



FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**La percepción optimista de la hermenéutica como soporte de una
teoría hermenéutica-comunicacional del Derecho: Un estudio a
partir de la teoría de textos en la obra de Gregorio Robles**

Elaborada por

JUAN PABLO STERLING CASAS

Para optar por el título de:

Doctor en Derecho

Director

Dr. GREGORIO ROBLES MORCHÓN

Buenos Aires
2023

Agradecimientos

Este trabajo fue posible gracias al acompañamiento incansable de muchas personas que me alentaron en el camino con su cariño y sabiduría.

Mi agradecimiento, en primer lugar, a Pedro Osma Gómez por su apoyo y confianza irrestricta en mí y en mi trabajo, fue él quien me ayudó con la piedra inicial de esta estructura. A Monseñor Primitivo Sierra Cano y al profesor Luís Felipe Casas Ramírez, directivos universitarios que creyeron en este proyecto y aportaron herramientas para que pudiese llegar a feliz término. A mi amigo Andrej Kristan que, en el año 2007 en Alicante con una charla motivante, me dio la semilla que sirve de base para todo este trabajo. A los profesores Pedro Rivas Palá, Andrés Sánchez Herreño, Fernando Toller, Rodolfo Vigo y Joaquín Migliore por sus enseñanzas en Buenos Aires.

También a mi familia por ejercer la presión necesaria para no decaer. A mi esposa porque sin ella este camino habría sido tortuoso y confuso.

Finalmente, a un magnífico director, gran maestro, excepcional ser humano y amigo: Gregorio Robles Morchón. Desde que lo conocí, hace ya varios años, sus ideas han sido el campo fecundo para desarrollar mis aspiraciones académicas. Bajo su tutela y consejo me ha hecho sentir motivado para crecer cada día más. Su hospitalidad, carisma y conocimiento son las bases de esta construcción.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I.....	25
VISIÓN OPTIMISTA DE LA HERMENÉUTICA E INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO	25
Descripción del Problema y Justificación	25
La revitalización de la hermenéutica	28
El Derecho como un ejercicio hermenéutico	30
La escuela de la <i>Gestalt</i> : Derecho como unidad de texto con diversidad de lecturas.....	49
Principios de la <i>Gestalt</i>	60
Pospositivismo y hermenéutica filosófica: una visión optimista.....	72
Hermenéutica Filosófica y Pospositivismo como puntos de partida de la TCD	89
La crisis del positivismo.....	103
La TCD, Teoría Hermenéutica del Derecho y Teoría de los Textos: Planteamiento Inicial	113
La filosofía de la razón histórica: Dilthey y Gadamer	114
El aporte de H.G. Gadamer a la discusión.....	125
La teoría de textos: un esbozo.....	138
El concepto de texto en la TCD: el aporte de Roland Barthes	148
El Hipertexto y su papel en la TCD	156
Perspectivismo epistemológico en la TCD: la influencia de José Ortega y Gasset	160

Perspectivismo y hermenéutica	165
CAPITULO II	169
HERMENÉUTICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: LA TEORÍA FORMAL DEL DERECHO.....	169
Lineamientos generales de la TCD	169
TCD: tres niveles de estudio	173
El concepto de Derecho en la Teoría Comunicacional.....	178
La decisión en el Derecho	190
El concepto de Ordenamiento Jurídico –ORD–.....	193
ORD, autoridad y voluntad	200
Existencia y reconocimiento del ORD	208
El Derecho como Texto en la TCD: Una aproximación Inicial.....	210
Derecho, lenguaje y poder.....	214
Colonización, cosificación y codificación en el Derecho	218
Derecho, texto y escritura	236
El texto jurídico (y su gramática) como marcador de poder.....	245
Los caracteres del texto jurídico	251
Las decisiones en el Derecho.....	265
Ordenamiento (ORD) y Sistema (SIS) en la Teoría Formal del Derecho	270
La dogmática jurídica.....	272
La relación hermenéutica en espiral entre ORD y SIS	274
El Concepto de Acción y su Papel en la TCD	283
La acción en el Derecho	291
La acción como texto.....	299

La acción convencional.....	308
El Ámbito Jurídico –AMB–.....	314
La visión optimista de la Hermenéutica en la Teoría Formal del Derecho	317
Otra postura pesimista: hermenéutica y posmodernismo en Gianni Vattimo.....	318
El pensamiento de Gadamer presente en la TCD	324
CAPITULO III	336
DOGMÁTICA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: EL MÉTODO HERMENÉUTICO-ANALÍTICO.....	336
El Concepto de Dogmática y su abordaje	337
Dogmática Jurídica y Método Jurídico	343
Características de la dogmática jurídica en la TCD.....	350
Dogmática Jurídica y su Función Comunicacional	354
La función comunicacional de la dogmática jurídica.....	354
Dogmática jurídica y el comentario de textos literarios: La relación entre Derecho y literatura	359
La Dogmática jurídica como disciplina comunicacional.....	378
El texto institucional (ordinamental y sistémico)	383
Dogmática Jurídica y Teoría de Textos.....	386
Los mensajes jurídicos: elementos y medios comunicacionales.....	389
Tipología de textos: descriptivos, constatativos, explicativos, predictivos, emotivos, persuasivos y directivos	396
Los textos jurídicos: Constitucional, legislativo y judicial	408
El Método Hermenéutico-analítico	417

Características del método hermenéutico-analítico de la TCD	423
La interpretación en el Derecho	431
Lógica e interpretación	439
Los conceptos dogmático-jurídicos.....	443
El Sistema Jurídico: Sistema Didáctico-expositivo y Sistema Jurídico propriadamente dicho.....	447
Características del sistema jurídico	458
La Crítica al Concepto de Dogmática Jurídica de la TCD	470
La Teoría de las Decisiones Jurídicas.....	480
El papel de la Retórica.....	481
Retórica y teoría de textos	487
Retórica en la TCD: comunicación y argumentación	493
CAPÍTULO IV.....	503
LA TEORÍA DE TEXTOS EN LA TCD: DERECHO, HIPERTEXTUALIDAD Y TEXTOS ESCRIBIBLES	503
Narración, Hermenéutica y Derecho	504
La narratología.....	511
La narración hermenéutica del ordenamiento y del sistema jurídico ...	514
La teoría de textos (lingüística textual)	523
El perspectivismo textual	531
Los textos escribibles: la teoría de Roland Barthes y la TCD.....	545
El Hipertexto.....	568
Teoría de Textos en la TCD: visión revisada.....	580
CAPÍTULO V.....	588
REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES	588

Caracterización general de la TCD	588
Punto de partida: La necesidad del cambio de enfoque. Por qué la TCD	593
El Derecho como ejercicio hermenéutico en la TCD: <i>La Gestalt</i>	594
La Posición optimista de la hermenéutica en la TCD.	596
Crisis epistemológica del positivismo jurídico: denuncia de la TCD	598
TCD y enfoque comunicacional de la lengua	600
Teoría Formal del Derecho (primer nivel: sintáctico).....	601
TCD y el Análisis Crítico del Discurso (ACD)	602
Colonización, cosificación y codificación en el Derecho.....	603
El texto jurídico como marcador de poder.....	604
Los caracteres del texto jurídico.....	605
La relación ORD/SIS	606
El concepto de acción y su papel en la TCD	607
La noción de ámbito Jurídico (AMB).....	609
Hermenéutica optimista en la Teoría Formal del Derecho.....	610
La Teoría de la Dogmática Jurídica (segundo nivel: semántico)	612
Características de la Dogmática jurídica	613
Dogmática jurídica y el comentario de textos literarios.....	614
El método hermenéutico-analítico de la TCD	615
Sistema didáctico-expositivo y sistema jurídico en estricto sentido	616
La Teoría de las decisiones jurídicas.....	617
Narración, hermenéutica y Derecho	619
La narración del ORD y el SIS.....	620
La Teoría de textos en la TCD.....	622

El Perspectivismo textual de la TCD.....	622
Los textos escribibles	623
El Hipertexto	624
Teoría de textos en la TCD: reflexión final.....	627
REFERENCIAS	628

LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Descripción
Art. ^o	artículo
Cap.	capítulo (también c. y cap. ^o)
<i>Cfr.</i>	<i>confer</i> (lat.: 'compara'; también cónf. y cónfr.; equivale a compárese, cf. cp.)
Coord.	coordinador
Comp.	Compilador
Ed.	Edición, editorial
Ej.	Ejemplo, ejemplar
<i>Et al.</i>	<i>et alii</i> (lat.: 'y otros', cf. y cols.).
Etc.	etcétera
<i>Ídem.</i>	<i>Ibídem</i> (lat.: 'en el mismo lugar')
Nro.	Número.
<i>Op. Cit.</i>	<i>opere citato</i> (lat.: 'en la obra citada'; cf. ob. cit.)
Pág.	página
Párr.	párrafo
P. Ej.	por ejemplo
Pról.	prólogo
S. F.; s/f	sin fecha [s. d.: sin dato; s. a.: sin año de impresión o de edición]
Sig.	siguiente
T.	tomo
Tít.	título
Trad.	Traducción, traductor o traductora
Vol.	volumen

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Acciones estratégicas de lectura de textos.....	255
Tabla 2. Diferencias entre ordenamiento ORD, orden sistemático y sistema SIS.....	454

LISTA DE IMÁGENES

Imagen 1. Ejemplo de ilusión óptica, obra <i>Pan de muertos</i>	59
Imagen 2. Ejemplo de ilusión óptica <i>ilusión de Zollner</i>	60
Imagen 3. Principio de simetría.....	61
Imagen 4. Ejemplo del principio de pregnancia en la <i>Gestalt</i>	62
Imagen 5: Principio de continuidad (dirección común) en la <i>Gestalt</i>	62
Imagen 6. principio de proximidad en la <i>Gestalt</i>	63
Imagen 7: Principio de semejanza de la <i>Gestalt</i>	63
Imagen 8. Principio de relación entre forma y fondo en la <i>Gestalt</i>	64
Imagen 9. Interpretación de la ley de cierre producido por la <i>Gestalt</i>	65
Imagen 10: Principio de simplicidad en la <i>Gestalt</i>	65
Imagen 11. Principio de la igualdad en la <i>Gestalt</i>	66
Imagen 12: Principio de la experiencia en la <i>Gestalt</i>	66
Imagen 13. Principio de contraste en la <i>Gestalt</i>	67
Imagen 14: Composición con figuras que responden a los diferentes principios gestálticos.....	67
Imagen 15. Relación fondo y figura.	69
Imagen 16. Fenómeno dualidad onda partícula.....	71
Imagen 17. Síntesis del capítulo I.....	168
Imagen 18. Rizoma fresco de una <i>cimicifuga racemosa</i>	452

INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas contienen el desarrollo de mi tesis doctoral denominada *La percepción optimista de la hermenéutica como soporte de una Teoría Comunicacional del Derecho: Un estudio a partir de la teoría de textos en la obra de Gregorio Robles Morchón*.

El objeto de estudio de esta tesis recae en la hermenéutica como área autónoma del conocimiento, además, como escenario propio de la filosofía para, posteriormente, aterrizar sus postulados en el campo jurídico, puntualmente en la Teoría Comunicacional del Derecho (en adelante –TCD–). Bajo la anterior descripción, y de una manera más precisa, se ahondará en la justificación ontológica, epistemológica y metodológica de la TCD, creada por el profesor español Gregorio Robles Morchón, a partir de su método hermenéutico-analítico como propuesta novedosa y conciliadora entre dos escenarios tradicionalmente considerados como opuestos: la hermenéutica filosófica y la filosofía analítica. Se trata, entonces, de un método que es el resultado de la conjunción entre la filosofía analítica o del lenguaje (en tanto busca la aclaración del pensamiento a través del lenguaje con funciones organizativas y clasificatorias) y la 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 TCD para explicar sus postulados.

Al ser la hermenéutica el punto de partida del trabajo, ésta no puede abordarse de una manera simplista y tradicional (por tradicional me refiero a su estudio únicamente a partir de las necesidades del mundo jurídico –hermenéutica jurídica–), es necesario destinar una buena parte de la obra a profundizar el concepto, evolución y método de la hermenéutica, desde el desarrollo mismo del pensamiento filosófico. Esta empresa implica un vasto análisis para delimitar las teorías que permitan entender el rol de la hermenéutica como base de las Ciencias Sociales, entre ellas el Derecho, y

su conexión con la TCD y su método. Por lo anterior, el estudio de la hermenéutica se tornará interdisciplinario, por su relación con la escuela psicológica de la *Gestalt* y con postulados de áreas como la sociología, la antropología, la política, pero, sobre todo: la lingüística (en especial con la teoría de textos). No se trata entonces, como podría pensar el lector, de selecciones teóricas caprichosas, por el contrario, es un esfuerzo por pensar la hermenéutica jurídica por fuera de lo jurídico, es un intento por una teoría holística que dé al pensamiento hermenéutico un análisis riguroso desde sus mismas bases conceptuales e históricas.

Dentro del análisis del quehacer hermenéutico, es menester indicar que se han asumido posiciones opuestas frente a la autonomía y utilidad de la hermenéutica como herramienta para el logro de la comprensión a través de los procesos de interpretación.

La hermenéutica se encuentra entre dos polos: uno positivo y otro relativo, uno paranoico y otro esquizofrénico, entre contextualismos ciegos y universalismos vacíos, entre fundamentos absolutistas y nihilismos subjetivos. (...) Se han generado, entonces, una gran polémica en torno a dos concepciones de interpretación: la positiva y la relativa.¹

En este sentido, la literatura ofrece posturas que se pueden denominar pesimistas frente al rol de la hermenéutica, pues la consideran un campo propenso para la confusión, ya que al multiplicar las interpretaciones genera pérdida del concepto de verdad y una relativización del conocimiento, algo ajeno al pensamiento científico y peligroso en el caso del Derecho; esta posición puede asociarse con la idea nietzscheana, según la cual no existen hechos sino sólo interpretaciones. Por otro lado, una posición optimista surge, siendo ésta la que sigo y está presente en la TCD. Esta posición parte de la premisa según la cual la hermenéutica no es un agente multiplicador de interpretaciones y generador de caos; por el contrario, se ocupa de corregir

¹ GALLEGO, D. Hacia una hermenéutica atractiva. En CUARTAS, J. (comp.) *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, pág. 65.

dicho escenario generado por la arbitrariedad en los procesos de interpretación; así las cosas, el pensamiento hermenéutico apunta a dotar de métodos y herramientas el proceso que conlleva a la comprensión a través de la selección de interpretaciones. Esta última postura optimista es la que se puede evidenciar en el método de la TCD.

Al estudiar el método hermenéutico analítico propuesto por la TCD, se determinó que ésta asume una posición optimista frente al fenómeno hermenéutico y una concepción amplia de texto que genera una lingüística textual propia, con características puntuales como la noción de textos escribibles, hipertexto y perspectivismo textual. De esta manera, es necesario profundizar en la obra de Robles, en tanto concilia dos teorías que se tratan como opuestas para crear un concepto de Derecho con esencia comunicacional.

El nombre de Teoría Comunicacional del Derecho 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.

Para el estudio de los conceptos centrales de la TCD (ordenamiento, sistema y ámbito jurídico) se presta especial atención al concepto de texto, en tanto dichos conceptos son totalidades textuales. Por lo anterior, la TCD 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.

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.

La TCD es una teoría compleja, dada su evolución, estructura y tamaño. Es el resultado del análisis de diversas posturas en el mundo del Derecho (Escuela de Viena, Realismo Jurídico escandinavo y norteamericano, iusnaturalismo) por lo que posee una concepción abierta que ha sido objeto de investigación por muchos estudiosos del Derecho en los últimos años, prueba de esto es el presente trabajo académico de tesis doctoral.

Partiendo de lo anterior, los objetivos de este trabajo son los siguientes:

Realizar un análisis del papel de la hermenéutica, primero en líneas generales, a partir de su configuración como área de la filosofía autónoma (ya no adivinatoria) y su visión optimista que implica utilidad. Posteriormente, se presentará su aterrizaje en el campo jurídico a partir de una teoría hermenéutica del derecho que es compatible con la TCD.

Presentar un análisis interdisciplinario del pensamiento hermenéutico, a partir de un estudio amplio que involucre diferentes áreas del conocimiento para lograr una teoría hermenéutica robusta, que supere la mera concepción usada en el Derecho. Acudiendo a la escuela psicológica de la Gestalt, se puede observar cómo ésta soporta los postulados hermenéuticos de la TCD, en especial, aquellos atados al concepto de texto y su análisis en perspectiva (perspectivismo textual) y al derecho como ejercicio hermenéutico.

Determinar las bondades del método hermenéutico-analítico que usa la TCD, puesto que permite conciliar los postulados de la hermenéutica filosófica con la filosofía analítica permitiendo un abordaje del texto jurídico distinto al tradicional.

Establecer el Derecho como un ejercicio comunicacional, esto es, hermenéutico y analítico a partir de la ilustración de la posición optimista frente a la hermenéutica, que asume el fenómeno jurídico como un escenario construido bajo la premisa unidad de texto y la diversidad de lecturas. Una visión perspectivista de acuerdo con la TCD y soportada por la escuela de la Gestalt.

Ilustrar los componentes, estructuras y relaciones de la TCD de Gregorio Robles, de acuerdo a su vínculo con la lingüística así: en primer lugar, la Teoría formal del Derecho (nivel sintáctico), en segundo lugar, la Teoría de la Dogmática jurídica (nivel semántico) y, para finalizar, la Teoría de las Decisiones jurídicas (nivel pragmático). Estos tres niveles se entienden bajo dos hilos conductores claros: la hermenéutica optimista y una lingüística textual interpretativa-constructiva.

Desentrañar la lingüística textual de la TCD bajo la ilustración de tres conceptos claves: textos escribibles, hipertexto y perspectivismo textual. Bajo una idea que acerca el Derecho y la Literatura, la teoría de textos que trae la obra de Robles es una oportunidad de asumir el Derecho como un ejercicio de construcción a partir de narrativas y discursos, que se caracterizan por una esencia textual como gramática de poder (texto encaminado a la acción).

El método seleccionado para llevar a cabo este trabajo fue el análisis hermenéutico (interpretativo-comprensivo), que supone el rescate de elementos propios de la temática por parte del sujeto para ser aplicados al objeto de estudio. Este investigativo-hermenéutico toma como fuentes los datos textuales, para trascender las fronteras del texto y obtener su verdadero significado y sus implicaciones prácticas. En este caso, se hizo un análisis exhaustivo de la obra de Gregorio Robles Mochón y de doctrinantes que han aportado para su construcción o han generado críticas hacia ésta. De la misma manera, se consultaron documentos jurisprudenciales para utilizarlos como ejemplos de los postulados de la TCD.

El método hermenéutico implica la interpretación que hace el autor respecto de un fenómeno determinado, para así obtener sus implicaciones en la realidad. Lo que se busca con este método es comprender lo que se encuentra expresado en unos signos externos o fuentes textuales.

Es importante resaltar, metodológicamente, que el análisis de los textos sirve para entender un discurso y crear realidades a modo de conclusiones. De esta manera, se busca alcanzar un conocimiento acabado del contexto en el cual es producido un determinado discurso, luego, es sometido a análisis para, posteriormente, obtener la comprensión de problemáticas complejas. En esta tesis se abordan las distintas fuentes textuales relacionadas con la TCD y se analiza cuál es su verdadero significado a la luz del contexto histórico, político y jurídico para así lograr una clara interpretación de la realidad a la que se refieren con el discurso evidenciable.

Puede decirse que el quehacer investigativo en el área de las Ciencias Sociales ha estado marcado por un antiguo debate entre dos posiciones paradigmáticas: el paradigma positivista y el paradigma humanista. El primero más cercano al modelo de las Ciencias Naturales (*more geometrico*) y, el segundo, afín con aquellas creaciones propias del intelecto o espíritu humano (denominadas otrora ciencias del espíritu). Es en este escenario que aparece un modelo metodológico hermenéutico.

La hermenéutica es aquella herramienta que pretende lograr la comprensión de textos, en este caso, a partir de procesos de evaluación de interpretaciones; de esta manera, se puede afirmar que la hermenéutica, como método, proporciona herramientas objetivas, como la historia o la lingüística, para corregir las interpretaciones arbitrarias –éstas últimas caracterizadas por la subjetividad del intérprete–. El proceso elemental parte de asumir que todo texto o discurso es la manifestación de una experiencia vital de un individuo (autor) o grupo, en otras palabras, lo que se encuentra en un texto es el pensamiento de su autor, quien ha vivido una determinada experiencia, forjando así una ideología que es plasmada a través de signos externos (escritura) en forma de texto (leyes, narraciones o similares).

Esta posición es sostenida principalmente en la obra del autor alemán Wilhelm Dilthey, y parte de que la hermenéutica es un ejercicio de interpretación de las manifestaciones vitales que han sido plasmadas en un escrito por el autor; de esta manera, se busca comprender la individualidad desde los signos externos; pues son éstos los que permiten la entrada a las profundidades de la mente del sujeto que desea transmitir un mensaje. Por ello, no es de extrañar entonces que Dilthey establezca que: “los métodos hermenéuticos tienen, finalmente, una conexión con la crítica literaria, filológica e histórica.”²

El método de interpretación hermenéutico, entonces, a partir de la fundamentación que el mismo Dilthey delimitó, pretende consolidarse como aquel que sustente la idea de verdad en las Ciencias Sociales a partir de la comprensión de la mentalidad del autor o creador de un texto. En este orden de ideas, el método plantea la necesidad de desconfiar de la gramática como única fuente de dotación de sentido de una proposición. Esta propuesta plantea el abandono de lo gramatical (lo perceptible o lo físico) como único referente del sentido, para afrontar que muchas veces el espíritu o intención

² DILTHEY, W. Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica. Madrid: Itsmo, 2000, p. 93.

del autor no se refleja fidedignamente en el texto escrito o el discurso dicho: “sobre el suelo de lo físico aparece la vida espiritual.”³

Así las cosas, el sentimiento vivido 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.

Visto lo anterior, se requiere un giro en la concepción del lenguaje que agregue una capacidad generativa; en otras palabras, no es suficiente con el sólo proceso de comprensión al que se accede por vía de la hermenéutica, sino que también se debe reconocer que esto se da dentro de un proceso de comunicación que es práctico, pues genera realidades y las transforma. Cuando se escribe o cuando se habla siempre hay una intención de transformación de la realidad que trasciende la simple externalidad de los signos usados.

En la presente tesis doctoral resulta pertinente este método. En primer lugar, porque dadas las fuentes que se analizan, textuales en su totalidad, se requiere la comprensión más allá de lo que la simple gramática permite. Toda expresión escrita sobre la TCD obedece a unas intenciones que no siempre quedan plasmadas en el texto, por lo que el contexto, la historia, la ideología y las coyunturas locales e internacionales, son elementos indispensables para poder realizar un adecuado proceso comprensivo.

En segundo lugar, la necesidad de abordar los textos relacionados con la TCD desde una perspectiva emancipadora y constructiva implican el reconocimiento de una noción de texto dinámica, que evolucione con los diversos contextos sociales y tenga una praxis efectiva; hablamos en este apartado de documentos que permiten la comprensión de diversos imaginarios sobre la familia y las consecuencias que, en la realidad, implica asumir tales

³ *Ídem*, pág. 121.

comprensiones. Finalmente, el gran objetivo que se puede trazar, dada la metodología propuesta, es el de determinar la utilidad de la TCD como teoría hermenéutica-analítica al servicio de la visión comunicacional del Derecho.

Sumado a lo anterior, la investigación que se realizó es de carácter cualitativo y se llevó a cabo por medio del estudio y análisis de textos académicos, imágenes y similares, que permitieron el estudio de los postulados de la TCD, sus defensores y críticos. Por ello, la metodología implementada conllevó el estudio del material bibliográfico pertinente y la redacción de los capítulos de la tesis que desarrollaron el problema abordado, los objetivos, las conclusiones y que, además, den respuesta a la valoración de los expertos en el tema, los evaluadores de la tesis y su director.

La tesis está compuesta por cinco capítulos. El primero aborda una introducción a la génesis del problema, es decir, la necesidad de reformular el papel de la hermenéutica en el Derecho, puntualmente en la Teoría Comunicacional de Robles y el uso del concepto de texto en perspectiva. De esta manera, se busca un cambio de paradigma que asuma una visión comunicacional y hermenéutica del fenómeno jurídico. Lo anterior, implica asumir al Derecho como un ejercicio hermenéutico, donde de un mismo objeto o texto surgen varias lecturas o visiones a partir de la escuela de la *Gestalt*, además de asumir una posición optimista frente a la hermenéutica que la tenga como herramienta útil a la hora de combatir la arbitrariedad en la interpretación. Estos dos elementos son ilustrados por la temprana obra de Robles y su crítica epistemológica al positivismo jurídico, que lo llevan a una postura donde el perspectivismo, heredado de la influencia de Ortega y Gasset, definen la naturaleza del método de la TCD. Este capítulo no puede considerarse aislado del resto (los cuales abordan puntualmente el desarrollo de la TCD), su papel es vital ya que permite introducir la incidencia y visión de la hermenéutica como una herramienta útil que se evidencia en la obra de Robles.

El segundo capítulo se ocupa de la Teoría formal del Derecho (que en la lingüística correspondería a la sintaxis), la cual consiste en la creación de una obra explicativa que ilustre los conceptos jurídicos formales o universales, una especie de Teoría Pura, pero con tintes diferentes a los de la obra de Kelsen; uno de ellos, por ejemplo, es que el Derecho es un concepto poroso que no se agota con una definición exacta, puede incluso ser una muestra de los juegos del lenguaje de Wittgenstein. Nociones como conflicto, poder, decisión, autoridad, entre otros, presentarán las bases de conceptos centrales de la TCD: ordenamiento, sistema y ámbito jurídico. Se disertó también sobre el concepto de texto jurídico como marcador de poder y como resultado del proceso de codificación.

El tercer capítulo se ocupa de los otros dos niveles de la TCD: la Teoría de la Dogmática Jurídica (semántica) y la Teoría de las Decisiones jurídicas. Respecto de la Dogmática jurídica se analizó su origen, evolución y características, así como la presentación puntual del método hermenéutico-analítico. Se hizo énfasis en el concepto de sistema jurídico –SIS– como resultado interpretativo del ordenamiento –ORD–, en tanto éste no siempre es ordenado y claro. De la misma manera, se desarrolló una explicación de la Teoría de las Decisiones jurídicas como expresión de la pragmática, la cual apunta a realizar los ideales de justicia a través de la elaboración de discursos razonables y racionales, lo que genera una estrecha relación con teorías de la argumentación jurídica y la asunción de una nueva Retórica, donde la aceptabilidad de los discursos por parte del auditorio resultará determinante.

El cuarto capítulo está dedicado a la teoría de textos (lingüística textual) y realiza un análisis profundo del concepto de texto que tiene la TCD con teorías como las de Roland Barthes, G.P. Landow y José Ortega y Gasset. Todo lo anterior con el fin de mostrar que la TCD hace uso de una noción de texto marcada por su capacidad de acción y transformación de la realidad (textos escribibles), su interconexión para crear una especie de red o texto infinito (hipertexto) y una posición definida por el perspectivismo textual que

confirma la idea de unidad de texto y diversidad de lecturas. Finalmente, el capítulo V ilustra las reflexiones finales y principales conclusiones. Se debe aclarar que la revisión de las posturas de los autores previamente citados no se hace desde una teoría crítica como podría pensarse; si bien es cierto se acude al pensamiento de figuras como Foucault, Barthes, Landow, Kennedy, etc., esto se hace en la medida que sus escritos permiten: i) Una abordaje del análisis del lenguaje de forma profunda que puede conectarse con el estudio del derecho, ii) son posiciones que se pueden enmarcar en el discurso de la TCD, como por ejemplo la gramática como ejercicio de poder o la noción de texto escribible y iii) permiten una evidencia del papel de la hermenéutica en los términos descritos a lo largo del trabajo.

La TCD es una obra que apenas se está dando a conocer en Sudamérica, si bien es cierto sus desarrollos llevan ya décadas en Europa y han sido objeto de diversas reflexiones en innumerables eventos y textos, es hora de que sus postulados sean analizados y tenidos en cuenta en esta parte del mundo. Es relevante indicar que se trata de una obra enorme que ha sido construida con rigurosidad y sin dejar nada al azar. Prueba de ello es que me ha permitido articular temas tan diversos como la posición optimista frente a la hermenéutica y la lingüística textual en torno a sus postulados.

En este orden de ideas, se trata de una teoría abierta y holística que permite matizar muy bien la importancia del lenguaje, la hermenéutica y la teoría del Derechos en función de una esencia comunicacional. Lo comunicacional es su rango distintivo y todo su arsenal argumentativo apunta a mantener esa característica. Se trata, entonces, de, quizás, la única teoría en el Derecho que se toma el rol de la comunicación y sus implicaciones con la rigurosidad necesaria para un análisis paradigmático. Otros han hablado del Derecho como norma, como interpretación, como poder o como Estado, pero la obra de Robles se centró con gran dedicación y solidez a dar su propia respuesta: es un asunto de comunicación de mensajes jurídicos y todo lo que ello implica.

Es necesario aclarar que la obra *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho* usada para esta tesis es la 6ª y más reciente edición (2015), a continuación, se indican las ediciones precedentes.

Volumen I

1ª edición. *Teoría del Derecho (Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho)*. Volumen I. Ed. Civitas, Madrid, 1998. 376 páginas.

2ª edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del derecho*. Volumen I. Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. 435 páginas.

3ª edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Volumen I. Ed. Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010. 864 páginas.

4ª edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Volumen I. Ed. Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012. 960 páginas.

5ª edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Volumen I. Introducción. - *El Derecho y la Teoría comunicacional del Derecho*. Primera Parte. - *Teoría formal del Derecho*. Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013. 974 páginas.

6ª edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Volumen I. Introducción. - *El Derecho y la Teoría comunicacional del Derecho*. Primera Parte. - *Teoría formal del Derecho*. Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015. 956 páginas.

Volumen II

1ª Edición. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Volumen II. Segunda Parte. - *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*. Thomson Reuters - Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2015. 636 páginas.

Volumen III

1ª Edición. Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen III. Segunda Parte. - Teoría de la Decisión Jurídica. Thomson Reuters - Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2021. 953 páginas.

Ha sido para mí una travesía inmejorable el estudio de la TCD y su relación con mis conocimientos y prejuicios. No me queda más que agradecer a su creador, quien además me ha dado el honor de ser el director de esta tesis doctoral, el profesor Gregorio Robles Morchón, por su guía y por haber sembrado en mí una revolución intelectual sin precedentes que cambió mi forma de concebir el Derecho.

CAPÍTULO I

VISIÓN OPTIMISTA DE LA HERMENÉUTICA E INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Descripción del problema y justificación

El problema a abordar es de naturaleza jurídica, puntualmente un tema relacionado con la filosofía del derecho que recaba en la hermenéutica y su papel en la denominada Teoría Comunicacional del Derecho (en adelante –TCD–) del profesor español Gregorio Robles Morchón. No se trata, por tanto, de un análisis de una institución jurídica en particular, ni de conceptos o procedimientos propios del derecho procesal.

Pare empezar, no ofrece mucha resistencia negar que existen muchas concepciones del Derecho; por ello, numerosos manuales se han escrito a la hora de establecer una teoría general que dé cuenta de su concepto, función y método. Esto es algo conocido y evidenciable que constituye la primera parte de la situación polémica a definir. El hecho de esta variedad de teorías no es, como podría pensarse en el mundo científico, algo indeseable; por el contrario, es la prueba de que el quehacer jurídico está sometido a una lucha de interpretaciones, en últimas, es hermenéutica. Ahora bien, como segunda parte de la descripción del problema a abordar, se necesita determinar las características y el alcance de las diferentes teorías que dan cuenta del fenómeno jurídico; es aquí donde de todas las posibles soluciones se opta por el estudio de la TCD para indagar y exponer sus posiciones y desarrollos, con especial énfasis en su componente hermenéutico. Se busca determinar si esta teoría es novedosa o útil, así como los rasgos diferenciadores de las demás. En tercer lugar, la TCD (como toda teoría general del derecho) no ha sido ajena a cuestionamientos, por ello este trabajo busca arrojar luces a la hora de responder las preguntas que genera la construcción de una teoría con las características de la TCD, en especial sobre el papel del lenguaje y la hermenéutica.

La TCD es una construcción que a lo largo de los años ha ido perfeccionando su creador, el profesor español Gregorio Robles Morchón, con base en los diversos análisis que se han hecho de ella en eventos y publicaciones a lo ancho del mundo. Como su nombre lo indica, se trata de una teoría que supone una esencia comunicacional del Derecho, es decir, lo entiende como un conjunto de procesos comunicacionales con unas estructuras, elementos y características que la distinguen de otras teorías que pretenden dar una respuesta general sobre el concepto, función y método del Derecho.

La propuesta de Robles, vasta en literatura, análisis y estudios externos, tiene como uno de sus ejes el método hermenéutico-analítico, lo que la convierte en un área fecunda para el estudio del papel de la hermenéutica en la medida que presenta posiciones que no siempre se evidencian a la hora de realizar un riguroso estudio del quehacer hermenéutico. Por esta razón, la primera parte del trabajo se concentrará en un minucioso análisis del concepto, evolución, función y características de la hermenéutica para luego conectar con la TCD, en especial con la noción de texto jurídico. Se trata de un análisis que recoge posiciones variadas pero conectadas por un común denominador: la utilidad de la hermenéutica.

Así las cosas, la necesidad de abordar una teoría del Derecho que ofrezca un panorama completo de las herramientas que ésta aporta al mundo jurídico requiere ahondar en una reflexión que conduce a postular que es insuficiente la postura que se asume a la hora de concebir la hermenéutica jurídica. Con lo anterior, me refiero a que la función de la hermenéutica en el mundo jurídico debe ser estudiada de una manera más profunda y sin limitarse únicamente a lo que los juristas han considerado relevante en materia de interpretación. Por lo tanto, se busca asumir una posición donde el fenómeno jurídico sea en esencia un ejercicio de construcción de significados comunicables a través de textos, siendo esto el núcleo de la TCD.

En este capítulo también se abordará el desarrollo de la exposición; se ilustrará lo que he denominado posición optimista frente a la hermenéutica, un elemento definitorio para la comprensión de esta tesis doctoral. Esta posición optimista permite abordar el concepto de Derecho a partir del particular trato que la TCD da al texto jurídico como un ejercicio de perspectivismo, gracias a la influencia de la obra del pensador español José Ortega y Gasset.

Como se ha podido observar, la hermenéutica constituye el objeto central a analizar. Enmarcada dentro de la TCD, la hermenéutica se convierte en el punto de partida de la reflexión que origina este trabajo. Por lo anterior, es apenas necesario que la primera parte se dedique a un análisis juicioso de su concepción, papel y posiciones que se asumen frente al quehacer hermenéutico. Y no puede ser distinto, pues el análisis del papel de la hermenéutica se torna novedoso en la obra de Robles.

La justificación de este inicio radica en la necesidad de exponer cómo la TCD hace uso del concepto de hermenéutica de manera cuando menos novedosa. Se trata de una teoría que recoge los elementos, en muchos casos omitidos, a la hora del estudio del fenómeno hermenéutico que ha sido reducido únicamente al campo del Derecho, olvidando su vasta tradición filosófica. La TCD expuesta por Robles revitaliza la hermenéutica en los términos esbozados anteriormente y no se queda en simples aportes superficiales.

El estudio del Derecho, considerado en términos comunicacionales, es un asunto que debe interesar a la comunidad de estudiosos del Derecho en tanto, más allá de estar de acuerdo o no con ella, abre el panorama conceptual sobre las diferentes teorías generales del Derecho, ofreciendo una alternativa distinta y que se centra en temáticas como el lenguaje y la hermenéutica, soportada en un análisis riguroso desde diversas posturas epistemológicas que enriquece el debate académico.

La revitalización de la hermenéutica

Como primera reflexión puntual, se puede afirmar que en el campo de la hermenéutica jurídica pretender abordarla desconociendo los aportes de autores como Friedrich Schleiermacher, Wilhem Dilthey o Hans Georg Gadamer, sólo por citar tres grandes, resulta perjudicial en tanto se desperdicia la oportunidad de abarcar lo que la hermenéutica pretende ser: la fundamentación de la verdad en las ciencias sociales a través del proceso de la comprensión de textos por medio de la evaluación de interpretaciones, y bajo este concepto se puede hablar de una hermenéutica del Derecho como aquella encaminada a la evaluación y corrección de interpretaciones de textos jurídicos para lograr su comprensión y asegurar una comunicación efectiva.

Lo anterior trae como consecuencia, entre otras, asumir que hermenéutica e interpretación como términos sinónimos sin mayor recelo, algo debatible si partimos de que la hermenéutica ofrece herramientas para corregir la multiplicidad y arbitrariedad de resultados, que supone el ejercicio individual y subjetivo de interpretación. Es necesario entonces abrazar una visión optimista de la hermenéutica, que la reconoce como un instrumento corrector del caos y el relativismo y no como generadora de éstos.

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 su enseñanza limitada sólo a la hermenéutica como método exclusivo del Derecho y lo que éste pueda ofrecerle. El quehacer hermenéutico parte entonces de una reflexión sobre la enseñanza del Derecho, en tanto todo acto de juridicidad supone un acto de comprensión de su significado comunicacional y consecuencias interpretativas; la relación entre hermenéutica y pedagogía es inevitable en el abordaje del problema a analizar.

Según la tradición hermenéutica, la comprensión del significado se lleva a cabo en tres fases: intelección, explicación y aplicación. Pues bien, éstas se cumplen cabalmente en cualquier experiencia

educativa, porque se aprende algo cuando se capta su significado y no cuando se recibe pasivamente una información. Las cosas adquieren sentido cuando se hacen propias y el sujeto se pone en condiciones de aplicarlas.⁴

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. No se pretende que para ser abogado necesariamente se deba ser filósofo (como lo señala Dworkin) o sociólogo, en tanto, esta idea, encierra complementariedad, es decir, ya que los abogados se enfrentan a problemas de filosofía, sociología o hermenéutica resulta apenas indispensable que tengan una formación tal que les permita conocer los aspectos elementales de estas áreas para así evitar respuestas reducidas o alejadas de la realidad social caracterizadas por sus conexiones interdisciplinarias.

Es necesario, en primer lugar, abandonar de las huestes de una hermenéutica limitada y reducida sólo a textos normativos escritos por ciertas autoridades e interpretables únicamente por vía gramatical y silogística. Se requiere, para ello, el atrevimiento para repensar a la hermenéutica y su especialidad jurídica, ya no como un feudo aislado y autopoietico sino 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, que deben ser conscientes de los amarres que supone una visión exclusiva de la hermenéutica del Derecho marcada por la ritualidad y la formalidad que a veces ofrece el modelo científico.

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. Es asomar la cabeza, sacarla de la cueva para poder observar que el mundo es amplio y no

⁴ GARCÍA, M. Filosofía de la educación. Cuestiones de hoy y siempre. Madrid: Narcea, 2012, pág. 106.

reductible a espacios limitados e impuestos por estructuras de pensamiento hegemónico. La hermenéutica como una forma de actuar y reflexionar en el Derecho y su enseñanza sólo puede ser entendida desde una posición emancipadora, bajo una perspectiva que reconozca en ella un escenario de dialógico y creativo comunitario pues: “[...] en todo esto el diálogo es muy importante, como ya lo señalara Gadamer. La interpretación necesita la argumentación entre los miembros de la comunidad hermenéutica”.⁵

El Derecho como un ejercicio hermenéutico

El concepto de Derecho puede ser asociado a la noción de juegos del lenguaje tal y como lo explicó Ludwig Wittgenstein, esto es, asumir que no existe un concepto intrínseco del término Derecho sino que dicho concepto es el resultado de una construcción social que se adecua a los distintos escenarios y prácticas en los que la palabra es utilizada; de esta manera, y al ser el lenguaje una herramienta que cumple múltiples funciones, el significado de Derecho dependerá de la función para la cual se esté designando el término.

