “límite” de interpretación legal, pues de las condiciones estructurales de su funcionamiento, en el control de constitucionalidad de la ley, es perfectamente posible que la cosa juzgada constitucional incluya el sentido constitucionalmente autorizado de la ley oscura. En efecto, a pesar de que si bien es cierto, de acuerdo con lo regulado en el Título VIII de la Constitución, la administración de justicia se organiza a partir de la separación de jurisdicciones y, por ello, corresponde a los jueces ordinarios la interpretación de la ley y, a la Corte Constitucional la interpretación última de la Constitución, no es menos cierto que hace parte de la esencia de la función atribuida a esta última el entendimiento racional, lógico y práctico de la ley cuyo control de constitucionalidad debe ejercer. De hecho, el control de constitucionalidad de la ley tiene una incidencia normativa indiscutible porque esta Corporación no podría salvaguardar la integridad de la Constitución, si no tiene claro el sentido de las disposiciones legales que deben compararse con las normas superiores que se acusan como infringidas; o tampoco si ejerce el control de constitucional sobre textos normativos que no coinciden con la praxis ni con su aplicación generalizada y dominante por parte de las cortes; ni cuando en un mismo texto legal encuentra normas conformes y otras contrarias a la Constitución; ni cuando el texto legal es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que deja de decir, esto es, cuando se presenta una inconstitucionalidad por omisión; ni podría proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con la aplicación



concreta de la ley, entre otras razones. En consecuencia, se reitera que, la Corte no sólo “debe intervenir en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones sometidas a control”, sino que, además, debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente, esto es, señala la forma cómo debe interpretarse la ley y cómo no debe hacerse. En tal virtud, existen algunas circunstancias en las que la Corte Constitucional debe señalar la interpretación obligatoria de la ley. Esto se realiza, entre otras, mediante las sentencias interpretativas y aditivas. (Sentencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

La metáfora de Humpty Dumpty ocurre cuando se está frente a la multiplicidad de interpretaciones y se debe decidir cuál de estas es la que prevalece. Se trata entonces de un problema de autoridad del órgano que interpreta, como criterio último de selección, situación, que en el caso de Kelsen puede recaer en el creador de la norma (el legislador), o en el caso colombiano la Corte Constitucional.

Los debates que llegan a la Corte son en muchas ocasiones apasionantes y definitivos para el transcurso social del país. Sin duda muchas interpretaciones y argumentos de la Corte han sido ejemplos de rigor y racionalidad para muchos, pero, de la misma manera, se han producido sendos errores para otros. Sin embargo, más allá de la valoración que cada uno haga de los discursos que ofrece la Corte y si es buena o es mala para el país y su estabilidad institucional, resulta incuestionable que el final sus fallos valen porque son emanados por la máxima autoridad en materia interpretativa y argumentativa en materia jurídica, de ahí que sus interpretaciones valen y son vinculantes porque dotan de sentido las palabras de la ley, significan lo que la Corte quiere que signifiquen, ni más, ni menos; es, por tanto, un monopolio del lenguaje jurídico dado que “*las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje.*” (Aarnio, 1995, p. 12) Al final, todo es una cuestión de poder y reglas que deben ser seguidas antes que, de valoraciones o contenidos, una cuestión de nombrar, y como sabemos, el que manda nombra.

“La cuestión es si puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes”, había señalado Alicia a Humpty Dumpty. No se puede verbalizar impunemente; (re)nombrar las cosas y modificarlas. Pensar una cosa y decirla a alguien son cosas muy diferentes si quisiéramos que el otro también sea colocado en presencia de la cosa pensada. Además de ello, en su intuición de niña, le parece a Alicia, y también a Wittgenstein, que en el juego de lenguaje “seguir la regla es una praxis. Y creer estar siguiendo la regla no es seguir la regla”. Alicia intuye que el entendimiento presupone un lenguaje que atienda a reglas conocidas por los participantes y que se mueva en un universo de significados compartidos, una “comunidad de mentes”. Sin ello, la producción de sentidos comunes es imposible y el lenguaje naufraga. (Flach, 2014, p. 56)



La Corte Constitucional fundamenta esta posición metafórica partiendo de la validez formal que se consagra en el mismo texto constitucional; en primer lugar, una validez que se desprende del artículo 4º de la Constitución, y, en segundo lugar, una validez procedimental derivada de las funciones de la Corte en el artículo 241. La validez, en sus dos facetas, no atiende a un principio de justicia, es meramente instrumental.

En cuanto la validez jurídica pierde toda relación moral (y, por tanto, toda relación que vaya más allá de la decisión del legislador) con los aspectos de justicia, se torna difusa la identidad del derecho mismo. Pues se pierden entonces los puntos de vista legitimadores bajo los que el sistema jurídico pudiera verse obligado a mantener una determinada estructura. (Habermas, 1988, p. 25)

Esta posición resulta en un sinsentido y ello es denunciado por Deleuze al indicar que la posición de Humpty Dumpty determina y el objeto y su significado al mismo tiempo: *“Es una palabra que designa exactamente lo que expresa y que expresa lo que designa.”* (1989, p. 86) La respuesta desdeñosa de Humpty dice lo que quiere significar y significa lo que quiere decir, ese es el sinsentido expuesto: decir y significar es lo mismo. Nuestro personaje expresa lo que designa y designa lo que expresa en todo momento, surge así una anormalidad que se evidencia cuando se descubre que la metáfora lleva a concluir que al decir algo y al decir el sentido de lo que se dice, se genera una idea incoherente.