Desde la teoría de Wittgenstein hablar de una racionalidad del lenguaje conlleva mil juegos y contextos distintos con reglas diferentes para cada uno. Lo anterior es resultado de una revisión de los postulados del *Tractatus Logico Philosophicus* (1921) desarrollada en las *Investigaciones Filosóficas* (1953) en donde replantea la respuesta acerca de qué es el lenguaje, el cual deja de ser una fotocopia de la realidad (imágenes) para convertirse en una herramienta con múltiples funciones o usos. En palabras del mismo Wittgenstein:

¿Pero cuántos géneros de oraciones hay? ¿Acaso aserción, pregunta y orden? – Hay innumerables géneros: innumerables géneros diferentes de empleo de todo lo que llamamos ‘signos’, ‘palabras’, ‘oraciones’. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez por todas, sino que nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se

⁵ BEUCHEOT, M. La filosofía de la educación desde una hermenéutica analógico-icónica. En IRAZEMA, E. et. al., (comp.). *Voces de la Filosofía de la Educación*. México: Ediciones Del Lirio, 2015, pág. 32.

olvidan [...]. La expresión 'juego de lenguaje' debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida.⁶

Desde la teoría de Wittgenstein el "lenguaje tiene miles de juegos, diariamente el uso de las palabras genera diferentes significados por lo que se torna un ejercicio relativo".⁷ El concepto de Derecho se torna así ambiguo o indeterminado y, como consecuencia de esto, en todos los enunciados que esté el término Derecho éste puede remitir a objetos distintos pese a usar la misma palabra, de esta manera proposiciones como: "el Derecho colombiano prohíbe la pena de muerte", "tengo derecho a vestirme como lo desee", "estudiar Derecho es una labor apasionante", "¡no hay Derecho a que me hables así!", "nos vemos en Derecho" o "confía en José, es un tipo derecho", pese a utilizar el mismo término en cada una de ellas, hace referencia a diversos objetos: leyes, poder, objeto de estudio, Justicia, una facultad de Derecho o una cualidad de ser honesto. Al respecto Cáceres Nieto dice:

Este conjunto de enunciados puede ser predicado también de la palabra "derecho", pues constituye un significante afectado de ambigüedad, o sea que tiene varios significados resultantes de concepciones diferentes surgidas en épocas y contextos distintos, ninguno de los cuales puede ser considerado verdadero o falso por su correspondencia o no con una supuesta esencia.⁸

Dado lo anterior, es posible evidenciar que muchos autores han identificado al Derecho con nociones como norma, poder, regla, ideología o creencia. Por lo tanto, la búsqueda del concepto de Derecho es constante y nunca es definitiva; al respecto, Robles, acudiendo a la famosa expresión de Kant, explica que se han escrito ríos de tinta sobre la definición del Derecho sin que hasta ahora haya una respuesta final.⁹

⁶ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*, 4ª edición. Barcelona: Altaya, 2008, pág. 39

⁷ STERLING, J. Wittgenstein and the Law: Toward a claim for correction to language. En: *Revista Ambiente Jurídico*, N°12. Manizales: Universidad de Manizales, 2010, pág. 209

⁸ CÁCERES, E. *¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México: Cámara de Diputados, LVIII legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pág. 40.

⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Ed. Civitas, 1ª ed. 1998, págs. 29 y ss. 6ª ed. 2015, págs. 49 y ss.

Gregorio Robles, en su TCD, plantea que la problemática a la hora de encontrar una definición del Derecho está marcada por la complejidad que el concepto encierra en sí mismo. Así, siguiendo las posturas de Hart, lo identifica como un concepto poroso, por lo tanto, tratar de encerrarlo en una definición será siempre una tarea infructuosa en tanto inevitablemente se dejará algo por fuera. Igualmente, sostiene que el objeto de la Teoría del Derecho es resolver qué es el Derecho y cómo funciona por dentro, no sin antes recalcar que, al final, toda teoría sobre el Derecho es una toma de postura frente al mundo.

Esta problemática en la definición del Derecho tiene muchos matices, uno de ellos sería el de distinguir primero entre término, concepto y objeto del Derecho. Entrelazar las diferentes concepciones del Derecho y los términos que se utilizan para expresarlo a través del lenguaje implica que la relación entre significante y significado no es necesaria en cuanto a la identidad: “[...] una misma palabra puede tener más de un significado; un mismo significado puede expresarse mediante expresiones distintas; los significados de las palabras varían históricamente, según el contexto, etc.”¹⁰

Asumir la ambigüedad del concepto de Derecho genera problemas de vaguedad; de esta manera, para definir el Derecho esta debe ser reducida ofreciendo una definición que, de manera exhaustiva, establezca su significado (reglas semánticas y sintácticas que deben regir o rigen el uso del término Derecho o expresiones similares). Como resultado de lo anterior es posible que el Derecho sea entendido como un conjunto de normas o reglas, pero también puede ser entendido como una prerrogativa o poder, en tanto, es una capacidad o facultad para realizar –o no realizar– determinada acción; de la misma manera puede ser identificado con el Estado, incluso puede decirse que el Derecho es un ejercicio de lenguaje, ya sea como interpretación o como argumentación; finalmente, algunas teorías plantean la idea del

¹⁰ ATIENZA, M. *Introducción al Derecho*, 2ª edición. México DF: Fontamara, 2000, pág. 14

Derecho como una especie de creencia. Veamos algunas reflexiones sobre este apartado:

a) *Derecho como normas o reglas*

Es muy común la idea de que cuando se usa el término Derecho éste designa normas o reglas, ya sea como conjunto o bien organizadas en forma de sistema. Pero debe anotarse que incluso la misma noción de norma o de regla acarrea el mismo problema que la noción de Derecho, en tanto no hay un acuerdo unánime sobre qué se debe entender por norma o regla, en otras palabras, se cuestiona si el Derecho es en sí un asunto exclusivamente normativo o si, por el contrario, trasciende esta simplificación (valores, procesos de comunicación, etc.).

En primer lugar, y para evitar caer en debates insulsos sobre qué debe entenderse por norma o regla, se debe recurrir a la misma estrategia que se enunció párrafos atrás: la necesidad de asumir el significado de un término como una construcción que responde al uso y al contexto que se le da a ese término dentro del lenguaje; de esta manera, el concepto de norma se rige, igualmente, bajo la noción de juegos del lenguaje, por lo tanto, cuando se habla de norma puede hacerse con una intención o función:

i) Informativa o descriptiva en tanto se busca dar una información o describir una realidad con proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas dependiendo de la correspondencia entre lo dicho y la comprobación sensorial, por ejemplo: “Está prohibida la pena de muerte en Colombia”; ii) emotiva o expresiva, en tanto se busca a través del lenguaje transmitir emociones o sentimientos, incluso para generarlos, por ejemplo: “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla”; iii) una función interrogativa que busca a través del lenguaje conocer hechos de la realidad que se desconocen, por ejemplo “¿Dónde se encontraba el acusado a la hora del delito?”.

Finalmente, iv) una función realizativa o performativa tal y como la ilustró John Langshaw Austin en su obra *Como hacer cosas con palabras*¹¹ en la que muestra que hacer algo implica crear o modificar una realidad, por ejemplo “Sí, acepto”, “Juro decir la verdad y nada más que la verdad” o “el que matare a otro incurrirá en prisión de 15 a 25 años”, cabe anotar que esta función es común en las normas jurídicas, de ahí su importancia; y v) una función directiva en tanto la norma se usa para, a través del lenguaje, influir en el comportamiento de otra persona a través de un mandato o una pauta, por ejemplo: “Se ordena la indemnización a cargo de X respecto de Y” (esta última función podría ser un desarrollo de la función performativa).

Partiremos de decir, por ahora, que las normas son expresiones realizativas (tal como lo plantea Austin), en tanto, no describen como tal una realidad; por el contrario, realizan actos y tienen como función ordenar, o al menos ofrecer razones para adecuar el comportamiento de las personas. Cuando una norma establece que “El que matare a otro incurrirá en prisión de 15 a 25 años” no está afirmando una descripción que pueda ser catalogada como verdadera o falsa, tampoco indica un valor a seguir o una pauta de comportamiento, simplemente está ofreciendo una consecuencia en virtud de una prescripción, esto es lo que la convierte en una directiva. Debe aclararse que esta posición ha sido evitada por autores como Kalinowski¹² que acude al

¹¹ John L. Austin en 1955 publica su conocida obra *How to Do Things with words (Cómo hacer cosas con palabras)* en la que explica que una de las funciones del lenguaje consiste en la realizativa. En palabras del autor, una expresión realizativa: “Indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como el mero decir algo”. AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971, pág. 51. De esta manera, dichas expresiones, al no describir realidad alguna no pueden ser catalogadas como verdaderas o falsas. Ahora bien, el mismo autor considera que este tipo de expresiones son abundantes en el campo jurídico: “Vale la pena señalar, o recordar, cuántos actos de los que se ocupan los juristas son o incluyen la emisión de realizativos o, por lo menos, son o incluyen la realización de algún os procedimientos convencionales. Y, por cierto, se apreciará que de una u otra forma los autores de Derecho han sido conscientes en forma constante de las variedades de infortunio e incluso, a veces, de las peculiaridades de la expresión realizativa. Sólo la obsesión todavía difundida de que las expresiones jurídicas y las expresiones usadas en los llamados actos jurídicos tienen que ser de algún modo enunciados verdaderos o falsos ha impedido que muchos juristas vean esto con mayor claridad; ni siquiera me animaría a sostener que algunos de ellos no lo han hecho ya”. Ídem., pág. 64.

¹² Georges Kalinowski en su obra “*Lógica de las normas y lógica deóntica*” del 2003 plantea un interesante ejercicio que permitiría que expresiones realizativas puedan ser objeto de un juicio de verdad o falsedad, lo que haría viable concluir que las normas jurídicas pueden ser verdaderas o falsas. Lo

concepto de verdad de Tarsky¹³ (una ontología de tipo Tomista) y que permite atribuir a las normas carácter de verdaderas o falsas; otro intento es el de la lógica deóntica con autores como G.H. Von Wright, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

Basta con anunciar, por el momento, que puede decirse que si el Derecho es un conjunto de procesos de comunicación (de ahí la esencia de una Teoría Comunicacional del Derecho) las normas tendrán una función de transmisión de un mensaje (comunicar) con la intervención de unas partes. Por ello, es necesario dar al concepto de norma una dimensión más amplia y ligada a una teoría de textos que la soporte, algo presente en la obra del profesor Gregorio Robles y que se abordará a lo largo de esta obra.

b) Derecho como Estado, lo “estatal”

El escenario planteado ahora tampoco dista del problema anterior: la ambigüedad y vaguedad del lenguaje, en este caso recae sobre el mismo concepto de “Estado”. Puede pensarse que el Derecho se identifica con la noción de Estado, en tanto las normas jurídicas son emanadas por éste y el

anterior se logra en tanto la expresión realizativa puede ser transformada en una descriptiva acudiendo a la obra de K. Opalek, en palabras de Kalinowski: “En efecto, quien admite la norma moral “el hombre debe respetar la vida de los otros” o “nadie debe calumniar” responde sin vacilar que es verdad que el hombre debe respetar la vida de los otros y que nadie debe calumniar. [...] Este autor (Opalek), constata en primer lugar que algunas veces se acentúa la diferencia entre un imperativo y un enunciado normativo señalando el hecho de que una expresión como: “es verdadero (falso) que ¡Pedro cierra la puerta!” no está sintácticamente bien formada y por lo tanto privada de sentido, mientras que la expresión: “Es verdad que: Pedro debe cerrar la puerta”, está, por el contrario, sintácticamente bien formada y por lo tanto investida de sentido”. KALINOWSKI, G. *Lógica de las normas y lógica deóntica*. México DF: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, 2003, pág. 16.

¹³ Alfred Tarski se propone llegar a una definición satisfactoria de la noción del término ‘verdad’. Para esto se requieren dos condiciones: una que sea materialmente adecuada y otra que sea formalmente correcta. Tarski, partiendo de la noción de verdad de Aristóteles, ofrece un concepto de verdad por correspondencia o material pero sólo predicable de los enunciados, no de las proposiciones. Para dar su concepto de verdad, el autor polaco acude la idea de satisfacción, es decir: un enunciado es verdadero si es satisfecho por todos los objetos, y falso en otro caso. En otras palabras: cualquier definición aceptable de ‘verdad’ debe tener como consecuencias suyas todos los casos del siguiente esquema: (T) x es un enunciado verdadero, si y solamente si p . Se tiene que (T) es la condición de verdad (*truth* en inglés), tenemos que p es un enunciado cualquiera, mientras que x es el nombre singular de ese enunciado cualquiera; por lo tanto, un caso de T debe ser consecuencia de la definición de verdad, un ejemplo sería la expresión: ‘llueve’ es un enunciado verdadero si y sólo si efectivamente llueve (se resalta aquí la influencia de la definición aristotélica de verdad). En el caso del derecho la expresión “el que matare a otro incurrirá en prisión de 15 a 25 años” si y sólo si una persona que mata a otra incurre en prisión entre 15 y 25 años.

carácter de obligatoriedad de aquellas se deduce de la necesaria autoridad estatal.

De acuerdo con lo anterior, no sería posible la existencia del Estado sin el Derecho y viceversa, puesto que ambos conceptos son esenciales para el ordenamiento y la convivencia social. En este orden de ideas, puede decirse que tanto Derecho como Estado son términos análogos o, en palabras de Atienza “conceptos conjugados”¹⁴ que pueden recaer sobre distintos objetos, pero tienen un trasfondo o esencia común. Un ejemplo de este tipo de conceptos (que se diferencian de los unívocos o equívocos) sería la palabra sano; el término sano puede utilizarse en diversas proposiciones en las que dicho término se predica de objetos distintos: “El clima es sano”, “el novio de mi hija es sano”, “el almuerzo es sano”. Así las cosas, independientemente del objeto sobre el cual se predique el término sano, éste siempre remitirá a una esencia común que designa una situación benéfica, salubre, deseable física y mentalmente, por lo que no sería coherente llamar o rotular como sano, por ejemplo, a una persona que realice actividades delictivas o a un alimento que sea perjudicial para la salud.

De lo anterior puede entenderse que, ante la presencia de un término análogo, no es posible separar el término de su esencia; en este caso no es posible entender ni desligar el concepto de Estado del de Derecho, en tanto los dos tienen como trasfondo común el orden, el bienestar y la autoridad para guiar el comportamiento de las personas hacia fines deseables. Esta idea de Derecho como concepto análogo puede verse desarrollada en la obra del profesor John Finnis, que los introduce de esta manera:

Los términos descriptivos o explicativos deben ser empleados por el teórico de tal manera que se extiendan, directamente y en el mismo sentido, a todos los estados de cosas que, en el discurso no teórico, podrían razonablemente ‘ser llamados, derecho’.¹⁵

¹⁴ ATIENZA, M. *Introducción...*, 2006, *op. cit.* pág. 36.

¹⁵ FINNIS, J. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011, pág. 9-10.

De esta manera, con la comprensión de los términos análogos o conjugados es posible crear la identidad entre Derecho y Estado, pues al final los dos terminan siendo una cara de la misma moneda como lo planteó Bobbio; es decir, dos términos dependientes entre sí pues el Derecho son las normas que emanan de un poder constituido (Estado) y a su vez el Estado es un poder constituido pero sometido al Derecho. Se trata de posiciones estatalistas que asumen que la esencia del Derecho radica en su carácter estatal dada su producción y aplicación.

c) Derecho como Poder

Es común también asociar el concepto de Derecho al de Poder, dado que la necesidad de la fuerza (física o psicológica) son condiciones necesarias para poder hablar de una eficacia mínima del Derecho. Así pues, todo acto que sea rotulado como de Derecho busca ejercer poder para que otros hagan o no hagan algo; es decir, se centra en la acción y no simplemente como una fase de alienación para la distinción amigo/enemigo y sin ninguna preocupación por la acción, esto es ilustrado por los filósofos Gilles Deleuze y Félix Guattari en estos términos:

Se ha subrayado hasta qué punto el ejercicio moderno del poder no se reducía a la alternativa clásica 'represión o ideología', sino que implicaba procesos de normalización, de modulación, de modelización, de información, que se basan en el lenguaje, la percepción, el deseo, el movimiento, etc.¹⁶

Al menos, tal y como lo plantean numerosos filósofos y teóricos del Derecho, la disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico tiene su punto central en un asunto de poder como fundamento de las consecuencias jurídicas que modulan o modelizan conductas sometidas al imperio del Derecho. Mientras que para los primeros la coacción o poder del Derecho radica en el sometimiento de las normas positivas a unos principios universales, eternos e inmutables que no pueden ser creados ni dominados

¹⁶ DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *Mil Mesetas. Capitalismo y Esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos, 1998, pág. 463.

por el hombre, los segundos acuden a la idea de que el Derecho sin fuerza es un concepto vacío (Ihering). Más allá de esta vetusta discusión, está presente la idea de que en últimas el Derecho es un ejercicio de Poder y a su vez éste se regula a través del Derecho (como ocurre con la identidad Derecho/Estado), y todo con la intención de lograr unos fines o metas deseables previo la modelación de conductas: “[...] el Derecho viene a ser analizado, precisamente en función del poder, como instrumento que éste emplea para realizar determinados fines y, por lo tanto, como instrumento para dirigir, condicionar y controlar el sistema social.”¹⁷

Así las cosas, no cabría duda de que la existencia del Derecho se debe a que hay un Poder capaz de crearlo, transmitirlo e imponerlo a través de sanciones y, a su vez, ese Poder se regulariza y legitima a través del Derecho. Es menester aclarar que el poder no sólo debe entenderse en una dimensión física, pues la coacción también puede lograrse a partir de una fuerza psicológica, ya sea a través del miedo a la sanción o de la idea de consenso. La idea de Poder puede ser entendida desde la perspectiva weberiana como aquella cualidad que se otorga a un sistema jurídico que implica su reconocimiento, en tanto domina a través de la expedición de órdenes o mandatos que deben ser obedecidos por la comunidad; de esta manera se genera un marco de obediencia socialmente relevante, en la medida que la comunidad acepta y adopta las conductas ordenadas.

Consiguientemente, entendemos aquí por dominación un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta ("mandato") del "dominador" o de los "dominadores" influye sobre los actos de otros (del "dominado" o de los "dominados"), de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adoptado por sí mismos y como máxima de su obra, el contenido del mandato ("obediencia").¹⁸

¹⁷ GREPPI, A. Derecho, poder, estructura y función. En *Anuario de Filosofía del Derecho XII*. Madrid: Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1995, pág. 547-568.

¹⁸ WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1981, pág. 699.

Continuando con la reflexión weberiana sobre la idea de Poder, resulta que éste es, además, fundamental a la hora de abordar el problema de la validez del Derecho, pues sólo en la medida de la existencia de un orden legítimo a partir de un poder encaminado a ciertos fines socialmente deseables es posible construir la relación de identidad entre Derecho y Poder; lo contrario tan sólo sería un sincretismo en la medida en que los dos conceptos podrían abarcar categorías diametralmente opuestas (como por ejemplo, tratar como Derecho el poder que ejerce un ladrón sobre su víctima):

La acción, en especial la social y también singularmente la relación social, puede orientarse, por el lado de sus partícipes, en la representación de la existencia de un orden legítimo. La probabilidad de que esto ocurra de hecho se llama "validez" del orden en cuestión. (...) "Validez" de un orden significa para nosotros algo más que una regularidad en el desarrollo de la acción social simplemente determinada por la costumbre o por una situación de intereses.¹⁹

d) Derecho como argumentación

Considerar el Derecho como un ejercicio de argumentación es un escenario que, en los últimos años, ha cobrado auge gracias al desarrollo de las teorías que incorporan las nociones de la Retórica. Profesores como Robert Alexy y Manuel Atienza, entre otros, aplican en el Derecho los postulados de la nueva Retórica de Chaïm Perelman, autor que puede ser considerado el rehabilitador de la argumentación en el siglo XX y gran influencia para esta visión del Derecho.

Al desvincularse la retórica de los campos de la razón práctica, se deja todo a las ciencias, que, con su método basado en la demostración, pretenden explicar todo hecho que concluye con la verdad absoluta. Afortunadamente, es en este momento de decadencia su esencia. Chaïm Perelman, nacido en Polonia (1912), graduado de la retórica cuando aparece la posibilidad de rehabilitarla para devolverle Derecho y Filosofía en la Universidad de Bruselas, doctorado en la Lógica formal de Frege, es el encargado de

¹⁹ *Ídem*, pág. 15.

recuperar lo establecido por Aristóteles y reconstruir un imperio que había sido fraccionado en la Edad Media.²⁰

De lo anterior, se crea una identidad entre Derecho y argumentación, la cual surge en la medida en que se reconoce a aquel como una práctica discursiva cuya finalidad es la persuasión de un determinado individuo o auditorio a través de la construcción racional del discurso jurídico. Se habla entonces del Derecho como un ejercicio de argumentación jurídica, que a su vez es una especie del discurso práctico encaminado a servir como justificación racional y razonable de las decisiones judiciales, en palabras de Alexy:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna y la justificación externa. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la fundamentación externa es la corrección de estas premisas.²¹

Alexy define dos tipos de justificación: una interna que tiene como objetivo identificar la validez lógica de la decisión, es decir, si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, todo esto bajo el principio de universalidad que implica que todo ejercicio de justificación debe estar amparado por una norma o regla general. También hay una justificación externa que consiste en la explicitación de las premisas usadas en la justificación interna, y es en esta esfera donde se ubica la argumentación jurídica propiamente dicha ya que tiene por objeto: “justificar racionalmente los enunciados normativos.”²²

²⁰ TORRES, N. et al. De la antigua a la nueva retórica. En *Cuadernos de Lingüística Hispánica*, N° 11, enero-junio. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2008, pág. 123.

²¹ ALEXY, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 213-214.

²² GACRÍA, L. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas: una aproximación desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy. En OBANDO, A. (comp.). *Problemas de Filosofía del Derecho: Hermenéutica y Argumentación*. Bogotá: Universidad Libre, 2005, pág. 55.

En este orden de ideas, el Derecho como argumentación plantea una búsqueda para encontrar la explicación de la estructura de la fundamentación jurídica, de esta manera el resultado del proceso argumentativo puede ser consentido por todo interlocutor imparcial, ya que se fundamenta en una racionalidad edificada sobre el interés general y unas reglas del discurso en lugar de un interés egoísta e individual. El escenario de la argumentación jurídica es una actividad íntimamente ligada también con la práctica y reflexión de la lógica, pues ésta es la que permite, al final, determinar si el proceso de razonamiento ha sido coherente y si hay solidaridad entre las premisas usadas y las conclusiones obtenidas.

Sumado a ello debe analizarse también un fenómeno que trasciende la rigurosidad de la lógica en tanto lógica formal, dicho fenómeno se ubica en el campo de la retórica y es la aceptabilidad (que para algunos determina la diferencia entre la lógica formal y la jurídica); en otras palabras, no sólo se trata de construir discursos lógicos y racionales (conclusiones inferidas de las premisas), sino también de lograr que dichos discursos sean aceptados por un auditorio o destinatarios a través de elementos de la oratoria y la retórica, de ahí que la persuasión termina siendo un elemento tan importante como la justificación.

El debate judicial y la lógica se refieren –no lo olvidemos– a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que susciten menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de esas premisas.²³

Por su parte el profesor español Manuel Atienza establece que la argumentación es un elemento esencial en la práctica jurídica, en tanto que el Derecho puede ser entendido como el enfrentamiento de dos o más discursos, en donde aquel que se encuentre mejor justificado logrará persuadir al juez; de igual manera, cuando el juez entrega sus decisiones, éste lo hace a través

²³ PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979, pág. 232.

de un discurso que debe ser no sólo racional sino aceptable; de la misma manera el legislador a la hora de producir el Derecho lo hace a través de unas proposiciones o enunciados normativos que se suponen tienen una lógica y coherencia, incluso los teóricos del Derecho se sirven de las reglas del discurso y la retórica para transmitir sus ideas y teorías.

Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del derecho, el legislador.²⁴

La TCD plantea que todo ejercicio de argumentación es un referente ineludible de un acto comunicacional entendido como aquel que va dirigido a la persuasión de un individuo o un auditorio. En este orden de ideas, aborda una concepción amplia del proceso argumentativo y sus componentes al no limitarlo exclusivamente al fenómeno jurídico, por el contrario, es una práctica común del individuo, presente en diferentes campos de su vida.

e) Derecho como interpretación:

Uno de los debates más apasionantes y difundidos en los últimos tiempos tiene que ver con la aparición de un paradigma jurídico que considera al Derecho un ejercicio de interpretación, de esta manera, se sitúa en el centro del derecho la actividad interpretativa, algo antes sólo trabajado de manera auxiliar y residual. Así las cosas, todo acto que implique Derecho es a su vez un ejercicio de dotación de sentido y significado a proposiciones normativas, esto con especial visibilidad a la hora de la adjudicación o resolución de un caso por un juez a través de su sentencia.

Bajo esta óptica puede considerarse también que el Derecho es un ejercicio de evaluación y selección de interpretaciones por parte del juez. En este apartado la obra del profesor Ronald Dworkin resulta una de las más

²⁴ ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, pág. 11.

esclarecedoras y solidas respecto de esta identidad entre Derecho e interpretación.

Para empezar, Dworkin plantea la importancia del juez como creador del Derecho, situando en su figura el rol principal en el mundo jurídico (y no el legislador) ya que de su decisión depende la creación, modificación o extinción de realidades que afectan a la comunidad y el individuo ya que “Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o Parlamento.”²⁵ Esta conocida frase viene a explicar cómo en la práctica el Derecho es un ejercicio de creación judicial antes que legal, pero, además, toda decisión judicial es en últimas el resultado de un proceso interpretativo en el cual el juez ha de escoger aquella interpretación que considere mejor fundamentada y ajustada al caso concreto que está decidiendo; en últimas, el juez es en encargado de dar la respuesta correcta (resultado interpretativo) a una cuestión sometida a su juicio.

Siguiendo con Dworkin, el Derecho es una práctica social en la cual se desarrollan principios a través de reglas. Existen sociedades que han asumido una especie de actitud y práctica interpretativa frente al Derecho, en dichas sociedades el fenómeno jurídico puede analizarse a partir del paso por tres etapas: i) una etapa pre-interpretativa, en la que se busca identificar el objeto interpretado y calificarlo como perteneciente a un determinado género, en el caso del Derecho el objeto que debe identificarse está reflejado en las fuentes jurídicas o normas positivas, aquellas herramientas que puede usar el juez para resolver un determinado asunto; ii) una etapa interpretativa, propiamente dicha, en la cual se busca el sentido o significado de la práctica social, este escenario el mundo del Derecho está ligado con los valores y los principios que orientan las prácticas y dan sustento a las normas positivas bajo la idea de integridad (todos los elementos del sistema jurídico deben verse como una sola unidad y voluntad, una conjunción entre normas y valores encaminados)

²⁵ DWORKIN, R. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, 2008, pág. 15.

y, finalmente, iii) una etapa pos interpretativa, en la se trata de evaluar y seleccionar una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa interpretativa teniendo en cuenta que, a veces, las posibles interpretaciones pueden pugnar entre sí. Para resolver esta situación Dworkin propone elegir aquella interpretación que mejor se ajuste al caso concreto, sirviendo como el mejor ejemplo o perspectiva.

Interpretar algo, sostiene Dworkin, es mostrarlo en su mejor perspectiva. El objetivo de la interpretación es mostrar al objeto interpretado como el mejor ejemplo posible dentro del género de objetos al que se lo considera perteneciente. Interpretar un poema, por ejemplo, significa mostrarlo como el mejor poema que puede llegar a ser. Interpretar una ley implica mostrarla como la mejor ley que la misma puede ser. Toda interpretación debe ser puesta a prueba en dos dimensiones: la dimensión del ajuste y la dimensión del valor. En la primera exigimos que la interpretación se adecue a los principales rasgos que encontramos en el elemento a interpretar. Mientras que, en la segunda, evaluamos hasta qué punto el objeto de la interpretación es mostrado en su mejor perspectiva.²⁶

De lo anterior, puede entenderse mejor la implicación de asumir el Derecho como un ejercicio interpretativo especialmente si se entiende desde la práctica judicial, la cual es un conjunto de factores que determinan el resultado final del acto interpretativo (desde elementos psicológicos, pasando por escenarios políticos e ideológicos). De esta manera la actitud interpretativa adopta un enfoque constructivista de la interpretación dentro del cual el intérprete crea las condiciones y justificaciones para su discurso y actúa a partir de ciertas creencias.

[...] creencias inarticuladas sobre sus aspectos formales (aquellas características que hacen a la identidad del objeto a interpretar y que permiten distinguir las tareas de interpretar e inventar). Pero también opera a partir de creencias tácitas sobre aquello que hace valiosos a los objetos de esa clase (teorías valorativas de carácter normativo).²⁷

²⁶ BONORINO, P. *El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Madrid: Dykinson, 2003, pág. 12

²⁷ *Ídem*, pág. 13

La propuesta de Dworkin entonces se solidifica a partir de cuatro pilares: i) la identificación del objeto a interpretar, lo cual constituye en sí mismo un ejercicio de interpretación, ii) cualquier teoría que pretenda explicitar una actitud interpretativa debe necesariamente ser una interpretación de la misma; iii) toda interpretación debe tener una esencia constructiva y; (iv) que la interpretación en el derecho, y del derecho, deben entenderse siempre como la realización de un ejercicio de interpretación constructiva.

f) *Derecho como creencia*

En su obra *El Derecho como creencia*, el profesor Xacobe Bastida trata de construir una idea del fenómeno jurídico distinta a las tradicionales y hegemónicas visiones que se han campeado por las facultades y escuelas de Derecho. El ánimo de Bastida radica en superar lo que él denomina “una mezcolanza enciclopédica difícilmente delimitable”²⁸ ya que el Derecho no es sólo un ejercicio de análisis institucional, lógico jurídico o de práctica judicial: “Es sobre todo un mundo de significados y creencias que puede leerse a partir de las personas que tienen un conocimiento especializado y también a partir de quienes deben someterse al derecho o confrontarlo cada día.”²⁹

Bastida parte de las deficiencias que se han tenido, por ejemplo, con la identificación del objeto del Derecho ya que “No existe reparo alguno en acometer una taxonomía sobre un concepto que permanece indeterminado”³⁰ por lo que la enseñanza del Derecho termina haciendo de la filosofía del mismo un campo estéril e insatisfactorio. Esta pretensión de construir un aparato epistemológico jurídico sin bases sólidas es similar al problema que se abordó al iniciar esta obra. De esta manera, para Bastida “los sistemas normativos son sistemas jurídicos existentes en virtud de su impacto en el comportamiento de

²⁸ BASTIDA, X. *El Derecho como creencia: una concepción de la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 16.

²⁹ GÓMEZ, S. El Derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales. En *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXVI. N° 147, junio. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2009, pág. 106.

³⁰ BASTIDA, X. *El Derecho como creencia...*, 2000, *op. cit.*, pág. 19.

los individuos.”³¹ De ahí que resulte indispensable la percepción que éstos tengan de aquellos, pues la aceptación y la valoración que la comunidad tenga de su sistema normativo juega un papel determinante en su fuerza e impacto (algo sostenido por autores como Raz y Hart).

Lo anterior es vital para introducir el concepto de obediencia como resultado del reconocimiento de una jerarquía social: la posición y los limitantes de cada individuo en un orden social establecido; dicha obediencia es un pre-requisito de toda organización social. Bastida plantea que la obediencia no denota un carácter sumiso del hombre, a diferencia de los animales, sino más bien que dicha obediencia es el resultado de un proceso evolutivo ya que los hombres son:

[...] capaces de asimilar la estructuración de comportamientos basados en la dinámica de mando y obediencia. [...] Los seres humanos nacen con un potencial de obediencia que tiene una interacción con la influencia de la sociedad para producir el hombre obediente.³²

Así las cosas, el Derecho es una especie de mecanismo catalizador de la sociedad que se convierte en un ritual y que conduce a la aceptación de la autoridad, de esta manera el estudio del Derecho obliga a reconstruir la lógica de la obediencia y los procedimientos de los que viven las instituciones, procedimientos que nos hacen creer que el Derecho es un juego que vale la pena ser jugado. Entonces, al asumir que el Derecho es una creencia, aceptamos que en ella se cimienta todo aquello que consideramos deseable, por lo tanto, la obediencia a éste es la mejor forma de lograr los anhelos conjuntos, algo similar al fenómeno religioso. El Derecho se convierte así en el mejor camino para realizar el imaginario colectivo al imponer límites a la acción humana en busca de un fin soñado o anhelado a partir del fundamento místico de la autoridad, como la vida eterna y la salvación en el fenómeno religioso:

³¹ *Ídem*, pág. 79.

³² *Ídem*, pág. 83.

Las creencias son los cimientos que soportan todo lo demás, constituyen la base de nuestra vida. Toda nuestra conducta, también la intelectual, depende de cuál sea el sistema de nuestras creencias (...). Desde este punto de vista, las creencias constituyen el marco de posibilidad de la actuación humana, son su perfil delimitador.³³

La idea de creencia también puede ser asimilada en lo que Pierre Bourdieu denominó la *illusio*³⁴ y que permite explicar por qué la comunidad confía en un juego llamado Derecho, en virtud de que al final el acto de creer representará un beneficio superior por el que vale la pena la obediencia (como el anhelo de justicia y vida eterna en la religión). Esta *illusio* es el sentido del juego y determina la creencia en éste en la medida que tiene sentido seguir sus reglas y que el mismo tiene una razón de ser subjetiva y objetiva que les permite a los agentes dotar de sentido al juego y conocer lo que está en juego, es decir, la lucha por la imposición de la representación legítima de la realidad que se disputa en cada campo.

El resultado final es la solidificación del Derecho como creencia a partir de la creación y consolidación de una élite o clan conformado por los juristas (abogados, jueces y estudiosos del Derecho); élite dentro de la cual se establecen límites de acceso y salida, al igual que límites conceptuales y que se encarga de difundir la creencia y modificarla cuando sea necesario creando así lo que Pierre Bourdieu denominó “hipocresía colectiva de los juristas.”³⁵ En palabras de Gómez:

Este consenso se ve fuertemente reforzado por la creencia de los abogados en el derecho, cuyo reflejo directo se evidencia en lo que Bourdieu ha llamado la hipocresía colectiva de los juristas. Con este concepto el autor hace referencia a la posición de los juristas frente al derecho a partir de la universalidad. El hecho de que los abogados reproduzcan este lugar común propio del campo jurídico hace que ellos mismos se impongan los límites y las prerrogativas que esta atribución comporta. Precisamente este es el sentido de la *illusio*: los abogados, además de difundir una creencia en el derecho, creen en ella. Esa creencia es, como se vio, el fundamento del funcionamiento

³³ *Ídem*, pág. 111-112.

³⁴ BOURDIEU, P. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. En *Jueces para la democracia*, No. 47, julio. Madrid: Asociación de Pensamiento Penal, 2003, pág. 3-5.

³⁵ *Ídem*, pág. 4.

del campo. Pero ella misma representa la primera expresión de la violencia simbólica, es decir, el desconocimiento de que la subjetividad de los abogados está cruzada por la creencia que respalda su actividad profesional.³⁶

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que el Derecho puede crear representaciones de la realidad a partir de la difusión y promoción de creencias como la neutralidad, la validez y la racionalidad del mismo y, al mismo tiempo, dichas representaciones se sustentan con formas discursivas, pues gracias a la retórica se establecen categorías que articulan y vuelven operacionales las creencias permitiendo explicar, en sus propios términos y por sus propios voceros de élite, las realidades bajo rótulos o nombres como, por ejemplo, la creencia en la seguridad jurídica; todo esto amparado bajo el signo definitorio de la codificación y el culto a texto escrito ya que “toda esta construcción puede entenderse como el ejercicio de un dominio cultural a partir del formalismo. El papel de esta teoría jurídica al interior del campo jurídico está ligado al papel de la codificación.”³⁷

Hasta aquí se han presentado de una forma muy sucinta algunas concepciones del Derecho y los fundamentos que las sustentan. Pero como se advirtió, la idea central es proponer una nueva manera de pensar el Derecho: éste puede ser asumido como un ejercicio de hermenéutico dentro de la TCD. El primer paso para esto es presentar la idea bajo la cual todo el actuar jurídico supone en partir de un mismo texto (objeto) para encontrar varias lecturas del mismo, posteriormente asumir una visión optimista o útil de la hermenéutica (no una que genera caos) y, para finalizar, una nueva noción del texto a partir de la denuncia de una crisis en el positivismo.

Se han presentado diversas concepciones de lo que el Derecho puede ser. Pero como se ha indicado desde el inicio de este trabajo, uno de los objetivos es mostrar una concepción distinta, en este caso se trata de asumir el derecho como un ejercicio hermenéutico para su posterior conexión con la

³⁶ GÓMEZ, S. *El Derecho como creencia...*, 2009, *op. cit.*, pág. 112.

³⁷ *Ídem*, pág. 112.

TCD. Pues bien, el primer paso para este objetivo es abordar la teoría de la *Gestalt*, algo que no es común a la hora del estudio del derecho dada la naturaleza y contexto de ésta.

La escuela de la *Gestalt*: Derecho como unidad de texto con diversidad de lecturas

La primera y quizás más importante pregunta en este punto del trabajo es ¿por qué se acude a la teoría de la *Gestalt*? Nótese, además, que la pregunta sobre el concepto, desarrollo y principios de esta escuela psicológica puede ser resuelta en un segundo momento. Entonces es menester indicar la respuesta al interrogante planteado previamente.

Varias son las razones que llevan a utilizar los postulados de la *Gestalt* a la hora de hablar del Derecho y su esencia hermenéutica. En primer lugar, el deseo de la interdisciplinariedad como base del desarrollo de una teoría integral del Derecho motiva a acudir a los postulados de otras áreas del conocimiento, para evaluar de una mejor manera el desarrollo de instituciones o posturas jurídicas. En este caso asistimos a la comunión entre dos áreas de las ciencias sociales que desde hace mucho tiempo caminan juntas y cooperan entre sí: el derecho y la psicología. Así las cosas, se pretende desde un campo como la psicología el abordaje y explicación de un fenómeno jurídico y esto requiere, como se ha dicho anteriormente, dejar de pensar en lo jurídico como un feudo exclusivo y cerrado a otras áreas del conocimiento. Vista así, la interdisciplinariedad es el resultado apenas lógico de superar las limitaciones que implicó la excesiva especialización. En este sentido, puede entenderse la interdisciplinariedad como:

El encuentro y la cooperación entre dos o más disciplinas, aportando cada una de ellas (en el plano de la teoría o de la investigación empírica) sus propios esquemas conceptuales, su forma de definir los problemas y sus métodos de investigación.³⁸

³⁸ BOTTOMORE, T. *Interdisciplinariedad y ciencias humanas*. Madrid: Tecnos y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 1983, pág. 11.

La necesidad de un estudio interdisciplinar, como se indicó, surge del deseo de superar la hiperespecialización que dejó un mal enfoque de la disciplinariedad, sobre todo, al momento de cuestionar hasta qué punto el conocimiento de la realidad era posible y suficiente desde una sola arista, en tanto, los problemas sociales no podían estudiarse desde una sólo disciplina aislada.

El tema de la interdisciplinariedad nació de constatar que la aproximación al mundo a través de una disciplina particular era sesgada y generalmente demasiado limitada... cada vez más se admitió que, para estudiar una determinada cuestión de la vida cotidiana son precisas múltiples aproximaciones. A eso se refiere el concepto de interdisciplinariedad.³⁹

La *Gestalt* ofrece una explicación desde la psicología acerca del fenómeno de la percepción y la comprensión, de ahí que su importancia resulte notoria, a mi juicio, pues se amplía lo explicado en otras teorías jurídicas, por ejemplo, el modelo analítico de Hart y su punto de vista hermenéutico. Se trata, al final, de indagar en otras áreas del conocimiento para fortalecer y robustecer los estudios formulados hasta el momento, de repensar los temas propios de la iusfilosofía acercándolos a áreas con intereses en común para generar posiciones contestatarias e incluso nunca antes pensadas. Así como varios autores se atrevieron a centrarse en temas propios de la lingüística como punto de partida para ilustrar sus ideas, puede pensarse en usar este postulado psicológico para los mismos fines. Dicho lo anterior, mi deseo es usar los postulados gestálticos para explicar un fenómeno concreto: el carácter hermenéutico del derecho; ello implica una conexión con diversas áreas del conocimiento.

En segundo lugar, acudir a las posturas gestálticas permite asumir el estudio un determinado fenómeno de una manera holística, dando así concreción a la necesidad de interdisciplinariedad. En este sentido, la esencia

³⁹ FOUREZ, G. *La construcción del conocimiento científico*. Madrid: Narcea, 1994, pág. 98.

de la *Gestalt* permite una percepción organizada y concreta de lo que se percibe, involucrando las experiencias previas, los deseos, necesidades y contextos del individuo para la formación de conceptos, ejecución y elección de interpretaciones (hermenéutica).