La anormalidad y la imperfección del sinsentido se debe a que la ley normal de todos los nombres que poseen sentido es que su sentido sólo puede ser designado por otro nombre, que a su vez designa algo, que designa otro nombre, que designa el sentido del nombre primero, etc. Pero en el caso que hablamos, el nombre que dice su propio sentido no puede ser otra cosa sino algo sumamente anormal: un sinsentido. (Ortíz de Zárate, 2012, p. 10)

En el campo jurídico, lo anterior puede traducirse de la siguiente manera: cuando la Corte Constitucional interpreta un enunciado normativo dice lo que es y lo que significa, por ejemplo, cuando se pronuncia sobre cómo debe entenderse la expresión “libre desarrollo de la personalidad” en un caso concreto estaría indicando, en primer lugar, qué es “libre desarrollo de la personalidad” y a su vez qué significa. Se genera así una confusión entre significado y significante en tanto el significante hace referencia a la forma de denominar o hacer referencia a un objeto determinado, mientras que el significado hace referencia al concepto, objeto o ente al que pretendemos referirnos con el significante. Al final se crea una problemática en el sentido de las expresiones.

El papel discursivo de la Corte Constitucional, también tiene una pretensión de eficacia, pues es su decisión la que efectivamente materializa lo consagrado en la Constitución. Como órgano aplicador de Derecho y con capacidad para modificar situaciones reales, la Corte posee una capacidad de impactar la realidad social y lo que ello implica.

Frente a las anteriores reflexiones podemos exponer dos cuestionamientos.

El primero involucra la misma teoría del lenguaje y se apoya en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas. No es acertado imponer un lenguaje jurídico estándar por parte de la Corte en virtud de su autoridad. Si bien es cierto debe existir un punto de cierre en cuanto a discusiones jurídicas, y esa función le corresponde a la Corte, esta ficción puede llevarnos a un formalismo como el que se ve en muchas ocasiones: funcionarios sin pensamiento o criterio propio que justifican sus fallos copiando expresiones de jurisprudencia de la Corte en sus fallos como sentencias categóricas. La ausencia de crítica, existiendo la posibilidad de hacerlo, es una consecuencia evidenciable del fenómeno descrito anteriormente.

Eficacia entonces sería sinónimo de justicia, entonces, ¿es el concepto de justicia el que le da autoridad a la interpretación y argumentación de la Corte? Es decir, lo justo es lo que nutre su posición en tanto se obedece el lenguaje expuesto en la sentencia porque es justo ya que así lo ha determinado la misma entidad, por lo tanto, es justo por autoridad, a respecto, Jacques Derridá insiste en que:

Dicho de otra forma, el axioma común es que lo justo y lo más fuerte, lo más justo como (*as, as well as*) lo más fuerte deben ser seguidos. Pero este “deber ser seguido” común a lo justo y a lo más fuerte, es “justo” en un caso, “necesario” en el otro: “es justo que lo que es justo sea seguido, dicho de otra forma, el concepto o la idea de justicia implica analíticamente y *a priori* que lo justo sea “seguido”. (1992, p. 136)

La anterior situación se torna problemática cuando se reflexiona acerca de la diversidad de órganos que usan el lenguaje jurídico y que tienen una representatividad aún más genuina que la derivada a los jueces, por ejemplo, el legislador. Entonces ¿por qué el lenguaje usado por la rama legislativa carece de validez y eficacia? Piénsese también por el lenguaje jurídico que se utiliza en la enseñanza del derecho en las facultades y escuelas; ante este panorama cabe el cuestionamiento acerca de la exclusión de unos órganos como generadores de lenguaje jurídico y las causas para esta situación.

Se podría pensar, por ejemplo, en el sujeto “legislador” que usa el lenguaje para expresar el derecho. Pero también podría pensarse en el sujeto “juez” que usa el lenguaje para interpretar y aplicar el derecho. Y también estaría el caso del sujeto “profesor” que usa el lenguaje para interpretar y enseñar el derecho. E incluso podría aceptarse el caso del sujeto “ciudadano” que usa el lenguaje para conocer y acatar el derecho. Estas distinciones suelen conocerse como diferentes “niveles del lenguaje referente al Derecho”. (Aguirre, 2008, p. 145)

Lo anterior sugiere la existencia de unos niveles de lenguaje referente al derecho condicionados al órgano que lo utiliza. El llamado es a una conciencia crítica respecto de los argumentos de autoridad, en este caso los entregados por la Corte Constitucional, dichos argumentos pueden ser analizados y controvertidos, pero, además, debe darse

cabida a otros discursos de órganos igualmente legitimados para usar el lenguaje jurídico. Tanto el legislador, los jueces, los profesores de derecho y la comunidad en general, son los llamados a participar en ese proceso deliberativo de creación y aplicación del Derecho generando la legitimidad tan deseada (como lo plantea Habermas). La relación entonces entre facticidad y validez no puede centrarse en un solo discurso, y menos impuesto por autoridad.

En teoría del derecho disputan entre sí sociólogos, juristas y filósofos acerca de la adecuada articulación de la relación entre facticidad y validez; y según sea la posición que se adopte respecto a esa relación problemática, se llegará a premisas distintas y a estrategias teóricas distintas. (Habermas, 1998, p. 58)

La segunda crítica se encamina a cuestionar el papel de la legitimidad de la Corte para imponer su lenguaje como el único válido ¿Se puede lograr la legitimidad por vía de legalidad o validez? ¿Acaso se puede lograr por vía de eficacia?

Cobran importancia aquí las posiciones minimalistas para alejar cuestiones políticas y económicas de los jueces y que buscan dejar debates polémicos fundamentales (cuestiones políticas fundamentales o *political questions*) en el órgano natural para ello: el legislativo, que sin duda es un órgano por naturaleza legítimo para interpretar las disposiciones jurídicas, Alberto Dalla Vía sostiene que:

La doctrina de las llamadas “cuestiones políticas no judiciales” también tiene origen en los Estados Unidos, donde se denomina *political questions* a aquellas materias que por su naturaleza o sustancia se encuentran fuera del alcance del poder judicial, como, por ejemplo, la facultad del Congreso para declarar la guerra o hacer la paz. (2005, p. 26)

Lo anterior se torna más problemático cuando se excluye la representatividad del legislador para dejar como hegemónica la de la Corte Constitucional que es derivada. Esta consideración es pertinente aquí en tanto la legitimidad que expone el tribunal es aquella fundamentada en la tradición e imposición, en este caso de valores y lenguaje, a través del tiempo. Esta legitimidad es distinta a la liberal que es en la que se enmarca nuestro sistema.

¿Qué fundamenta la facultad de la Corte para establecer sus interpretaciones y argumentaciones como las únicas válidas, efectivas y legítimas y por ende incuestionables? ¿Qué hacer cuando la misma Corte comete errores en la interpretación y la argumentación? El verdadero problema no consiste en juzgar si la Corte hace un buen trabajo o no, eso, como se dijo, es subjetivo, la verdadera problemática radica en la exclusión de otras voces. La legitimidad de los jueces proviene de su labor; Hart sostiene que una forma de obtener la consiste en una especie de juramento para preservar la sociedad en orden, ya que el legislador, en principio, no puede hacerlo debido a su generalidad y naturaleza, al final, concluye con una aseveración interesante y lapidaria: Los jueces no tienen creencia en legitimación alguna.

Pero si todo lo que se requiere es que los jueces deban tener algunos motivos comprensibles para actuar tal y como lo hacen, esto puede ser fácilmente satisfecho a través de motivos que no tienen nada que ver con la creencia en la legitimación moral de la autoridad cuyas disposiciones identifican y aplican como derecho. De esta manera, jueces individuales pueden explicar o justificar su aceptación de las disposiciones del legislador alegando que ellos simplemente desean continuar una práctica establecida o, que han jurado al asumir el cargo o que han acordado hacerlo tácitamente al aceptar el oficio de juez. Todo esto sería compatible tanto con la afirmación de que los jueces no tienen creencias en la legitimación moral de la legislatura como con la creencia que no existe ninguna legitimación. (Hart, 1982, p. 102-103)

Por lo anterior la presencia de un paradigma discursivo es importante en un Estado Constitucional. Sólo bajo el análisis riguroso de las estructuras interpretativas y argumentativas podemos avanzar hacia un derecho más íntegro y dinámico y los discursos de los tribunales serán más pulidos y serán objeto de la crítica rigurosa y necesaria propia de la justicia. Recordemos que el universo del discurso nos cubre a todos y no podemos someternos a autoridades que pueden también equivocarse y causar daño.

Las interpretaciones y argumentaciones de nuestra Corte en materia de derechos fundamentales ponen de manifiesto la importancia de la argumentación jurídica, pero no debemos retirarnos de un constante análisis y una fuerte vigilancia y revisión del lenguaje que se está imponiendo, cuidémonos de caer en formalismos lingüísticos generados por argumentos de autoridad auto-fundados en una validez inocente, una eficacia mediática y una legitimidad ambigua y peligrosa.

## Referencias

---

- AARNIO, A. *Ensayos sobre filosofía del derecho*. México DF: Fontamara, 1995.
- AGUILÓ, J. *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá-Lima: Temis- Palestra, 2004.
- AGUIRRE, J. La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. En *Revista Opinión Jurídica*, vol. 7, N° 13, enero-julio. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 139-162.
- ATIENZA, M. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. En *Anales de jurisprudencia, estudios jurídicos*. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2003, pp. 353-369.
- BELLO, D. Contra la supremacía judicial en la interpretación de la constitución. En *Revista Revus* [Online], N°33, 2017, DOI: 10.4000/revus.3826. URL: [http:// revus.revues.org/3826](http://revus.revues.org/3826)
- BULYGIN, E. Los jueces ¿crean derecho? En *Revista Isonomía*, N° 18, abril. México DF: ITAM, 2003, pp. 7-25.
- CAJAS, M. Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? En *Revista Cuestiones Constitucionales*, N° 20, enero-junio. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2009, pp. 277-303.
- CARROLL, L. *Alicia a través del Espejo*. Córdoba: Ediciones del Sur, 2004.
- DALLA VÍA, A. *Los jueces frente a la política*. En *Revista Isonomía*, N° 22, abril. México DF: ITAM, 2005, pp. 19-38.
- DELEUZE, G. *Lógica del sentido*. Barcelona: Paidós, 1989.
- DERRIDÀ, J. Fuerza de ley: El fundamento místico de la autoridad. En *Revista DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 11. Alicante: Universidad de Alicante, 1992, pp. 129-191.