La Gestalt se percibe una totalidad, no una serie de elementos fragmentados, o componentes aislados, sino que se observan formas estructuradas que encierran una totalidad en sí misma y que no permite, salvo que se haga un esfuerzo intencional, identificar las partes que lo componen. Esta visualización en forma de Gestalt no se relaciona solamente a la percepción visual, sino que también puede organizarse en Gestalt los pensamientos y sentimientos.⁴⁰

Finalmente, desde un punto de vista epistemológico, el modelo de la *Gestalt* es útil a la hora de determinar los factores que conforman la percepción, en tanto tendencia el orden mental. Dicha percepción establece la entrada de información para posteriormente retomarla y convertirla en juicios, categorías, conceptos, etc. Lo anterior es posible dada la cantidad de datos que se pueden obtener por la experiencia sensorial de cada individuo que, sin embargo, no son determinantes para la formación de ideas, pues éste moldea y ajusta dicha información de acuerdo a sus deseos, intereses y contextos. De allí que la utilidad del modelo gestáltico, para el caso que nos ocupa, se ve reflejada en que la formación de la misma idea de Derecho no conduce a una respuesta única o marcada exclusivamente por datos sensoriales. Por tanto, el supuesto básico del modelo es que la actividad mental que se desarrolla para la definición de un concepto no es una copia idéntica del mundo percibido; al contrario, se trata de una selección de información relevante para generar claridad para un mejor desempeño con el mundo circundante.

Dicho lo anterior, reflexionemos acerca de que 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,

⁴⁰ STANGE, I, et al. Conceptos básicos de la psicoterapia Gestalt. En *Eureka*, (11), 1. Asunción: Centro de documentación, investigación y difusión en psicología clínica, 2014, pág. 108.

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.⁴¹

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*⁴² se aborda de una manera bastante novedosa el concepto y funcionamiento del Derecho como potencial ejercicio hermenéutico. Como se 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, puesto que 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

⁴¹ KRISTAN, A. *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pág. 13.

⁴² KRISTAN, A. *Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas*. En *Revista DIXI*, N°12, abril, traducción de Juan Pablo Sterling Casas. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Bucaramanga, 2009, pág. 13-24.

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.”⁴³ 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 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.⁴⁴

La idea de caso difícil resulta un desafío para el positivismo jurídico, ya que redefine el papel y peso de la interpretación jurídica en la medida que 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

⁴³ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984, pág. 146.

⁴⁴ 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, pág. 356.

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.⁴⁵

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.

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 ponderación⁴⁶

⁴⁵ MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1991, pág. 124-125.

⁴⁶ La 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, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pág. 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.” BERNAL, C. Estructura y límites de la ponderación. En *Revista Doxa*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, pág. 226. La situación descrita anteriormente fu resuelta por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-411 de 1994.

por parte del juez para 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.⁴⁷

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. 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

⁴⁷ 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, 1997, pág. 17.

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.⁴⁸

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.”⁴⁹ El término fue acuñado por Christian von Ehrenfels para indicar que la percepción no es un fenómeno tan simple como se cree, ya 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 *Gestalpsychologie*, es 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

⁴⁸ GUILLAUME, P. *Psicología de la forma*. Buenos Aires: Psiqué, 1976, pág. 21.

⁴⁹ BURGOS, J. *Historia de la Psicología*. Madrid: Palabra, 2014, pág. 213.

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 (que está 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, así 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.⁵⁰

⁵⁰ BRENTANO, F. *Psychology from an empirical standpoint*. London: Routledge, 2009, pág. 68.

Entonces el fenómeno psíquico, en oposición al fenómeno físico, no es tal cual se representa según 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.”⁵¹ 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”⁵², 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*, de esta manera, implica no aceptar una mera configuración reducida a la superposición de elementos que la forman, sino que existen cualidades que al 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, puesto que no puede ser única e indiscutible (reducible a una sola percepción y una consecuente descripción), sino que se trata

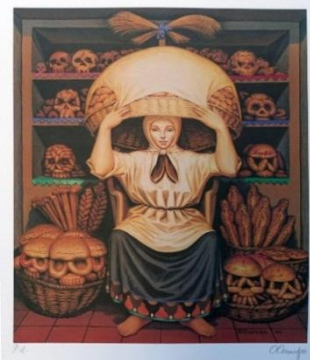
⁵¹ *Ídem*, pág. 60

⁵² BURGOS, J. *Historia*, 2014, *op. cit.*, pág. 215

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.

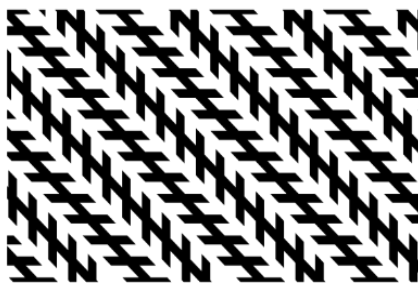
Imagen 1. Ejemplo de ilusión óptica, obra *Pan de muertos*.



Fuente: Octavio Ocampo obra *Pan de Muertos*.⁵³

⁵³ 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

Imagen 2. Ejemplo de ilusión óptica *ilusión de Zollner*.



Fuente: artículo "Ilusión de Zollner", Wikipedia.⁵⁴

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.

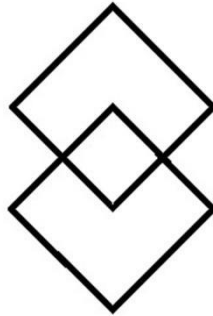
Principios de la *Gestalt*

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:

⁵⁴ FIBONACCI, *Ilusión de Zollner*, [Imagen PNG], 2007 recuperada de: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Zollner_illusion.svg

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.

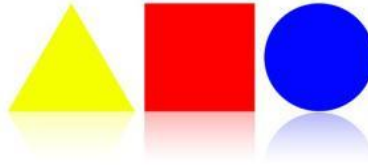
Imagen 3. Principio de simetría.



Fuente: elaboración propia.

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 o el cuadrado, que forman juntas el icono de la Bauhaus.

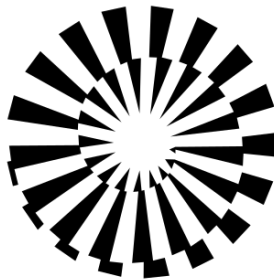
Imagen 4. Ejemplo del principio de pregnancia en la *Gestalt*.



Fuente: logo de la Bauhaus⁵⁵

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.

Imagen 5: Principio de continuidad (dirección común) en la *Gestalt*.



Munich1972

Fuente: Logo COI Múnich 1972.⁵⁶

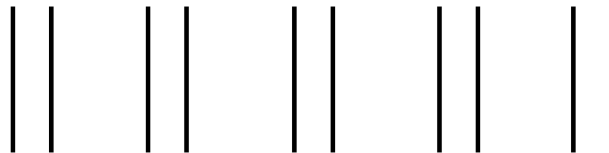
d. *Principio de proximidad*: Explica que el proceso mental por medio del cual el cerebro tiende a agrupar parcial o secuencialmente los elementos con base en la distancia entre ellos. Por ejemplo, cuando los elementos de una

⁵⁵ SASSON, M. *Bauhaus Shapes*, [Imagen JPEG], 2012, recuperada de: <https://adrianasassoon.me/2012/05/19/sassoon-architecture/bauhaus-shapes/>

⁵⁶ COI. *Logotipo de XX. Juegos Olímpicos de Verano Múnich 1972*, [Imagen PNG], 1972, recuperada de: https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Muenchen1972_logo.svg

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).

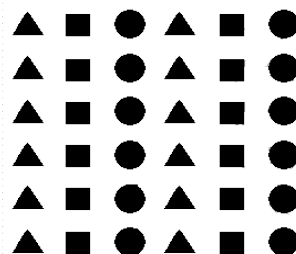
Imagen 6. principio de proximidad en la *Gestalt*.



Fuente: elaboración propia.

e. *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.

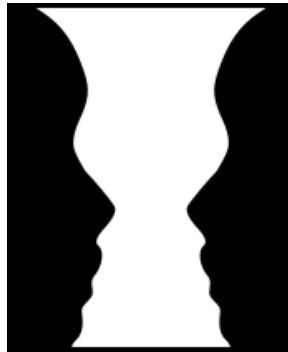
Imagen 7: Principio de semejanza de la *Gestalt*.



Fuente: elaboración propia.

f. 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 entre forma y fondo en la Gestalt.



Fuente: Archivo de imagen *Jarrón de Rubin* Wikipedia.⁵⁷

g. 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.

⁵⁷ 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

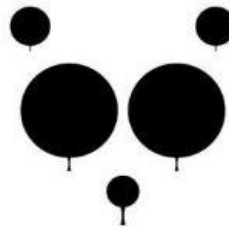
Imagen 9. Interpretación de la ley de cierre producido por la Gestalt.



Fuente: Archivo de imágenes Wikipedia.⁵⁸

h. 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*



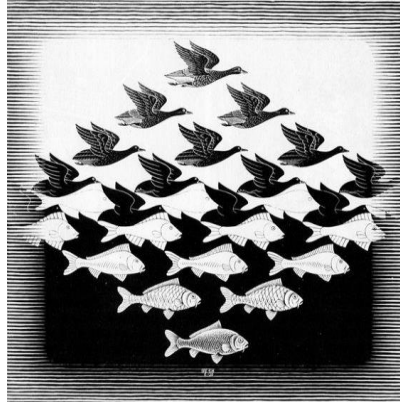
Fuente: Imagen marca World Wide Fund for Nature.⁵⁹

i. Principio de igualdad: De acuerdo con este ante la concurrencia de varios elementos de diferentes clases se tienden a construir grupos con aquellos elementos que son iguales.

⁵⁸ 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

⁵⁹ GURGAON, O. *Panda*, [Imagen JPEG], 2013, recuperada de: <https://www.coloribus.com/adsarchive/prints/wwf-panda-17602905/>

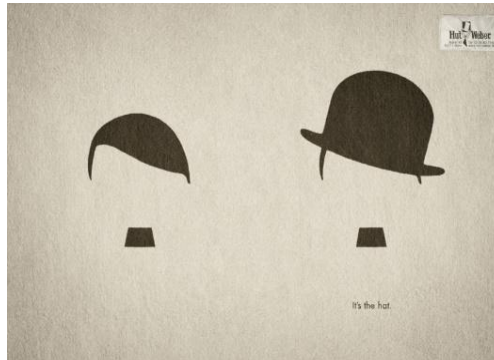
Imagen 11. Principio de la igualdad en la *Gestalt*.



Fuente: obra *Cielo y agua* de Maurits Cornelis Escher ⁶⁰

j. 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*.



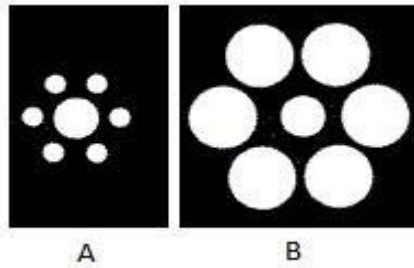
Fuente: Imagen publicitaria para Hut Weber.⁶¹

k. 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.

⁶⁰ 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-I-a-8Xnuxv_rU2SS5KV503cCGQ2

⁶¹ MAAS, F. *It's the hat*, [Imagen JPEG], 2008, recuperada de: <https://adland.tv/ooh/hut-weber-hats-hitler-vs-chaplin-its-hat>

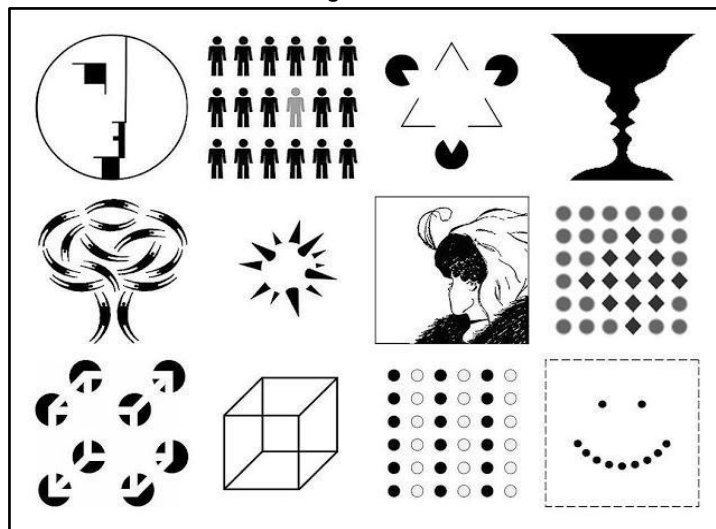
Imagen 13. Principio de contraste en la *Gestalt*.



Fuente: archivo imágenes weebly.⁶²

En la siguiente imagen se pueden ver ejemplos de los principios gestálticos.

Imagen 14: Composición con figuras que responden a los diferentes principios gestálticos.



Fuente: Programa educativo *Gestalt*.⁶³

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.

⁶² INTRODUCCIÓN AL DISEÑO GRÁFICO. *Las leyes de la Gestalt*, [Imagen JPG], 2020, recuperada de: <http://introaldg.weebly.com/elementos-de-la-gestalt.html>

⁶³ 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

Para finalizar esta explicación sobre la gestáltica, es necesario nombrar a uno de sus representantes más destacados: Kurt Lewin, quien 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.

Lewin también propuso pasar de una psicología descriptiva y de tipo aristotélico a una predictiva de tipo galileano.⁶⁴ 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:

⁶⁴ Ver: BURGOS, J. *Historia...*, 2014, *op. cit.* pág. 227 y ss.

[...] 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.⁶⁵

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 dar ejemplo de 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. Relación fondo y figura.



Fuente: MATLIN, M. W. y FOLEY, H. J.⁶⁶

⁶⁵ 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, pág. 95.

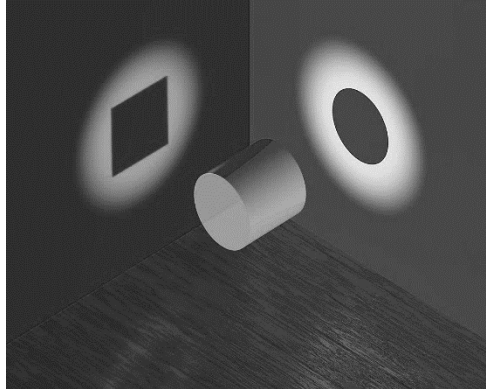
⁶⁶ MATLIN, M. W. y FOLEY, H. J. *Sensación y percepción*. México DF: Prentice Hall, 1996, pág. 163.

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)⁶⁷. 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:

⁶⁷ 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.

Imagen 16. Fenómeno dualidad onda partícula.



Fuente: Archivo de imágenes Wikipedia.⁶⁸

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’”.

⁶⁸ 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

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.

Pospositivismo y hermenéutica filosófica: una visión optimista

Veamos ahora cómo la hermenéutica del Derecho, bajo una visión que denomino 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.

Para empezar, si bien es cierto la hermenéutica ha trasegado un largo camino para poder posicionarse como aquella teoría sobre la verdad en las ciencias sociales, sólo hasta la modernidad es que se ha podido hablar de una hermenéutica como área del conocimiento autónomo y capaz de liberarse de

un velo que le daba un carácter adivinatorio. Vista así la hermenéutica es un concepto moderno pues sólo “el desarrollo de una reflexión explícitamente hermenéutica lleva el sello de la modernidad.”⁶⁹ La hermenéutica ha debido superar una visión que la relegaba en el mundo del conocimiento y la dotaba de un halo de sospecha, con especial fuerza en el Derecho. Dicha visión generaba desconfianza hacia el fenómeno hermenéutico, un ejercicio inútil, adivinatorio y caótico. 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 eventual arbitrariedad del proceso de interpretación.

Por ello, es obligatorio darnos a la tarea de ahondar primero en el reconocimiento y análisis respecto de que si existe una posición optimista es ésta es resultado, apenas lógico, de una visión opuesta o pesimista que niega la utilidad de la hermenéutica y que se inicia con la posición relativista atribuida a Nietzsche, al respecto Gadamer indica:

Esta sospecha radical fue iniciada por Nietzsche y tuvo sus ejemplos más notables en la crítica de la ideología, por un lado, y en el psicoanálisis, por otro. Ahora bien, hay que examinar la relación existente entre la hermenéutica tradicional, su posición filosófica, y esta forma radical de interpretación que se encuentra prácticamente en el polo opuesto del espectro de la interpretación, ya que pone en tela de juicio la validez de las ideas y de las ideologías.⁷⁰

Hecha la anterior presentación general, se puede iniciar exponiendo el trabajo de Jaap Hage titulado “el limitado papel de la hermenéutica”⁷¹ en la que sugiere que los abogados deberían hacer un menos uso de la hermenéutica al menos por dos razones⁷²: la primera es que la norma positiva debe dar certeza y además es el resultado del proceso democrático propio del poder legislativo, en ese orden de ideas, el papel de la hermenéutica desdibuja

⁶⁹ GRONDIN, J. *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder, 2002, pág. 41.

⁷⁰ GADAMER, H.G. (1997). *Hermenéutica de la sospecha*. En ARANZUEQUE, G. (coord.). *Cuaderno Gris*, Época III, 2. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pág. 127.

⁷¹ HAGE, J. The limited role of hermeneutics in law. En DUARTE, D. et al (eds.). *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*. Cham: Springer 2019, págs. 1-11.

⁷² *Ídem*, pág. 2.

estos dos importantes factores a la hora de la aplicación de las normas. La segunda razón radica en que la predictibilidad del derecho se pierde si se asume que un mismo texto puede ser interpretado de distintas maneras, ergo, la hermenéutica pierde su fuerza al no poder garantizar un determinado resultado. Al respecto dice Hage:

Sin embargo, el derecho positivo sólo puede contribuir a la seguridad jurídica si su aplicación es predecible. Si el derecho positivo puede ser interpretado de más de una manera, su aplicación no será predecible. En este caso la ley positiva no es relevante.⁷³

Lo anterior trae como consecuencia una especie de derecho personal que relativiza el concepto de derecho y sus contenidos haciéndolo depender de nuestras valoraciones personales e intereses políticos desnaturalizando la esencia normativa de la ciencia jurídica para trascender a campos borrosos. Se trata de la misma recepción de las palabras nietzscheanas acerca de la pérdida de verdad, y por consiguiente, de carácter científico del derecho.

Este punto de vista conduce a una forma de relativismo relativizado. Que el contenido del Derecho dependa entre otras cosas de nuestras preferencias personales y sea por tanto hasta cierto punto relativo, depende de nuestro punto de vista sobre la relación entre la naturaleza social y práctica del Derecho. Quien enfatiza la naturaleza social, estará más inclinado a aceptar como jurídicas normas que son generalmente aceptadas como tales, pero de acuerdo con las cuales no está en ningún caso dispuesto a actuar. Quien enfatiza la naturaleza práctica del Derecho, estará más inclinado a aceptar normas como jurídicas únicamente si está dispuesto a actuar de acuerdo con ellas. En ambos casos, lo que el Derecho es para alguien depende no sólo de hechos objetivos o intersubjetivos, sino también del criterio que usemos para identificar las normas jurídicas como tales. En este limitado sentido, el juicio acerca de qué es Derecho es personal.⁷⁴

Por su parte, el profesor norteamericano Jeremy Waldron, postula una posición compartida con Hage sobre como la supremacía hermenéutica en la interpretación judicial por parte de los tribunales constitucionales termina

⁷³ *Ídem*, pág. 3.

⁷⁴ HAGE, J. y PECZENIK, A. Conocimiento jurídico ¿sobre qué? En *DOGMA: cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999, pág. 39.

siendo una amenaza contra la naturaleza democrática del Estado. En pocas palabras, existen serios reparos al hecho de que, por vía de interpretación judicial de altas Cortes, se vulnere la estructura de los poderes públicos dejando de lado las acciones interpretativas del Congreso o Parlamento que es el órgano llamado a producir interpretaciones, primero por su representatividad política y segundo por su carácter de creador del texto a interpretar. En su obra *Contra el gobierno de los jueces*⁷⁵ Waldron indica:

Todos los poderes del control judicial fuerte de la legislación conllevan algún costo en términos de democracia. Un tema en particular se quita de las manos del pueblo y se somete al veto de una institución no elegida. Mucha gente cree que esto se justifica para la protección de los derechos y para prevenir una tiranía de la mayoría.⁷⁶

Respecto de esta posición de Waldron, Roberto Gargarella y José Martí ofrecen una buena síntesis al afirmar que todo ejercicio de interpretación es al final una especie de contaminación moral. Por ello se puede considerar como un representante del textualismo.

Según Waldron, la única forma de mantenerse fieles al valor de la autoridad del legislador democrático (el Parlamento) y de preservarla dignidad de la legislación consiste en no sobrepasar los límites de las correctas funciones de los aplicadores del derecho, es decir, en no introducir nunca consideraciones morales o de otro tipo en la determinación del derecho, y ser fieles a lo único que el legislador ha producido, el texto de la ley.⁷⁷

En el mismo sentido que Waldron, Bello Hutt expone reparos a los postulados hermenéuticos, los cuales amenazan una división de poderes como elemento base de una verdadera sociedad democrática. Lo anterior debido a una especie de idealización de los tribunales a la hora de interpretar los textos normativos, lo que conlleva a que no exista respuesta válida por

⁷⁵ WALDRON, J. *Contra el Gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

⁷⁶ *Ídem*, pág. 151.

⁷⁷ GARGARELLA, R. y MARTÍ, J. *Estudio Preliminar: La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos*. En WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pág. 42.

fuera de aquella que pronuncian los jueces. Esto genera una estática que afecta el desarrollo de las funciones del Estado pues hasta que no se expida un pronunciamiento judicial sobre un determinado tema no es posible avanzar en soluciones generando un rechazo a la hermenéutica como elemento de utilidad a la hora del razonamiento judicial, pues en la práctica termina siendo una herramienta exclusiva pero además generadora de lentitud. Dicha posición, además, empodera a los jueces y resta protagonismo a los ciudadanos a la hora de los procesos de interpretación judicial. Así las cosas, Bello:

[...] rechaza la supremacía judicial en la interpretación de la constitución. 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.⁷⁸

Las anteriores reflexiones dan cuenta de lo que se puede denominar pesimismo hermenéutico y que como se ha visto obedece a una posición escéptica frente a la utilidad de la hermenéutica en tanto genera caos y atenta contra la concepción de un Estado democrático con división armónica de poderes. En la basta historia de la filosofía del derecho, este pesimismo puede observarse en representantes del positivismo como Kelsen que asume las fórmulas de interpretación como estructuras vacías que se rigen por mera voluntad política limitadas por la exigencia de un encuadre dentro de las posibilidades semánticas del enunciado.⁷⁹ Por lo anterior, los métodos de interpretación jurídica, en tanto desarrollos de la hermenéutica, no son propios

⁷⁸ BELLO, D. Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución. En *REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33. Liubliana: Klub Revus, 2017, pág. 83.

⁷⁹ Ver: LÓPEZ, D. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2008, págs. 25 y ss.

de una ciencia pura pues la completitud de los enunciados normativos sería una cuestión política o ideológica antes que jurídica en estricto sentido.

Dicho lo anterior, no es extraño entonces el reconocimiento de escenarios donde se gestan posiciones críticas que buscan tildar de sospechosa, peligrosa e inútil a la hermenéutica. Estas voces se aferran a una especie de escenario caótico que ha sido generado por el relativismo reinante del que hay que huir ya que ha desencadenado un mundo sin verdad, todo esto gracias a la liberación y tolerancia hacia una multiplicidad de interpretaciones, pues al final es lo único que se puede conocer. No es gratuito que Gadamer, en su famoso escrito *Hermenéutica y Sospecha* manifestara que: “Recientemente al parecer ciertos colegas míos han estado tratando de salvar mi alma de las garras de algo tan deshonesto como la retórica. Piensan que la hermenéutica no tiene buenas intenciones y que hemos de sospechar de la retórica.”⁸⁰

Respecto de ese relativismo que genera categóricamente la posición pesimista hacia la hermenéutica, ya Bernstein había planteado que en el pensamiento contemporáneo es una lucha contra lo post-metafísico y que intenta romper las tensiones entre los extremos: absolutismo-relativismo, este escenario: “se ha extendido por la vida cultural e intelectual, que afecta casi a toda disciplina y a cada aspecto de nuestra vida. Esta inquietud se expresa con la oposición objetivismo-relativismo.”⁸¹

El profesor Jean Grondin explica el origen de una visión pesimista hacia la hermenéutica a partir de las consecuencias de las palabras de Nietzsche, particularmente en su famosa afirmación según la cual no existen hechos, sólo interpretaciones:

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

⁸⁰ GADAMER, H.G. *Hermenéutica de la sospecha*. En ARANZUEQUE, G. (coord.). *Cuaderno Gris*, Época III, 2. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pág. 128.

⁸¹ BERNSTEIN, R. *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis*. Oxford: Blackwell, 1981, pág. 1.

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.⁸²

Esta visión pesimista, que como se dijo líneas arriba se sustenta en el verbo explosivo de Nietzsche, también es 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.⁸³

Así las cosas, la hermenéutica se tiñe con una clara impronta de sospecha, se convierte en un escenario donde la verdad no existe de manera clara y unívoca pues todo resulta ser, en últimas, una cuestión de interpretación y de relatividad. 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.⁸⁴

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, ante esto, la diversidad de perspectivas no es recomendable.

[...] el perspectivismo no nos enseña nuestros límites, sino todo lo contrario: exalta los poderes creadores de la posición de la voluntad

⁸² GRONDIN, J. *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder, 2008, pág. 14.

⁸³ NIETZSCHE, F. *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza, 1987, pág. 155.

⁸⁴ Ver: NIETZSCHE, F. *La voluntad del poderío*. Madrid: EDAF, 1981, pág. 277.

de poder, de modo que el acceso a la verdad siempre es perspectivístico en el sentido positivo de creación individual.⁸⁵

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 en dónde incluso la hermenéutica termina siendo 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.⁸⁶

La crítica de Nietzsche, que en el fondo pretende una noble tarea, será determinante en la desconfianza hacia la hermenéutica en tanto se constituye como un férreo cuestionamiento al espíritu científico propio del positivismo pero que además trasciende a otros ámbitos, esta “influencia de Nietzsche que fue creciendo lentamente en todos los ámbitos fenoménicos de la cultura y tuvo una profundidad que no solemos comprender suficientemente.”⁸⁷ De esta manera la interpretación, desde la perspectiva nietzscheana, se convertiría además en una actitud crítica que buscaba desenmascarar las ciencias naturales, esta actitud tendría (tal y como lo explicó Husserl) repercusiones en tanto la fiabilidad de las impresiones y el conocimiento en sí mismo quedaba en entredicho, al respecto Gadamer plantea:

⁸⁵ LÓPEZ, M. Verdad o Interpretaciones: Gadamer versus Nietzsche. En *Eikasia Revista de filosofía*, N° 56, mayo. Oviedo: Eikasia Ediciones, 2014, pág.111.

⁸⁶ CATALÁN, J. y ZABALA, S. ¿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, pág. 28.

⁸⁷ GADAMER, H.G. Hermeneutik als praktische Philosophie. En: RIEDEL, M. (ed.), *Rehabilitation der praktischen Philosophie*. Freiburg: Rombach Verlag KG, 1972, pág. 334.

El propio Husserl trató de basar su fenomenología en el método cartesiano que pone en duda la apariencia de fiabilidad de las primeras impresiones. Como ello era una consecuencia de las ciencias modernas, no es de extrañar que el problema de la sospecha desempeñe también este papel en el contexto actual.⁸⁸

No resulta extraño entonces que bajo esta perspectiva la hermenéutica surja como un enemigo natural de la científicidad. La hermenéutica resulta ahora sospechosa, en gran parte, gracias a la idea de interpretación en Nietzsche que también plantea un reto al acercar a la hermenéutica a los escenarios propios del psicoanálisis: “Esta sospecha radical fue iniciada por Nietzsche y tuvo sus ejemplos más notables en la crítica de la ideología, por un lado, y en el psicoanálisis, por otro.”⁸⁹ Por lo anterior las teorías idealistas entraron en crisis, en palabras de Gutiérrez:

El concepto nietzscheano de interpretación del que nos venimos ocupando significó el derrumbe del saber idealista que culminaba en el cabal saberse a sí mismo, una vez se hizo patente la imposibilidad de que el Yo gane absoluta transparencia de sí mismo. Si todas nuestras representaciones conscientes pueden ser enmascaramientos o pretextos tras los cuales nuestras energías vitales o nuestros intereses sociales persiguen inconscientemente sus objetivos, tenemos entonces que renunciar a la ilusión de aclarar por completo lo oscuro de nuestras motivaciones y tendencias.⁹⁰

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la definición y la función de la palabra hermenéutica no siempre han sido claros y certeros, 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.

⁸⁸ GADAMER, H.G. *Hermenéutica de la sospecha...*, 1997, *op. cit.* pág. 127.

⁸⁹ *Ídem.*

⁹⁰ GUTIÉRREZ, C. Gadamer y Nietzsche. En *Revista Ideas y Valores*, N°127, abril. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pág. 60.

Pero la posición pesimista no es predominante, su contraparte puja por dar a la hermenéutica un carácter crítico y necesario para el avance de las ciencias sociales a partir de la reflexión de la realidad; en este sentido, prescindir de la interpretación es empobrecer el debate filosófico (y iusfilosófico) so pena de convertirlo en un discurso rígido y estéril, así: “la interpretación no se puede dar en el discurso unívoco porque no se necesita; pero tampoco en el equívoco porque no es susceptible de ella.”⁹¹ Así las cosas, en la interpretación no todo está dicho ni todo es una tendencia a la relativización. Se trata entonces, desde una perspectiva heideggeriana, de un verdadero movimiento de las ciencias para la revisión de los conceptos fundamentales en momentos de crisis.⁹²

Fueron muchos los intentos por delimitar el concepto y función de la hermenéutica. Indispensable, en primer lugar, resulta el del teólogo alemán Friedrich Schleiermacher que consideraba a la hermenéutica como un arte encargado de tratar los textos, inicialmente sagrados, de manera que podía pensarse en una especie de instrucción metodológica con características técnicas y normativas.

La idea de Schleiermacher, quien será considerado por muchos el padre de la hermenéutica contemporánea, estaba centrada en una función de traducción de textos como ejercicio hermenéutico, lo que implicaba la transmisión de un mensaje que no resultaba claro para el receptor, de ahí que el significado (comprensión) de dicho mensaje sólo era posible a través de un ejercicio de interpretación. Schleiermacher parte de que la hermenéutica consiste en buscar la intención del escrito; dicha intencionalidad se encuentra en la mente del autor y esto se logra a partir de una especie de fusión congenial, es decir, entender el texto de la misma manera que el autor lo concibió y sólo de esta forma se lograría comprender la intención o el verdadero significado.

⁹¹ BEUCHEOT, M. *Hermenéutica de la encrucijada*. Barcelona: Anthropos, 1988, pág.33.

⁹² HEIDEGGER, M. *El ser y el tiempo*. México DF: FCE, 1951, pág. 19.

Esta curiosa metodología resultaba, cuando menos, adivinatoria pues no había forma alguna de comprobar objetivamente dicha fusión. En este contexto, el aporte a la hermenéutica de Schleiermacher se presenta como una ruta de acceso para la universalización desde el punto de vista filosófico de la comprensión (*Verstehen*), pero también de la universalización de la hermenéutica como componente y dimensión fundamental de la filosofía.⁹³

Definir la hermenéutica como un arte (siguiendo la línea romántica de Schlegel) implica que la comprensión está sujeta a reglas y, en cuanto arte, se especifica que toda interpretación es reproducir una producción, en otras palabras: re-crear un acto originado en el discurso, discurso que al final es el objeto de la comprensión en tanto comunica y transmite mensajes. Así las cosas, la comprensión como tal, tiene los rasgos de una obra de arte, por lo que la hermenéutica se debe dejar a los “artistas de la interpretación.”⁹⁴ Pero, debe aclararse que este arte de la hermenéutica:

[...] puede surgir únicamente cuando tanto el lenguaje en su objetividad como el proceso de producción de pensamientos son captados perfectamente como función de la vida intelectual individual en su relación con la esencia del pensar mismo que, partiendo del modo de combinar y comunicar pensamientos se pueda exponer con una coherencia total también el modo como se debe proceder al comprender.⁹⁵

Schleiermacher plantea que la función de la hermenéutica 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.”⁹⁶ 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

⁹³ Ver: BIRUS, H. Einleitung. En *VVAA, Hermeneutischen Positionen*. Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982, pág. 5 y ss.

⁹⁴ SCHLEIERMACHER, F. *Los discursos sobre hermenéutica*, edición de Lourdes Flamarique. En Cuadernos de Anuario Filosófico. Navarra: Universidad de Navarra, 1999, pág. 51.

⁹⁵ *Ídem*, pág. 87.

⁹⁶ SCHLEIERMACHER, F. *Hermeneutik und Kritik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977, pág. 78.

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.”⁹⁷

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”⁹⁸ 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.⁹⁹

De esta manera, Schleiermacher será parte importante en la historia y evolución de la hermenéutica gracias a que establece la existencia de dos tipos de ella: una hermenéutica gramatical que radica en una postura exegética en la que “la exégesis gramatical significa comprender la expresión desde la totalidad del lenguaje”¹⁰⁰, y otra psicológica; la primera obediente a

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ VIRMOND, W. F. Schleiermachers 'Allgemeine Hermeneutik' von 1808/1810. En *Apuntes compilados en Schleiermacher*. Archiv I, Berlín, 1985, pág. 1276.

⁹⁹ FERRARIS, M. *Historia de la Hermenéutica*. Madrid: Akal, 2005, pág. 126-127.

¹⁰⁰ SCHLEIERMACHER, F. *Hermeneutik und Kritik...* 1977, *op. cit.*, pág. 78.

los postulados de la gramática cómo única fuente de obtención de la comprensión, y la segunda como la llamada a dilucidar la verdadera intención del autor que no siempre está presente en el texto, en otras palabras: captar el valor significativo de lo dicho, al respecto dice Grondin:

La hermenéutica general de Schleiermacher se bifurca así en dos vertientes: la gramática y la técnica, que se define como psicológica. La gramática contempla el lenguaje desde la totalidad de su uso lingüístico, mientras que la técnica y psicológica lo trata de comprender como la expresión de algo interior.¹⁰¹

La gramática, así entendida, aparece entonces con un sello de sospecha, algo también planteado por Nietzsche en su afirmación “temo que no nos libraremos de Dios mientras sigamos creyendo en la gramática”¹⁰² y que se convierte en una forma radical de presentar una desconfianza a la gramática en tanto ésta tiende a ocultar el significado de un discurso si éste no se rige bajo sus reglas. Esta posición nietzscheana eleva a la gramática a la calidad de deidad, y como tal somete, subyuga y castiga aquello que no sigue sus dogmas. La analogía Gramática-Dios es un rasgo de esta posición debido a que la existencia de un ser superior implica la eterna subordinación de la que el hombre, siendo consciente, no se quiere desprender.

Con Buda ya muerto, durante siglos se siguió enseñando su sombra en una cueva: una sombra horrible y enorme. Dios ha muerto: pero, tal y como son los hombres, seguirá habiendo, quizá durante milenios, cuevas en las que se enseñe su sombra. Y nosotros, ¡Nosotros tenemos que vencer aún a su sombra!¹⁰³

Concebir la gramática como una deidad termina siendo un amarre metodológico que frenaría el proceso de comprensión al someter al sujeto a unas reglas inflexibles que eventualmente ocultarían el verdadero significado de un texto (intención o pensamiento del autor) tan sólo porque éste no está adecuado a las formas gramaticales que imperan.

¹⁰¹ GRONDIN, J. Introducción a la hermenéutica... 2002, op. cit., pág. 111.

¹⁰² NIETZSCHE, F. *El crepúsculo de los ídolos*. Barcelona: Folio, pág. 29.

¹⁰³ NIETZSCHE, F. *La gaya ciencia*. Madrid: EDAF, pág. 105.

[...] gramaticalmente, el hombre con su actividad desaparece y se muestra únicamente como órgano del lenguaje. Técnicamente, el lenguaje con su fuerza determinante desaparece y se muestra únicamente como órgano del hombre, al servicio de su individualidad, así como allí, la personalidad al servicio del lenguaje.¹⁰⁴

La teoría hermenéutica de Schleiermacher resulta también novedosa por otra razón: el establecimiento de dos prácticas frente a ella: una laxa y una rigurosa. Respecto de la hermenéutica puede asumirse dos prácticas, una de carácter intuitivo que supone que cuando un sujeto se enfrenta a un texto e intenta comprenderlo parte de que la comprensión es un fenómeno natural y que la incomprensión es una excepción a una la regla general: “antiguamente era lo primero o lo natural, mientras que el no comprender era un caso excepcional.”¹⁰⁵ Por el contrario, una práctica rigurosa supone lo opuesto: lo natural o general es la incomprensión por lo que la hermenéutica, como ejercicio de interpretación que apunta a la comprensión, debe ser deseado y desarrollado siempre: “De aquí una primera base para la universalización de la hermenéutica: dejando de estar relegada a la explicación de pasajes oscuros aislados, ya no se presenta como técnica subsidiaria.”¹⁰⁶

Este desarrollo es determinante en tanto puede decirse que la actitud hermenéutica no es ocasional e intermitente, sino que es en sí misma una actividad principal y eterna: “Donde quiera que hay algo extraño en la expresión del pensar a través del discurso para quien lo percibe, allí hay una tarea que no puede ser resuelta sino con la ayuda de nuestra teoría.”¹⁰⁷ Schleiermacher busca así evitar los malos entendidos ya que son éstos los que se producen por sí mismos y no la comprensión, esta convicción lo llevó a considerar a la hermenéutica como el arte de evitar los malos entendidos, ya

¹⁰⁴ SCHLEIERMACHER, F. *Hermeneutik und Kritik...* 1977, op. cit., pág. 171.

¹⁰⁵ GRONDIN, J. *Introducción a la hermenéutica...*, 2002, op. cit., pág. 112.

¹⁰⁶ FERRARIS, M. *Historia...*, 2000, op. cit. pág. 126.

¹⁰⁷ SCHLEIERMACHER, F. *Los discursos sobre hermenéutica...* 1999, op. cit., pág. 59.

que en el error o la incomprensión se incurre fácilmente, algo que no ocurre en la comprensión, que, por lo tanto, debe ser deseada.¹⁰⁸

Puede decirse que Schleiermacher abrió el camino para identificar la hermenéutica como aquella que llevaría al sujeto al camino de la comprensión a partir de la elección de una interpretación que se identificara con el pensamiento del autor, años después el mismo Gadamer le daría este reconocimiento: "Schleiermacher definiera la hermenéutica como la habilidad para evitar la interpretación equivocada, porque, efectivamente, no es otro el misterio de la individualidad."¹⁰⁹ Por lo tanto, su obra no puede pasar desapercibida bajo ningún punto de vista en tanto permite, nada más y nada menos, darle a la hermenéutica ese primer baño de seriedad y solidez al intentar crear una metodología para la comprensión. El gran valor radicaría entonces en hacer de la hermenéutica una parte importante de la filosofía, y por qué no, una filosofía en sí misma.

El ideal hermenéutico de Schleiermacher consistió, por lo tanto, en dar a la práctica de la interpretación una fundamentación teórica consecuente. Para lograr esta fundamentación era necesario, obviamente, analizar la actividad del intérprete en términos filosóficos, y así quedó deslindado un nuevo campo de investigación dentro del ámbito de la filosofía. La delimitación de este nuevo objeto tuvo como primer resultado la constitución de la hermenéutica filosófica en cuanto disciplina autónoma, pero produjo al mismo tiempo otros efectos no menos importantes. Al poner en el centro de la discusión filosófica el problema de la interpretación, la nueva disciplina comenzó a explicitar lo que estaba implícito en el acto de interpretar un texto, y esa explicitación ayudó a precisar la naturaleza misma del saber interpretativo.¹¹⁰

La hermenéutica, gracias a la obra de Schleiermacher, se perfila entonces 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

¹⁰⁸ Cfr. LEVORATTI, A. La hermenéutica de Schleiermacher. En *Revista Bíblica*, año 59. Quito: Consejo latinoamericano de Iglesias, 1997, pág. 82 y ss.

¹⁰⁹ GADAMER, H.G. *Hermenéutica de la sospecha...*, 1997, *op. cit.*, pág. 129.