- FERRAJOLI, L y ATIENZA, M. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. En *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 86-108.
- FLACH, D. Alicia y el lenguaje del Derecho. En *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, N° 9. Málaga: UMA Editorial, 2014, pp. 49-79.
- GÈNY, F. *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique*, 2a ed, T.I. París: L.G.D.J, 1954.
- HABERMAS, J.  
(1988). *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* En *Revista DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 5. Alicante: Universidad de Alicante, pp. 21-45.  
(1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- HART, H. *Essays in Bentham*. Oxford: Oxford University Calendon Press, 1982.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, 1ª reimpresión. México DF: Grupo Editorial Éxodo, 2007.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAYER, H. La doctrina de la interpretación de la Teoría Pura del Derecho. En WALTER, R. (ed.). *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93-107.
- MEJÍA, O. Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. En *Revista Derecho y Realidad*, N°7, semestre I. Bogotá: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, 2006, pp. 45-79.
- MULLER, C y GORCZEWSKI, C. La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño: ¿un activismo necesario? En *Revista Estudios Constitucionales*, año 14, N° 2. Talca: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2016, pp. 207-230.
- NÚÑEZ, A. Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho. En *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 2. Talca: Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014, pp. 415-442.
- ORTÍZ DE ZÁRATE, A. Sentido sin ciencia: un recorrido imperfecto hacia el sinsentido. En *Revista F@ro*, N°15. Valparaíso: Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Playa Ancha Valparaíso, 2012, pp. 3-12



- SANTOS, B. La transición posmoderna derecho y política. En *Revista Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°6. Alicante: Universidad de Alicante, 1989, pp. 223-263.
- SUÁREZ-MANRIQUE, W. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. En *Revista Vniversitas*, N°129, julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014, pp. 319-354.
- SUNSTEIN, C. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 2ª ed. Cambridge. Harvard University Press, 2001.
- VANOSI, J. Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la constitución histórica. En *Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* [Online], 23 abril de 2013. URL: [https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Forma\\_y\\_estilo-Vanossi-2003.pdf](https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/Forma_y_estilo-Vanossi-2003.pdf)
- WLADRON, J. Deliberación, desacuerdo y votación. En SLYE, R. y HONGJU KOH, H. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, pp. 249-269.
- WOODROW, W. *El gobierno constitucional de los Estados Unidos*, 2ª edición. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2014.



# XI

## Una reflexión sobre Lenguaje y Derecho: la interpretación

*There's a sign on the wall, but she wants to be sure  
'Cause you know sometimes words have two meanings*

*Stairway to Heaven. Led Zeppelin*

### Introducción

El objetivo de este texto es reflexionar sobre la inevitabilidad de la interpretación jurídica a partir del reconocimiento de vacíos lingüísticos (vaguedades o ambigüedades) que en muchas ocasiones requieren ser dotados de contenidos morales y políticos. Esta inevitabilidad interpretativa está dada por la misma naturaleza del lenguaje –y por ende del lenguaje jurídico- y puede ser explicada a través de las teorías de la filosofía analítica. Sin embargo, no se trata de limitar el fenómeno sólo al campo de la lógica eliminando cualquier consideración por fuera de su rigurosidad; se trata de reconocer un fenómeno complejo que no se agota exclusivamente con pretensiones de un lenguaje objetivo y libre de manchas.

La fuerza del derecho escrito es resistente y visible; sin duda la percepción de seguridad jurídica tiende a pesar más que la idea de legitimidad permitiendo que el textualismo triunfe como forma de comprender y aplicar las normas jurídicas, convirtiéndose para muchos en el mayor logro de una dogmática seria y la más elaborada construcción de un jurista consciente de su labor como guardián del orden y la libertad.

En alguna ocasión Nikos Stavros, citado por Ewick y Silbey, dijo “*Si te fijas, otra forma de contemplar el sistema es identificar en él las lagunas legales apropiadas. (...) Es increíble lo que se puede hacer y lo que se puede dejar de hacer en el mundo del Derecho.*” (1998, p. 75) Entonces,

metodológicamente hablando, el avance actual del Derecho necesite abandonar la forma tradicional de interpretarlo y aplicarlo. ¿Se ha escrito en el Derecho todo lo que se puede decir sobre él? ¿Qué de nuevo hay respecto de interpretaciones textualistas? Poco o nada en tanto la estructura de ese tipo de interpretación impide análisis profundos sobre el contenido de las normas. Es coherente entonces pensar en acudir a una forma de análisis del Derecho que amplíe la capacidad cognitiva de los juristas a través del análisis y colonización de los vacíos que se pueden encontrar en el campo jurídico. Lo anterior es una forma novedosa y altamente favorable de contribuir con el desarrollo de una Teoría del Derecho más rigurosa pero consciente de sus limitaciones y relaciones con otras áreas del conocimiento.

Por lo anterior, debemos emigrar del suelo sólido y conocido que es el Derecho escrito y su pretensión de claridad junto con el método de interpretación textual para descubrir nuevas formas de concebir y comprender el fenómeno jurídico. Quizás las respuestas a muchos interrogantes respecto del Derecho y la Justicia se encuentren en lugares que creemos desiertos e inexplorados. El Derecho es una práctica compleja que no se puede reducir simplemente a una evidencia normativa con pretensión de claridad, de la misma manera, los jueces en sus decisiones no ven a la norma jurídica como un elemento aislado, en ocasiones, lo hacen con una visión institucionalista que implica el reconocimiento de prácticas y valores sociales.