¹¹⁰ LEVORATTI, A. *La hermenéutica de Schleiermacher...*, 1997, *op. cit.*, pág. 79.

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.¹¹¹

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.¹¹²

Así las cosas, el relativismo –del que se acusa a la hermenéutica ser su generadora y propagadora– no es nada distinto a un “espantapájaros

¹¹¹ Cfr. HABERMAS, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2009.

¹¹² GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?* 2008, *op. cit.*, pág. 15

conceptual”¹¹³ 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.”¹¹⁴

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.”¹¹⁵

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.¹¹⁶ 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

¹¹³ GRONDIN, J. Hermeneutics and relativism. En: WRIGHT, K. (ed.). *Festivals of Interpretation*. Albany: University of New York Press, 1990, pág. 46.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ GRONDIN, J. Introducción a la hermenéutica..., 2002, op. cit., pág. 41.

¹¹⁶ Cfr. STERLING, J. Hermenéutica y Argumentación Jurídica: Límites a la discrecionalidad Judicial. En GRANDEZ, P. et al (eds.). *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, pág. 131-169.

¹¹⁶ ROBLES, G. *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Debate, 1988; 6ª edición, Barcelona: Debate, 2003.

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 ilustración 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.

Hermenéutica Filosófica y Pospositivismo como puntos de partida de la TCD

En el año 1988 se publicó el texto *Introducción a la Teoría del Derecho*¹¹⁷ del español Gregorio Robles Morchón (para el presente trabajo se consultó la 1ª edición de 1988 y la 6ª edición, del año 2003, que contiene el mismo texto que la primera y un prólogo nuevo) obra que puede catalogarse como visionaria en la recuperación de la relación entre Derecho y hermenéutica filosófica en los términos descritos líneas arriba. En la obra mencionada se puede entrever no sólo una conexión entre la Teoría del

¹¹⁷ *Ídem.*

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. La obra de Robles será determinante en tanto ilustra un completo y riguroso análisis de la teoría del derecho y su evolución para terminar mostrando lo que él denomina la “crisis epistemológica del positivismo”.¹¹⁸ Antes de abordar dicha crisis, es menester entender las razones y planteamientos que llevaron al autor a proponer tal escenario.

En primer lugar, Robles muestra que existe un pensamiento jurídico, que no es nada distinto a una filosofía del Derecho en sentido amplio, y que su evolución ha trasegado por tres etapas: la primera determinada por el paradigma iusnaturalista, la segunda por el paradigma positivista, y una tercera que trata de superar las tensiones entre estos dos paradigmas en su lucha por la hegemonía, dice respecto de esta tercera etapa:

[...] se abrió la crisis epistemológica del positivismo, ya en la segunda mitad del siglo pasado, anunciándose intentos superadores de la polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo. En este contexto es donde se debe ubicar la actual Teoría del Derecho.¹¹⁹

La actual filosofía del Derecho, según plantea Robles, es el resultado de la fusión entre la dogmática jurídica (doctrina general del Derecho que trabaja puntualmente áreas como el Derecho Civil, Penal o Administrativo), la Filosofía del Derecho, y la actual Teoría del Derecho. En este orden de ideas se plantea que la dogmática jurídica busca dejar de lado a la Filosofía del

¹¹⁸ *Ídem*, 1ª ed., pág. 133; 6ª ed. pág.179.

¹¹⁹ *Ídem*, 6ª ed. 2003 pág. 10 (Prólogo). 1ª en 1988, capítulo V: “Pospositivismo y Hermenéutica filosófica”.

Derecho, de ahí que su unión es apenas necesaria pues no puede entenderse la una sin la otra. Es interesante el planteamiento del autor, que desde sus inicios, siempre estuvo atento a la necesidad de que la Filosofía permease la dogmática, para no limitarla exclusivamente a la epistemología y la axiología, algo que sin duda desdibujaba el verdadero papel de la Filosofía del Derecho, el mismo Robles afirma: “En el ámbito jurídico, esto se tradujo en que la Filosofía del Derecho, bajo un imperio del positivismo, limitó sus problemas sustancialmente a los ya señalados: el conocimiento y los valores jurídicos.”¹²⁰

En este tenor, la filosofía debe dejar de ser algo auxiliar o residual para convertirse en una “Filosofía jurídica de los juristas”¹²¹ pero sin caer en la tentación de convertir todo su aparato ontológico, epistemológico y metodológico en aquel que es dictado por el positivismo (ciencia del Derecho). Omitir esta advertencia implica caer en una racionalidad limitada (ofertada naturalmente por la estructura positivista) que impide distinguir entre ciencia y filosofía. Así las cosas, la Teoría del Derecho es una disciplina filosófica (auténtica Filosofía) que se diferencia de la Teoría General del Derecho en estricto sentido que se gestó en el seno del positivismo, pero Robles señala que para esta Teoría del Derecho (ahora de naturaleza filosófica amplia): “[...] hay que estar familiarizado con éste [Derecho]. Si tal no sucede, es muy fácil que por mucho esfuerzo que se ponga, se caiga en el diletantismo.”¹²² En otras palabras: para poder hacer Teoría del Derecho se debe saber de Derecho para no caer de nuevo en la disputa dilemática entre iusnaturalismo y positivismo.

Esta vieja disputa entre los paradigmas iusnaturalista y positivista debe analizarse, sugiero, desde las dos posiciones que señala Martín Farrell: la primera aquella que puede considerarse una versión dramática y que se caracteriza por una relación dilemática excluyente que muestra el enfrentamiento apasionado e irreconciliable entre dos posturas que no

¹²⁰ *Ídem*, Prólogo 6ª ed., pág. 12.

¹²¹ *Ídem*.

¹²² *Ídem*, pág. 15.

comparten absolutamente nada, y una versión menos dramática en la que se busca establecer puntos en común con una diferencia sustancial. De esta manera, la verdadera disputa giraría en torno a la pregunta ¿en qué momento y grados la moral influye en el Derecho? Desde luego, esta postura “desdramatizada” implica asumir que tanto para el iusnaturalista como para el positivista la moral es importante y no puede ser excluida.

De manera que tanto el iusnaturalista como el positivista evalúan moralmente al derecho; la única diferencia entre ambos reside en el momento en que ellos llevan a cabo esa evaluación. Y las consecuencias prácticas de ambas evaluaciones son las mismas: mientras el iusnaturalista llega a la conclusión de que no hay que obedecer a las normas inmorales porque no son derecho, el positivista llega a la conclusión de que no hay que obedecerlas, pese a que son derecho, porque son inmorales. [...] La versión desdramatizada muestra que la discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico ha perdido su importancia: no se trata de una discusión acerca de si la moral tiene alguna relación con el derecho, sino de una discusión acerca de cuándo debe estudiarse la relación entre la moral y el derecho, relación que ninguno de los contendientes niega. Y las consecuencias de estudiar esa relación en un momento o en el otro son las mismas.¹²³

Contrario al planteamiento anterior, Robles sostiene una idea según la cual tanto el paradigma iusnaturalista como el positivista al final representan dos posiciones epistemológicas contrapuestas sin poner el acento en la relación derecho-moral. En la introducción a su Teoría del Derecho, nos habla de los modelos epistemológicos del pensamiento jurídico en el sentido en el que se explicó líneas arriba, con una acotación que no puede perderse de vista: esta obra es el primer paso sólido para ofrecer una justificación esencialmente epistemológica del Derecho “sobre la base de un enfoque hermenéutico-analítico.”¹²⁴ Estamos entonces frente al nacimiento de la relación entre Derecho y hermenéutica-analítica que más adelante será fundamental en la Teoría Comunicacional del Derecho. Aquí tenemos la

¹²³ FARRELL, M. ¿Discusión entre el Derecho natural y el Positivismo jurídico? En *Revista Doxa*, N° 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, pág. 125.

¹²⁴ ROBLES, G. *Introducción...*, 6ª edición, 2003, *op. cit.*, Prólogo, pág. 16.

primera aproximación a lo que será notable en la obra posterior de Robles: la íntima relación que existe entre Derecho y lenguaje (comunicación), algo que es evidenciable en los nombres que ha usado el autor a lo largo de su obra para designar su Teoría del Derecho.¹²⁵

Un primer nombre es el de “análisis del lenguaje de los juristas” que designa el Derecho como ejercicio discursivo para superar las “pretensiones ontologistas”¹²⁶ del positivismo y el iusnaturalismo. En este orden de ideas, el Derecho es un conjunto de discursos encaminados a un fin: comunicar un mensaje, lo anterior en varios escenarios: 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.”¹²⁷ Esta primera acepción de Derecho tiene una naturaleza dialógica y comunicativa al más puro espíritu gadameriano.

Un segundo nombre usado por Robles es el de “Teoría de los textos jurídicos”¹²⁸ en tanto el Derecho se concreta en textos en un sentido amplio (todo aquello que puede ser objeto de lectura). La particularidad del texto jurídico es que es verbalizable en tanto todo puede ser puesto en palabras y escribirse en un documento. Esta noción de Robles será determinante más adelante cuando se aborde la Teoría de Textos, con base en el concepto de hipertexto y textos escribibles. Basta por ahora indicar que la idea de texto jurídico en Robles es que éste es decisonal, regulativo e institucional: decisión, norma e institución, de ahí que pueda hablarse de una Teoría de la Decisión jurídica, una Teoría de las normas jurídicas y una Teoría de las Instituciones jurídicas (Dogmática jurídica).

En esta segunda nomenclatura es importante apuntar el surgimiento de unos de los puntos más relevantes de la Teoría roblesiana: la noción de dos

¹²⁵ *Ídem*, pág. 18-26.

¹²⁶ *Ídem*, pág. 18.

¹²⁷ *Ídem*, 6ª ed. Prólogo, pág. 19.

¹²⁸ *Ídem*, pág. 21.

textos básicos: ordenamiento –ORD–, sistema –SIS– y ámbito –AMB–. El concepto de Ordenamiento se refiera a las fuentes formales del Derecho (el Derecho Colombiano, por ejemplo). Sin embargo, el ordenamiento: “[...] está organizado de acuerdo a un orden, el conjunto de todos ellos, el ordenamiento global, presenta un aspecto bastante desorganizado.”¹²⁹ En otras palabras, hay conciencia de orden, pero no es fácilmente identificable por la complejidad y los defectos que se generan al tratar de identificarlo, lo anterior es lo que se puede denominar texto jurídico en bruto.

Por otro lado, el sistema se refiere a las interpretaciones y sistematizaciones de los juristas (expertos en temas del Derecho), el sistema así visto es un texto acabado, que puede generar otros textos, en palabras de Robles, el sistema se crea “[...] mediante una ardua labor de interpretación y sistematización. Este nuevo texto, generado por los juristas científicos en sus tratados y monografías, constituye el sistema.”¹³⁰

Así las cosas, el ordenamiento es el resultado de las decisiones de aquellos que crean el Derecho (legisladores y jueces), mientras que el sistema es el resultado del trabajo interpretativo de los juristas “que actúan como verdaderos intermediarios entre el texto en bruto y el texto laborado.”¹³¹ De esta manera Robles empieza a perfilar que el Derecho es un ejercicio hermenéutico que busca completar el ordenamiento jurídico a partir de los textos que lo componen:

La ciencia del derecho es una disciplina hermenéutica que tiene por objeto la construcción de un sistema proposicional que refleje y complete un ordenamiento jurídico determinado; su objeto lo constituyen los textos parciales que conforman el texto global ordinamental.¹³²

¹²⁹ *Ídem*, pág. 23.

¹³⁰ *Ídem*.

¹³¹ *Ídem*, pág. 24.

¹³² ROBLES, G. Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, pág. 154.

El tercer nombre usado por Robles es el de “Teoría hermenéutico-analítica” del Derecho, y hace referencia a una postura esencialmente metodológica que busca encontrar un punto en común entre dos áreas –aparentemente– opuestas: la hermenéutica y la analítica. Dicho punto de encuentro es la inmediatez del lenguaje como elemento transmisor de mensajes (comunicación). No se trata entonces de seguir una posición dramática (al igual que en el debate positivismo vs iusnaturalismo) entre la hermenéutica y la analítica, sino más bien de entenderlas desde el lenguaje que es, en últimas, condición de existencia del Derecho, según Robles:

Aunque la filosofía hermenéutica y la analítica tienen detrás dos tradiciones diferentes y han vivido de espaldas la una a la otra, hay un lugar común en el que se encuentran: la experiencia de la universal inmediatez del lenguaje. Esta experiencia es manifiesta en el Derecho, en el cual nada existe sin lenguaje. El conocimiento jurídico, es, ante todo, una tradición hermenéutica. Al estar vinculado al estudio de los textos, no podía ser de otra forma. [...] Si la hermenéutica se hace cargo del sentido del texto y la analítica de sus componentes singulares, parece claro que ésta no puede operar prescindiendo de aquella, puesto que en definitiva el análisis sólo es posible sobre lo “construido”. Todo lenguaje, ya de por sí es una construcción. El derecho como lenguaje que es, es asimismo una construcción dotada de sentido y que se manifiesta en los múltiples discursos de los juristas, polarizados en torno a dos textos básicos: el ordenamiento y el sistema.¹³³

Finalmente, una cuarta denominación es la de Teoría Comunicacional de Derecho, simplificación nominativa que aparece por primera vez en la obra ya indicada de 1988, se presenta como una noción totalizadora de las anteriores y además es el resultado de la evolución propia del quehacer científico del autor. Esta denominación asume que el Derecho es un ejercicio de comunicación para la convivencia humana: “[...] conjunto de canales comunicativos formalizados o formalizables en lenguaje”¹³⁴, ahora bien, este ejercicio de pensar el Derecho en clave comunicacional posee objeto, una función y un método determinado. Para una Teoría Comunicacional:

¹³³ ROBLES, G. *Introducción...*, 6ª edición, 2003, *op. cit.* Prólogo, pág. 24-25.

¹³⁴ *Ídem*, pág. 25.

[...] la justicia no debe basarse en una “teoría unitaria” de las decisiones intrasistémicas, sino que debe relativizarse a fin de generalizarla ya que existen otras formas, como son los actos del habla, que también concretan contenidos de tipo valorativo, de manera que la “decisión judicial” es tan solo un modelo. Así, el elemento decisión jurídica, comprende una pluralidad de proposiciones, y no únicamente la decisión judicial.¹³⁵

En suma, la TCD es: “una corriente de pensamiento jurídico que concibe el derecho como conjunto de textos, pero sobre todo como ‘conjunto de acciones que van referidas a dichos textos’, con una diferencia importante: su teoría es universalista, abarcadora y compleja.”¹³⁶ Esta última noción de Robles es unificadora y constituye el pilar de sus reflexiones posteriores en torno a la TCD.

Tanto el análisis del lenguaje de los juristas como la teoría de los textos jurídicos y la teoría hermenéutica-analítica son tres ejes de una misma construcción teórica. Este entramado se simplifica en la afirmación de que el derecho es lenguaje (esto es, texto) y la teoría del derecho un análisis del lenguaje de los juristas. Esta idea es la más permanente en su obra, pero no la única para hacer referencia a su propuesta teórica. Robles utiliza estas nomenclaturas como tres formas de llamar a una misma cosa con la que prescribir desde cierto tipo de formalismo jurídico el derecho. [...] En general, como fin último del derecho se podría encontrar mejorar la convivencia social, lograr una convivencia pacífica, pero los cauces son cuando menos diversos y, la mayoría de las veces, disyuntivos.¹³⁷

Es necesario, en este punto, mencionar que el surgimiento y desarrollo de la propuesta de una TCD sólo se pudo lograr en la medida en que se encuadró dentro de un panorama posterior al dominio del paradigma positivista: el pospositivismo, y éste a su vez se generó ante la crisis del modelo positivista (Robles resaltaré que esta crisis es de carácter epistemológico principalmente). Así las cosas, es menester reflexionar sobre

¹³⁵ CALDERÓN, P. y BASTIDAS, P. El derecho como texto: cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho” (reseña). En: *Revista Advocatus*, Vol. 14, N° 27, Barranquilla: Universidad Libre, 2016, pág. 228.

¹³⁶ SANTOS, J. A. Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho CEFD*, Número 35. Valencia: Institut de Drets Humans de la Universitat de València, 2007, pág. 160. Rescatado de: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/9895/pdf>

¹³⁷ *Ídem*, pág. 168.

esta crisis y lo que supone un escenario pospositivista. El pospositivismo, concepto usado por Robles desde 1982 en su obra *Epistemología y Derecho*¹³⁸ trata de superar la batalla que supone la rivalidad entre el paradigma iusnaturalista y el positivista respecto del papel de la moral y los valores, lo anterior ha constituido uno de los campos de batalla más fecundos y estudiados en la filosofía y teoría del Derecho, sobre esta disputa, Schauer dice:

Aunque es posible sostener que la posición iusnaturalista es simplemente una afirmación acerca del lenguaje y acerca de los criterios para el uso correcto de la palabra “derecho”, la forma más común de la tesis iusnaturalista clásica es más sustancial, pues sostiene que el propio derecho, del mismo modo que el contenido de muchas normas jurídicas, se deriva de concepciones fundamentales de la moralidad. Como resultado, los sistemas jurídicos (y tal vez incluso las normas jurídicas particulares) que no sean fieles a estas concepciones morales son ejemplos típicos de derivaciones erróneas de los primeros principios morales, y por lo tanto no son genuinamente jurídicos en absoluto.

Frente a esta tesis se alza la tradición del positivismo jurídico, de acuerdo con el cual el derecho no se deriva necesariamente de principios morales fundamentales, sino que es simplemente “puesto” por seres humanos e instituciones humanas.¹³⁹

De acuerdo con lo anterior, es necesario recordar que una teoría positivista del Derecho se fundamenta en la tesis de las fuentes sociales según la cual el único objeto del Derecho son las normas creadas por la voluntad de los hombres existiendo además los mecanismos para poder determinar qué es y qué no es Derecho. Siguiendo el enfoque clásico de Kelsen, hay un positivismo metodológico que necesariamente excluye a la moral pues sólo de esta manera es posible una ciencia del Derecho universal, objetiva y pura, cuyo único objeto de estudio es el Derecho positivo.

Así las cosas, el positivismo conceptual tendría dos tesis centrales: i) las fuentes sociales del Derecho y ii) la separación metodológica entre

¹³⁸ ROBLES, G. *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide, 1982, pág. 20.

¹³⁹ SCHAUER, F. *Positivismo Constitucional*. Lima: Palestra, 2016, pág. 39.

Derecho y moral, con estas dos tesis es posible identificar el Derecho que es y aquel que no es. Pero, de acuerdo con Calsamiglia, la aparición de los casos difíciles marca la agenda de un escenario pos positivista y pone de manifiesto la necesidad de mirar hacia adelante para tratar de indagar cómo se van a resolver este tipo de casos que de alguna manera suponen una reflexión de índole moral y presentan también indeterminación del lenguaje jurídico.

El pospositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil. La respuesta del positivismo era acudir a las convenciones pasadas y excepcionalmente acudir al legislador intersticial. Pero cuando el razonamiento judicial se efectúa fuera del dominio del derecho nos encontramos con la tierra incógnita.¹⁴⁰

Dicho de otra manera, desde el punto de vista epistemológico hay un rompimiento de la teoría de las fuentes sociales y consecuentemente se diluye la separación entre Derecho y moral. Esto debido a que no es posible saber si las fuentes sociales son suficientes para responder los casos en los cuales la indeterminación lingüística del Derecho implica un ejercicio de discrecionalidad de los jueces, ejercicios que en la mayoría de las veces suponen dotar de contenido moral las expresiones vagas (dignidad, libertad, igualdad, etc.), continúa Calsamiglia:

En síntesis, podríamos afirmar que una de las tendencias más importantes de la teoría jurídica contemporánea es su insistencia en los problemas que presenta la indeterminación del derecho. Lo que interesa al jurista, desde el punto de vista práctico, es hasta qué punto las fuentes sociales ofrecen respuesta a los problemas que se plantean y el positivismo no sólo reconoce que hay elementos en las decisiones de los jueces que son indeterminados, sino que no tiene ningún método que le permita distinguir entre lo determinado y lo indeterminado porque casos paradigmáticos se pueden poner en cuestión. Si todos los elementos que sirven para la toma de decisiones estuvieran predeterminados, entonces sí que se podría presuponer con sentido que el juez sólo debe aplicar el derecho.¹⁴¹

¹⁴⁰ CALSAMIGLIA, A. Pospositivismo. En: *Revista Doxa*, N° 21-1. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, pág. 214.

¹⁴¹ *Ídem*.

Puede entonces plantearse la idea de que un escenario pospositivista está marcado por la insuficiencia epistemológica que implica desconocer los valores y principios de un ordenamiento jurídico. Esto supone también, y desde el punto de vista de la justificación de las decisiones judiciales, que la lógica formal se abandona como la única forma válida para lograrla. El nuevo panorama reclama, aparte de racionalidad (inferencia lógica formal de la conclusión a partir de unas premisas), una estructura amparada en la razonabilidad (justificación moral obediente a valores y principios consagrados en textos constitucionales). Esta diferenciación ha sido tratada en la clásica teoría que distingue entre reglas (no derrotables y sin peso) y principios (derrotables y con peso).

Entre las normas de un sistema jurídico no sólo se dan relaciones lógicas de deducibilidad. Además de a la noción lógica de consistencia normativa (posibilidad de cumplimiento simultáneo), se recurre a la idea de coherencia valorativa. Diversas normas son valorativamente coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos; y son incoherentes, cuando esa unidad no se da. A diferencia de la consistencia, que es una cuestión de todo o nada, la coherencia es una cuestión de grado. La consecuencia más importante de la toma en consideración de estos dos tipos de relaciones entre normas es que puede ocurrir que el ámbito justificado de aplicación de una regla no coincida con el ámbito de aplicación descrito por la propia regla. En este sentido, las reglas pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes cuando hay un desajuste entre el ámbito de aplicación descrito por la regla y el ámbito justificado de aplicación de la regla. Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.¹⁴²

El pospositivismo, desde la epistemología, también sostiene que enseñar Derecho no es enseñar sólo las reglas, una enseñanza que se limite a sólo ese fenómeno sólo terminaría estudiando una versión del Derecho inmóvil y poco práctica, con un suficiente arsenal teórico, pero en una desconexión evidente de los verdaderos problemas de los que se debe ocupar el Derecho. Sin la presencia de los principios la capacidad ilustrativa del

¹⁴² AGUILÓ, J. Positivismos y Pospositivismos: Dos Paradigmas jurídicos en pocas palabras. En *Revista Doxa*, N° 30. Alicante: Universidad de Alicante, 2007, pág. 670.

Derecho se anula y lo convierte en un simple aparato de reproducción fotográfica que intenta retratar la realidad, pero sin ir más allá de la mera descripción. Los problemas jurídicos no se pueden abordar desde la óptica rígida y fría del modelo de reglas, desconocer el valor justificatorio de los principios atenta contra una enseñanza holística del Derecho y cierra la mente del estudiante a las realidades que el mismo Derecho implica. Un buen abogado es una buena persona podría decirse, y este ejercicio ya supone valoración.

El Derecho no son sólo reglas jurídicas. Pero, además, dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos. “¿Cómo resolver un problema jurídico?” es el norte hacia el que debe tender la enseñanza del Derecho; es decir, el norte está en una enseñanza mucho más metodológica que memorística. Y, por lo que se refiere a las profesiones jurídicas hay que acabar con la “invisibilidad” y la “intercambiabilidad” a la que el peso imponente del imperio de la ley ha sometido a los profesionales del Derecho. Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.¹⁴³

Frente a esta posición que ha sido enmarcada dentro de los postulados de un modelo llamado Neoconstitucionalismo, Robles tiene sus prevenciones. En primer lugar, no comparte las aproximaciones a la idea según la cual la moral es el eje del debate entre los paradigmas jurídicos hegemónicos (iusnaturalismo y positivismo), como se ha indicado, el eje es un debate

¹⁴³ *Ídem*, pág. 275.

epistemológico. En segundo lugar, acepta la existencia de principios en tanto éstos se encuentran concretados en decisiones y normas (por ejemplo, aquellas codificaciones civiles que enumeran los principios generales del Derecho), de aquí se entiende que el tratamiento de dichos principios se da dentro del esquema Ordenamiento, Sistema y Ámbito jurídico en tanto son el resultado de una decisión. Finalmente, ha expresado varios reparos a la ponderación como forma de resolver problemas jurídicos, en tanto se trata, al final, de una fundamentación moralista disfrazada de científicidad, sobre este punto se hará una explicación más amplia en los capítulos venideros.

Por otra parte, la TCD encuentra un detalle que será de suma importancia para lo que viene: plantea que el pospositivismo tiene un signo fatal respecto de su estructura epistemológica producto de la inevitable evolución del pensamiento. El positivismo en su carácter descriptivista dará paso a uno de carácter más histórico. Pero aclarando que toda nueva forma de pensar el positivismo sólo será posible si se tiene como marco de referencia el mismo positivismo.

Esta corriente ha dado “tono” a todo el pensamiento de los siglos XIX y XX. Lo que bien puede denominarse “pospositivismo” es pensado en el marco creado por el positivismo y no fuera de él. El positivismo en este sentido supone una transformación irreversible del pensamiento, que imposibilita “copiar” ya el pasado. Lo cual no quiere decir que ese pasado y su excelsa filosofía no hayan de ser fuente permanente de inspiración para abordar nuestros problemas desde las perspectivas del positivismo.¹⁴⁴

Siguiendo lo expuesto por Pedro Serna, otra de las facetas que tiene esta crisis del positivismo se evidencia al plantear que su aproximación metodológica -que pretende ser a-valorativa, es decir el Derecho que es y no aquel que debería ser- presenta ya una crítica considerable pues presupone la necesidad de un concepto de Derecho previo, es decir del Derecho que es y este ejercicio implica una valoración.

¹⁴⁴ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, págs. 99; 6ª ed. 2003, *op. cit.*, pág. 138-139.

Algo similar cabe afirmar respecto de la aproximación epistemológica pretendidamente a-valorativa. En efecto, señalar que el Derecho que es y el Derecho que debería ser no coinciden y que la moralidad o inmoralidad no forman parte de la definición del Derecho, sólo puede hacerse, si se cuenta, aunque sea tácita e inconfesadamente con un concepto previo de Derecho, como el proporcionado por la tesis de las fuentes sociales, es decir, con un concepto de Derecho que permite identificar y describir a un determinado conjunto normativo como “el Derecho que es”.¹⁴⁵

La falla en materia epistemológica del positivismo parecería ser entonces que antepone la cientificidad a la realidad eligiendo algunos elementos de la experiencia que considera útiles para la definición del Derecho, pero omitiendo indiscriminadamente otros. Sin duda aquellos elementos de la experiencia que permitan un concepto de derecho objetivo y universal serán de gran valía para la teoría positivista, pero aquellas experiencias (evidenciables también) relacionadas con los valores y la moral no tienen valor alguno. De esta manera hay una evidente desconexión entre el planteamiento teórico-científico que pretende el positivismo y la realidad que existe en la cotidianidad. Esta tesis es defendida por Robles (con la metáfora del espejo que se observará más adelante) y plantea el error que supone tratar de reflejar científicamente un objeto aún si ello implica su deformación.

Lo importante es advertir que la regla de la recreación teórica ofrece una imagen de la realidad jurídica que no coincide con la realidad existencial del derecho, con la realidad de la vida.

Dicho de otro modo, el positivismo normativista establece la prevalencia del principio de cientificidad sobre el principio de realidad, de apertura a lo real. El precio a pagar por la pureza, por la cientificidad, es precisamente el distanciamiento relativo entre las disciplinas científicas del Derecho y el Derecho tal y como se da en la realidad.¹⁴⁶

Robles se refiere al pospositivismo como una crítica al positivismo desde la filosofía actual que está marcada por un rechazo a la supremacía

¹⁴⁵ SERNA, P. *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México DF: Editorial Porrúa, 2006, pág. 25.

¹⁴⁶ *Ídem*, pág. 27.

epistemológica del método científico. El autor es claro en sostener que cuando se hace uso del término pospositivismo no se hace referencia al neo-positivismo o positivismo lógico, y que tampoco constituye una versión de positivismo jurídico incluyente que aparece como una tercera vía conciliadora. Se trata entonces, según el autor, de un “método descriptivo-epistemológico en su versión diacrónica”¹⁴⁷ que no pierde de vista lo que se ha dicho anteriormente: que no es posible hablar de pospositivismo sin hacerlo dentro de un marco referencial positivista, se trata entonces “de la definitiva superioridad del estilo positivista sobre el metafísico.”¹⁴⁸

La crisis del positivismo

Ahora bien, el panorama descrito a largo de las reflexiones anteriores es abordado por Robles al tratar de forma más detallada la crisis epistemológica del positivismo. Esta crisis se desata, en primer lugar, por 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

¹⁴⁷ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 107; 6ª ed. 2003, *op. cit.*, pág. 149.

¹⁴⁸ *Ídem.*

positivismo había mostrado una actitud “naturalista”¹⁴⁹ 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 Rorty¹⁵⁰ en su famosa obra *La Filosofía y el espejo de la naturaleza*,¹⁵¹ 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.¹⁵²

¹⁴⁹ *Ídem*, 1ª ed. 1988, págs. 133-134; 6ª ed. 2003, pág. 180.

¹⁵⁰ En este orden de ideas: “Rorty estima ser un continuador, en algunos aspectos, de Wittgenstein, Heidegger y Dewey, al menos en que estos autores están de acuerdo en ‘que hay que abandonar la noción de conocimiento en cuanto representación exacta’, ‘descartar las nociones de fundamentos del conocimiento y de la filosofía’, y prescindir de la idea de la mente, que utilizaron en común Descartes, Locke y Kant, situada en el espacio interior del hombre y dotada de elementos y procesos que posibilitan el conocimiento. Abandonar esta idea de la mente ha sido el objetivo expreso de la obra fundamental de Rorty (*El espejo de la naturaleza*) y, en general, el objeto de toda su propuesta filosófica.” DAROS, W. La concepción de la educación según el pragmatismo posmoderno de R. Rorty. En: *Revista Invenio*, N° 9, noviembre. Buenos Aires: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2002, pág. 53.

¹⁵¹ RORTY, R. *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza*, 2ª Edición. Madrid: Cátedra.

¹⁵² FERNÁNDEZ, M. Frente al imposible espejo de la naturaleza: Rorty y Habermas. En *Revista Daimon*, N° 65. Murcia: Universidad de Murcia, 2015, pág. 38.

En ese orden de ideas, la metáfora del espejo supone para el positivismo jurídico que 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 descriptiva propia del positivismo similar a un ejercicio fotográfico, ya que dicho positivismo trata de:

[...] fotografiar la realidad proporcionando la imagen nítida de lo previamente dado, sitúa a la realidad sensible en una posición de ajenidad respecto del observador. Aquella se ofrece a ésta sin intermediarios, y la mente humana, esto es, la filosofía, se convierte en un “espejo” que refleja la realidad.¹⁵³

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”¹⁵⁴ 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

¹⁵³ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 108; 6ª ed. 2003, *op. cit.*, pág. 149.

¹⁵⁴ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 135; 6ª ed. 2003, pág. 181.

decirse que fotografía la realidad, tratando, en definitiva, de estabilizarla o, si se quiere, eternizarla.”¹⁵⁵

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. Según lo anterior:

[...] nuestra mente reflejaba como un espejo la realidad inmediata de los hechos. Esto suponía además una determinada concepción de la realidad, según la cual lo real nos es dado, o mejor, pre-dado, dado de antemano, a nuestros sentidos y a nuestro entendimiento, de tal modo que éstos han de doblegarse y adaptarse a ellos. La imagen del espejo aquí es sumamente clarificadora. Y, como en el espejo, no sólo se refleja en nuestro entendimiento una parte o un aspecto de la realidad, sino toda la realidad, y por tanto un mismo concepto de razón es instrumento adecuado para todo el conocimiento.¹⁵⁶

La analogía de Robles muestra además que la crisis epistemológica que presenta el positivismo se torna en una estructura conservadora en tanto sólo pretende eternizar una imagen de la realidad, lo cual, supone una visión estática de la misma. La fotografía tan sólo retrata, pero no agrega nada a lo ya descrito (retratado). Esta situación conlleva a una anulación de cualquier actitud interpretativa ya que no se puede representar (imaginar o interpretar) aquello que se está viendo, la existencia aquí de juicios subjetivos no está permitida por lo tanto ya que “lo que aparece en la fotografía es lo real.”¹⁵⁷ Como consecuencia de estas características es posible empezar a cuestionar el concepto de método en el positivismo.

¹⁵⁵ ROBLES, G. El Origen de la Sociología del Conocimiento. En *Revista Derecho, Razón Práctica e Ideología*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°17. Granada: Universidad de Granada, pág. 92.

¹⁵⁶ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 134; 6ª ed. 2003, *op. cit.*, pág. 180.

¹⁵⁷ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 135; 6ª ed. 2003, pág. 181.

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 dónde hay ciencia no hay interpretación, y viceversa: donde hay interpretación no hay ciencia, y, por lo tanto, no hay racionalidad.¹⁵⁸

La visión del método positivista al anular cualquier ejercicio interpretativo de aquello que se ve (lo retratado) va de la mano con la idea de que donde hay ciencia no es posible la interpretación, ya que aquello que está claro no requiere ser interpretado (*in claris non fit interpretatio*). Pero esta actitud “ingenua”¹⁵⁹ del positivismo no es la más adecuada en la realidad, pues la aparición del giro lingüístico que ha tenido auge en los últimos años ha tocado al Derecho. Lo anterior agudiza la crisis del positivismo pues sus limitaciones afloran con más nitidez cuando los temas propios de la filosofía del lenguaje empiezan a bombardearlo cada vez con más fuerza y continuidad. Y es que el análisis del lenguaje, no puede tomarse como una crítica menor al modelo epistemológico del positivismo que no consideraba los problemas del lenguaje como un asunto capital, incluso tales problemas los “había enterrado bajo la etiqueta de la irracionalidad de la decisión.”¹⁶⁰

Robles plantea que la solución a esta crisis no implica necesariamente un regreso a postulados de metafísica del Derecho Natural. A su juicio la solución está en el análisis del lenguaje, pero no sólo de una manera formal (sintáctica) sino que la propuesta lingüística de Robles:” [...] quiere dar a entender una postura metódica que, aunque tenga como objeto el lenguaje en sí mismo considerado, acepta la pluridimensionalidad lingüística y pretende analizarla sin acudir a fáciles compromisos reduccionistas.”¹⁶¹

¹⁵⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1988, págs. 135-136; 6ª ed. 2003, pág. 182.

¹⁵⁹ *Ídem*.

¹⁶⁰ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 137; 6ª ed. 2003, pág. 184.

¹⁶¹ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 138; 6ª ed. 2003, pág. 185.

La explicación 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 TCD, a partir de los aportes de Dilthey y Gadamer

El giro lingüístico al que se refiere Robles se fundamenta en la idea según la cual la tensión entre hermenéutica y filosofía analítica debe ser superada, en este orden de ideas la filosofía experimenta un giro.

[...] que no sólo ha sido objeto de interés por parte de la reflexión contemporánea del área angloamericana –según la expresión habitual al uso–, sino también, y de un modo igualmente decisivo, a la llamada tradición ‘continental’. Más aún, el problema del lenguaje puede ser considerado como el territorio verdaderamente común, si bien diversamente tematizado, en el que de hecho se vienen enfrentando las dos corrientes de investigación que han dominado el debate filosófico de los últimos decenios, a saber: el pensamiento analítico y la reflexión hermenéutica.¹⁶²

Muchos son los autores a los que se les ha atribuido el inicio de este giro lingüístico, desde Nietzsche hasta Wittgenstein, pero todos ellos coinciden en que la esencia de dicho giro consiste en tratar los asuntos de la filosofía a partir de la forma en que éstos se encuentran en el lenguaje natural, una especie de sustitución de la razón por el lenguaje. Sin embargo, y siguiendo a Habermas, el mismo Rorty, en la obra ya mencionada, da luces sobre lo que puede entenderse como el giro lingüístico en los términos que Robles desea usarlo ya que en *La filosofía y el espejo de la naturaleza* Rorty se plantea como

¹⁶² FABRIS, A. El giro lingüístico: hermenéutica y análisis del lenguaje. Madrid: Akal, 2001, pág. 5.

uno de sus objetivos el de la deconstrucción de la filosofía para completar un giro lingüístico que había quedado inacabado. Según Rorty, este giro lingüístico fue “el punto de vista de que los problemas filosóficos pueden ser resueltos (o disueltos) transformando el lenguaje o comprendiendo mejor el que utilizamos en el presente.”¹⁶³ Bajo esta reflexión:

Rorty estima ser un continuador, en algunos aspectos, de Wittgenstein, Heidegger y Dewey, al menos en que estos autores están de acuerdo en que hay que abandonar la noción de conocimiento en cuanto representación exacta”, “descartar las nociones de `fundamentos del conocimiento´ y de la filosofía”, y prescindir de la idea de la mente, que utilizaron en común Descartes, Locke y Kant, situada en el espacio interior del hombre y dotada de elementos y procesos que posibilitan el conocimiento. Abandonar esta idea de la mente ha sido el objetivo expreso de la obra fundamental de Rorty (*El espejo de la naturaleza*) y, en general, el objeto de toda su propuesta filosófica.¹⁶⁴

La visión del giro de Rorty resulta útil en tanto presenta al lenguaje (con énfasis en el literario) como una herramienta capaz de lograr una sensibilización social a partir de la construcción de una sociedad más tolerante y liberal. De esta manera el lenguaje pasaría, como se ha venido diciendo, de un rol pasivo y sin protagonismo a una praxis en sí misma capaz de generar cambios a partir de un giro narrativo en el cual el reconocimiento, como base de la eticidad, es fundamental para entender la verdadera función del lenguaje, según Rorty:

Ese giro sería un símbolo de nuestra renuncia al intento de reunir todos los aspectos de nuestra vida en una visión única, de re-describirlos mediante un único léxico. Equivaldría a un reconocimiento de lo que en el capítulo primero llamo “la contingencia del lenguaje”: el hecho de que no hay forma de salirse de los diversos léxicos que hemos empleado, y hallar un metaléxico que de algún modo dé cuenta de todos los léxicos posibles, de todas las formas posibles de juzgar y de sentir.¹⁶⁵

¹⁶³ RORTY, R. *El Giro Lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1998, pág. 51.

¹⁶⁴ DAROS, W. La concepción de la educación según el pragmatismo posmoderno de R. Rorty. En: *Revista Invenio*, N° 9, noviembre. Buenos Aires: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2002, pág. 53.

¹⁶⁵ RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Paidós, 1998, pág. 18.

El giro, así presentado, implica que los conocimientos y habilidades de todo intérprete existen antes de la competencia lingüística, sino que son fruto de las necesidades propias del proceso de comunicación, tal como lo sostiene Davidson: “lo que el intérprete y el hablante comparten para que la comunicación tenga éxito, no es aprendido y por tanto no se trata de un lenguaje gobernado por reglas o convenciones conocidas de antemano por hablante e intérprete.”¹⁶⁶

Otra de las consecuencias del giro lingüístico es que se genera una actitud interpretativa y comunicativa que trasciende una concepción del lenguaje plana y estándar en tanto la idea de comunicación implica el máximo esfuerzo de quien se expresa para que el otro comprenda el mensaje, en otras palabras, no basta simplemente usar y fiarse del lenguaje en su sentido tradicional y lógico formal, sino que es necesario pensar en el contexto en el que se habla.

Esto arroja nuevas luces acerca de los malentendidos en el lenguaje. No es que el hablante no sepa hablar, sino que se trata de una falta de actitud del intérprete para encontrar una hipótesis explicativa que le permita entender lo que el otro le quiere decir. Como ejemplo de ello podemos recordar la famosa frase, a propósito de la reciente visita del papa a Brasil: “El papa visitará las favelas”. A primera vista, la frase resulta absolutamente incomprensible para quien no tenga la capacidad de desarrollar una teoría momentánea del significado y, a través de una hipótesis explicativa, logre entender lo que se quiso decir: “El papa visitará las favelas”. La hipótesis adoptada permite entender plenamente lo que quiso decir el hablante, la cual encajaba perfectamente con el contexto de enunciación e incluso con el comportamiento del intérprete.¹⁶⁷

Con lo anterior sale a flote uno de los aportes que supone el giro lingüístico: la interpretación no puede estar sometida a las reglas de la lógica formal en tanto no puede haber una identidad entre la interpretación estándar y aquella que se busca o desea del oyente o lector. En el caso mencionado,

¹⁶⁶ DAVIDSON, D. A Nice Derangement of Epitaphs. En: LEPORE, E. (ed.). *Truth and Interpretation: Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Oxford: Blackwell, 1986, pág. 445.

¹⁶⁷ SIERRA, J. Del giro lingüístico al giro narrativo: Rorty, la contingencia del lenguaje y la filosofía como narrativa. En *Revista Grafía*, vol. 9, enero-diciembre. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013, pág. 134.

cuando se dice “El Papa visitará las falabellas” se puede observar que el proceso del intérprete para comprender al oyente, cuando se da un error, no supone aplicar convenciones o códigos formales pre-existentes, sino que es el mismo intérprete el que debe por sus propios medios e inferencias contextuales adoptar las hipótesis que le permitan descifrar el verdadero significado.

[...] el oyente se da cuenta que la interpretación “estándar” no puede ser la interpretación pretendida [...] Lo absurdo o inapropiado de lo que el hablante habría querido decir si sus palabras se hubieran tomado en la manera “estándar” alerta al oyente de que hay truco o algún error.¹⁶⁸

Lo anterior, se traduce en que se requiere una nueva definición que permita romper la vieja idea griega del lenguaje como acción mediadora entre la razón y la realidad, pues no es que exista pensamiento sin lenguaje, por el contrario, en el lenguaje está el pensamiento.

[...] en la medida en que recusa la noción según la cual la práctica significante del lenguaje no sólo se hallaba subordinada a la razón, sino que quedaba reducida, en la praxis epistemológica y hermenéutica, a la sola función denotativa, asertiva o enunciativa. Por tanto, a la luz de este fenómeno, el lenguaje ya no será más “la expresión externa” de un pensamiento que se había asumido como el lugar de la certeza, sino que se revelará en su extraordinaria función generativa, en su enérgica capacidad de generar realidad.¹⁶⁹

A partir de este giro el lenguaje ha cambiado su rol, deja de ser un fin para convertirse en un instrumento del saber; el lenguaje, liberado ahora del yugo de la razón, ha permitido al significante separarse de la lógica del significado. En otras palabras, el giro lingüístico puede presentarse como la insurrección o rebelión del lenguaje frente a la razón: del significante frente al significado. El lenguaje no es un simple medio diáfano e impoluto entre el sujeto y la realidad, tampoco es un elemento auxiliar que refleja las representaciones del pensamiento, sino que posee una entidad propia y con

¹⁶⁸ DAVIDSON, D. *A Nice Derangement...*, 1986, *op. cit.*, pág. 434.

¹⁶⁹ LÓPEZ, F. El giro lingüístico de la filosofía y la historiografía contemporánea. En *Revista Mañongo*, Nº 37, Vol. XIX, julio-diciembre. Carabobo: Universidad de Carabobo, 2011, pág. 193.

límites, que además determina en cierta manera, tanto al pensamiento como a la realidad. Lo anterior permite entender el verdadero objetivo del lenguaje: la comunicación como la forma para transmitir las experiencias de vida por medio lenguaje (ya no sólo el pensamiento), y dichas experiencias buscan establecer acuerdos entre una comunidad de hablantes que están determinados por una cultura y por sus subjetividades y prejuicios, incluso a veces de forma inconsciente.

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.¹⁷⁰

En conclusión, el giro lingüístico no es nada distinto a una especie de toma de consciencia lingüística en la que la razón cede ante la capacidad transformadora y comprensiva del lenguaje que ofrece una posibilidad de análisis que supera la posición hiperformalista y rígida que no permite una adecuada transmisión de mensajes, esto sólo es posible si se observa la comunicación como un fenómeno dialogal, tal y como lo presentó Gadamer y Tugendhat. De esta manera el giro lingüístico es una superación de la metafísica al ser una forma de transmisión y estructuración de las experiencias que ahora se transmiten a través del lenguaje.

Cuando hablamos del fin de la metafísica, bien sea en el sentido de Heidegger y Nietzsche o en el de Dewey y Rorty, conviene abandonar por una parte la idea de que podamos conocer el sentido de las palabras observando algo, y por otra la idea de que exista un vocabulario último que no sea ya ni revisable ni sustituible. En la filosofía contemporánea, la marcada separación entre analíticos y continentales ha terminado por crear una atmósfera en la que la imposibilidad de la metafísica y de su superación es percibida

¹⁷⁰ 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, pág. 74.

únicamente como la premisa de una cultura filosófica del diálogo, de las fusiones. La renovación de la filosofía a través de la superación de la metafísica consiste en el éxito del giro lingüístico, esto es, de la idea de que el a priori lingüístico sea la forma de estructuración de la experiencia. Ernst Tugendhat es el ejemplo paradigmático de este giro si se le identifica no dentro de la división entre analíticos y continentales (división que ya se está disolviendo), sino dentro de la cultura gadameriana del diálogo. La renovación de la filosofía a través de la *Verwindung* de la metafísica está determinada en gran parte por el éxito del giro lingüístico, o sea, por el éxito de la idea de que el a priori lingüístico es la forma de estructuración de la experiencia misma. Tugendhat, en la medida en que mantiene gadamerianamente abierto el diálogo entre la filosofía analítica del lenguaje y la tradición europea, es el ejemplo paradigmático del alcance del giro.¹⁷¹

La TCD, Teoría Hermenéutica del Derecho y Teoría de los Textos: Planteamiento Inicial

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.

Robles indica que el imperialismo de la física, o, en otras palabras, la actitud hegemónica del positivismo como actitud hacia el conocimiento no fue lo suficientemente fuerte para eliminar la conciencia por las humanidades y las ciencias morales. La conciencia de que el Derecho no podía ser reducido a un asunto físico y exacto, sino como un asunto donde los valores y los principios son necesarios, conllevó a la supervivencia de una conciencia humanista. En este orden de ideas, era necesario buscar una posición epistemológica alterna,

¹⁷¹ ZABALA, S. ¿Qué significa pensar tras el giro lingüístico? La filosofía de Ernst Tugendhat. En *Revista Éndoxa: Series Filosóficas*, N° 20. Madrid: UNED, 2005, pág. 620.

pero igualmente estricta y sólida, al modelo positivista para así poder construir una estructura acorde a las necesidades del Derecho. La solución sería aportada por el historicismo (modelo que también se encontraba en auge), que a la larga se convertiría en la fuente de un mundo histórico que se opone al físico, al respecto nos dice Robles:

El siglo XIX no sólo fue el siglo del auge del positivismo, sino también del historicismo, que constituía no su antítesis sino más bien la otra cara de la moneda. La Historia se erigía en el otro modelo científico, distinto radicalmente de la física, pero con idénticas pretensiones de absolutismo. Este “bicefalismo” epistemológico habría de producir de inmediato una situación “esquizoide”: la división entre el mundo físico y el mundo histórico.¹⁷²

La Historia es entonces el fundamento epistemológico para el Derecho. Así como las ciencias naturales trataron de cosificar y pontificar sobre los asuntos propios de la cultura y el espíritu humano (ciencias del espíritu o culturales), ahora la historia haría lo mismo: historificar los hechos de la naturaleza. En este apartado aparece como elemento indispensable la teoría de Wilhelm Dilthey.

La filosofía de la razón histórica: Dilthey y Gadamer

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, de esta manera Dilthey, según Osuna, pretendía:

[...] profundizar y dar coherencia a la “escuela histórica” de Ranke y Droysen, desligando a ésta de los servilismos e incongruencias derivados de aceptar grosso modo toda la herencia del idealismo. Para fundamentar la ciencia histórica no servía la crítica de la razón

¹⁷² ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 139; 6ª ed. 2003, *op. cit.*, pág. 186.

pura de Kant, debía procederse a elaborar una crítica de la razón histórica.¹⁷³

Sin embargo, la idea de Dilthey se verá obstaculizada por el relativismo que supone toda forma histórica y que conduce a un subjetivismo. Ya no es posible, en este apartado fijar una posición de carácter dogmático (falsa desde la teoría de Kant) ni una de carácter dialéctico (Hegel), por lo que Dilthey termina acudiendo a la experiencia histórica del ser humano ya que esta permite colocar a la consciencia como un objeto que puede ser estudiado por la historia. El hombre no es sólo conocedor de la historia, sino que también crea historia de manera consciente dentro de unas determinadas condiciones. De esta manera la experiencia: “no es una constatación de hechos ni enunciado de leyes inmutables, sino una peculiar fusión de lo pasado y lo aún no existente en un todo que sólo acontece en el mismo ejercicio experimental y nunca fuera de él.”¹⁷⁴

Uno de los grandes méritos de Dilthey radica el riguroso estudio que hace del origen, evolución e historia de la hermenéutica. Si bien es cierto con Schleiermacher se avanzó de manera notable en la consolidación de la hermenéutica como la universalización del fenómeno de la comprensión, aún no se lograba un golpe definitivo que la posicionara como una estructura seria, sólida y digna de respeto. Aunque Schleiermacher fue reconocido como un gran teórico de la hermenéutica por Dilthey, también era claro que para este último el primero no dio un avance lo suficientemente sólido en puntos claves. Así las cosas, Dilthey buscará dar un “análisis epistemológico, lógico y metodológico del comprender”¹⁷⁵ que permita una fundamentación completa para las ciencias del espíritu:

Ahora nos enfrentamos con la cuestión del conocimiento científico de las personas individuales y hasta de las grandes formas de la

¹⁷³ OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995, pág. 40.

¹⁷⁴ *Ídem*, pág. 40.

¹⁷⁵ DILTHEY, W. Dos escritos sobre hermenéutica: *El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Madrid: ISTMO, 2000, pág., 87.

existencia humana en general. ¿Es posible semejante conocimiento y de qué medios disponemos para alcanzarlo? [...] Y si es cierto que las ciencias sistemáticas del espíritu derivan de esta captación objetiva de lo singular relaciones legales singulares [...], los procesos de comprensión e interpretación siguen siendo su fundamento. Por tal razón, estas ciencias, lo mismo que la historia, dependen en su seguridad del hecho de si será posible elevar la comprensión de lo singular a la validez universal.¹⁷⁶

La idea de Dilthey parte de la hermenéutica como un ejercicio de interpretación de las manifestaciones vitales que han sido plasmadas en un escrito por el autor, de esta manera se busca comprender la individualidad desde los signos externos; pues son éstos los que permiten la entrada a las profundidades de la mente del sujeto que desea transmitir un mensaje. Por ello no es de extrañar entonces que Dilthey establezca que: “los métodos hermenéuticos tienen, finalmente, una conexión con la crítica literaria, filológica e histórica.”¹⁷⁷ Este proceso, que implicar iniciar de signos externos que pueden ser percibidos por un sujeto para posteriormente conocer el interior de una mente, es el proceso de la comprensión.

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.

En su conocida obra *El mundo histórico*, Dilthey inicia un proceso de delimitación de las ciencias del espíritu a partir de una separación clara entre

¹⁷⁶ DILTHEY, W. *El mundo histórico*. México DF: FCE, pág. 321.

¹⁷⁷ DILTHEY, W. *Dos escritos sobre hermenéutica...*, 2000, op. cit., pág. 93.

éstas y las ciencias naturales. La diferencia radica en que las ciencias sociales o del espíritu tocan lo relativo al género humano: toda aquella obra producto del intelecto y alma del hombre y que busca dar sentido a la existencia, por otro lado, las ciencias naturales abordan lo relativo a los sucesos naturales que no son controlables por el hombre y por lo tanto su devenir se centra en la incertidumbre e impotencia.

Así las cosas, las ciencias del espíritu, como su nombre lo indica, están ligadas a la expresión del espíritu humano en tanto éstas abordan los fenómenos que son creados y dominados por el hombre; por el contrario, las ciencias naturales explican fenómenos que no dependen de la voluntad humana y tampoco se originan en ella. En otras palabras, se busca una diferencia entre lo físico y lo psíquico. Esta diferenciación será clave más adelante para establecer la diferencia entre comprender y explicar.

Junto a las ciencias de la naturaleza, se ha desarrollado, espontáneamente, por imposición de la vida misma, un grupo de conocimientos unidos entre sí por la comunidad de su objeto. Tales ciencias son la historia, la economía política, la ciencia del derecho y del Estado, la ciencia de la religión, el estudio de la literatura y de la poesía, de la arquitectura y de la música, de los sistemas y concepciones filosóficas del mundo y finalmente la psicología. Todas estas ciencias se refieren a una misma realidad: el género humano. Describen y relatan, enjuician y forman conceptos y teorías en relación con esta realidad.¹⁷⁸

En este orden de ideas, las ciencias del espíritu para Dilthey están en contraposición con las ciencias naturales, ya que aquellas tratan sobre una temática en particular que es la realidad histórica del ser humano, realidad que no puede ser abordada con el método científico. Existen pues dos realidades: una determinada por las relaciones del sujeto con la naturaleza y están determinadas por la física, y otra que desde lo psicológico busca también respuestas:

Las ciencias del espíritu, en cuanto contrapuestas a las ciencias de la naturaleza, versan sobre una materia singular, que es la realidad

¹⁷⁸ DILTHEY, W. *El mundo histórico...*, 1944, *op. cit.*, pág. 100.

histórico-social conservada en la memoria de los pueblos y expresadas en su conciencia. Esa materia es moldeada por la inteligencia en forma de noticia de hechos (historiografía), en forma de teoremas explicativos de esos hechos (saberes teóricos) y en forma de juicios de valor y de normatividad (ciencias prácticas). Pero lo que constituye el núcleo de estos saberes y su profunda justificación son las unidades vitales psicofísicas, las cuales pertenecen a un mundo distinto del físico-natural. Y la totalidad integradora de esas unidades se construye como una ciencia social.¹⁷⁹

Dilthey parece seguir la idea de hermenéutica que plantearía Schleiermacher años atrás en la medida en que aquel considera que para poder realizar el ejercicio de comprensión es necesario reversar o invertir el proceso retórico o gramatical (Schleiermacher había considerado la hermenéutica como la inversión de la retórica) para así poder partir de lo sensible para lograr descubrir aquello que no es detectable por lo sensorial, existiendo así entonces dos tendencias para tratar de conocer: una relativa al mundo físico y otra al psíquico. Ya que la naturaleza no siempre puede ser entendida en los términos de las ciencias naturales (lo físico); sino que la naturaleza (de la cual el hombre hace parte) también se puede comprender en la medida en que es el hombre el que se desenvuelve en ella dejando expresiones de su interioridad.

De esta manera, la comprensión es un fenómeno que escapa a los postulados de la física pues, como se dijo anteriormente, sólo en la búsqueda de la interioridad es posible dar cuenta de las relaciones del hombre con el mundo. Se tiene entonces, que la idea de comprensión como base del quehacer hermenéutico está íntimamente ligada a la idea del hombre como ser capaz de interactuar con sus semejantes para lograr la trascendencia de su espíritu a partir de manifestaciones vitales que pueden ser exteriorizadas y se convierten en la llave para descubrir los nobles pensamientos que originan las obras humanas, en palabras de Dilthey:

¹⁷⁹ OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica...*, 1995, op. cit., pág. 42.

Y así como la primera tendencia se endereza hasta captar lo psíquico mismo en el lenguaje propio del pensar científico-natural, sometiéndolo a sus conceptos y sus métodos, y enajenándolo así de sí mismo, la segunda tendencia se manifiesta por ese retroceso del curso sensible exterior del acontecer humano a algo que no cae bajo los sentidos, para captar, para “comprender” aquello que se manifiesta en el curso exterior.¹⁸⁰

Dilthey, partiendo del *Espíritu del Derecho Romano* de Ihering, concibe al Derecho como un caso paradigmático para exponer su idea sobre la necesidad de comprender el fenómeno psíquico. Este aporte es determinante, no sólo para la construcción de la obra del autor, sino que permite entender uno de los debates más interesantes al interior de la hermenéutica del derecho: la tensión entre la letra *versus* el espíritu de los enunciados normativos. De esta manera Dilthey plantea, desde la filosofía uno de los temas capitales de la teoría del Derecho.

Todo el aparato de códigos, jueces, abogados, litigantes, tal como se presenta en una época determinada y en un determinado lugar, constituye, en primer lugar, la expresión de un sistema de fines de disposiciones jurídicas cuya virtud opera ese aparato. Ese “nexo final” se encamina a la vinculación externa de las voluntades en una medida unívoca que objetiva las condiciones coactivamente realizables para la perfección de las relaciones de la vida y delimita las esferas de poder de los individuos en sus relaciones recíprocas, con las cosas y con la voluntad general. Por esos las formas del Derecho deben ser imperativas y tras ellas se esconde el poder de una comunidad para imponerlas. La comprensión histórica del Derecho que se dé en una comunidad semejante, en una época determinada, consistirá en el regreso de ese aparato externo a la sistemática espiritual de los imperativos jurídicos producidos por esa voluntad colectiva, coercible por ella y que encuentra su existencia exterior en ese aparato.¹⁸¹

Pero 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

¹⁸⁰ DILTHEY, W. *El mundo histórico...*, 1944, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁸¹ *Ídem*, pág. 105.

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 científicidad predominante entonces.

La crítica de la razón histórica en Dilthey es la forma de ahondar en las individualidades en la medida que éstas se pueden separar de lo universal; esta razón histórica: "sólo puede solucionarse cuando se separan los diversos logros individuales que operan conjuntamente para la creación de esta conexión"¹⁸² para de esta manera desentrañar las posiciones individuales en tanto hacen parte e interactúan con un conglomerado. Sólo bajo esta operación puede comprenderse el papel del individuo en su relación con los otros, una conexión entre el yo y el tú dentro de unos límites espacio-temporales con la presencia de instituciones como el Estado o la familia.

La consideración del mundo histórico nos planteó una cuestión difícil. La interacción de las unidades individuales, de su libertad, de su arbitrio (entiéndanse estas palabras como mera designación de la vivencia y no de ninguna teoría), la diversidad de los caracteres nacionales y de las individualidades, finalmente, los destinos que, nacen de la trabazón natural dentro de la cual todo esto se presenta: todo este pragmatismo de la historia da como resultado un complejísimo "nexo final" histórico-universal gracias a la homogeneidad de la naturaleza humana lo mismo que a otros caracteres de ella que hacen posible una colaboración de los individuos en algo que los sobrepasa, esto es, en las grandes formas de los sistemas que se fundan en la libre concurrencia de las fuerzas y en las grandes formas de la organización exterior de los hombres: en el estado y en el derecho, en la vida económica, en el lenguaje y en la religión, en el arte y en la ciencia.¹⁸³

En esa misma línea, el autor confiesa en un escrito autobiográfico su fascinación por encontrar un mundo histórico que le permitiera comprender la

¹⁸² DILTHEY, W. Dos escritos sobre hermenéutica..., 2000, op. cit., pág. 109.

¹⁸³ DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México DF: FCE, 1949, pág. 127.

diversidad de individualidades que se incrustan en la historia, que la construyen y le dan sentido en la medida en que los hombres se conectan a lo largo del tiempo con un afán de trascendencia.

Yo había crecido con un afán insaciable por encontrar en el mundo histórico la expresión de esta vida nuestra en su diversidad multiforme y en su hondura. El mundo espiritual es, en sí mismo, conexión de realidad, molde de valores y reino de fines, y todo ello en proporciones de una riqueza infinita dentro de la cual se va plasmando el yo personal en nexo efectivo con el todo. Los grandes poetas, Shakespeare, Cervantes, Goethe me enseñaron a comprender el mundo desde este punto de vista y a establecer un ideal de la vida sobre este terreno. Tucídides, Maquiavelo, Ranke, me descubrieron el mundo histórico, que gira en torno a su propio centro y que no necesita de ningún otro. Estudios teológicos me llevaron a examinar la concepción del mundo del joven Schleiermacher, para quien la experiencia de la humanidad, como individuación concreta del universo, es algo cerrado en sí mismo y suficiente.¹⁸⁴

La realización del sujeto histórico (aquel consciente que hace historia) se explica bajo una estructura mediante la cual sólo es posible hablar de una vida espiritual en la medida en que ésta se construye sobre lo físico pues “sobre el suelo físico aparece la vida espiritual.”¹⁸⁵ De esta manera las vivencias aparecen como la herramienta indispensable para la comprensión en tanto éstas permiten conocer la interacción en el mundo físico de una individualidad que busca una conexión con la vida, los otros y con la historia misma.

[...] con la vivencia salimos del mundo de los fenómenos físicos y entramos en la realidad efectiva espiritual. Este reino es el objeto de las ciencias del espíritu, y la reflexión sobre éstas y su valor gnoseológico es totalmente independiente del estudio de las condiciones físicas.¹⁸⁶

La historia, ahora convertida en otro método, conllevaría a la creación de un mundo histórico en oposición al mundo físico. Este mundo histórico no

¹⁸⁴ *Ídem*, pág. XVIII.

¹⁸⁵ DILTHEY, W. Dos escritos sobre hermenéutica, 2000, op. cit., pág. 121.

¹⁸⁶ *Ídem*.

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.”¹⁸⁷

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.”¹⁸⁸ 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 trídica: 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.¹⁸⁹

Para las ciencias del espíritu, entonces dirá Dilthey: “[...] la comprensión consiste en un remontarse al interior o, más precisamente a la auto-reflexión que se da a conocer en la expresión.”¹⁹⁰ El proceso de comprensión es re-creativo pues busca que el sentimiento que el autor intentó transmitir en su texto se re-produzca de nuevo en el receptor del mensaje, esto se logra a partir de las expresiones objetivas y sensibles que ilustran las vivencias del autor en

¹⁸⁷ *Ídem*.

¹⁸⁸ GRONDIN, J. *¿Qué es la hermenéutica?* 2008, *op. cit.*, pág. 40.

¹⁸⁹ DILTHEY, W. *El mundo histórico...*, 1944, *op. cit.*, pág. 102.

¹⁹⁰ GRONDIN, J. *Introducción a la hermenéutica...*, 2002, *op. cit.*, pág. 133.

un proceso ascendente en el cual se llega a lo interior partiendo desde lo exterior. Todo esto bajo una triada: lo vivido, lo expresado y lo comprendido. En otras palabras: el proceso de comprensión implica que lo vivido por el autor se expresa a través de unos signos externos, y a través del proceso hermenéutico se busca comprender aquello que quiso transmitir el autor a través de dichos signos, de esta manera se tendrá el “componente esencial de la hermenéutica de las ciencias humanas.”¹⁹¹

De esta manera, el concepto de vivencia es capital en la obra de Dilthey en tanto da un anclaje más sólido a la fiabilidad del proceso de comprensión y a la hermenéutica misma (que, recordemos, con Schleiermacher quedó sin resolver desde el punto de vista epistemológico y metodológico). En concepto de vivencia permite analizar la comprensión como el resultado de una individualidad que busca trascender en una universalidad de sujetos y acciones:

La vivencia, vista desde el sujeto, consiste en que éste encuentra a su voluntad afincada en un nexo de vinculaciones externas, en relaciones de dominación y dependencia frente a personas y cosas, en relaciones de comunidad. La misma persona indivisa es, al mismo tiempo, parte de una familia, director de una empresa, miembro de un ayuntamiento, ciudadano, partícipe en una asociación eclesiástica, acaso miembro de una unión corporativa, de una agrupación política. Así, la voluntad de una persona puede encontrarse entrelazada de múltiples maneras, y actúa en cada una de esas urdimbres por medio de la asociación dentro de la cual se encuentra.¹⁹²

A juicio de Robles, Dilthey busca reivindicar la razón histórica en tanto trata de elevar la Historia al nivel de la razón (recordemos que tanto física como historia son dos caras de una misma moneda). Esto es, la Historia es capaz de dar cuenta de la realidad tal como lo puede hacer la física y en general las ciencias naturales, la Historia es una forma de describir. Esto sólo es posible en la medida en que se dé la comprensión, entendida ésta como la que permite

¹⁹¹ GRONDIN, J. *¿Qué es la hermenéutica?* 2008, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁹² DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias...*, 1949, *op. cit.*, pág. 70.

encontrar el sentido de una proposición a partir de un ejercicio de “transmigración psicológica”¹⁹³ que busca la conexión del sujeto con la vida y experiencias de otro que ha plasmado sus vivencias para que perduren. Con Dilthey entonces puede hablarse de la cuota inicial para la elaboración de una hermenéutica jurídica como una comprensión histórica del Derecho.

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”¹⁹⁴ o también denominadas “ciencias culturales.”¹⁹⁵ 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 más precisa. Esta crítica a Dilthey es también ilustrada por Robles de esta forma:

Sin embargo, tanto la filosofía de Dilthey como la de Ortega estuvieron demasiado influidas por el enorme peso que el positivismo filosófico ejerció durante todo el siglo XIX y buena parte del XX como para dotar a las ciencias del espíritu de un modelo epistemológico propio. Si nos atenemos a Dilthey parece bastante probable la idea de que la construcción fundamentadora de las ciencias del espíritu se realizó teniendo muy en cuenta los esquemas propios de las ciencias de la naturaleza. Esto lo han señalado enfáticamente tanto Gadamer como Habermas.¹⁹⁶

¹⁹³ ROBLES, G. *Introducción...*, *op.cit.* 1ª ed. 1988, págs. 139-140; 6ª ed. 2003, pág. 187.

¹⁹⁴ DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias...*, 1949, *op. cit.*, pág. 13.

¹⁹⁵ DILTHEY, W. *El mundo histórico...*, 1944, *op. cit.*, pág. 91.

¹⁹⁶ ROBLES, G. *Introducción...*, *op.cit.*, 1ª ed. 1988; págs. 139-140; 6ª ed. 2003, pág. 187.

El aporte de H.G. Gadamer a la discusión

Por su parte, Hans-Georg Gadamer pasará a la historia como, quizás, el más influyente tratadista de la hermenéutica filosófica gracias a una propuesta que le permite pisar con fuerza en el mundo de las humanidades, las ciencias sociales y la filosofía de la ciencia. Dicha propuesta se fundamenta, en primer lugar en el giro lingüístico que implica tomar al lenguaje como eje de toda la reflexión hermenéutica, y eso implica que la idea de verdad y de bien son concepciones que se construyen (no algo dado desde afuera), y en segundo lugar por una concepción dialógica que reemplaza a una monológica, en otras palabras, los debates de la filosofía y las respuestas que ella pueda ofrecer son resultado del reconocimiento del otro y de diálogo como base de todo proceso de comprensión, ya sea que haya disenso o consenso siempre será menester la conexión con los demás en términos dialógicos. Todo esto se da dentro de la noción de fusión de horizontes que sucede cuando un sujeto entra en una especie de choque cultural al enfrentar sus perspectivas con el conocimiento que supone descubrir una nueva cultura.

Todo individuo tiene un bagaje cultural, político, ideológico o estético que es puesto en juego a la hora de tratar de comprender, estos prejuicios (necesarios para el proceso de conocimiento) al final son confirmados o eliminados, lo que le da sentido al proceso de comprensión. Esta idea es usada por Hans Robert Jauss para crear su teoría literaria de la recepción, en la que básicamente se sostiene que todo lector se aproxima y aborda un texto con prejuicios o ideas acerca de lo que espera encontrar (horizonte de expectativas); de esta manera el interés del lector por la obra dependerá de qué tanta fuerza tengan las expectativas individuales respecto de lo encontrado en el texto, así, la comprensión se logrará entre más semejanza exista entre las expectativas del lector y las halladas en el texto.

La teoría de la percepción (o estética de la percepción) de Jauss es una de las tantas teorías que buscan explicar la reacción de un lector frente a un texto determinado. Se parte de que el análisis de una obra está entre el debate

de negociación y oposición, ya que toda obra puede ser interpretada con una motivación o sentimiento distinto a la que fue creada. Lo anterior es posible porque el lector al abordar la obra (texto, pintura, película, pieza musical) agrega su propia experiencia cultural y sus vivencias, ello explicaría porque algunos lectores crean una valoración especial que hace que se rechace cierta versión de una obra mientras que otras no son aceptadas.

De lo anterior se concluye que la intención del autor puede diferir de la interpretación del lector o receptor de la obra. Jauss habla entonces de dos tipos de horizontes: i) Horizonte de expectativas: lo que el lector espera de la obra (prejuicios) y se encuentra en ella, y el ii) horizonte de experiencias: aquello que es dado por el lector y se encuentra en sus vivencias e historicidad: “una historia que tuviera en cuenta el proceso dinámico de producción y recepción, de autor, obra y público, y que utilizara una hermenéutica de pregunta y respuesta.”¹⁹⁷

Sin embargo, la idea de fusión de horizontes no siempre fue bien vista en la hermenéutica. De hecho, en sus inicios la versión clásica de la hermenéutica evitaba dicha fusión al considerarla una especie de subjetivismo (el carácter arbitrario y subjetivo de la interpretación), de ahí que la hermenéutica clásica es anti-fusión de horizontes.

Si bien es muy gadameriana, la idea de una fusión de horizontes era algo conocido antes de Gadamer, aunque de un modo más bien negativo. Con esto se piensa en la fusión de horizontes que se produce cuando alguien proyecta sus propias ideas sobre aquello que busca comprender. Eso es lo que sucede cuando intento comprender a Platón o Aristóteles a partir de los prejuicios de la filosofía contemporánea al reconocer en tales pensadores un holismo, un realismo o un idealismo. Si interpreto el pasado a partir del presente, puedo entonces sucumbir a eso que es posible llamar una mala fusión de horizontes, en el sentido según el cual no entiendo que el texto o el otro me dice, sino solamente aquello que quiero entender. De ese modo, la fusión de horizontes se transforma en algo así como una confusión de horizontes (en un juego del lenguaje, muy riguroso, que es posible hacer en francés, así como

¹⁹⁷ JAUSS, H. Experiencia estética y hermenéutica literaria: Ensayos en el campo de la experiencia estética. Madrid: Taurus, 1986, pág. 15.

en todas las lenguas latinas). Todos conocemos esta forma negativa de la fusión de horizontes y sin duda a veces somos víctimas de ésta sin darnos cuenta. Sin duda, ya opera en la elección de textos que comentamos. Por ejemplo, citaremos como epígrafe textos de Platón o de Kant que nos parezcan edificantes, pero citaremos menos gustosamente sus textos menos contemporáneos, extraídos de los *Nomoi* o de la Doctrina de la virtud, sobre asuntos que no son del gusto actual (así vemos: El hecho de citar un texto, en el que no es sino el otro quien habla, ya implica una cierta fusión de horizontes).¹⁹⁸

Gadamer, sin embargo, busca revitalizar la idea de la fusión de horizontes y quitarle ese carácter negativo del que ha sido acusada, ya que, de ser así, esto la equipararía al saber metódico de las ciencias exactas, ya que al eliminar los prejuicios y las experiencias se carece de fundamento para diferenciar una ciencia de la otra.

Es esta visión *negativa* de la fusión de horizontes la que Gadamer, por su parte, busca relativizar, si no es que combatir, cuando presenta su concepción hermenéutica en *Verdad y método*. Según él, una visión puramente negativa de la fusión de horizontes asimila la comprensión a un saber metódico que estaría completamente desencarnado y que estaría distanciado de su objeto. Se trata, desde el punto de vista de Gadamer, de una concepción (hay que decirlo, un poco puritana) de la comprensión, sacada del modelo de las ciencias exactas y metódicas, que no hace justicia ni a aquello que la comprensión en verdad es ni tampoco a la verdad que sería la suya. Su hermenéutica buscará defender una concepción distinta y mejor de la comprensión y de su verdad.¹⁹⁹

La fusión de horizontes implica sin embargo que no siempre se está consciente de ese acto. Para finalizar, el horizonte hermenéutico entonces se constituye en uno de los puntos clave de la obra gadameriana, en tanto que dicho horizonte: “representa un momento integral en el proceso de investigación hermenéutica.”²⁰⁰ En palabras del profesor Jean Grondin:

Entonces, ¿qué quiere decir la fórmula de la fusión de horizontes? Su sentido inicial parece bastante claro: la tesis de Gadamer es que cuando buscamos comprender alguna cosa (digamos *otro horizonte*)

¹⁹⁸ GRONDIN, J. La fusión de horizontes: la versión gadameriana de la *adaequatio rei et intellectus*. En AGUILAR, M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, pág. 28.

¹⁹⁹ Ídem, pág. 30.

²⁰⁰ GADAMER, H. G. *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme, 2006, pág. 21.

siempre comprendemos, al menos en parte, a partir de nuestro propio horizonte, pero sin que siempre seamos expresamente conscientes de ello. Así, la comprensión ejecuta una *fusión* de horizontes, el del intérprete y el de su objeto; fusión en la que no siempre se puede distinguir aquello que determina la posición de uno o del otro.²⁰¹

La idea de fusionar horizontes, de aclararse, es un desarrollo que Gadamer sigue de los postulados de Dilthey que tienden a buscar en las vivencias del autor la base de la comprensión, dicha fusión: “tiene el fin de responder a aquellos que, como Dilthey, pretenden que la tarea de la comprensión consista en salir del horizonte del presente a fin de desplazarse (*sich versetzen*) hacia el horizonte del pasado.”²⁰² Como se puede entrever, la importancia que da Gadamer a la idea de diálogo es notable pues es el diálogo un presupuesto para la hermenéutica: “En todos los casos, la racionalidad hermenéutica es esencialmente dialogal. Supone el interlocutor comunicativo y supone el contexto dialogal de la comunicación e investigación.”²⁰³ Se parte de la idea de que el sujeto desea comprender algo que le es extraño y fascinante (lo que implica además el reconocimiento de la autoridad trascendental de quien emite el mensaje) y ello lo hace a través del proceso de interpretación, donde ahora la historia entra a jugar un papel influyente.

En ese orden de ideas, la hermenéutica de Gadamer se asemeja a la de Dilthey en tanto pretende ser aquella que dote de verdad las ciencias del espíritu y se transforme en una filosofía universal de la comprensión. La historia se conoce a través del lenguaje por lo que toda comprensión debe ser un diálogo con ella.

La interpretación parte de la extrañeza de aquello que se busca comprender y, puesto que la tradición en su conjunto se había tornado extraña, terminó cobijando al conjunto de la historia. A la universalización de la extrañeza respondió la universalización de la interpretación: la hermenéutica, en vez de ocuparse, como siempre

²⁰¹ GRONDIN, J. La fusión de horizontes..., 2007, *op. cit.*, pág. 25.

²⁰² *Ídem*, pág. 24.

²⁰³ OÑATE, T. Gadamer y Aristóteles: la actualidad de la hermenéutica. En AGUILAR M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, pág. 50.

lo había hecho, de salvar la distancia que separaba a los textos de las situaciones determinadas en las que se los comprende, pasó a ocuparse de la distancia de todo lo legado y se convirtió en hermenéutica universal de rasgos filosóficos para develar el universo del mundo histórico. A partir de la efectualidad de la historia mediada lenguáicamente, Gadamer concibe la comprensión interpretativa como un continuo diálogo con ella, diálogo que al verse dificultado o interrumpido necesita de un intérprete o traductor que conozca tanto la lengua del texto como la lengua del presente y esté familiarizado con el asunto de que se trata, para que el texto o el asunto del caso vuelvan a hablar en la nueva situación y se renueve con ello el diálogo.²⁰⁴

El diálogo, por otra parte, posibilita alejar a la hermenéutica del relativismo en la medida que a través de éste exponemos nuestros prejuicios, nuestras creencias y perspectivas sobre la vida a el devenir hermenéutico bajo el entendido de lograr la mejor interpretación posible para al final determinar si los prejuicios se conservan o son eliminados.

Por otra parte, el diálogo hermenéutico es precisamente, lo que permite a la hermenéutica dejar a un lado el absolutismo de la metafísica sin que por ello caigamos en un relativismo infinito, pues cualquiera de nuestras perspectivas, cualesquiera de nuestras pretensiones de verdad siempre están sometidas a juicio en virtud de la apertura que caracteriza el acontecer hermenéutico. La racionalidad dialógica que trata de imponer la hermenéutica se basará siempre en la prevalencia de una perspectiva mejor. Pero eso no significa que esas perspectivas mejores tengan un carácter fijo y estarle. Adoptamos siempre las perspectivas nuevas porque aquí y ahora son iluminadas, pero pueden tener simplemente un valor transitorio. Diálogo y finitud van parejos en el acontecer hermenéutico, puesto que la conciencia de la propia finitud es el motor y la fuerza que nos mueve constantemente al diálogo que nosotros somos.²⁰⁵

Enfrentar los prejuicios, que son necesarios para poder comprender, será entonces uno de los elementos que marquen la hermenéutica gadameriana. Desde una posición perspectivística, Gadamer plantea una posición menos subjetiva que la de Nietzsche en tanto el primero reconoce

²⁰⁴ GUTIÉRREZ, C. *Gadamer y Nietzsche...*, 2005, *op. cit.* pág. 57.

²⁰⁵ DE SANTIAGO, L. Los fantasmas del relativismo en la hermenéutica de H.G. Gadamer. En *Gadamer y las Humanidades*, vol. I: Ontología, lenguaje y estética. México, UNAM, 2007, pág. 75.

que nuestras opiniones y percepciones sobre el mundo son falibles ya que al someterse a un ejercicio dialógico pueden ser reemplazadas por otras mejor fundamentadas, aquí cobra especial importancia la crítica como elemento indispensable en la hermenéutica, algo sobre lo que se hablará más adelante.

Por eso, en ese sentido, el perspectivismo de Gadamer no sería tan subjetivista como el de Nietzsche, en la medida en que la falibilidad de nuestras opiniones está siempre sometida a un diálogo y a la crítica, ya que el diálogo permite poner a prueba nuestros prejuicios.²⁰⁶

Finalmente, la estructura dialogal de la hermenéutica gadameriana resalta la ineludible necesidad de plantear una conexión con la historia (diálogo entre intérprete y texto). Toda realidad se aborda desde una conciencia subjetiva, pero con el reconocimiento de la primacía del texto, sin embargo, al enfrentarse el texto con el intérprete se crea un movimiento circular entre ambos y así el resultado puede ser una nueva interpretación que no obedezca a los prejuicios del intérprete ni a la intención del autor, cerrando así el círculo. En el Derecho esta reflexión explicaría, por ejemplo:

El fruto de la interpretación no se identifica con la intención originaria del legislador, ni con un sentido arcano del texto bajo el ropaje lingüístico. Por la nueva interpretación, el derecho pervive y se renueva incesantemente en su efectividad, sin dejar de permanecer idéntico. Y así es como puede percibirse todo el significado implícito en la nueva forma de ver la hermenéutica como una experiencia interpretativa.²⁰⁷

Gadamer, en su famosa obra *Verdad y Método II* muestra la necesidad de replantear el valor que se le da al concepto de verdad respecto del método que se utiliza para acceder a ella. La verdad es algo evidente, un riesgo sorpresivo y no algo dado, pero se corre el riesgo de olvidar esto y darle más importancia al método que a la verdad, de anteponer lo instrumental a la finalidad, todo esto apuntando a comprender la opinión del otro a partir de la lectura de una obra:

²⁰⁶ *Ídem*, pág. 77.

²⁰⁷ OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica...*, 1995, op. cit., pág. 91.

La lectura es un proceso de la pura interioridad, afirma Gadamer y lo que me resulta más sugerente de esta propuesta es que la aproximación al texto siempre se realiza desde las circunstancias propias de la persona que lee, de manera que la “verdad” del texto está formada por la sucesión y la tensión de sus lecturas. Es decir, que la comprensión viene determinada por los “prejuicios” de la persona que intenta comprender. La interpretación es, pues, un diálogo (un concepto que Gadamer toma de Heidegger) entre las expectativas del significado contrapuestas a lo que el texto significa “de otra forma”. Siempre se parte, pues, de lo que ya se sabe, de un bagaje personal, para poder llegar a lo nuevo, a lo ajeno, a lo diferente. De manera que una mente preparada hermenéuticamente debe estar dispuesta a la novedad y a la conciencia de los propios “prejuicios”. El pensamiento gadameriano puede entenderse, desde esta perspectiva, como un movimiento surgido en el interior de la interpretación que parte del autor para llegar hasta el texto y a sus receptores. Para decirlo con otras palabras, Gadamer ha desplazado pues el locus del sentido, de la interpretación, desde el autor hacia algún lugar indeterminado entre el texto y el lector.²⁰⁸

Otro de los aspectos que hacen la hermenéutica gadameriana tan valiosa es 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.”²⁰⁹ De esta manera Gadamer plantea que la hermenéutica es útil en tanto escapa a las conquistas de las ciencias naturales y la cientificidad de lo exacto. El lenguaje, como eje de todo proceso hermenéutico, supone que la existencia del sujeto es una conexión con la historia y la forma de transmitir dicha experiencia es a través de las palabras y no de los datos: “La comprensión no se logra exclusivamente, ni a través del conocimiento de datos científicos, comprobables, positivistas, ni a través de

²⁰⁸ BORRAS C. De la estética de la recepción a la estética de la interactividad: Notas para una hermenéutica de la lectura hipertextual. En MURO, M. (coord.). *Arte y nuevas tecnologías: X Congreso de la Asociación Española de Semiótica*. Logroño: Universidad de La Rioja - Fundación San Millán de la Cogolla, 2004, pág. 274.