La ley incorpora una gran variedad de reglas, muchas de ellas ambiguas. Ellas se refieren a actores y organizaciones que van en distintos rangos, desde la Suprema Corte de Justicia hasta simples inspectores locales de construcciones. Cada uno opera con diferentes propósitos con una vasta variedad de material y de recursos simbólicos. La ley también incluye una serie de procesos institucionalizados que van desde prácticas de juzgados hasta modelos racionales de estructuración de las prácticas forenses y recursos de argumentación retórica abstracta. Entonces no es extraño que muchas veces la ley aparezca ante nosotros de manera contradictoria. (Ewick y Silbey, 1998, p. 17)

Estos lugares oscuros, estos vacíos o lagunas, al igual que las normas que los cubren son generalmente problemas evidenciables en el lenguaje. Muchos de los problemas que se suscitan a la hora de controversias de índole jurídica y política, están marcados por profundas diferencias en los niveles de comunicación. Estos malentendidos no son sólo meros desacuerdos semánticos, como lo cuestionó en su momento Dworkin respecto del positivismo y su aguijón semántico, y, por lo tanto, no serían resueltos por una cuidadosa definición conceptual que elimine la ambigüedad de conceptos jurídicos indeterminados; es decir el problema no es de aclaración y delimitación de términos. Si partimos de la premisa según la cual toda norma es potencialmente vaga, tendremos entonces que enfrentar necesariamente que el textualismo y el uso privilegiado que éste da a la exégesis es rebasado por una necesidad de interpretar y jugar con la intención y subjetividad de quienes aplican normas jurídicas.

Así las cosas, es común encontrarse con visiones del campo jurídico muy reducidas, y desde luego cómodas, del lenguaje. Bajo una pretensión de seguridad y seriedad lingüística consideramos como única herramienta posible el textualismo y además creemos también que cualquier intento por apartarse de él es un ejercicio de invocación que no es bien recibido en el derecho tradicional y su carácter científico. No es raro encontrar abogados que de forma abierta descalifican todo aquel análisis que implique abandonar la sombra de la objetividad proporcionada por el textualismo. La sociología, la antropología, la psicología y desde luego la lingüística, son fantasmas aterradores que desfiguran un campo de estudio sagrado llenándolo de impurezas y críticas radicales. Esta forma de pensar el Derecho la he escuchado en frases como *“yo soy abogado no politólogo ni sociólogo”* o *“que se encarguen de eso los filósofos”*. El efecto, desde luego, se traslada al estudiante, a quien se le vende la idea de que explorar áreas del conocimiento ajenas al Derecho es algo estéril, sin futuro y que desdice de su formación jurídica.

### **El lenguaje jurídico y su naturaleza**

El Derecho es un fenómeno que se manifiesta en el lenguaje, por lo que debe ser abordado con una seriedad que explore todo lo que éste puede ofrecer y no una parte estratégicamente usada para justificar cierta imagen de científicidad y rigor. En este sentido el derecho mismo es un ejercicio de lenguaje y está sometido a todos sus fenómenos.

Los problemas generados por la ambigüedad son situaciones a las que el Derecho teme enfrentarse debido a la puesta en peligro esa percepción de seguridad jurídica y científicidad. Quizás para muchos de los abanderados de la escuela exegética como una forma sólida y sencilla de abordar una teoría del lenguaje y la interpretación amplia es un riesgo innecesario, peligroso y además ajeno al mundo de los abogados. Si bien es cierto aceptamos que aún el textualismo es una forma de interpretación que obtiene el significado de una norma a partir de su sentido y orden gramatical, los textualistas sólo acogen esta parte, pero poseen un escepticismo claro respecto de interpretaciones meta-jurídicas o del espíritu de la ley, no es necesario abandonar la seguridad del texto escrito para explorar, vía lenguaje, los vacíos y lagunas, para ellos, explorar estos sitios comunes no es objeto del Derecho, incluso para varios de ellos, dichos lugares no existen. En este orden de ideas, los aportes de la teoría y la filosofía del lenguaje, son necesarios para abordar una nueva metodología de la interpretación jurídica basada en los vacíos que presenta el sistema jurídico.

Elementos como la intención, la emotividad, la polifonía de la enunciación, y los contextos lingüísticos, entre otros, son componentes poco tratados pero muy utilizados en la realidad jurídica debido a la dogmática que se pretende implantar y a la seriedad que se pretende imprimir al derecho a través de un determinado método científico que a veces parece inexistente. Es para muchos inconcebible tratar los problemas de aplicación del derecho, primero como aspectos del lenguaje, y segundo como reflexiones filosóficas y sociológicas sobre un mundo de la vida que parece cada vez más, para el derecho, ser una especie de doctrina o teoría de la vida, no olvidemos que la filosofía es una praxis analítica y crítica del lenguaje, un estilo de vida, de pensamiento y no una doctrina.

La filosofía quizás así entendida es emancipadora en el campo de la interpretación jurídica, y va en contra de toda dogmática rígida. Contrario a una ciencia del derecho, una filosofía de la interpretación del derecho vía lenguaje debe sustentarse en aquello que está por descubrir así ello implique desechar preciados dogmas algunas veces inútiles y absurdos:

La filosofía quiere salvar el infinito dándole consistencia: ella traza un plano de inmanencia que lleva al infinito los acontecimientos o conceptos consistentes bajo la acción de personajes conceptuales. La ciencia, al contrario, renuncia desde esta perspectiva al infinito para ganar la referencia: ella traza un plano de coordenadas que define estados de cosas, de funciones o de proposiciones referenciales, bajo la acción de observadores parciales. (Deleuze y Guattari, 1991, p. 186)

La filosofía de la interpretación que pretendo ilustrar aquí, se asemeja a una hermenéutica de la existencia similar a la propuesta por Heidegger en tanto se trata de un despertar crítico, pero reconociendo la necesidad de una normatividad propia del campo del derecho para no caer en deformaciones. En ella el sentido de la existencia, del ser es un elemento necesario para una filosofía universal de la comprensión, no sólo de textos sagrados o de ciencias del espíritu, sino de la vida misma; de esta manera el intérprete construirá las bases metodológicas de su proceder interpretativo con resultados más serios, éticos y productivos, en palabras de Kalinowski:

De hecho, las cosas no son de otra manera en la filosofía de la interpretación que en la filosofía del ser y en la lógica de la interpretación que en la lógica en sí misma. De la misma manera que el más humilde de los entes, por el hecho de que es él precisamente un ente, basta para construir el punto de partida de la filosofía y el más simple de los razonamientos, el punto de partida de la lógica, asimismo la más modesta de las interpretaciones, ofrece a la filosofía y a la lógica, que toman por objeto, un punto de partida suficiente. (1982, p. 494).