²⁰⁹ GADAMER, H.G. *Verdad y método II*, 2006, *op. cit.*, pág. 49.

interpretaciones impresionistas. Se trata de caminos equivocados, sin salida.”²¹⁰

En este orden de ideas, 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.”²¹¹ 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.”²¹²

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”²¹³ pues las

²¹⁰ RÄLL, D. Sobre la poética de Hans George Gadamer. En AGUILAR, M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, pág. 249.

²¹¹ GADAMER, H.G. *Verdad y método II*, 2006, *op. cit.*, pág. 45.

²¹² *Ídem*, pág. 46.

²¹³ GADAMER, H. G. *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002, pág. 59.

ciencias sociales o del espíritu utilizan dichos prejuicios y a través del debate éstos se ponen en juego. Gadamer dirá también que la “autoridad es la base de la educación”²¹⁴ –autoridad en un sentido emancipador y ético– y, por lo tanto, su reconocimiento supone una valoración inevitable de prejuicios, en ese apartado, la educación es el campo para debatir prejuicio y ganar un horizonte o una nueva perspectiva: “Es un uso del término horizonte al que Gadamer se mostró singularmente atento cuando subrayó que la formación y la educación permiten –como se puede decir en alemán– ganar un horizonte.”²¹⁵

El papel que Gadamer da a la educación es interesante. Educarse significa actuar, construir el conocimiento, tal y como está presenta en la obra de Aristóteles. La educación vista así es emancipadora y una herramienta crítica frente a la autoridad, ya que sin educación no puede haber hermenéutica y desde luego tampoco filosofía.

En efecto tanto para Aristóteles como para Gadamer la *paideía* popular de la *pólis*, y las condiciones de posibilidad de la sociedad civil las otorga el arte en acción común: la poética de la tragedia. Para los griegos siempre fue así. Nunca concibieron una educación civil que no estuviera en manos de la poesía *en acción*. Y durante el auge de las democracias apolíneo-dionisiacas, que en gran medida desplazaron la atención de la epopeya homérica -aunque sin duda conviviendo con ella- en la poética de la tragedia ática, en el teatro. ¿Por qué? Porque allí se catartiza, se purifica la tensión griega entre la libertad y el destino, sí, es verdad, pero también porque allí lo que se aprende son las virtudes cívicas. Que no haya envidia, que haya solidaridad, comprender que los ricos y los pobres todos sufren catástrofes atroces; comprender que no todo está en manos de uno mismo y no se es tan culpable como uno se cree, igual que los otros, que no son tan sujetos soberanos como se pretende ... que nadie es todopoderoso.²¹⁶

Robles, respecto de la autoridad en la obra de Gadamer, asume que dicha autoridad no puede entenderse como una mera superioridad fáctica que resulta de una relación de sumisión. De ahí que el componente de la autoridad,

²¹⁴ *Ídem*, pág. 61.

²¹⁵ GRONDIN, J. La fusión de horizontes..., 2007, *op. cit.*, pág. 26.

²¹⁶ OÑATE, T. *Gadamer y Aristóteles...*, 2007, *op. cit.*, pág. 64.

necesariamente, implica una valoración o una actitud moral (y a la vez cognitiva), por lo que la autoridad jamás puede ser fuente de arbitrariedad irracional, ni tampoco como una renuncia o abdicación de la razón. Esta autoridad entonces debe erigirse sobre el concepto de tradición, que viene a cumplir una función mediadora para comprender la relación entre pasado y presente: “En el comprender –sobre todo en lo que se refiere a las ciencias del espíritu– el pasado y el presente se hallan en una continua mediación, por lo que es un elemento insustituible atender a la tradición.”²¹⁷ La distancia temporal entre pasado y presente es entonces el espacio en el que se encuentra el significado hermenéutico, se busca comprender la realidad de la historia, o lo que Gadamer llama historia efectual, la comprensión es un fenómeno histórico-efectual.

Es necesario dedicar una reflexión sobre la idea de educación en Gadamer, ya que ésta resulta bastante pertinente para terminar de dotar de humanismo el pensamiento hermenéutico. Si bien es cierto él reconoce 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.”²¹⁸

Vistas las anteriores consideraciones la hermenéutica gadameriana es un triunfo del humanismo ante la técnica y la excesiva planificación del futuro como algo dado. La filosofía es una forma de conocer la realidad a partir de

²¹⁷ ROBLES, g. *Introducción...*, op.cit., 1ª ed. 1988, pág. 145; 6ª ed. 2003, pág. 194.

²¹⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 140; 6ª ed. 2003, pág. 188.

las vivencias de un sujeto y del juego de los prejuicios donde la tolerancia que transmite la educación es fundamental, se trata entonces de comprender el yo desde la experiencia personal confrontada con las experiencias colectivas manifestadas en obras humanas.

H.-G. Gadamer no pudo quedar exento de tales influencias y con su aguda mirada filosófica observó cómo se planificaba el futuro de la humanidad teniendo como base el orden y la eficiencia, sin tomar en cuenta precisamente aquello que nos hace humanos. En este mundo actual, gobernado por la técnica, Gadamer le otorga un papel a la filosofía que no es el de una especie de súper-ciencia que ofrezca el marco sintetizador a la especialización de las ciencias, sino el de filosofía como concienciación de la realidad. Sostiene también que a pesar de que los expertos científicos hayan planificado, ordenado y reglamentado todo lo que quieran, las personas, ligadas a sus tradiciones, cuya conciencia se transforma y sigue influyendo, serán las que se percatarán de que son justamente las diferencias insalvables entre los pueblos las que nos unen como seres humanos. Por encima de un orden logrado por la técnica, requerimos de una educación para la tolerancia que nos permita la convivencia ciudadana.²¹⁹

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.”²²⁰ 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

²¹⁹ AGUILAR, M. *Presentación*, en: AGUILAR, M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, pág. 12.

²²⁰ ROBLES, G. *Epistemología...*, 1982, *op. cit.*, pág. 20.

método, plantea Robles siguiendo la idea gadameriana, una reflexión sobre el “estar ahí” en un mundo histórico, dar cuenta de las experiencias del mundo.

Robles también plantea, respecto de la obra de Gadamer, que ésta es paradigmática en tanto demuestra que la tradición ha enseñado que la filosofía moderna se ha preocupado más por el método que por la verdad: “La filosofía moderna se ha preocupado hasta ahora del método, del camino, del trayecto. Hora es de que nos ocupemos del fin, objetivo, esto es, la verdad.”²²¹ El asunto parece situarse entonces bajo la óptica de la pregunta clásica gadameriana, que cuestiona si ¿estará lo científico de las ciencias del espíritu más en su espíritu que en su metódica? Esta reflexión será trascendental para la hermenéutica, y en general las ciencias del espíritu, en tanto presenta una conexión íntima con la tradición humanista que permite superar la excesiva similitud epistemológica entre las ciencias naturales y las del espíritu, error en el que, según Gadamer, incurrió Dilthey.

Dicha formación humanista, explica Robles, se centra en el concepto de “formación” (*Ausbildung*) que apunta a la comprensión basada en la experiencia vital del autor. De esta manera, todo acto comprensivo implica una singularidad representada en un acontecimiento individual que se incrusta en una generalidad (se trata del círculo hermenéutico que ilustra Gadamer, en el cual la comprensión del todo sólo es posible a partir de la parte y viceversa). Así las cosas, la hermenéutica se vuelve una hermenéutica filosófica en tanto: “Tomar conciencia de la comprensión del todo y reflexionar sobre lo que propiamente es la comprensión, y cómo subyace al conocimiento, es precisamente la finalidad de la hermenéutica que Gadamer propone.”²²² Esta posición gadameriana será vital para poder diferenciar una nueva hermenéutica, de corte filosófico, de aquella clásica; dicha diferencia radica en que mientras la hermenéutica clásica se encarga de la definición de

²²¹ ROBLES, g. *Introducción...*, op.cit. 1ª ed. pág. 140; 6ª ed. 2003, pág. 188.

²²² *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 141; 6ª ed. 2003, pág. 189.

hermenéutica como el arte o método de la comprensión; la hermenéutica filosófica se centra en definir y estructurar qué es la comprensión.

En este orden de ideas, Robles señala que la importancia de Gadamer estará en que lo que realmente busca la hermenéutica es una reflexión sobre el fenómeno de la comprensión entendido como lo que ocurre con un sujeto más allá de su querer y de su hacer. El asunto central no es una cuestión sobre el saber (término del que se ha abusado), sino una reflexión sobre el papel del hombre en el mundo a partir de sus experiencias vitales. La hermenéutica filosófica entonces está dirigida a: “La totalidad de la experiencia humana del mundo y de la praxis vital.”²²³

En términos kantianos la hermenéutica filosófica sería la pregunta acerca de cómo es posible lograr la comprensión; este rasgo marcadamente epistemológico permite identificar de que no se trata de una teoría de la interpretación en estricto sentido, sino de un examen de reglas para poder comprender, de esta manera también se logra dar una posición universal de la hermenéutica. La comprensión, ahora situada como eje principal del quehacer hermenéutico, debe entenderse como una forma de “estar ahí” del sujeto (herencia de la filosofía de Heidegger) en tanto la comprensión 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

²²³ *Ídem.*

“estar ahí” puesto en contacto con las cosas da lugar al círculo hermenéutico.²²⁴

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 su 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.²²⁵

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.”²²⁶

La teoría de textos: un esbozo

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.”²²⁷ 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

²²⁴ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 143; 6ª ed. 2003, pág. 191.

²²⁵ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, pág. 190.

²²⁶ *Ídem*.

²²⁷ *Ídem*.

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.²²⁸

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

²²⁸ OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica...*, 1995, op. cit., pág. 87.

texto será mudo si sobre él no se vierte alguna pregunta, se le interroga sobre algo que pueda ofrecernos.²²⁹

Lo anterior es determinante en el Derecho, por ejemplo, toda vez que tanto juristas como jueces son siempre “intérpretes históricos del derecho,”²³⁰ 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. En palabras de Osuna:

La recuperación de la dimensión histórica de la interpretación se presenta, según esto, como una superación del historicismo jurídico, que, al pretender reconstruir sea la *mens legislatoris* sea la *ratio legislativa*, tiene exclusivamente a la vista reconstruir un pasado como pasado, como si todo conocimiento del derecho estuviera germinalmente en la creación de la ley.²³¹

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.”²³² Ahora bien, la TCD asume una concepción amplia de texto pero no deja de lado que en el Derecho los textos son en su gran mayoría escritos. Y es precisamente la escritura el punto de partida de la hermenéutica en tanto exteriorización del pensamiento en signos consignados en un texto, así entendida se trata de la “evidencia de la condición humana en tanto ser existencial, en lo epistemológico.”²³³ En este

²²⁹ *Ídem*, pág. 88.

²³⁰ *Ídem*.

²³¹ *Ídem*.

²³² ROBLES, G. *Introducción...*, op. cit., 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, pág. 190.

²³³ VALENCIA, G. De la escritura: punto de partida de la hermenéutica. En CUARTAS, J. (comp.) *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, pág. 39.

sentido la escritura no es un reflejo únicamente del habla sino de lo dicho, de una intencionalidad que no siempre coincide con los signos impresos o exteriorizados, en palabras de Ricoeur:

La escritura puede rescatar la instancia del discurso porque lo que la escritura realmente fija no es el acontecimiento del habla sino “lo dicho” del habla, esto es, la exteriorización intencional constitutiva del binomio “acontecimiento-sentido.”²³⁴

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. 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.²³⁵

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.²³⁶

Al respecto, Robles ilustra que, partiendo de la idea de Derecho de Dilthey, hay una cercanía entre derecho e historia que se concreta en los

²³⁴ RICOEUR, P. *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. México: Siglo XXI Editores – Universidad Iberoamericana, 2003, pág. 40.

²³⁵ ROBLES, G. *Introducción...*, op. cit. 1ª ed. 1988, págs. 93-94; 6ª ed. 2003, pág. 131.

²³⁶ *Ídem*, 1ª ed. 1988, págs. 97-98; 6ª ed. 2003, pág. 136.

linderos de las teorías positivistas en tanto “ambas tienen su interés intelectual en la realidad existencial del Derecho.”²³⁷ De esta manera, Dilthey asume una noción de Derecho como base de la convivencia social que no puede ser abordada de manera completa por las posturas positivistas dada su imposibilidad de aceptar los rasgos sociales y conexiones psicológicas del fenómeno jurídico, sobre este punto, Dilthey dice:

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 enfrente 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.²³⁸

²³⁷ *Ídem*, 1ª ed. pág. 98; 6ª ed. 2003, pág. 137.

²³⁸ DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias del espíritu...*, 1949, *op. cit.*, pág. 61-62.

Por otro lado, y retomando el hallazgo de que la lingüística subyace en todo proceso de comprensión (y todo conocimiento del tipo que sea) 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.²³⁹

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 por qué reducirlos necesariamente al ámbito de la ciencia, sino que pertenecen también a la `experiencia humana del mundo.”²⁴⁰ Lo anterior, traerá como consecuencia que la hermenéutica no es un método sino una reflexión acerca de la composición ontológica, cuya comprensión gira respecto a 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

²³⁹ ROBLES, G. *Introducción...*, op. cit., 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, pág. 190.

²⁴⁰ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, pág. 191.

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 lingüística 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.”²⁴¹ Se reafirma entonces la idea axiomática de Gadamer según la cual todo lo que se debe presuponer en la hermenéutica es lenguaje. Se encuentra, por tanto, la utilidad de la hermenéutica como actividad reveladora del sentido y de la comprensión a partir de textos.

Y, ¿la hermenéutica? Descubre-devela claves. Por ejemplo lo unívoco y lo equívoco de la escritura. Pero también lo unívoco y lo equívoco de quien escribe en tanto conciencia e inconsciente, pero, además de lo humano mismo como escritura viva que demanda interpretación, nunca acabada, pues precisamente siempre habrá qué decir y qué mirar en lo escrito.²⁴²

La lingüística a partir de la escritura 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”²⁴³ 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.

²⁴¹ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 147; 6ª ed. 2003, pág. 196.

²⁴² VALENCIA, G. *De la escritura: punto de partida...* op. cit. 2006, pág. 42.

²⁴³ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 147; 6ª ed. 2003, pág. 197.

Siguiendo con la obra de Gadamer, Robles también señala la importancia de los prejuicios o la pre-comprensión, pues sólo es posible interpretar bien (comprender) cuando el texto se analiza sin perder de vista las cosas a las que el texto se refiere. La interpretación es una especie de proyección, que empieza con una imagen previa que tiene el sujeto que al final se confirma o se desecha. El ir y venir en este proceso es la característica del círculo hermenéutico, un horizonte que el hermeneuta jamás debe perder de vista: el texto hace parte de una realidad (todo) y éste no puede comprenderse sin comprender aquella. Dicho círculo presenta más bien las características progresivas de una espiral con tendencia al infinito, por lo que la actitud hermenéutica es un quehacer sin fin, ya que toda comprensión es provisional y parcial, nunca acabada, una especie de actitud hermenéutica perenne.

El círculo hermenéutico no es un círculo vicioso, sino más bien una espiral que va penetrando progresivamente en el objeto de la interpretación, desentrañando progresivamente significados cada vez más profundos. La hermenéutica no llega, ni puede llegar, nunca a su fin, ya que el sentido es ilimitado y su comprensión tiende al infinito.²⁴⁴

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 última instancia, medios de expresión de una experiencia personal del sujeto en el mundo.

Esta visión permite una concepción de texto que no es un amarre metodológico, en tanto, no pretende convertirse en algo dado e inmodificable que se entrega para acumular conocimiento y nada más. Robles acude a la

²⁴⁴ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 143; 6ª ed. 2003, pág. 192.

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'.²⁴⁵

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 la decisión judicial, modificando 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.”²⁴⁶ 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, lo cuales parten de textos en un sentido corriente y 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

²⁴⁵ GADAMER, H.G. *Verdad y método II*, 2006, *op. cit.*, pág. 41.

²⁴⁶ ROBLES, G. *Introducción...*, *op.cit.*, 1ª ed. 1988, pág. 148; 6ª ed. 2003, pág. 199.

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.”²⁴⁷

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”²⁴⁸ en tanto la acción como fenómeno dotado de significado “es también un texto.”²⁴⁹ En su teoría del Derecho que expone los fundamentos de la TCD²⁵⁰ 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”²⁵¹, y ello implica que en esa categoría caben 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”²⁵², en últimas sobre ésta es que recae el Derecho.

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

²⁴⁷ *Ídem*. 1ª ed. 1988, pág. 149; 6ª ed. 2003, pág. 199.

²⁴⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1988, págs. 147-148; 6ª ed. 2003, pág. 197.

²⁴⁹ *Ídem*.

²⁵⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, volumen segundo, 1ª edición. Navarra: Thomson Reuters-Civitas Cizur Menor, 2015, pág. 265-358.

²⁵¹ ROBLES, *Teoría del Derecho, op. cit.*, volumen 2, pág. 265.

²⁵² *Ídem*.

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.”²⁵³

Ahora bien, para la comprensión de este gran texto se plantea la necesidad de “presupuestos comunicacionales o marco hermenéutico de referencia”²⁵⁴ 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.²⁵⁵ De ahí que, para la comprensión de la diversidad de textos, es necesaria una formación jurídica pero también cultural y, por qué no, literaria.

El concepto de texto en la TCD: el aporte de Roland Barthes

Dado lo anterior, Robles reflexiona sobre el concepto de texto en el mundo jurídico al señalar que “el Derecho es texto. ¿Qué significado hay que atribuir aquí a la palabra ‘texto’? Y ¿cuál es el sentido de ‘es’ cuando decimos que el Derecho es texto? La primera pregunta nos conduce a la filosofía hermenéutica. La segunda, a la ontología.”²⁵⁶ Como resultado de lo anterior, la TCD 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

²⁵³ ROBLES, *Teoría del Derecho*, cit., volumen 2, pág. 266.

²⁵⁴ *Ídem*, pág. 269.

²⁵⁵ Ver: Mc CORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

²⁵⁶ ROBLES, G. El Derecho como texto: en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del Derecho. En *Revista persona y Derecho*, N° 35. Navarra: Universidad de Navarra, 1996, pág. 195.

escribibles puede ser parte del derecho, dicha noción es ilustrado por el autor francés Roland Barthes.

Como vemos además demás 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.²⁵⁷ 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”²⁵⁸ 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

²⁵⁷ BARTHES, R. *Image, music, text*. London: Fontana Press, 1977, pág. 142 y ss.

²⁵⁸ BARTHES, R. *s/z*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, pág. 14.

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.²⁵⁹

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 Julio Cortázar o *El jardín de los senderos que se bifurcan* de Jorge Luís 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.²⁶⁰

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

²⁵⁹ *Ídem*.

²⁶⁰ *Ídem*, pág. 15.

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. 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 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.

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.²⁶¹

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.

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

²⁶¹ BARTHES, R. El susurro del lenguaje: Más allá de la palabra y de la escritura. Barcelona: Paidós, pág. 41.

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.²⁶²

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.).²⁶³

²⁶² *Ídem*, pág. 67.

²⁶³ *Ídem*, pág. 76.

Barthes, en su obra *Crítica y Verdad*²⁶⁴ 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.

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.²⁶⁵

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

²⁶⁴ BARTHES, R. *Crítica y verdad*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1972.

²⁶⁵ BARTHES, R. *El placer del texto*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, pág. 22.

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.

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.²⁶⁶

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

²⁶⁶ *Ídem*, pág. 41.

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.

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.

El Hipertexto y su papel en la TCD

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.²⁶⁷ 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.

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, seguidora de las teorías de 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. 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

²⁶⁷ Ver: LOTMAN, I. *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia, 1996, pág. 86 y ss.

ocupado por formaciones semióticas de diversos tipos y que se hallan en diversos niveles de organización.²⁶⁸

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).²⁶⁹

Por su parte, 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 forman palabras y proposiciones, sino que también pueden ser imágenes o símbolos.

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

²⁶⁸ *Ídem*, pág. 22.

²⁶⁹ 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, pág. 398.

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.²⁷⁰

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

²⁷⁰ LANDOW, G.P. *Hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1995, pág. 51.

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.

Veamos ahora, para finalizar, cómo todo lo expuesto anteriormente lleva al perspectivismo textual como base de la TCD.

Perspectivismo epistemológico en la TCD: la influencia de José Ortega y Gasset

La TCD permite evidenciar la basta influencia del pensamiento del pensador español José Ortega y Gasset (a quien Robles reconoce su gran aporte a la hora de explicar las bases de su pensamiento). En especial su perspectivismo epistemológico, según el cual los textos también tienen su propia perspectiva, es decir, se analizan dependiendo de dónde se los aborde. Visto así, el objeto de estudio del Derecho no escapa a este perspectivismo textual, basta pensar en 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 desde un texto determinado que es el mismo para los actores del proceso (Constitución, ley, sentencia judicial, etc.).

Así las cosas, el perspectivismo epistemológico que adopta la TCD, de nuevo, influenciado por la obra de Ortega y Gasset, permite establecer a la hermenéutica, en un sentido optimista, como pilar de dicha teoría a partir del texto como eje. Dicho perspectivismo asume que 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 e interpretar de diversas maneras, de este modo 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 a este perspectivismo textual, mejor, el objeto de estudio del Derecho no escapa. Es claro entonces 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’.”²⁷¹

Siguiendo la estela del filósofo del raciovitalismo (Ortega y Gasset) la TCD creada por Robles asume que el derecho aparece en la vida humana objetivada (Recaséns Siches) así como forma de vida social (Legáz Lacambra) por lo que nos debemos preguntar entonces: ¿Cómo es posible esa objetivación de la vida? Y ¿De qué manera se presenta la vida social como “forma”? La respuesta 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 que es, principalmente, texto. Dicho con palabras más sencillas: el derecho es un fenómeno comunicacional y, como tal, su expresión natural es el lenguaje que es susceptible de ser textualizable.

Esta posición adoptada por Robles es heredada de su lectura juiciosa de la obra de Ortega y Gasset, cuyo pensamiento puede considerarse como ecléctico, pero bastante original en tanto se resistió a la militancia en una doctrina o teoría en particular. Es especialmente relevante su aporte en temas como el existencialismo, la fenomenología y, para nuestro caso, la hermenéutica. Se trata, por lo tanto, de un pensamiento alejado de la pretensión de homogeneidad que suele ser el común denominador a la hora

²⁷¹ ROBLES, G. *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik. 2018, pág. 83.

de exponer un sistema de pensamiento, es un intento de relacionar diversas posiciones y teorías en aras de ilustrar la necesidad de la interdisciplinariedad como eje de la verdadera comprensión.

Abordando ya el concepto de perspectivismo epistemológico en la obra de Ortega y Gasset, éste se fundamenta en la premisa según la cual las percepciones (como los colores o los sonidos) son determinantes para el establecimiento de la verdad material o por correspondencia, es decir, aquella propiedad del lenguaje que permite corroborar si una proposición coincide con lo que los sentidos perciben, y, por lo tanto, una proposición verdadera es aquella en la cual hay correspondencia entre lo dicho y lo corroborado por los sentidos (siempre y cuando se use el lenguaje en función descriptiva). Sin embargo, este fenómeno no es tan sencillo como parece, pues de ser así, todas las personas estarían de acuerdo sobre las proposiciones que se emiten en un discurso dado que todas ellas describen los mismos hechos que constituyen la realidad, y, por lo tanto, son percibidos de la misma manera por todos, en otras palabras, si todos percibimos los mismos hechos, deberíamos describir lo mismo; se adopta entonces una posición descriptivista.

Esta postura descriptivista, como lo explicará Robles en sus obras, no se compadece con una visión dinámica del conocimiento. Cada pueblo, cada individuo tiene una perspectiva de la realidad dependiendo de las épocas, sus estéticas, valores y condiciones materiales. No existe entonces una verdad definitiva y totalizante que pueda homogeneizar las respuestas a las diversas problemáticas de las ciencias. Al final, todo conocimiento es un punto de vista determinado y no absoluto ya que esto último es inabordable. Surge aquí el recurso a la perspectiva *sub specie aeternitatis* (punto de vista desde la eternidad) de Spinoza y que resulta de gran influencia en el pensamiento de Ortega. Esta perspectiva es generalmente utilizada en la literatura teológica pero tiene aplicaciones en el pensamiento filosófico. Spinoza la utiliza para ilustrar el punto de vista del filósofo y su espíritu que ve el todo (Dios o la naturaleza) como única sustancia eterna. Por lo anterior, la naturaleza es una

entidad omnipresente y omnipotente que abarca incluso la humanidad que somos, y es, por lo tanto, inabarcable e imposible de acotar convirtiéndose en un escenario en el cual el ser humano puede fundirse e interactuar para lograr la comprensión, en palabras de Spinoza: “[...] tener una idea verdadera no significa, sino que se conoce una cosa perfectamente o lo mejor posible. Y nadie en absoluto puede dudar de ello, a menos que piense que una idea es algo mudo, cual pintura en una tabla, y no un modo del pensar, a saber, el mismo entender.”²⁷² La perspectiva *sub specie aeternitatis* se presenta entonces como la base de esta postura epistemológica adoptada por Ortega que reconoce la inmensidad de la naturaleza y la consecuente imposibilidad de abarcarla, por lo que al final es el individuo el que se ve obligado a buscar su lugar en este vasto universo de concepciones e interacciones: “Así la perspectiva *sub specie aeternitatis* (y nociones comunes) da cuenta a su manera –distinta de la imaginación– de la inmensa riqueza de la realidad. Y cada individuo particular expresa también a su manera la totalidad de la que él mismo es parte, como si de un holograma se tratase.”²⁷³ Se puede concluir entonces, que esta perspectiva de Spinoza plantea la importancia de las vivencias de cada individuo en la construcción de la comprensión de la realidad (algo presente, por ejemplo, en la hermenéutica de Dilthey) a partir de la conciencia del individuo de su presencia en el mundo y de la historia no como algo que se narra o describe sino como de aquello que se construye a diario. En palabras de Nagel:

Este hecho es tan obvio que resulta difícil encontrarlo extraordinario o importante. Cada uno de nosotros vive su propia vida –vive consigo mismo veinticuatro horas por día. ¿Y qué otra cosa podríamos hacer? ¿Vivir la vida de alguna otra persona? Sin embargo, los humanos tenemos la capacidad especial de tomar distancia para examinar esas vidas con las que estamos comprometidos, y hacerlo con el mismo desapego lleno de asombro que nos produce el observar a una hormiga escalando un montoncito de arena. Sin caer

²⁷² SPINOZA, B. *Ética*. Introducción, traducción y notas de A. Domínguez, Madrid: Trotta, 2000, II, 43 escolio.

²⁷³ BOLETÍN DE BIBLIOGRAFÍA SPINOZISTA Nº 14. En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 30 (1). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2013, pág. 265.

en la ilusión de que podemos escapar de esta nuestra (tan idiosincrática y tan sumamente específica) posición, los humanos podemos vernos a nosotros mismos *sub specie aeternitatis* –y el espectáculo resulta al mismo tiempo aleccionador y cómico.²⁷⁴

El perspectivismo epistemológico de orteguiano, recoge la filosofía de Spinoza, en primer lugar, y se concreta en su famosa expresión “Yo soy yo y mis circunstancias, y si no la salvo a ella no me salvo yo”²⁷⁵ para dar a entender una posición hermenéutica cercana a su faceta ontológica, pero más importante aún, para mostrar que la comprensión de la realidad, y de los textos, depende del contexto desde donde se realice. En segundo lugar, el pensamiento de Ortega y Gasset es también portador de la razón histórica que se forjó con Dilthey a partir de las vivencias como elemento clave en la comprensión de realidades históricas puntuales desde la interacción entre los signos, la vivencia y la comprensión como estructura hermenéutica básica; esto es evidenciable en su obra *Historia como Sistema* en especial cuando Ortega y Gasset indica que:

La realidad es un sistema, la vida es realidad radical, la vida es sistema y tiene su génesis en la historia. Historia como lo que es el hombre, en ella se constituye y realiza; es en la historicidad donde reside la esencia del ser humano. Historia como biografía.²⁷⁶

Así las cosas, la influencia orteguiana en la formación del perspectivismo epistemológico en la obra de Robles recibe los aportes de una hermenéutica ontológica, pero no nos confundamos, no se trata de un cambio de estatuto de ésta, se trata simplemente de reconocer que toda estructura textual es resultado de una vivencia que da sentido al mundo y es necesaria para realizar procesos de comprensión (fin último de la hermenéutica). Todo intento de comprensión de un texto requiere de su inserción en la historia y las vivencias de su autor, por lo tanto o se lee el mismo texto de la misma. Se

²⁷⁴ NAGEL, T. El absurdo. En *the Journal of Philosophy*, Vol. 68, N° 20, Sixty-Eighth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division, Oct. 21. 1971, pág. 720.

²⁷⁵ ORTEGA Y GASSET, J. Meditaciones del Quijote. En *Obras Completas*, I. Madrid: Alianza, 1983, pág. 322.

²⁷⁶ NOVELLA, J. Introducción. En ORTEGA Y GASSET, J. *Historia como sistema*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, pág. 28.

trata, al final, de oponer a la naturaleza y su estudio a través de la lógica y el método científico la historicidad como fundamento de la comprensión de las ciencias sociales pues “el auténtico ‘ser’ del hombre –tendido a lo largo de su pasado. El hombre es lo que le ha pasado, lo que ha hecho. [...] En suma el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene historia.”²⁷⁷

Perspectivismo y hermenéutica

La TCD y el perspectivismo hermenéutico representan una propuesta para pensar el Derecho en clave hermenéutica desde la premisa según la cual se puede entender el fenómeno jurídico como perspectivístico bajo estructura de unidad texto y diversidad de lecturas. Como se ilustró líneas arriba con el escrito de Andrej Kristan *Hiperliteratura y derecho: unidad de texto, diversidad de lecturas* se abordó de una manera bastante novedosa el concepto y funcionamiento del Derecho como potencial ejercicio hermenéutico bajo la égida del perspectivismo y las experiencias previas (Ortega y Gasset y Dilthey). Se sugirió el cambio paradigmático descrito a lo largo de este, esto es, 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 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 perspectiva es la que mejor permite comprender el sentido del enunciado normativo que se encuentra en el texto.

La TCD 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

²⁷⁷ ORTEGA Y GASSET, J. *Historia como sistema*. Madrid: Bibliotecas Nueva, 2001, pág. 93.

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.

Bajo una posición optimista, la hermenéutica vista desde la TCD es necesaria en un escenario pos-positivista y esto se evidencia desde los primeros escritos del profesor Robles Morchón previos a la estructuración de su Teoría Comunicacional del Derecho –TCD–. Desde el anterior punto de vista, la hermenéutica puede considerarse como la llamada a determinar la pretensión de verdad de las ciencias sociales, pues, 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.²⁷⁸

La hermenéutica, al considerarse como una teoría sobre la verdad en las Ciencias Sociales han 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. Por el contrario, la tesis o visión pesimista

²⁷⁸ Ver: HABERMAS, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2009.

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.²⁷⁹

La TCD puede catalogarse entonces como visionaria en la recuperación de la relación entre derecho y hermenéutica en los términos descritos anteriormente. 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.

Sumado a lo anterior, el perspectivismo textual implica una instrumentalización de la hermenéutica, en un buen sentido, que permite el diálogo interdisciplinar que tanta falta hace a la hora de las reflexiones jurídicas a través del reconocimiento de “la historicidad del lenguaje y la condición contingente de todo enunciado sobre la verdad científica.”²⁸⁰ Esta condición humana contingente implica la interpretación desde un contexto determinado, un aquí y ahora que anula la idea de una sola visión, de una sola forma de

²⁷⁹ NIETZSCHE, F. *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza, 1987, pág. 155.

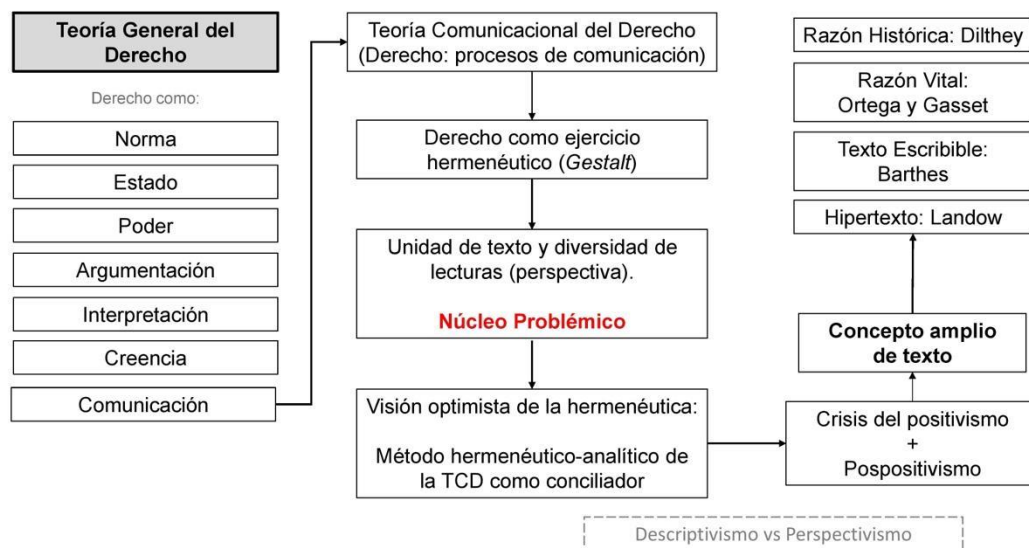
²⁸⁰ CASTRILLÓN, J. La instrumentalización de la hermenéutica. En: CUARTAS, J. (comp.). *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, pág. 59.

pensar; es imposible, por tanto, estar alejado de un imaginario puntual a la hora de abordar un texto. En palabras de Ortega:

De aquí que el hombre tenga que estar *siempre* en alguna creencia y que la estructura de su vida dependa primordialmente de las creencias en que *esté* y que los cambios más decisivos en la humanidad sean los cambios de creencias, la intensificación o debilitación de las creencias.²⁸¹

Para finalizar, en el siguiente gráfico se sintetiza y explica lo expuesto en este primer capítulo.

Imagen 17. Síntesis del capítulo I.



Fuente: elaboración propia.

²⁸¹ ORTEGA Y GASSET, J. *Historia como sistema*, op. cit. (2007), pág. 67.

CAPITULO II

HERMENÉUTICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: LA TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

En el primer capítulo de esta tesis se indicó cómo la hermenéutica ha trasegado un camino complejo, que la dotó de elementos interesantes a la hora de analizar su relación con el Derecho. Partiendo de una reflexión sobre la necesidad de abordar el fenómeno hermenéutico desde una perspectiva holística que no se limitase sólo al escenario jurídico, la concepción del Derecho como ejercicio hermenéutico optimista, a partir de la escuela de la *Gestalt* y una nueva concepción sobre los textos, se analizaron también las primeras puntadas que Gregorio Robles usó para construir su TCD.

Este segundo capítulo busca introducirse de lleno en la Teoría Comunicacional formulada por el profesor español Gregorio Robles Morchón, en especial en la Teoría Formal del Derecho como primer escenario o nivel de análisis. La pregunta que se resolverá en este capítulo es si la concepción hermenéutica que se ilustró en el capítulo precedente es desarrollada y aplicada por Robles en su concepción formal de Derecho. Para ello, es necesario, antes de comenzar, indicar la siguiente información.

Lineamientos generales de la TCD

La Teoría Comunicacional que ofrece Robles es el producto final que se obtiene de realizar una diferenciación entre semántica (significado de las expresiones lingüísticas), sintaxis (organización de las frases en función de los verbos) y pragmática (reglas que condicionan el uso del lenguaje), pero sin desconocer que la relación entre ellas es determinante para un adecuado proceso de conocimiento del Derecho. Lo anterior permite, por ejemplo, un correcto análisis del acto comunicativo a partir de la funcionalidad de las estructuras gramaticales lo cual redundará en un empleo adecuado de éstas en la comunicación oral y escrita. Esta ilustración coincide con el enfoque

comunicativo funcional de la lengua, un abordaje que resalta la indivisible relación entre el aprendizaje de fenómenos y la comunicación. Para lo que nos interesa aquí, basta con decir que el enfoque se centra en la comprensión y la transmisión de significados por medio de la lectura, la escritura y la expresión oral bajo los criterios de una lengua determinada. Los principios de este modelo se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Se concibe al lenguaje como medio esencial de cognición y comunicación humana, tanto para el desarrollo individual como social. En el proceso de generación y transmisión de significados, existe una unidad indisoluble entre el pensamiento y lenguaje (generación y transmisión). Bajo la anterior premisa, la comunicación es una actividad humana que vincula al ser humano con su entorno y que busca el cambio o la transformación, de esta manera el lenguaje es determinante para el desarrollo integral de la personalidad del individuo desde los puntos de vista cognitivo, metacognitivo, afectivo, emocional, axiológico y creativo, pues se trata del resultado de su interacción en el contexto sociocultural. Para lo anterior, se da una concepción del hombre como sujeto insertado en la historia y como resultado de la práctica y la experiencia.

2. Existe una relación entre el discurso, la cognición y la sociedad, y esto constituye un enfoque multidisciplinario del proceso de comunicación. Un verdadero proceso de comunicación no sólo se ocupa de los aspectos formales del discurso, sino que debe cimentarse también en la significación. Sumado a esto, la cognición permite explicar las distintas estructuras gramaticales que conforman un determinado texto y su relación con otros. Finalmente, no es posible hablar de cognición sin aceptar que el conocimiento se adquiere y utiliza en el discurso y los contextos sociales. La estructura social y la cultura determinan en lo que se significa y cómo se significa. En palabras de Romeu:

[...] el texto es un enunciado comunicativo coherente, portador de un significado, que cumple una determinada función comunicativa

(representativa, expresiva, artística) en un contexto determinado, que se produce con una determinada intención comunicativa y una determinada finalidad, que posibilita dar cumplimiento a ciertas tareas comunicativas para lo cual el emisor se vale de diferentes procedimientos comunicativos y escoge los medios lingüísticos más adecuados para lograrlo.²⁸²

3. Todo estudio del lenguaje tiene un carácter contextualizado. Esto implica que cualquier análisis del discurso que se haga debe evidenciar una relación entre el texto y su contexto (cultural, político, económico, etc.). A esto se le denomina marca contextual, es un indicio de la relación enunciada que debe analizar la situación en la que se da la comunicación, los participantes en el proceso comunicativo, la intención de los mensajes transmitidos, los valores y las normas para el proceso de comunicación.

4. El lenguaje es una práctica social y se estudia como tal. Tanto los discursos como los textos son el resultado de una práctica social grupal, por lo tanto, los individuos al usar estructuras de comunicación se identifican como pertenecientes a un grupo determinado o una clase específica que comparte prácticas y valores que se verán reflejadas en la transmisión de significados.

Así las cosas, la concepción del lenguaje como sistema de signos que participan en la comunicación social humana, la relación entre el pensamiento y el lenguaje (noesis y semiosis), y la unidad del contenido y la forma en el estudio de los hechos lingüísticos se convierten en la estructura básica del enfoque. Esta posición va a ser ilustrada y aplicada en la Teoría Comunicacional.

Se debe indicar también que este enfoque comunicativo funcional se centra en el estudio de la lengua en uso y que se erige sobre un código de comunicación que tiene como unidad mínima de significado al texto. Este enfoque se inserta en la denominada lingüística del texto que enfatiza, por un lado, en la estructura gramatical del texto a partir de unas reglas determinadas y que condicionan su función, de esta manera se pueden clasificar textos como

²⁸² ROMÉU, A. *Aplicación del enfoque comunicativo: comprensión, análisis y construcción de texto*. La Habana: Instituto Pedagógico Latinoamericano y caribeño, 1992, pág. 1-2.

narrativos, prescriptivos, informativos, etc. Por otro lado, se analiza la interacción de los diversos hechos lingüísticos en la que los individuos eligen determinados discursos de acuerdo con su intención o finalidad.

Ampliando los elementos esenciales de la lingüística del texto, nos convoca aquel que pone el acento en la centralidad y funcionalidad del texto como elemento esencial en todo proceso de comunicación, postura que también ocupa un lugar preponderante en la obra de Robles. Bajo esta idea, el texto es entendido como unidad con dimensiones variables y autonomía, elementos de los que carecen unidades de otros niveles (palabras, frases u oraciones), es decir, no es una entidad dependiente; así, la única limitación del texto estaría marcada por “la intención comunicativa del hablante, de lo que él conciba y quiera comunicar, como conjunto de unidades lingüísticas vinculadas en un conglomerado total de intención comunicativa.”²⁸³ La lingüística del texto pretende superar la denominada lingüística oracional por medio de una visión más amplia del fenómeno comunicacional agregando elementos que antes no eran tenidos en cuenta (competencia, estructura profunda o estructura superficial):

Prescindiendo de las diferencias que se pueden observar en las distintas derivaciones, la lingüística del texto ha de ocuparse de la competencia textual, es decir, de los conocimientos lingüísticos de carácter textual que posee el hablante, conocimientos que le permiten distinguir textos gramaticales de textos no gramaticales, producir, resumir, calificar textos, etc.

[...] El cometido específico de la lingüística del texto comienza allí donde los modelos de lingüística oracional se muestran inadecuados en el tratamiento de la realidad lingüística. Sin embargo, la lingüística textual podría concebirse como lingüística total, en la que se integrasen aquellos modelos que se ocupan de aspectos puramente oracionales, dado que el texto es la unidad lingüística que engloba todas las demás.²⁸⁴

²⁸³ ALBADALEJO, T. et al. La lingüística del texto. En ABAD, F. et al (eds.). *Introducción a la lingüística*, Madrid: Alhambra, 1983, pág. 217.

²⁸⁴ GUERRERO, G. La lingüística del texto y la pragmática lingüística. En *Revista ELUA: Estudios de Lingüística*, [S.l.], n° 10, dic. Alicante: Universidad de Alicante, 1995, pág. 444.

Visto lo anterior, puede decirse que el enfoque lingüístico textual comparte con la TCD un elemento indispensable: el reconocimiento del texto como unidad lingüística máxima. Esto ha permitido el desarrollo de diferentes teorías que parten del texto como elemento fundamental, modelos que han estado sometidos a un enriquecimiento hasta el punto de elaborar una noción de texto como un ámbito lingüístico comunicativo, un logro enorme en la teoría gramatical en autores como Van Dijk, Petófi o Schmitt. La pretensión y el logro de la obra de Robles deben admirarse, entonces, desde esta capacidad de concebir el fenómeno jurídico como algo más que un simple análisis tradicional. Sin dejar de lado que se trata de un análisis desde y para el Derecho, se introduce en sus elementos más esenciales, para, a partir de allí, construir una teoría coherente, pero, de nuevo, jurídica.

TCD: tres niveles de estudio

La Teoría Comunicacional del Derecho es una creación que trasciende las teorías tradicionales y similares a su naturaleza y función, al igual que la lingüística del textual, la Teoría Comunicacional amplía el estudio del Derecho desde un enfoque comunicativo que privilegia la noción de texto. La obra de Robles surge desde la filosofía del lenguaje y se concreta en una construcción propia de ésta que diferencia entre sintaxis, pragmática y semántica, y como resultado de este proceso, surgen tres niveles que permiten el análisis del fenómeno jurídico de manera integral. Estos tres niveles son contemplados por la TCD de la siguiente manera: i) Teoría Formal del Derecho, ii) Teoría de la Dogmática Jurídica (o también llamada ciencia de los juristas) y iii) Teoría de las decisiones jurídicas. Estas tres perspectivas o niveles son resultados de visiones distintas sobre el Derecho, pero con varios aspectos que son comunes.

Tradicionalmente se distinguen tres planos del lenguaje: el plano de la sintaxis, cuyo objeto lo constituye el estudio de la estructura formal del lenguaje por medio del análisis lógico-lingüístico; el plano de la semántica, que tiene por objeto averiguar el sentido de las

proposiciones; y el plano de la pragmática, cuya finalidad estriba en investigar el uso de las preferencias lingüísticas. Asimismo, podemos señalar tres niveles en la investigación filosófica del lenguaje de los juristas: el análisis lógico-formal de las proposiciones jurídicas, la investigación de los contenidos de sentido de éstas, en cuanto configuran un orden jurídico determinado, y la indagación del lenguaje utilizado en los procesos de decisión. Respectivamente corresponden a lo que puede llamarse Teoría del Derecho, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría de la Decisión jurídica.²⁸⁵

El primero de dichos aspectos es que el Derecho se manifiesta en los diversos ámbitos jurídicos bajo la forma de procesos de comunicación que se concretan y conectan por medio de textos (sean ya ordinamentales o sistémicos). Bajo esta idea, el ámbito jurídico (sobre el cual se hablará con más profundidad más adelante) se convierte en el escenario en el que todo proceso de comunicación al interior del Derecho se surte, desde las explicaciones de un abogado a su cliente sobre un contrato de arrendamiento, hasta una sentencia judicial que resuelve la constitucionalidad de determinada ley.

Un segundo aspecto está marcado por el hecho de que la TCD contempla al Derecho desde adentro, es una teoría jurídica por sí misma que no pretende realizar análisis externos al fenómeno jurídico (asunto que sería propio, por ejemplo, de la sociología del Derecho). Lo anterior no significa que se desconozcan elementos que, siendo externos al Derecho, son importantes para su análisis pues sería absurdo pretender desconocer elementos de la política, la economía o la ideología en el desarrollo de las diferentes teorías que a lo largo de la historia han dado cuenta de la esencia de lo que llamamos Derecho. Lo que la TCD propone es que, desde el punto de vista epistemológico, se necesita purificar el conocimiento de lo que realmente se debe entender por Derecho. En otras palabras, la obra de Robles pretende ser

²⁸⁵ ROBLES, G. Problemas abiertos en la filosofía del Derecho. *En Revista DOXA*, N°1. Alicante: Universidad de Alicante, 1984, pág. 203. En este trabajo Robles denomina "Teoría del Derecho" a lo que con mayor precisión denominará después "Teoría de la estructura formal del Derecho (Teoría lógico-lingüística del Derecho)" y "Teoría formal del Derecho".

una especie de Teoría Pura (claro está, con notables diferencias respecto de la obra de Kelsen).

En este orden de ideas, las perspectivas que sobre el Derecho se tengan desde otras áreas del conocimiento (sociología, psicología, economía o antropología) son útiles mas no implican que deban ser tenidas en cuenta como obligatorias a la hora de explicar el concepto, la función y el método del Derecho, de nuevo, sin desconocer que una teoría de la dogmática jurídica debe ocuparse de los aportes de dichas áreas. Robles, en este apartado, es claro en mencionar, que una excepción aparece con la Historia del Derecho en tanto ésta se puede elaborar tanto desde una perspectiva interna como externa.

El tercer aspecto común radica en que la totalidad de lo que se denomina TCD y sus niveles son el resultado de un método hermenéutico-analítico. Se trata, como se verá más adelante, de un método conciliador entre dos áreas que aparentemente están distantes. La idea de Robles que es que dicho método ofrece una fusión que permite la comprensión de los conceptos jurídicos y su articulación en la práctica del Derecho, dicho de otra manera: los tres niveles de análisis están conectados entre sí por una relación de dependencia recíproca, y todo inicia con una decisión en tanto todo en el derecho positivo se genera “a golpe de decisión”²⁸⁶, ya sea la decisión constituyente, la decisión del legislador, la decisión de un juez o la decisión de un funcionario.

Dichas decisiones generan el Texto Ordinamental –ORD–, el texto en bruto sobre el cual se construye el Sistema; de allí que, sin la existencia de decisiones, no existe el texto y sin texto no hay Derecho, por lo que sin decisiones no hay Derecho. La génesis del fenómeno jurídico es entonces un asunto de carácter decisonal por lo que desde una perspectiva lingüística y de la filosofía del lenguaje se trata de un asunto de pragmática en tanto sin

²⁸⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Navarra: Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2015, pág. 398.

actos lingüísticos no hay lenguaje y por ende no habría texto. La decisión ordena las palabras y las dota de sentido para posteriormente poder realizar un análisis sintáctico. Lo anterior obedece al principio de prioridad pragmática sobre la semántica y la sintaxis y que es aplicable a los textos jurídicos bajo el entendido de que cualquier decisión (constituyente, legislativa, judicial o administrativa) genera un texto ordinamental y condiciona el estudio de dicho texto para que sea develado y deconstruido sistemáticamente por la dogmática para un posterior análisis formal, para concluir, Robles plantea que:

En cualquiera de sus tres análisis de tratamiento la Teoría Comunicacional centra su atención en un objeto prioritario: la totalidad textual que es el ordenamiento jurídico. A partir de esa totalidad textual, se plantean todos los problemas, empezando por el desarrollo de una teoría del sistema jurídico y una teoría de las decisiones. El texto jurídico es un texto decisional. Ahora bien, el tratamiento de textos –sea con una perspectiva u otra- supone siempre y necesariamente, una actitud hermenéutica, eso es, interpretativo-constructiva.²⁸⁷

Enunciados los tres niveles que usa la TCD y, de forma somera, los elementos que tienen en común (sobre los cuales se hará un análisis más riguroso en los capítulos futuros) se puede decir que la Teoría Comunicacional funciona de la siguiente manera: Existen dos realidades textuales distintas: ordenamiento jurídico –ORD– y sistema jurídico –SIS–. El primero está compuesto por preceptos, mandatos o, efectivamente, órdenes que no son, en estricto sentido, normas jurídicas. Entre tanto, el SIS es donde, efectivamente, dichas normas jurídicas aparecen como el resultado de una construcción hermenéutica hecha sobre el ORD (lo reflejan), por lo tanto, normas jurídicas y SIS son el producto acabado del que se encarga la dogmática jurídica.

Lo anterior da un rango más amplio de estudio a la TCD, pues a diferencia del positivismo, por ejemplo, en donde ordenamiento y sistema son uno sólo y se tratan cómo una sola experiencia, la propuesta de Robles los diferencia y además agrega la noción de ámbito jurídico (AMB), este último

²⁸⁷ *Ídem*, pág. 399.

recoge el eje hermenéutico básico ORD/SIS sumado con todos los actos comunicacionales que no generan ordenamiento o sistema: “Por lo tanto, en estricto sentido, la teoría comunicacional es trialista ya que admite tres realidades conectadas entre sí: el ordenamiento jurídico –ORD–, el sistema jurídico –SIS– y el ámbito jurídico –AMB–.”²⁸⁸

Realizada la consideración anterior, se procederá a analizar el primer escenario de construcción de la TCD propuesto por Robles, es decir, analizar su teoría formal del Derecho para verificar si hace uso de las ideas que, sobre la hermenéutica y la teoría de textos, se han venido trabajando. Se debe indicar que el análisis que se presenta a continuación se circunscribe al escenario de la Teoría Formal del Derecho, en el capítulo siguiente, el análisis recaerá sobre los mismos objetos, pero en un escenario distinto: la dogmática jurídica.

Iniciando, como se indicó, con la Teoría formal del Derecho, puede decirse que la intensión de Robles con ella es la creación de una obra explicativa que ilustre los conceptos jurídicos formales o universales, una especie de Teoría Pura, pero con tintes diferentes a los de la reputada obra kelseniana:

En este sentido, la teoría formal tiene el mismo propósito que la Teoría Pura del Derecho, aunque se diferencia de ésta en dos aspectos muy relevantes. Primero, se diferencia en que la teoría pura pretende agotar todo el programa de una Teoría del Derecho, mientras que para la Teoría Comunicacional la teoría formal es una de sus partes. Segundo, mientras la teoría pura es fundamentalmente positivista y ontologista (recuérdese la diferencia que establece entre “el mundo” del ser y el “mundo” del deber ser), la teoría formal, como parte de la Teoría Comunicacional, es una concepción hermenéutico-analítica, que sostiene que el sistema es una construcción textual del ordenamiento y que analiza los componentes de aquél en términos lingüísticos, tanto funcional como morfológicamente.²⁸⁹

²⁸⁸ *Ídem*, pág. 407.

²⁸⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, 3ª ed. 2010, pág. 468; 6ª edición. Navarra: Thomson Reuters – Civitas Cizur Menor, 2015, pág. 452.

El concepto de Derecho en la Teoría Comunicacional

Toda teoría del Derecho debe ser aclaradora, esto es, debe tener la capacidad de dar cuenta del concepto de Derecho (qué es), el objeto (sobre qué recae) y el método (cómo funciona). Bajo esta consideración, la TCD empieza a construirse de una manera detallada y en forma de espiral: parte de los conceptos más simples para, poco a poco, ir develando y enseñando un aspecto más amplio que, al final, permite la apreciación de una obra vasta y con muchos detalles, una especie de rompecabezas.

La elaboración de una Teoría formal del Derecho presenta unas dificultades que radican en varios de los aspectos ilustrados en el inicio del capítulo primero de esta tesis, empezando por la necesidad de establecer un concepto sólido de Derecho. Este primer obstáculo implica preguntarse qué se entiende por concepto y de ahí continuar con una elaboración más precisa, así, antes de ofrecer un concepto de Derecho es necesario ofrecer una respuesta a qué se entiende por concepto. Esta es la reflexión que hace Robles, una reflexión que constituirá su rasgo distintivo a la hora de abordar los elementos básicos de la TCD, funciona de manera coherente con lo que en esencia es una Teoría Comunicacional: partir de un texto, de una palabra y cómo ésta es usada en los diversos contextos comunicativos para así aclarar cuál es el que le interesa al Derecho. Este procedimiento es usado a lo largo de su extensa obra en todos y cada uno de los conceptos claves en el entramado al que llamamos Derecho (ordenamiento jurídico, sistema jurídico, ámbito jurídico, relaciones jurídicas, acciones jurídicas, etc.).

La noción de concepto es determinante para empezar a construir una Teoría formal del Derecho, teniendo en cuenta que ésta debe proporcionar uno de él, así las cosas, es apenas entendible que se exija claridad sobre qué es y qué se busca con la palabra concepto.

Los conceptos existen desde que el individuo tuvo la capacidad de abstraer (tomar de la realidad elementos significativos e intrínsecos de cada objeto o fenómeno para asociarlos en función de semejanzas y diferencias)

por lo que constituyen creaciones típicamente humanas portadoras de la capacidad racionalizadora de distinguir lo que es el mundo y lo que sucede en él. Al establecer que el concepto es una creación eminentemente humana, debemos entender que existe una escala que permite analizar los diferentes grados a la hora de su Formación²⁹⁰:

1. Capacidad de discriminar objetos reales o irreales.
2. Formación de expectativas sobre las cosas reales o ideales.
3. Habilidad para manejar funciones de verdad (sintetizar y simbolizar objetos para usarlos en escenarios de clasificación y fórmulas)
4. Elaboración de criterios para aplicar los conceptos.
5. Capacidad de aplicar conceptos a casos no observados por los sentidos de quien habla o de quien oye.
6. Aptitud para reflexionar sobre los conceptos, caracterizándolos y creando una teoría del dominio de su aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, es imposible hablar de una teoría de los conceptos que no lleve consigo una estrecha relación con la lógica y la filosofía, por lo tanto, también es imposible considerar el surgimiento y estudio de alguna ciencia o disciplina que no se encuentra debidamente organizada sobre una plataforma conceptual sistematizada: “es de sobra conocido que el lenguaje científico se relaciona, sobre todo, y de manera especial, con la función representativa del lenguaje. Su fin más importante es transmitir conocimientos, sean éstos duraderos o efímeros.”²⁹¹ De esta manera, la lengua crea un inventario de términos (conceptos) en forma de etiquetas con una función nominadora de cada abstracción de la realidad para al final observar si hay un adecuado emparejamiento o ajuste entre el nombre u lo que debe ser explicado o definido.

²⁹⁰ Cfr. MORAVCSIK, J. On understanding. En *International Workshop on the cognitive viewpoint* (24-26 march 1977). Gent: University of Ghent, 1977, pág. 73 y ss.

²⁹¹ GUTIÉRREZ, B. La ciencia empieza en la palabra: análisis e historia del lenguaje científico. Barcelona: Península, 1998, pág. 30.

Por lo anterior, no puede concebirse la existencia misma de los conceptos sin el marco referencias de una disciplina o ciencia, dado que éstas sólo prosperan a partir de una plataforma conceptual organizada. Todo concepto se construye a partir de otros conceptos y de esta manera encuentra su rol dentro de la disciplina o ciencia en términos de proximidad, parentesco, lejanía, etc. En otras palabras, el sistema termina adecuando al concepto y éste a su vez configura el sistema, de allí que no puede haber discurso científico sin la apelación a los conceptos (en tanto definiciones), sus representaciones y sus recíprocas relaciones.

La anterior reflexión sobre los conceptos es un llamado a prestar mucha atención a la hora de analizar teorías del Derecho que no sean lo suficientemente rigurosas a la hora de un inicio juicioso y detallado, es decir, aquellas teorías que se construyen a partir de un concepto de Derecho sin siquiera mencionar una teoría sobre el concepto. Omitir esta verificación implicará una noción de concepto aislante y reductora que no se compadece con el objeto y el método de una Teoría Comunicacional. Es precisamente aquí donde la obra de Robles resalta al llamar la atención a la hora de construir una definición de Derecho, denuncia el defecto mencionado anteriormente ya que es incorrecto usar el sentido de la palabra definición como un proceso organizativo que empobrece, disminuye y recorta en busca de precisión e ilustración, esta posición simplista resulta engañosa al restar rigurosidad científica por medio de un reduccionismo peligroso:

Usualmente dan una definición más bien corta, y luego analizan sus distintos componentes. Este procedimiento tiene un inconveniente que no es otro que el de incapacitarse para ver la enorme complejidad que el Derecho encierra en sí mismo. Por eso el número de definiciones dadas por los distintos autores se eleva casi hasta el infinito, y se llega a la conclusión de que no es posible una definición simple y acabada del Derecho.²⁹²

²⁹² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 29; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 49.

Para dar solución a esta problemática, la TCD conviene en que el Derecho es un concepto poroso como resultado de los usos que se hace del mismo. El Derecho, como se ilustra ampliamente en el capítulo anterior, es un concepto que adquiere diversos significados dependiendo del discurso en el que se incruste. Robles sigue aquí una rica tradición de la filosofía analítica que en el Derecho es retratada por la obra de Hart. Por tal razón, ante los diferentes usos que se hace del concepto de Derecho, los malos entendidos comunicacionales surgen al no tener claro cuál uso o juego (en términos de Wittgenstein) se está aplicado en un determinado discurso, al respecto Robles indica:

Hart dice, y creo que en esto lleva razón, que lo único que puede hacerse con el concepto de Derecho es “elucidarlo”, esto es arrojar luz sobre él, aclararlo. Pero no encerrarlo en una fórmula estereotipada porque siempre nos quedaremos cortos y siempre destacaremos unos aspectos en detrimento de otros. En resumidas cuentas, el objeto de la teoría del Derecho no es otro que éste, aclarar lo que es el Derecho, cómo funciona por dentro. Toda la teoría del Derecho se ocupa de “elucidar” el concepto de Derecho.²⁹³

Lanzar un concepto de Derecho desconociendo la complejidad que supone su estructura es un riesgo si se lo enfrenta directamente y sin una preparación adecuada, en otras palabras, es una pésima estrategia empezar el estudio del Derecho si se pretende, de entrada, abordar su concepto como algo ya dado y acabado. El afán es un mal consejero en esta tarea definitoria, por lo que, metodológicamente hablando, la TCD propone un camino en espiral y constructivo, un proceso de delimitación y separación desde la generalidad que requiere de paciencia pero que conlleva a un análisis riguroso del porqué del concepto y su relación con otras áreas del conocimiento. No es gratuito que, a la hora de explicar este punto, Robles acuda análogamente a la conquista de las murallas de Jericó:

Todo problema filosófico es como Jericó, una bella y enigmática fortaleza que espera ser conquistada a golpe del sonido de trompeta,

²⁹³ *Ibid.*, 1ª ed. 1998, pág. 30; 6ª ed. 2015, pág. 50.

pero sobre todo con la gran paciencia de pararse días y días deambulando entusiásticamente en su derredor, con la esperanza de que al final las torres de Jericó se derrumbarán y podamos entrar en la ciudad. Algo así sucede con el gran tema de qué sea el Derecho, la Jericó de los juristas y de los filósofos del Derecho. Todos aquellos que se precipitan a conquistar la fortaleza encarándola de un modo directo y sin otras músicas, esto es, dando una definición, cometen un grave error de estrategia.²⁹⁴

Esta declaración metodológica que implica rodear el concepto de Derecho por medio de cuestionamientos básicos es un camino circular y en espiral que se estrechará a medida que se avance. La tarea es compleja de requiere paciencia, pero es la única forma de poder acceder al estatuto ontológico, epistemológico y metodológico del Derecho y su diferencia con áreas con las que tradicionalmente se suele confundirlo o mezclarlo.

Delimitar y distinguir; esa pareciera que es la tarea clave para conocer el estatuto epistemológico de la teoría del derecho. Para delimitar cabe describir cuáles son las materias propias de ese campo del saber, y así comprobar si es realmente un observatorio adaptado a su objeto (el derecho, tal cual es en la *empiria*), único modo de dar cumplimiento a su rol de método de las ciencias del derecho (esto es, de la doctrina). Para distinguir cabe fijar sus fronteras con las otras disciplinas que observan el fenómeno jurídico, y así marcar deslindes, primero, con una relevante disciplina de la vecindad, la filosofía del derecho, cuyo objeto se identifica más bien con “lo justo” (el derecho tal como debiera ser, según los postulados de cada teoría de la justicia) y, en seguida, con la doctrina jurídica.²⁹⁵

Por lo tanto, el proceso de formulación de conceptos es algo que se debe tomar muy en serio para evitar caer en el divorcio con la realidad que trata de reflejar. Si pensamos, por ejemplo, en las matemáticas, el concepto de número nació de la abstracción de números singulares que se crean para indicar o señalar una cantidad de objetos concretos. Sin embargo, las teorías idealistas sostienen que el concepto de número y los demás de naturaleza matemática, son aporísticos, es decir, existen previamente e independientes

²⁹⁴ *Ibid.*, 1ª ed. 1998, págs. 33; 6ª ed. 2015, pág. 54.

²⁹⁵ VERGARA, A. Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, primer semestre. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015, pág. 624.

de la experiencia humana por lo que resultan totalmente abstraídos y divorciados de lo particular y concreto, por lo tanto, hay una separación entre concepto y realidad. Situaciones como éstas deben ser analizadas por una Teoría del Derecho a la hora de dar cuenta del concepto de Derecho que no se abstraiga de la realidad y que remita a situaciones concretas e identificables. Esta tarea ha sido compleja y parece estar llena de contradicciones y luchas que restan credibilidad a la cientificidad del fenómeno jurídico, pero esto no puede llevarnos a desestimar el valor y la necesidad de enfrentar la misión de definir al Derecho con un método riguroso y apartado de la simplicidad y el afán propios de quienes quieren terminar rápido con dicho asunto. Esta tarea no es de un día y se ha gestado por siglos, basta recordar el inicio de la famosa obra de Hart:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta “¿qué es derecho?” Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la “naturaleza” del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química?” o “¿qué es medicina?” como las hay para responder a la pregunta “¿qué es derecho?”²⁹⁶

La empresa definitoria debe también ocuparse de alimentar el espíritu crítico del estudiante de Derecho a la hora de enfrentarse a las definiciones entregadas en sus primeros años. Es común que suela indicarse la existencia de un solo concepto de Derecho “correcto”, es decir uno hegemónico. El problema es evidente: sin una rigurosidad acerca de qué un concepto (qué significa definir) y cómo ha sido su origen o evolución, el receptor de la definición no sabrá si se trata de un verdadero concepto o una interpretación del mismo que se ha diluido, deformado y desgastado con los años. Una mala

²⁹⁶ HART, H. *El concepto de Derecho*, 3ª edición, traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 1.

aproximación el tema del concepto de Derecho decaerá en una mala Teoría del Derecho, una hecha a las carreras y por salir del paso:

Los nefastos alcances de este tipo de planteamientos hacen particulares estragos entre los pobres alumnos de las facultades de derecho a quienes con cierta frecuencia se les inicia en este tipo de pensamiento y se les hace creer que sólo puede haber un único concepto correcto para el derecho: el que corresponde efectivamente a la esencia del derecho (o del delito, del contrato, etcétera). Pero ¿qué sucede con el pobre estudiante que en un examen se ve obligado a elegir el concepto correcto y resulta que no hay un criterio objetivo para decidir cuál de los que han sido propuestos por los autores que ha debido estudiar es el bueno? Es más ¿cómo distinguir lo que son apreciaciones subjetivas de un autor o profesor si no tiene contra qué confrontar el concepto de derecho que se le expone, a envidia de lo que sucede con un compañero estudiante de física que puede comprobar si efectivamente los cuerpos son atraídos o no por la fuerza de gravedad con solo soltar un objeto de sus manos? Su confusión es total y regularmente terminan memorizando y repitiendo dogmáticamente, como si fuera la “doctrina”, lo que se les enseña.²⁹⁷

Las anteriores reflexiones buscan la construcción de una teoría del Derecho que se preocupe por abordar el concepto de éste de una manera rigurosa y con atención al lenguaje. Una teoría del Derecho debe preguntarse antes que nada ¿cómo ha surgido el Derecho? Esta búsqueda por el surgimiento del Derecho presenta un elemento común en las diferentes teorías que tratan de explicar tal fenómeno. Este común denominador es necesario precisarlo debido a que, al igual con el concepto de Derecho, las respuestas sobre su surgimiento han sido disímiles y numerosas, por lo tanto, hay que buscar aquella esencia que hizo posible la aparición del Derecho más allá de cuestiones accidentales (época, geografía, ideología, etc.). En este apartado Robles utiliza una noción que él denomina “amplia (no restrictiva)”²⁹⁸, esta postura asume que el Derecho aparece cuando se da la necesidad humana de organizarse socialmente.

²⁹⁷ CÁCERES, E. *¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México UNAM, 2000, pág. 29.

²⁹⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 35; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 56.

Acudiendo al aforismo *Ubi societas, ibi ius* (donde hay sociedad, hay Derecho), se establece la idea de que toda comunidad, para poder prosperar como tal y trascender, debe tener un mínimo de organización y es allí donde se encuentra la semilla de la noción de Derecho. Si bien es cierto esta postura amplia presenta una dificultad: la noción de Derecho es más compleja de extraer en tanto debe recaer sobre una gran cantidad de comunidades que a lo largo de la historia han existido, lo que es ya una tarea titánica. En este orden de ideas, se requiere un elemento de semejanza amplio que permita identificar al Derecho con prácticas y comunidades históricamente diversas, una herramienta útil para este fin es acudir a la antropología jurídica y los estudiosos de esta área del conocimiento.

Aparece aquí la antropología jurídica, área encargada del análisis sociocultural del fenómeno jurídico, que, partiendo de un elemento cultural incierto en determinados contextos sociales, ideológicos, políticos, geográficos, económicos, etc., brinda conocimiento sobre el funcionamiento de las normas en la vida de comunidades distantes en la historia y dota de sentido las actuales. Así entendida, la antropología jurídica es una subdisciplina con carácter particular y que se ocupa de captar la realidad social que da cuenta desde un ángulo limitado y específico, este es, la vida y características de una comunidad determinada ubicada en un espacio y un tiempo, en otras palabras, aborda el estudio del Derecho en su cercanía con el todo social.²⁹⁹ Esa sería otra de las razones por las que Robles acude a una concepción amplia.

La antropología deja ver ese elemento común que se necesita al plantear que el Derecho, en su nacimiento, se utilizó como una forma de resolver los conflictos y así lograr una organización mínima y estable, en tanto:

La función primordial del Derecho es resolver los conflictos que surgen cuando los hombres quieren la misma cosa y no se ponen

²⁹⁹ Ver: KROTZ, P. Antropología y derecho. En *México Indígena*, año IV, N° 25. México DF: Instituto Nacional Indigenista, 1988, pág. 6 y ss.

pacíficamente de acuerdo. O sea, el Derecho es un mecanismo que la sociedad se inventa para poner paz entre sus miembros.³⁰⁰

Para ilustrar mejor el punto anterior, tomemos la obra de Louis Assier-Andrieu. Este autor aborda una antropología jurídica que se sustenta en la idea de colonización, etnocidio y construcción postcolonial; pero, para lo que nos interesa aquí, basta con indicar que existe un proceso de juridización abusiva mediante el cual el Derecho se apodera de las prácticas y tradiciones de una comunidad normalizándolas o haciéndola heterogéneas a través de un órgano de autoridad dotado de fuerza, que en su etapa de más desarrollo será el Estado, lo anterior legitimaría una especie de nacionalismo étnico.

Assier-Andrieu utiliza la obra de Karl Llewellyn, profesor de la Universidad de la Universidad de Columbia, y que abordó el estudio del Derecho desde una perspectiva antropológica, puntualmente su *trouble case method*³⁰¹ por considerarlo el aporte antropológico jurídico más relevante a la hora de explicar el surgimiento del Derecho en los términos antes indicados (resolución de conflictos para preservar el orden y la paz). El *trouble case method* (método de caso basado en problema) ilustrado por Llewellyn se ilustra con gran precisión en su famosa obra *The Cheyenne Way* (El estilo Cheyenne), que escribió en colaboración con el antropólogo E. Adamson Hoebel. Publicado en 1941, la obra generó un gran impacto en la academia norteamericana al presentar un enfoque del Derecho primitivo en el que las tribus pueden analizarse a partir de la reconstrucción de las reglas que utilizaban para resolver disputas aún si éstas estaban o no articuladas con lo

³⁰⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 37; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 58.

³⁰¹ Este método es abordado en la resolución de conflictos principalmente por antropólogos para entender el comportamiento y organización de comunidades tribales: "The methodology of focusing on dispute resolution, or what the authors' called "trouble-cases," was seen by many social and cultural anthropologists of the time as a new and productive way to understand "tribal culture." The legal academy, however, was slow to acknowledge the importance of tribal ethnography for the study of law." (Mehrota, 2001, pág. 742)

que la comunidad pensara de ellas. Para esto se utilizó el ejemplo del pueblo Cheyenne, una comunidad nómada de los Estados Unidos.³⁰²

Continuando con el ejemplo, Assier-Andrieu observa que cuando se sigue un caso particular se toma conciencia acerca de los valores e intereses que están en juego y en una relación directa con la vida de las personas involucradas en la resolución de un conflicto; de esta manera se presenta una interacción entre el individuo y el sistema (que puede ser más o menos desarrollado, pero que se caracteriza por la autoridad). Sobre la obra de Llewellyn, Assier- Andrieu establece “una antropología del conflicto entre los Cheyennes podrá tener más peso por sus consecuencias jurídicas generales que una epistemología doctrinal de circunstancia.”³⁰³ por lo que el abordaje del surgimiento del Derecho que va de la mano con la antropología jurídica siempre será esclarecedor en tanto ofrece respuestas generales basadas en denominadores comunes, lo que propone Robles en su estudio. De la misma manera, Assier-Andrieu reconoce en el conflicto el momento exacto en el que se requiere de la aparición del Derecho:

El instante jurídico de la conflictividad puede tomarse como el de la negociación del sentido profundo de la vida en sociedad: a través de un momento singular en el que los fundamentos del orden son a la vez cuestionados y reafirmados. O, mejor dicho: reafirmados y puestos al día por el sólo hecho de su negación efímera.³⁰⁴

Finalmente, Assier-Andrieu admite que es necesaria una concepción más ágil, certera y sólida de la antropología jurídica y ésta se logra a partir de una concepción del conflicto como elemento creador del Derecho, a la vez que lo convierte en una referencia compartida que permite analizar, describir y prevenir los problemas presentes y futuros que el Derecho resuelve.³⁰⁵ Ahora bien, la TCD hace eco de esta posición al convenir que el conflicto es el origen

³⁰² Ver: TWINNING, W. Two Works of Karl Llewellyn. En *Modern Law Review*, vol. 30, I. 5, September. London: London School of Economics, 1967, pág. 165 y ss.

³⁰³ ASSIER-ANDRIEU, L. *Le Droit dans les Sociétés Humaines*. París: Nathan, 1996, pág. 40.

³⁰⁴ *Ídem*, pág. 169.

³⁰⁵ *Ídem*, pág. 41.

de lo que denominaremos Derecho, y que junto a éste hay otras palabras que lo rodean y contribuyen a su desarrollo posterior. Términos como conflicto, orden y paz están entrelazados y confluyen en una idea de Derecho como aquel que, buscando la resolución de un conflicto, impone el orden en un grupo social para la obtención de la paz en un contexto donde el lenguaje cobra relevancia:

De todas formas, cierto es que en el Derecho primitivo quien decide en una controversia es simplemente un hombre en quien la comunidad confía por su carácter de prudente, esto es, por su carácter de persona capaz de encontrar soluciones adecuadas y equilibradas en los conflictos que ante él se plantean. El Derecho primitivo surge de la propia espontaneidad de los grupos sociales. Es un Derecho sencillo, puesto que sencillos son los problemas planteados. No es de extrañar, en este sentido, que este Derecho sea una prolongación de la vida normal del grupo. Tampoco puede extrañar que el lenguaje aquí utilizado no rebase el marco del lenguaje normal, y que la simbología mítica que rodea al hombre primitivo rodee asimismo a su Derecho. La vida de las comunidades primitivas manifiesta que el Derecho es necesario porque existen conflictos en el seno de la comunidad. La función primaria del Derecho es resolver los conflictos. Pero dado que la comunidad y el poder que la representan tienen carácter sagrado, el Derecho y sus artífices -los prudentes- también lo tienen. La función sacerdotal y la función prudencial van con frecuencia unidas en el Derecho primitivo. Paralelamente al proceso de formación de una casta sagrada de sacerdotes-prudentes, surgió sin duda una especialización del lenguaje. Esta especialización se llevó a cabo en torno a los diversos procesos de decisión. Al adquirir ésta un carácter sagrado, el proceso se revistió naturalmente de la solemnidad y las formalidades propias de los ritos religiosos. Y de igual manera a como estos últimos poseen su propio lenguaje, en ocasiones sumamente misterioso y esotérico, el proceso jurídico adquirió también estas características. El prudente -quizás sin dejar de serlo- se transformó en un técnico y el lenguaje prudencial se convirtió en lenguaje técnico.³⁰⁶

Pero no todos los conflictos son seleccionados por el Derecho, esto debe aclararse para no caer en un universo de situaciones que imposibilitarían una adecuada comprensión del surgimiento y el concepto del fenómeno jurídico. El Derecho escoge cierto tipo de conflictividades relevantes para

³⁰⁶ ROBLES, G. La decisión en el Derecho y la Tópica Jurídica. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Nº. 6. Mallorca: Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pág. 102.

mantener el orden y lograr la paz social, por lo que “conviene apuntar que la existencia de conflictos no tratados por el Derecho, donde predomina la fuerza, fácilmente pueden caer bajo la regulación de otros sistemas normativos, no jurídicos o alternativos al sistema legal predominante.”³⁰⁷ De esta manera evoluciona el concepto de Derecho al presentar una división consistente en aquellos conflictos que le interesan al Derecho y aquellos que son descartados, la respuesta a cuáles son elegidos, por así decirlo, y cuáles no, requerirá entonces de un nivel de complejidad mayor que supone estudiar cada sistema jurídico en particular, se crea así la categoría de “conflicto jurídico.”³⁰⁸

Resumiendo, la sociedad, desde sus orígenes, ha presentado situaciones de conflicto (que, en general, puede sintetizarse en la lucha simultánea por un mismo objeto, posición o interés, entre dos o más partes que no pueden llegar a un acuerdo de manera pacífica, esto es, sin utilizar la fuerza física o psicológica contra el adversario), para resolver este conflicto surge, en un primer momento, el Derecho, el interrogante que sigue es ¿cómo el Derecho resuelve el conflicto que ha apropiado?

La Teoría Comunicacional arranca en este punto, inicia con la respuesta a la pregunta ¿cómo el Derecho resuelve los conflictos? Para posteriormente abordar el concepto de Derecho. En este sentido, la TCD cumple con su estatuto metodológico al realizar un estudio de los usos de las proposiciones para así ir construyendo una definición útil dependiendo del juego propuesto. Este método circular y en espiral ha iniciado con preguntarse qué se debe entender por concepto para luego enlazar baterías a qué se busca con un concepto de Derecho, y para determinarlo es necesario establecer el surgimiento de éste como elemento que resuelve conflictos.

³⁰⁷ SILVA, G. La Teoría del Conflicto: Un marco teórico necesario. En *Prolegómenos: Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, pág. 42.

³⁰⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 37; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 58.

La respuesta es simple: los conflictos se resuelven a través de decisiones, y como se explicará a continuación, la decisión es la semilla de todo lo que podemos denominar Derecho. En la cotidianidad, ya sea en el ámbito personal o profesional el individuo y la comunidad se ven enfrentados a procesos de elección entre diferentes alternativas, en el caso del Derecho, se elegirá una situación que pone fin a un conflicto y que se identifica con el interés de una parte, así las cosas: “La decisión ocupa un lugar clave en la práctica del Derecho. Todo problema jurídico requiere una decisión, ya la vez toda decisión entraña una referencia de solución de un problema o de un ámbito problemático.”³⁰⁹

La decisión en el Derecho

Ahora bien, los criterios para adoptar o elegir una respuesta, esto es, tomar una decisión son variados. Generalmente se acude al criterio de la optimización: una forma de toma de decisiones basada en buscar el mejor resultado posible. Esta teoría clásica de optimización implica una claridad sobre qué se entiende por mejor resultado (en tanto se trata de una valoración) por lo que las soluciones posibles son de carácter restrictivo e indeterminadas. Pero, además del contexto de decisión bajo el enfoque de optimización clásica, existen otros que configuran lo que se suele denominarse la Teoría de la Decisión:

1. La Teoría de la Decisión con incertidumbre o riesgo: en ella se analiza la toma de decisiones donde predomina la aleatoriedad o incertidumbre en los posibles resultados. Bajo este modelo, es imposible determinar con certeza las consecuencias de una decisión en tanto se está sujeto al azar.

2. La Teoría de la Decisión multicriterio: bajo esta teoría es posible determinar claramente las consecuencias, sin embargo, lo que no se puede

³⁰⁹ ROBLES, G. *La decisión en el Derecho...*, 1983, *op. cit.*, pág. 102

establecer de entrada es cuál de las posibles consecuencias es mejor que las otras por la existencia de varios objetivos en conflictos, en este caso “los resultados diferentes responden, en muchos casos con intereses grandes, a ideologías distintas.”³¹⁰

3. La Teoría de los Juegos: en este modelo las consecuencias de una decisión no dependen únicamente de ésta, también se introducen factores como las decisiones de los otros jugadores y las mismas reglas del juego sino. Robles plantea un estudio del Derecho a partir de esta teoría en donde el Derecho es un gran juego con reglas y participantes, la analogía surge cuando se establece que lo que denominamos Derecho es una serie de decisiones que indicar cómo, quiénes y cuándo se puede realizar determinada acción y las consecuencias de acatar las prescripciones del juego, sobre esto volveremos más adelante. Bajo esta teoría identificamos partes con roles, fines y estrategias distintas:

La actividad del jurista técnico se despliega de forma muy dispar, pero quizá haya que señalar tres manifestaciones como posiblemente las más importantes: el jurista técnico que actúa como legislador, el jurista técnico que actúa como juez y el jurista técnico que actúa como abogado o, en general, como representante de una de las partes en un proceso de decisión.³¹¹

Por lo anteriormente dicho, en la decisión está el ADN de todo el andamiaje jurídico que conocemos, desde el más simple hasta el más complejo. En ella está presente la autoridad, la orden, la fuerza y la elección de una posición. Lo anterior es determinante en el Derecho pues el orden y la fuerza que encierra el concepto de autoridad puede predicarse en diversos niveles, desde su necesidad como factor de coerción física efectiva hasta su disposición en un plago argumentativo: “Si la autoridad ha de ser definida, entonces debe ser por contraposición con ambas cosas, tanto con respecto a

³¹⁰ KENNEDY, D. Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen. En *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 2. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2008, pág. 376.