Interpretar, al igual que el hablar, "*es combatir, en el sentido de jugar*" (Lyotard, 1991, p. 12), es una cuestión de estrategia, y por ende se toman elementos del mundo de la vida y la cotidianidad. La interpretación jurídica entonces plasma situaciones históricas, políticas, sociológicas y emotivas para así estructurar un mejor esclarecimiento de los conceptos oscuros que el derecho presenta. La interpretación vista de esta manera amplia es la llamada a integrar el derecho, a unificarlo y a darle el dinamismo que requiere dese una perspectiva de filosofía del lenguaje que recoge fenómenos diversos y permite una interacción del derecho con otras áreas del conocimiento. Por lo anterior, el papel de una filosofía del lenguaje que vaya de la mano con el Derecho no puede desprenderse de elementos valorativos e incluso emocionales propios del fenómeno jurídico, sin desconocer, que también se trata de una praxis, tal como lo propone Herbert Marcuse:



La filosofía analítica contemporánea se propone exorcizar o “mitos” o “fantasmas” metafísicos tales como el espíritu, la conciencia, la voluntad, el alma, el Yo, disolviendo la intención de estos conceptos en afirmaciones sobre operaciones, actuaciones, poderes, disposiciones, propensiones, habilidades, etc., particularmente identificables. El resultado muestra, de una manera extraña, la impotencia de la destrucción: el fantasma sigue persiguiéndonos. Aunque cada interpretación o traducción puede describir adecuadamente un proceso mental particular el acto de imaginar lo que quiero decir cuando digo “yo” o lo que quiere decir el cura cuando dice que María es una “buena chica”, ni una sola de estas reformulaciones, ni su suma total, parecen captar o incluso circunscribir el significado total de términos como el Espíritu, la Voluntad, el Yo, el Bien. Estos universales siguen persistiendo tanto en el uso común como en el poético. (1993, p. 231)

La interpretación jurídica vía lenguaje apunta entonces a una hermenéutica de la existencia (haciendo referencia Heidegger de nuevo) y busca trabajar el significado de los pasajes oscuros del derecho a través de una compleja red de relaciones históricas, políticas, económicas y sociales entendidas desde una perspectiva del lenguaje como producto social, que en palabras de Habermas es “*el modelo sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia.*” (1987, p. 9)

Se debe resaltar, además, la importancia del papel de la filosofía del lenguaje en la reflexión jurídica con el estudio del concepto de significado o enunciado, por ejemplo. Si bien la lógica y la influencia del positivismo conllevaron a una especie de escepticismo hermético esto debe ser replanteado en el derecho dado que el lenguaje y sus implicaciones son determinantes y escapan a una lógica formal. Los conceptos de significado e interpretación dentro de un determinado contexto, prestando atención a los mecanismos particulares y cotidianos de habla, nos indican que el lenguaje, como producto social, es influyente dadas sus funciones y que éstas se usan como estrategias contextuales que dependen de la intención, y muchas veces supera la literalidad del argumento.

El Derecho es un medio es así una praxis compleja, y lo es también desde el punto de vista comunicacional. Generalmente se referencia un sólo lenguaje jurídico, el de los juristas (estudiado por la dogmática jurídica en la obra de Gregorio Robles) y que es utilizado en las ritualidades y formas propias de los procesos judiciales y sus elementos. Pero en un sistema jurídico específico, respecto a la estructura del Estado, por ejemplo, el lenguaje de una autoridad administrativa que reglamenta, difiere del usado por quien lo regula y otro por quien lo aplica. Problema similar en las áreas del derecho que también asumen su propio lenguaje en la interpretación: los civilistas suelen amarrarse a la exégesis, los penalistas a la política criminal pues más que entrar en lo explícito juegan al discurso para hacer valer lo implícito del modelo de Estado, los administrativistas al tecnicismo jurídico o a las formas, y los constitucionalistas a la utopía del derecho, una utopía probable y trascendente. De ahí que el significado y sus implicaciones conversacionales otorguen una buena dinámica para su confrontación en el campo que nos ocupa en esta

reflexión y en donde las facultades de derecho resultan insidiosas en mayor o menor grado en las formas de hablar y escribir el lenguaje jurídico.

Respecto a la semántica el derecho es un lenguaje especializado, supuestamente técnico (como imaginario) cuando no es más que redefiniciones conceptuales del lenguaje común. Los conceptos se asumen como un vocabulario jurídico exclusivo y por definición otorgándole un sentido manipulable y un significado legal o técnico.

## Lenguaje, interpretación y Derecho

El lenguaje es un producto social y si bien es cierto responde a necesidades naturales o instintivas, su desarrollo permite una funcionalidad social racional. Wittgenstein, acudiendo a las Confesiones de San Agustín (obra imprescindible en la hermenéutica clásica, y aún en la contemporánea para explicar el origen de los conceptos y su función en el lenguaje, desde una posición originaria, es decir una teoría del conocimiento a partir de los más básicos elementos de la formación de las palabras y su articulación en un discurso, desde luego, sin desconocer intenciones y problemas posteriores de interpretación) sostiene que:

Las palabras del lenguaje nombran objetos –las oraciones son combinaciones de esas denominaciones. - En esta figura del lenguaje encontramos las raíces de la idea: cada palabra tiene un significado. Este significado está coordinado con la palabra. Es el objeto por el que está la palabra. (1988, p. 17)

Wittgenstein quiere resaltar el proceso de formación de conceptos a partir de los conceptos agustinianos de *res* y *signa* para posteriormente realizar una crítica. Esta posición se resume en un proceso de formación de conceptos a partir de dos fases. Una auditiva y otra visual, y, a través de la representación y la memoria se obtienen los conceptos como resultado de un proceso de enseñanza/aprendizaje en el cual quien enseña el lenguaje muestra al que aprende determinadas cosas; este último las percibe, principalmente de manera visual y a la vez que las está percibiendo, el que enseña emite palabras a través de sonidos articulados. De esta manera el aprendiz no sólo ve ciertas cosas, sino que a la vez oye determinados sonidos. Lo anterior permite comprender porque para que una palabra tenga significado se debe tener una imagen de ella, se trata de un proceso de asociación de dos estados: el ver y el oír; en este sentido puede hacerse una analogía con el dibujo para concluir que el lenguaje es principalmente una cuestión de imagen (no puedo dibujar un pistón si no he visto uno antes), es decir, es por el objeto por lo que existe –y tiene significado- la palabra.

Por su parte, San Agustín -marcado profundamente por la retórica de Cicerón- estableció un estudio previo a su proceso de interpretación (enmarcado dentro de la hermenéutica patrística) sobre las prácticas generales del lenguaje, en especial su origen: básicamente se ocupó del análisis de las Epístolas y el Génesis. En su propuesta sobre la interpretación de textos sagrados retoma las enseñanzas de Orígenes y Filón de Alejandría en el sentido de establecer un cuádruple sentido en la escritura sagrada: “*En todos los libros santos, conviene inquirir qué cosas eternas (aeterna) se insinúen allí, qué hechos (facta) se narren, qué cosas futuras (futura) se anuncien, y qué preceptos se manda o amonesta*

*deban cumplirse (agenda).*" (1957, p. 19) Lo anterior supone el establecimiento de ciertas reglas (hermenéutica en un sentido normativo) para así poder obtener un mejor análisis de aquello que ha ocurrido, ocurre, está por venir y además obtener las máximas para la acción. Estas reglas son reglas de interpretación (*praecepta interpretatione*) y sustentan que toda ciencia trata bien o de cosas (*res*) o de signos (*signa*) existiendo una supremacía de la cosa sobre el signo, pues para poder conocer los signos es necesario tener una referencia objetiva, una imagen, una representación. Entonces para que una palabra en principio se significativa, debe tenerse una imagen de ella. Es así, como se ha planteado, que se puede obtener un origen de los conceptos y una explicación del origen del lenguaje.

Lo anterior puede resultar problemático dada la siguiente pregunta: ¿pueden ser significativas las palabras sin que se tenga una referencia visual de ellas? Por ejemplo ¿cómo representamos la palabra perpetua? O ¿qué es lo primero que visualizamos cuando nos dicen cenit? Esta situación es un giro a la posición Agustiniiana, en donde el mismo concepto de Derecho, es otro ejemplo: pensemos por un momento ¿cuál es la primera imagen que nos viene a la mente cuando escuchamos la palabra Derecho? En otras palabras ¿cuál es la representación del Derecho? Como vemos, la respuesta no es nada sencilla, la voluntad que domina a la representación está marcada por la intención y nuestra propia experiencia; imaginemos ahora representaciones de palabras como "norma", "dignidad", "cruel", "sumaria", "igualdad", "degradante", "lesa humanidad", y muchas más.

Si asumimos que el Derecho es un posee lo que Paul Grice denominó un significado en sentido no natural, o de manera abreviada, siguiendo el texto del profesor Diego Eduardo López Medina, "*significado nn*" (2008, p. 46). Este significado puede obedecer a una representación, veamos: se puede sostener que en la proposición "la luz verde permite el paso" las comillas permiten identificar que estamos frente a un significado nn dado que en un estado natural de cosas (significado n) una luz verde sería simplemente eso, el resultado de un proceso natural guiado por la física y la óptica. Sin embargo, sólo en el campo de las normas y el derecho ese enunciado tendría un significado diferente, no natural.

En significados naturales o casos fácticos, el emisor está comprometido con el hecho de que lo que está diciendo corresponde verdaderamente con un cierto estado de cosas; mientras tanto, en casos no-facticos, el hablante no asume ese compromiso. En segundo lugar, los significados no naturales pueden ser fácilmente puestos en comillas, mientras que aquello resultaría extraño con los casos fácticos. (...) Esta distinción entre significado natural y no-natural se asemeja a otra que es usada comúnmente para distinguir entre signos "naturales" y "convencionales." (López, 2006, p. 46-47)

Entonces, el derecho es un ejercicio de representación de palabras con significado no natural (significado nn), basta con cuestionar si tienen las normas un significado o si cada palabra que compone una norma es totalmente clara y obvia para la comunidad receptora. La plenitud y la unidad jurídica de un ordenamiento no se logran con la unificación

semántica y la eliminación de ambigüedades obedientes a fenómenos de codificación. Una verdadera teoría de la interpretación y de la comprensión jurídica debe involucrar reflexiones sobre el significado de las palabras, y en este sentido:

La palabra significado ha sido empleada de modos diversos, a veces como “la denotación de un nombre”, la “connotación de un símbolo”, las “implicaciones de un concepto”, las “reacciones neuro-musculares y glandulares producidas por algún estímulo”, la “utilidad de alguna cosa”, “aquello a lo que el intérprete de un símbolo debe referirse”. (Fries, 1970, p. 169)

La intención aparece aquí entonces como un elemento fundamental para atribuir significado a expresiones del lenguaje jurídico. Para evadir la rigidez de ese aguijón semántico ilustrado por Dworkin (y he aquí es un bello ejemplo de lenguaje nn), el derecho y la interpretación, solapadamente en algunos casos y bajo las órdenes de funcionarios y operadores jurídicos, acude a la intención como excepción a aquello que es claro, pero no se debe reconocer: la inevitabilidad de la interpretación más allá del texto. Si bien es cierto la intención no es una palabra prohibida en el análisis de normas, ésta sólo es enunciada pero poco o nada se reflexiona acerca de ella, pensemos por ejemplo en si sus consecuencias son políticas dado su origen legislativo o se trata de una evasión estratégica a textos incómodos, al respecto Raz sostiene:

La relevancia de la intención legislativa para la interpretación jurídica se ha convertido en una cuestión de debate político. Tal vez esté bien que así sea. No hay duda que el papel que los tribunales asignan a la intención legislativa en la interpretación jurídica tiene consecuencias políticas significativas. Se puede argumentar que esas consecuencias afectan al papel que se otorga a la intención en la interpretación. Es decir, las cuestiones acerca de si la intención debe o no jugar algún papel en la interpretación jurídica y, si debe jugar alguno, cuál deba ser éste, son cuestiones que deben ser parcialmente determinadas a la luz de las consecuencias políticas de tales decisiones. (1997, p. 199)

Ahora bien, la intención no sólo podría obedecer a cuestiones políticas, la ética y los valores tiene un escenario propio y muy interesante. Podríamos decir, siguiendo las ideas de Putnam y Rorty, que hay cierta tendencia a relativizar y neutralizar los valores es decir ¿pueden ser racionalizados los valores éticos? ¿Se pueden volver naturales? Y ¿qué pasaría si la comunidad llega a acuerdos donde anti-valores pueden ser aceptados? Este escenario nos devuelve a las ideas de Agustín y Wittgenstein: la representación de términos, en este caso valores, su intención y significado.

Considérese ahora una disputa acerca de si una acción es o no cruel, y esta es mi analogía de una controversia ética. Un padre se comporta con crueldad psicológica atormentando constantemente a su hijo, mientras

que niega al mismo tiempo (bien porque es obtuso o bien porque tiene una nena sádica) que las lágrimas del niño vayan realmente en serio. “Tiene que aprender a soportarlo”, sentencia el padre. [...] ¿Llegará toda la comunidad a un acuerdo de que esto constituye una crueldad? (Putnam y Habermas, 2008, p. 68)

En conclusión, el punto no es discutir la intención en la creación de las normas pues resulta claro que todas apuntan a un objetivo o fin, algunas veces claro y explícito, en otras no. La cuestión radica en el momento de aplicación de la norma, cuál es la intención a la hora de interpretar, cuál es el significado que el intérprete asigna a una expresión o a una palabra. Pensemos en la proposición normativa que expresa: *“La vida íntima de persona ajena a sindicación penal no podrá ser objeto de investigación privada o judicial. Sin embargo, podrán realizarse indagaciones privadas con fines laborales o comerciales.”* Preguntémonos: ¿es clara para cualquier persona? ¿Qué significa “vida íntima”? ¿Qué significa “investigación privada”? ¿Cuáles son los parámetros o intenciones de permitir “investigaciones privadas con fines comerciales o laborales”? Como se aprecia, la aparente claridad textual y gramatical de la norma es un resulta ilusorio.

## Referencias

---

- AGUSTÍN. *Del Génesis a la letra*, Obras, vol. XV. Madrid, Biblioteca de Autores cristianos. 1957.
- DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *¿Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Minuit, 1991.
- EWICK, P. y SILBEY, S. *The Common Place of Law: stories from everyday life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- FRIES, C. Meaning and Linguistic Analysis. En: LEHRER, A. *Theories of Meaning*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall Inc., 1970.
- HABERMAS, J. *Teoría de la Acción Comunicativa, T. II: Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987.
- KALINOWSKI, G. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- LÓPEZ, D. *La letra y el espíritu de la Ley*. Bogotá: Temis-Uniandes, 2006.
- LYOTARD, J. *La condición posmoderna*. Buenos Aires: Editorial REI, 1991.
- PUTNAM, H. y HABERMAS, J. *Normas y Valores*. Madrid: Trotta, 2008.
- RAZ, J. La intención en la interpretación. En *Revista DOXA*, N° 20. Alicante: Universidad de Alicante, 1997, págs. 199-233.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, 1988.





Este texto es una reunión selecta de escritos que abordan temas relacionados con el lenguaje, la hermenéutica y el derecho. Se trata de una serie de reflexiones acerca del papel que juega la filosofía del lenguaje o analítica en conjunto con la herménutica en temas propios de la teoría y la filosofía del derecho para así generar un campo de análisis más amplio del fenómeno jurídico.

La reflexión rigurosa en materia jurídica implica el reconocimiento de que las respuestas que ofrece el derecho no son únicamente resultado quehacer jurídico, por el contrario, merecen un análisis interdisciplinar y que en este caso acude a los postulados propios de la lingüística y sus campos afines.



SELLO EDITORIAL  
UNIAUTÓNOMA DEL CAUCA

---

*Facultad de Ciencias Sociales  
y Humanidades*