³¹¹ ROBLES, G. *La decisión en el Derecho...*, 1983, *op. cit.*, pág. 103.

la coerción que se ejerce por medio de la fuerza como de la persuasión a través de argumentos.”³¹²

Al final, la toma de una decisión es la solución a un conflicto para garantizar la estabilidad y la paz. En este orden de ideas, la decisión crea Derecho al establecer lo que se debe hacer para resolver una disputa determinada. En palabras de Robles: “podemos decir, entonces: Al comienzo, en el Derecho, está siempre la decisión. ¿Cómo ha surgido el Derecho? Por decisiones que suelen llamarse decisiones jurídicas.”³¹³

En resumen, el proceso que conlleva a la decisión jurídica en estricto sentido es el resultado de una evolución que inicia con el abordaje del concepto de Derecho como elemento que resuelve conflictos en una comunidad a través de la toma de una decisión que dice qué se debe hacer y cómo se debe hacer. Este proceso, básico por demás, va generando –a partir de un análisis circular y en espiral– otros elementos que van dando más complejidad al modelo básico inicial; así pues, se agrega el concepto de organización, poder, acción, entre otros.

El procedimiento atañe a todo "órgano" de decisión, ya que el ser órgano presupone el hallarse inserto en una organización. Precisamente el órgano se caracteriza porque actúa como tal, esto es, en el seno de la organización de la que forma parte, y su actuación está presidida por el respeto a los cauces procesales que la organización en su conjunto ha puesto a su disposición. Por lo tanto, el poder constituyente no es un "órgano", ya que como constituyente que es no está insertado en una organización, sino que es él quien -por medio de su acción- la funda. El poder constituyente es quien elabora y "da a luz" la decisión política fundamental, la cual toma cuerpo jurídico en la Constitución. El acto de creación de la Constitución es el acto creador de la organización, esto es, de los órganos y las respectivas competencias que a ellos incumben. Tanto el legislador como el juez son órganos y exactamente igual sucede con el funcionario o la autoridad administrativa.³¹⁴

³¹² ARENDT, H. *What is Authority?* London: Penguin, 1977, pág. 73.

³¹³ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 38; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 59.

³¹⁴ ROBLES, G. *La decisión en el Derecho...*, 1983, *op. cit.*, pág. 107.

A continuación, se empezará a desarrollar la evolución de esta construcción (que inicia con la decisión) y que tiene su primera estación en el concepto de Ordenamiento Jurídico –ORD–.

El concepto de Ordenamiento Jurídico –ORD–

En toda sociedad, los conflictos que existen entre sus integrantes se resuelven a través de decisiones; estas decisiones son actos concretos que realizan determinados miembros de la comunidad que tienen la capacidad para ello. Aquí hay ya dos elementos determinantes a la hora de abordar el tema de la decisión: en primer lugar, se trata de un acto de voluntad humana donde existe conciencia de la acción que se ejecuta, así las cosas, no es prudente hablar de una voluntad natural o de tipo metafísica. En segundo lugar, está inmersa la noción de autoridad en tanto la decisión tomada por una persona o por un grupo surge en virtud de la competencia o capacidad de éste para expedirla. Capacidad y autoridad son términos correlacionados a la hora del análisis de las decisiones, sin competencia no hay autoridad y viceversa (en caso contrario estaríamos confundiendo decisión con uso arbitrario de la fuerza a la hora de resolver conflictos).

Abordar la problemática que sugiere el concepto de autoridad también implica adentrarse en el estudio de una cuestión normativa que se traduce en un cuestionamiento acerca de cómo puede una persona crear e imponer una obligación a otra u otras, lo que conlleva a un debate de índole moral acerca de si es permisible que un agente de instrucciones a otro acerca de lo que debe hacer de tal manera que {este quede sujeto a la voluntad de aquel, en palabras de Raz: “el problema moral es cómo puede ser que uno tenga una obligación de sujetar su propia voluntad y su juicio a los de otra persona.”³¹⁵

Sumado a lo anterior, la idea de autoridad tiene lugar en la medida que la comunidad delega a una persona o un grupo la potestad para, a través de

³¹⁵ RAZ, J. The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception. *En Minnesota Law Review*, 90. 2006, pág. 1012.

una decisión, poner fin a una disputa. Al final, hablamos de un ejercicio del poder (imposición de voluntad) tal como lo propone la sociología clásica de Weber.

Una de las proposiciones teóricas sobre el poder que ha tenido mayor eco en las ciencias sociales fue desarrollada por el sociólogo alemán Max Weber, quien conceptualizó al poder como la probabilidad, cualquiera que fuera el fundamento de ella, que tiene un individuo o un grupo dentro de la relación social de imponer la propia voluntad, aun contra toda resistencia.³¹⁶

Una visión distinta, pero no opuesta, a la que expresa la sociología clásica para el fenómeno decisional, y de paso más ajustada a la decisión jurídica, se encuentra en la antropología (que de nuevo da una mano en este análisis). La antropología política aporta el surgimiento del paradigma procesual, según el cual los análisis en materia política implicaban el estudio a profundidad de los conflictos sociales, la negociación de éstos y la toma de decisiones por parte de autoridades todo con el fin de lograr metas de carácter público (paz). Esto, como se dijo, no es contrario a lo expresado por la sociología clásica, sino una complementación que permite explicar la idea de legitimidad a partir de la existencia de un ordenamiento y un sistema normativo (acudiendo a la división de la TCD), el uso de la fuerza, la coerción y los factores políticos. Al final, el estudio de la teoría de la decisión requiere ponerse el traje de antropólogo, por lo menos para su abordaje previo, y así comprender cabalmente la naturaleza de este acto.

[...] los antropólogos sociales podrían ser descritos como profesionales que intentan comprender las maneras en que otras personas crean sentido (incluidos los mundos sociales y simbólicos que esos formuladores de políticas habitan, y las consecuencias sociales y las implicaciones de su toma de decisiones).³¹⁷

³¹⁶ CASTRO, P. et al. Antropología de los procesos políticos y de poder. En *Alteridades*, (19), 38. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, 2009, pág. 109.

³¹⁷ SHORE, C. De la política pública: reflexiones sobre la "formulación" de las políticas. En *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, Núm. 10, enero-junio, Bogotá: Universidad de los Andes, 2010, pág. 35.

El análisis de la decisión como generadora de estabilidad a través de la resolución de conflictos es bastante útil y coherente para la tarea que abordamos. Si pretendemos construir un concepto de Derecho, que parte de la decisión y sus implicaciones, es necesario echar mano de la antropología jurídica para ilustrar el génesis de este fenómeno. En otras palabras, reducir la decisión a tan sólo aquella de naturaleza jurídica jamás será un buen inicio. Al igual que con el abordaje del concepto de Derecho, irrumpir con una definición sobre la decisión jurídica sería una estrategia estéril, por esta razón es necesario indicar un análisis previo sobre la naturaleza y el contexto de los procesos decisionales, por lo tanto, la antropología jurídica nos ofrece la herramienta idónea para este objetivo.

La razón principal para acudir a este tipo de análisis antropológico jurídico radica en que el estudio de los temas propios del Derecho adquirirá una mayor pureza si se comprende su origen, evolución y cómo el fenómeno jurídico los ha acoplado a su entramado interno, esto asegura una teoría del Derecho integral pero que no se diluye en otras áreas del conocimiento, es decir, realizar un estudio amplio y comparado de la teoría del Derecho no significa que se desnaturalice en fenómeno jurídico, al contrario, lo enriquece y dota de rigor.

Una antropología del derecho no tiene por qué limitarse a ser una subdisciplina que se ocupa únicamente de un reducido campo de fenómenos particulares -los estrictamente jurídicos- sino que se le podría comprender como un enfoque, a través del cual los estudiosos se acercan al análisis de la sociedad en su conjunto; es decir, que se usa el estudio de los fenómenos jurídicos -normas, instituciones, sanciones, procesos judiciales, mecanismos para crear y hacer efectivas las decisiones jurídicas y los universos simbólicos asociados a estas prácticas y estructuras- como un acercamiento específico al todo social.³¹⁸

Continuando con el estudio de la decisión, podemos decir que, independientemente de si el acto decisional es tomado por una persona (juez)

³¹⁸ KROTZ, P. *Antropología y derecho...*, 1988, *op. cit.*, pág. 8

o por un grupo (parlamento), ésta es la actuación que pone fin al conflicto, al menos desde un punto de vista organizacional (no sería correcto afirmar que toda decisión pone fin a un conflicto, es posible que aún con el pronunciamiento final de una autoridad competente, una de las partes –o las dos- sigan inconformes con la respuesta y el conflicto persista o se agrave). En este escenario pueden ocurrir dos situaciones metodológicas para explicar cómo se ha decidido: la primera es que la adopción de una determinada decisión se realice observando y ejecutando decisiones previas a conflictos similares, la segunda es que se trate de primeras decisiones, es decir, situaciones en las que no se tienen antecedentes que sirven como pautas para decidir.

En el primero de los escenarios (existencia de precedentes) estamos ante un conflicto que ha sido resuelto conforme a decisiones similares previas, por lo tanto, es apenas coherente que a conflictos similares se utilicen los criterios que en el pasado han servido para solucionar el enfrentamiento, estos criterios sirven como normas, es decir, “pautas de conducta que es preciso observar en la resolución de conflictos.”³¹⁹ Nótese que en este escenario el surgimiento de la norma, entendida como pauta para la resolución de conflictos, se da bajo un contexto totalmente práctico y funcional sumado a la condición de autoridad de quien toma la decisión, no es, por lo tanto, un ejercicio axiológico.

Ahora, en el segundo escenario, el de las primeras decisiones, nos encontramos ante la situación en la cual la comunidad no tiene antecedentes por lo que la decisión que pone fin al conflicto sería inédita y por lo tanto debe ser creada y esto implica que la norma irá sufriendo modificaciones en la medida que el conflicto mute. Un punto a destacar aquí es que, contrario a lo que ocurre en el primer escenario, en el campo de las primeras decisiones el criterio para su creación será la respuesta más razonable (por ejemplo, una

³¹⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 42; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 64.

decisión que no acuda al uso arbitrario de la fuerza, o una decisión que ponga en riesgo la estabilidad o supervivencia de la comunidad). Esta noción de lo razonable puede asociarse con la idea de lo justo, por lo que, en principio, sí habría un componente axiológico como elemento esencial.

Por lo anterior, se tiene que “siempre la creación de una norma implica la toma de una decisión”³²⁰ y dicha decisión tiene dos aristas, por un lado, tiene un carácter funcional, esto es, busca la resolución de un conflicto, y por otro, tiene un carácter orientador con base en su razonabilidad que la convierte en pauta o antecedente para resolver conflictos similares en el futuro. Decir que toda decisión genera una norma es equivalente a decir que toda norma proviene de una decisión.

La primera decisión tomada para resolver determinado conflicto es llamada decisión normativa en la Teoría Comunicacional; es la decisión génesis, original o primaria y se caracteriza porque crea efectivamente la norma o criterio general para resolver conflictos posteriores de similar naturaleza. Esta decisión normativa posee un perfilamiento general que contempla el conflicto a resolver (qué pasa si una persona mata a otra, qué pasa si una persona pretende tomar un bien que pertenece a otra, etc.) sin caer en particularidades. Ahora bien, ante un caso ya resuelto con anterioridad, a éste se le aplica la norma que se extrajo de la decisión normativa surgiendo así una segunda decisión denominada “resolutoria”. Esta decisión resolutoria no es otra que aquella que se ha tomado con base en una decisión previamente adoptada (normativa) y que resulta aplicable pues el conflicto es similar al que resolvió la primera y así sucesivamente.

Este mecanismo aparece en todo el ordenamiento jurídico, en todo Sistema del Derecho, a lo largo de la historia. Responde, puede decirse, a la naturaleza misma de las cosas sociales. Si no hubiese conflictos no habría necesidad de decidir criterios para resolverlos, y, en consecuencia, no habría necesidad del Derecho. El conflicto es el

³²⁰ *Ídem.*

punto de referencia central para entender por qué surge el Derecho y cuál es su función principal en relación con la sociedad.³²¹

La TCD parte, entonces, de asumir que toda norma es resultado de una decisión, por lo tanto, toda norma jurídica es resultado de una decisión jurídica. Esta asunción implica que no se puede concebir la existencia de una norma sin un creador que realice un acto de voluntad, una expresión de lo que se quiere con determinada decisión coincidiendo así con las llamadas teorías voluntaristas, que en la filosofía han tenido un desarrollo vasto y fecundo, en autores como Schopenhauer y Nietzsche, veamos más sobre ellas.

Las teorías voluntaristas tienen un corte idealista subjetivo consistente en negar la existencia de leyes objetivas de la naturaleza o entidades metafísicas, por lo que atribuyen cualquier valor decisivo primario a la voluntad humana (individual o colectivamente organizada). En la decisión, como se indicó antes, hay una manifestación de deseo, de querer, de un “yo quiero” que implica asumir una posición para ejecutar un acto tendiente a resolver un conflicto. Este aspecto subjetivo, el “yo quiero” de la decisión, ha nutrido la reflexión filosófica de pensadores como Arthur Schopenhauer en su obra *El mundo como representación y voluntad*. Si bien es cierto Schopenhauer admite que esa manifestación del querer del ser humano es irracional, situación que no se debatirá aquí, ella está presente en todas las acciones del individuo en tanto es él el que conoce lo que su cuerpo desea, esto es, la decisión es la expresión íntima de las sensaciones y pensamiento de una persona, poniendo así el acento en que voluntad, decisión y cuerpo es la esencia de toda actuación humana.

Por último, el conocimiento que tengo de mi voluntad, aunque inmediato, no puede dissociarse del de mi cuerpo. Yo no conozco mi voluntad en su conjunto, como una unidad, ni perfectamente conforme a su esencia, sino que únicamente la conozco en sus actos individuales, por tanto, en el tiempo, que es la forma del fenómeno de mi cuerpo, como lo es de todo objeto; por eso el cuerpo es la

³²¹ *Íbidem*, 1ª ed. 1998, pág. 43; 6ª ed. 2015, pág. 65.

condición del conocimiento de mi voluntad. A esta voluntad no puedo por consiguiente representármela sin mi cuerpo.³²²

Por lo anterior, si se pretende que el sujeto pueda acceder al conocimiento de la voluntad, esto sólo es posible a través del cuerpo (sensaciones y representaciones) en tanto todo acto genuino de voluntad es un acto manifiesto del cuerpo a través de signos, sonidos o actitudes, al respecto, Schopenhauer dice:

Así pues, el cuerpo en su integridad no ha de ser otra cosa que mi voluntad hecha visible, tiene que ser mi voluntad misma, en tanto que ésta es objeto intuitivo, una representación de primera clase. Para confirmar esto cabe aducir que cualquier incidencia sobre mi cuerpo también afecta simultáneamente e inmediatamente a mi voluntad, y en este sentido el placer o el dolor significa en un grado inferior sensación grata o ingrata, así como también a la inversa cualquier movimiento vehemente de la voluntad, o sea la pasión y el afecto, estremece al cuerpo y perturba el curso de sus funciones.³²³

Nietzsche, por su parte (tomando varias de las ideas de Schopenhauer), fundamenta su idea de que la esencia más profunda del ser es la voluntad de poder. Para este pensador alemán, la voluntad es un concepto íntimamente ligado a la vida misma y que se concreta en una acción encaminada a la consecución del poder. A diferencia de Schopenhauer, Nietzsche plantea que todo ejercicio de deseo y voluntad es innato a la existencia misma del ser humano, se quiere porque se vive; mientras que en Schopenhauer se desprende que se vive porque se quiere.

De esta manera, la motivación para la toma de decisiones es la voluntad que implica el estar vivo, ocupar un lugar en el tiempo y la conciencia de poder cambiar la realidad, mientras que en Schopenhauer la preferencia volitiva es metafísica. Toda decisión implica un acto de voluntad y este a su vez implica la elección de unos sentimientos sobre otros, este juego de sentimientos es un elemento esencial del acto volitivo que al final se decantará por un sentimiento

³²² SCHOPENHAUER, A. *El mundo como voluntad y representación*, tomo I. Madrid: Fondo de Cultura, 2003, pág. 187.

³²³ *Ídem*, pág. 190.

que se impone sobre los demás, hay una idea o pensamiento que manda, por lo tanto, pensamiento y voluntad son inseparables.

Finalmente, la decantación de sentimientos sucede por una estructura afectiva al acto mismo de poder decidir, en otras palabras, se decide porque hay tendencia a querer decidir en términos de mando y ello supone la conciencia de que se es superior sobre los demás, la conciencia de que se tiene autoridad y que el grupo que recibe la orden (decisión) obedecerá.

Seamos, pues, más cautos, seamos afilosóficos, digamos: en toda volición hay, en primer término, una pluralidad de sentimientos, a saber, el sentimiento del estado de que nos alejamos, el sentimiento del estado a que tendemos, el sentimiento de esos mismos alejarse y tender, y, además, un sentimiento muscular concomitante que, por una especie de hábito, entre en juego tan pronto como realizamos una volición, aunque no pongamos en movimiento brazos y piernas. Y así como hemos de admitir que el sentir, y desde luego un sentir múltiple, es un ingrediente de la voluntad, así debemos de admitir también, en segundo término, el pensar: en todo acto de voluntad hay un pensamiento que manda; - ¡y no se crea que es posible separar ese pensamiento de la volición, como si entonces ya sólo quedase voluntad! En tercer término, la voluntad no es sólo un complejo de sentir y pensar, sino sobre todo afecto y, desde luego, el mencionado afecto del mando. Lo que se llama "libertad de la voluntad" es esencialmente el afecto de superioridad con respecto a quien tiene que obedecer: "yo soy libre, él tiene que obedecer", en toda voluntad se esconde esa consciencia, y asimismo aquella tensión de la atención. Aquella mirada derecha que se fija exclusivamente en una sola cosa, aquella valoración incondicional "ahora se necesita esto y no otra cosa", aquella interna certidumbre de que se nos obedecerá, y todo lo demás que forma parte del estado propio del que manda.³²⁴

ORD, autoridad y voluntad

En el Derecho las teorías voluntaristas explican su surgimiento como el resultado de una voluntad, por lo general humana. Esta postura va en contra de aquellas voces que sostienen, por ejemplo, que el Derecho se encuentra en la naturaleza, la historia o alguna deidad en tanto hablar de voluntad en estas figuras es, por lo menos, irresponsable y epistemológicamente absurdo

³²⁴ NIETZSCHE, F. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Alianza, 1972, pág. 39-40.

(cómo establecer la voluntad de la naturaleza, dónde encontrarla, cómo estructurarla y verificarla aparece como una tarea fútil).

El conocimiento científico del derecho positivo no puede fundar su validez en un derecho establecido por la voluntad de Dios o en la naturaleza. La suposición de la existencia de un ser trascendente, más allá de la experiencia posible, es incompatible con el conocimiento científico general y con el conocimiento jurídico en particular. Aun ordenamiento jurídico positivo (...) no le puede ser negada su validez porque no concuerda con un orden jurídico superior establecido por una supuesta autoridad divina.³²⁵

La Teoría Comunicacional se centra en el concepto de autoridad, para establecer que en el seno del Derecho es dicha autoridad la que puede tomar y genera la decisión. De esta manera, la autoridad es quien decide, es la que tiene el poder para tomar, transmitir y ejecutar la decisión, en otras palabras, la autoridad genera la norma. Desde el escenario jurídico se presentan autoridades jurídicas: el legislador y el juez, autoridades que lo son porque una norma así lo ha establecido bajo la forma de autorización. Sobre este problema que parecería crear un círculo vicioso, se han gestado teorías, como la de Kelsen y su norma fundamental.

Respecto del orden del Ordenamiento Jurídico, la Teoría Comunicacional, para evitar un círculo vicioso, acude a la analogía de la estructura escalonada. La estructura del Derecho no es plana (no se trata de un modelo autoridad-decisión-norma-autoridad y empezar de vuelta) es jerárquica en tanto la jerarquía de las órdenes depende de la jerarquía de la autoridad que la emite. Este modelo jerárquico es el que ocurre en el Derecho: "la norma de jerarquía superior se impone sobre la norma de jerarquía inferior."³²⁶ Esta posición concuerda con la doctrina de la construcción escalonada del sistema jurídico, en la cual éste es concebido como un sistema genético de normas de Derecho que van concretándose gradualmente desde

³²⁵ BASTIDA, X. El silencio del emperador: un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, pág. 67.

³²⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 46; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 69.

la Constitución pasando por la ley, los decretos y las decisiones administrativas individuales. Este modelo es atribuido en su fase inicial a autores como Merkl y Bierling, pero es más conocida por ser perfeccionada en la obra de Kelsen. Sobre este modelo Heinz Mayer dice:

Quien observa un orden jurídico se ve confrontado con una multiplicidad de disposiciones. Un análisis estructural posibilita primeramente dos puntos de vista: se pueden entender las disposiciones según su contenido o también conforma al criterio de su producción. La comparación de contenido jurídico y clase de producción nos indica que los contenidos jurídicos son inagotables; por el contrario, el tipo de producción de disposiciones jurídicas es esencialmente menos variado.³²⁷

Si se tiene en cuenta, como se ha sostenido antes, que toda decisión es el acto creador de la norma debe entenderse también que este acto es de voluntad en tanto transmite lo que el creador quiere que ocurra por medio del lenguaje. Estamos entonces ante la presencia de un acto de habla, una expresión comunicacional exteriorizada por medio de un signo (oral, escrito, mímico, etc.), así, toda decisión en el Derecho (decisión jurídica) es un acto de habla que se convierten en normas. Pero cabe convenir lo siguiente, si la norma es el resultado de un acto de habla (frase o expresión lingüística) no toda proposición debe considerarse como una norma, por ejemplo, una opinión. Por lo tanto, para que una expresión pueda ser concebida como norma, aparte de ser emitida por una autoridad competente y contener una voluntad, debe estar orientada a moldear, conducir u ordenar la acción humana, en palabras de Raz: “El Derecho pretende proporcionar el marco general para la conducción de todos los aspectos de la vida social y se sitúa a sí mismo como el guardián supremo de la sociedad.”³²⁸

Los sistemas jurídicos son complejos (por lo menos los de la actualidad) debido a la existencia de un entramado de autoridades, decisiones e

³²⁷ MAYER, H. La teoría de la construcción jurídica escalonada. En WALTER, R. (ed.) *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 64.

³²⁸ RAZ, J. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 179.

instituciones que operan como una red. Para descifrar cómo funciona este entramado se necesita un análisis detallado que permita dar cuenta de las conexiones entre los diferentes elementos. Así las cosas, el Ordenamiento Jurídico comprende una totalidad unitaria denominada Derecho que está integrada por distintos elementos conectados entre sí. Es común que al ordenamiento jurídico se le llame también sistema jurídico, pero como veremos a continuación, esto es, desde la Teoría Comunicacional, un error.

Inicialmente, ordenamiento jurídico –ORD– y sistema jurídico –SIS– son tratados, en muchas teorías y por muchos juristas, como términos sinónimos. Decir ordenamiento jurídico y luego sistema jurídico en el mismo sentido, incluso en el mismo discurso o conversación, es tan común que no se detiene a analizar siquiera la existencia de alguna diferencia. Pero para la TCD existe diferencia, de hecho, es uno de los pilares de su constitución. Brevemente se dirá que el SIS es una especie de ordenamiento elaborado o concluido, esto es, un ordenamiento que se ha ordenado, valga la redundancia, que se ha arreglado o sistematizado para ser más comprensible. El SIS es entonces el resultado de acomodar el ORD; es decir, el texto en bruto o inacabado que está compuesto por las expresiones decisionales de una autoridad (como el legislador, por ejemplo), dicho ordenamiento “es tal y como sale de la boca del legislador.”³²⁹ Entonces, si el ordenamiento contiene la voluntad por medio de las decisiones de las autoridades, Tanto ORD como SIS son textos:

[...] el sistema es ese mismo texto ordenado de tal manera que no presente imperfecciones. El sistema es el texto que resulta de ordenar “científicamente” el texto del ordenamiento, que por necesidad es algo desordenado (por lo menos, no completamente ordenado).³³⁰

El Derecho se presenta como realidad a través de los ordenamientos (en tanto cada país o institución tendrá uno propio), pero la noción de

³²⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 48; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 71.

³³⁰ *Ídem.*

ordenamiento siempre será una sola bajo el supuesto de que éste es el resultado de las decisiones de las autoridades. A su vez, estas decisiones que conforman el ORD no son elementos aislados, sino que pertenecen a él. Por lo tanto, es correcto afirmar que en un primer momento el Derecho se nos presenta en forma de ordenamiento como concepto central de todo estudio jurídico, así, hablar del ordenamiento jurídico argentino es hablar del Derecho argentino. Se concluye entonces que cuando utilizamos la expresión ordenamiento jurídico nos referimos a una generalidad, a un todo totalizador, a un conjunto que da sentido a las partes que lo componen y que no pueden ser entendidas como entidades aisladas e independientes (normas, decisiones, autoridades). De esta manera, tanto ordenamiento jurídico como sistema jurídico son elementos centrales de la TCD y sin su diferenciación no sería posible comprenderla.

Dicho lo anterior, debe indicarse que toda realidad jurídica adquiere sentido a la luz del ordenamiento, es decir, es imposible la existencia de normas y decisiones jurídicas sin su referencia y pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico. Esta reflexión inicial es fundamental en la TCD y la razón es la siguiente: tradicionalmente, la doctrina suele usar analogías para explicar cómo se abordan los problemas jurídicos a partir de una entidad de referencia (en nuestro caso, la denominamos ordenamiento), estas analogías coinciden en presentar como común denominador de esta entidad la concepción de un conjunto de elementos entrelazados haciendo uso de imágenes como un organismo biológico, un árbol lógico o una pirámide. Más allá de estos intentos explicativos, rara vez se ha acudido al estudio del Derecho a partir del concepto de ordenamiento toda vez que los principales esfuerzos han estado centrados en una actitud reduccionista y simplista que equiparan el fenómeno jurídico a su expresión más pequeña: la norma jurídica, olvidando así el punto de partida; en otras palabras, se estudia el efecto y no la causa.

El pensamiento jurídico se ha solido centrar en alguno de los elementos del Derecho, haciendo de la teoría del Derecho, por ejemplo, una teoría de la norma o de la institución. Pero rara vez se ha hecho el análisis del Derecho desde el concepto de ordenamiento. La teoría del Derecho ha estado obsesionada por descubrir el misterio de lo jurídico en una realidad sencilla, en una realidad elemental, olvidando que el punto de partida y el concepto permanente en el Derecho es el del todo, el del conjunto, el ordenamiento jurídico.³³¹

La propuesta epistemológica de la TCD cobra vida bajo la premisa anterior. Al perder de vista el todo no puede alcanzarse la verdad en tanto ésta yace en la comprensión de aquel. Es imposible pretender realizar un análisis de lo particular (la norma o la institución) sin el marco general, por lo que el Derecho debe contemplarse como una totalidad que está expresada en el ordenamiento. Por lo tanto, para una comprensión adecuada de la Teoría Comunicacional se deben dejar claras y bien fijadas dos premisas iniciales:

1. Existe un concepto de referencia constante que es el ordenamiento jurídico (ORD) que contempla las decisiones emitidas por la autoridad, se trata de un texto en bruto que no siempre está ordenado. Por lo tanto, toda teoría del Derecho es, por necesidad, una teoría del ordenamiento jurídico (o del sistema, como se explicará más adelante).

2. El ordenamiento jurídico es una realidad compleja entendida como un entramado de elementos interconectados. Estos elementos constituyen las unidades del Derecho, por lo tanto, toda teoría del Derecho debe buscar e identificar cuál es la unidad básica y cómo opera.

Al formular las anteriores proposiciones que contempla la TCD, el análisis conlleva a preguntarse cuál es la unidad básica o elemental del ordenamiento jurídico cuál es la célula o el átomo del Derecho. Este elemento básico debe tener una característica, debe ser omnipresente debido a que su ausencia no permite dar cuenta del concepto de ordenamiento, es decir, no permite una explicación en conjunto del Derecho. La TCD ubica varios

³³¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 51-52; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 75.

conceptos clave en esta tarea, ya que para la comprensión de la realidad jurídica se necesitan los conceptos de decisión, norma, acción, institución y relación.

Respecto de la norma como unidad básica del ordenamiento, la Escuela de Viena (H. Kelsen, A. Merkl y A. Verdross, entre otros) es el ejemplo más ilustrativo. La idea de que todo en el Derecho se traduce y concreta en normas conlleva a concluir que lo normativo agota lo jurídico. Ya en el *Hauptprobleme* de Kelsen, éste concibe la norma como “un juicio hipotético que concreta un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica por medio de un nexo de deber o deber-ser”³³². Similar postura, aunque con una tonalidad más moderada, es encontrada en la obra de Hart, por lo que se puede calificar a los autores de este modelo como normativistas. Respecto de la Escuela o Círculo de Viena se puede indicar que:

Entre 1915 y 1925 se gesta el pensamiento filosófico-científico y anti metafísico vienés – conocido como Escuela de Viena y posteriormente (hacia 1930) consolidado como “El Círculo de Viena”-, de gran influencia en la constitución epistemológica de la “nueva ciencia” europea. Estos son precisamente los años de formación y de elaboración de la “teoría pura del derecho” de H. Kelsen.

Por entonces nuevos lógicos y matemáticos, entre los cuales hay que contar a Hilbert, Ackermann, Church, Gödel, Tarsky, von Neumann y muchos otros, continúan sus investigaciones en este ámbito del pensamiento con enorme repercusión en toda la cultura filosófica europea y anglosajona.

Muchas de estas discusiones, como se ha dicho, tienen como escenario a Viena, en cuya Universidad, casualmente, se forman y enseñan varios de ellos. Kelsen no debió permanecer ajeno a estas preocupaciones. Algunas de sus obras fundamentales aparecen por esos años. Probablemente, a propósito de estos problemas, él debió concebir su proyecto de realizar en el campo jurídico la misma revolución que se estaba gestando en las ciencias estrictamente formales. Hasta entonces la ciencia jurídica estaba impregnada de conceptos y creencias que la confundían y la hacían depender de la sociología, del naturalismo, de la psicología, de la ética, de la religión y de la metafísica. Así las cosas, no había posibilidad alguna de

³³² ROBLES, G. *Hans Kelsen. Vida y obra*, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 39.

constituir una ciencia rigurosa, autónoma y auto consistente, es decir, estrictamente formal, al modo como -salvando todas las distancias, naturalmente- se estaba haciendo en lógica y en matemática.³³³

Los que conciben a la institución como unidad básica del ordenamiento parten de la idea según la cual es imposible un análisis del derecho si se concibe a la norma como unidad autosuficiente, por lo tanto, un verdadero análisis implicaría una operación integral y sistemática en tanto las normas jurídicas “no viven solas, desconectadas entre sí, sino formando parte de grupos articulados en torno a una idea organizativa común.”³³⁴ Esta postura de corte institucionalista ha sido expuesta por autores como Hauriou y Romano, entre otros.

Acudiendo a la obra de Santi Romano, se establece que el Derecho es un fenómeno que no está formado únicamente por la totalidad de las normas que tienen un carácter, además, de aplicación general y objetiva. Por el contrario, el derecho es una entidad superior que resulta de un proceso de abstracción y unificación de conciencias individuales de los integrantes de una sociedad; de esta manera el Derecho no es sólo normas, cuenta también con otros elementos como la misma sociedad, la necesidad de orden y de estabilidad, algo que, sin duda, implica abandonar la posición normativista reduccionista³³⁵, de esta manera:

Lo que quiere resaltar Romano con esta argumentación, es que lo importante no es la objetividad de la norma, pues ésta no es más que un reflejo de la objetividad propia del ente superior del que emana. Este ente es el Derecho mismo, que trasciende y se realza sobre los propios individuos, y las valoraciones que en virtud de este Derecho se realicen no tienen por qué coincidir con las que resulten de la

³³³ COFRÉ-LAGOS, J. Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena. En *Revista de Derecho*, Vol. VI, N°6, junio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 1995, pág. 32.

³³⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 56; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 79.

³³⁵ Cfr. ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos: Madrid, 1963, pág. 111-113.

valoración de las normas concretas, llevada a cabo por conciencias individuales.³³⁶

Finalmente, aquellos que adoptan el concepto de relación como elemento básico, parten de asumir que cuando se habla de Derecho se abordan relaciones humanas, el acuerdo entre partes que genera transformaciones de la realidad (un contrato, por ejemplo). De esta manera, lo único que efectivamente existe en el Derecho es la relación entre individuos y de esto debe ocuparse.

Existencia y reconocimiento del ORD

Pese al número de elementos básicos que la TCD enuncia, la pregunta fundamental respecto del ordenamiento recae en saber cuándo se está ante la presencia de uno, o lo que es similar, cuándo puede decirse que ha surgido el ordenamiento. En este apartado la obra de Robles acude a responder con la fórmula según la cual se está ante un nuevo ordenamiento cuando en una comunidad se determina quién es el que tiene el poder de decidir, esto es, quién manda u ordena pues a partir de ese momento se desborda en desarrollo el ordenamiento.

Al establecerse quién manda u ordena se genera la constitución del ordenamiento por lo que éste aparece cuando se crea una nueva constitución cuyo contenido mínimo es el poder que tiene una autoridad sobre los demás, valga recordar que este poder es supremo y no debe estar condicionado a otro “superior”. A esta decisión se la denomina decisión constituyente y crea la norma constitucional: “que no es otra cosa que una norma, es decir, una expresión lingüística, una frase, un acto de habla, cuyo contenido de significado no es otro que determinar quién manda (jurídicamente hablando) en esa sociedad concreta.”³³⁷ Finalmente, dicha norma constitucional creada

³³⁶ GARCÍA, C. La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 2. La Coruña: Universidad de la Coruña, 1998, pág. 288.

³³⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 58; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 81.

por la decisión constituyente crea la institución constitucional, como por ejemplo la forma de gobierno. Visto lo anterior, encontramos tres momentos fundacionales básicos del ordenamiento: la decisión, la norma y la institución.

Respecto del concepto de relación jurídica, la TCD se permite prescindir de él como elemento fundacional pues, pese a que es importante desde el punto de vista analítico, no es determinante como punto de partida en tanto existen sectores del Derecho en dónde su presencia no es fuerte.

Finalmente, el ordenamiento jurídico tiene un carácter perspectivista ya que contempla el fenómeno jurídico desde una especial perspectiva: la comunicación. De la misma manera, los textos que componen el Derecho tienen una “perspectiva textual.”³³⁸ Por lo tanto, todo ordenamiento jurídico se construye sobre una perspectiva desde la cual se contempla y se enjuicia el mundo jurídico. Siendo el texto jurídico esencialmente regulativo o prescriptivo con una función organizadora a través de la regulación de aspectos sociales de la conducta, su función pragmática comprende a la vez una regulación de sí mismo (generando sus propios elementos en una actitud autopoietica) y de las relaciones con otros ordenamientos.

La TCD indica también que el Derecho es el nombre que con el que se designa una pluralidad de ordenamientos jurídicos, los que han existido, existen y existirán; por lo anterior debe aceptarse que existe una pluralidad de sistemas jurídicos. De lo anterior surge la necesidad de establecer las relaciones entre ordenamientos (intraordinamentales) y entre sistemas (intrasistémicas). La tesis pluralista que plantea la TCD, hace de los ordenamientos algo similar en el campo del Derecho, análogamente como son las lenguas en el lenguaje.

Existen, sin embargo, diferentes tipos de ordenamientos dependiendo de tres criterios: i) la génesis fáctica: necesidad de preexistencia de un ordenamiento para el surgimiento de otro); ii) la necesidad: algunos

³³⁸ *Ídem*, 3ª ed. 2010, pág. 757; 6ª ed. 2015, pág. 721.

ordenamientos con necesarios, es decir, indispensables para la convivencia humana, y los contingentes, menores en relevancia; y iii) la validez: ordenamientos que derivan su validez de otros (dependientes), mientras que existen ordenamientos que poseen autonomía y no dependen de otros ordenamientos (independientes), en el caso del Derecho, en terminología del Luhmann, es independiente o autopoietico.

Además, todo ordenamiento constituye una perspectiva o toma de postura, es decir el ordenamiento jurídico es perspectivista al igual que los textos que lo componen (perspectivismo textual, tema del que se hablará en el capítulo IV). Cuando se afirma que el ordenamiento es perspectivista se quiere indicar que éste “constituye una perspectiva desde la cual se contempla y enjuicia el mundo jurídico.”³³⁹ Sumado a ello el ordenamiento es de carácter autopoietico, tiene también autonomía externa, es decir, no sólo se regula al interior sino en sus relaciones con otros ordenamientos (externas), y, finalmente, todo ordenamiento conlleva una perspectiva interna y externa aunque a veces no se logran identificar claramente, por esta razón el sistema hace explícito lo que no lo es, por tal razón existe una perspectiva sistémica que es la que hace el contenido explícito, este papel lo realiza la dogmática jurídica (que se verá en el capítulo III).

Ahora bien, las relaciones entre ordenamientos y sistemas son relaciones textuales (intertextualidad), pudiendo darse dentro del mismo (intratextuales) texto o entre varios (intertextuales)

El Derecho como Texto en la TCD: Una aproximación Inicial

Se ha explicado en los párrafos anteriores la idea de que el Derecho ha surgido como una manera de resolver los conflictos y que su evolución lo ha llevado a que también se convierta en la forma en la que una sociedad se organiza, esto es, establece quién manda, los procedimientos para mandar, la

³³⁹ *Ídem.*

distribución de bienes y cómo éstos se adquieren, transfieren o administran; de igual manera, esta organización indica qué ocurre cuando no se cumplen las normas que surgen por la decisión de una autoridad, por lo tanto, puede decirse que el Derecho “es la forma más relevante de organización social que sirve para resolver los conflictos e implantar la paz.”³⁴⁰ Ahora, si bien es cierto no se puede asegurar un cumplimiento total de las normas o un sometimiento pleno de toda la comunidad, basta con decir que se requiere al menos una constatación general del cumplimiento de éstas o al menos de los asuntos más relevantes para el Derecho. Una desorganización que no garantice la resolución de los conflictos más destacados de una comunidad conllevaría a una anarquía; el Derecho entonces busca imponer el poder a través de las decisiones tomadas por éste.

Expuesto lo anterior, puede concluirse que para que exista el Derecho debe hablarse, en primer lugar, de la existencia de una comunidad organizada gracias a él, donde hay sociedad hay Derecho. Pero no es menos cierto que la base para que exista la sociedad es el lenguaje, entonces, dónde hay sociedad hay lenguaje. Por lo tanto, donde hay Derecho necesariamente habrá lenguaje. Profundicemos un poco sobre este punto.

El lenguaje es una práctica social, la más elemental de todas se podría decir, y esto significa que está presente en el desarrollo del ser humano desde su surgimiento. La sociedad actual ha alcanzado un grado de desarrollo asombroso y no hubiese podido ser así sin el lenguaje como costura de todos los asuntos que son objeto del conocimiento y su aplicación en la vida humana. La importancia del lenguaje se evidencia también en el vasto universo de análisis que sobre su naturaleza, función y efectos se han realizado. Sobre el lenguaje no sólo nos interesa su origen, abordado por la antropología, también nos inquieta el papel de este en las relaciones sociales (sociología), su estructura como elemento clarificador y transmisor del conocimiento (filosofía),

³⁴⁰ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 65; 6ª ed. 2015, pág. 89.

su relación con los fenómenos de la mente y la intención comunicativa (psicología), su relación con los fenómenos de comprensión entre el mensaje y el receptor (hermenéutica) y desde luego su composición y estructura (lingüística). Un panorama que permite ilustrar lo anterior es esbozado por Van Dijk:

La Lingüística hizo énfasis en que el estudio del lenguaje no puede estar limitado a la gramática, ni a la descripción de las estructuras abstractas de las palabras y las oraciones: Las gramáticas fueron entonces ampliadas para explicar también la coherencia y otras relaciones entre las oraciones y para explicar textos completos.

La sociolingüística se enfocó en el uso real del lenguaje y, por consiguiente, en las condiciones sociales, variaciones y funciones del habla. La pragmática mostró que las producciones verbales también deberían ser explicadas en términos de los actos de habla y las formas en que dichos actos son más o menos apropiados en una situación determinada.

Al mismo tiempo, la Sociología comenzó a enfocarse más y más en el micro nivel del orden social; es decir en la interacción en general y en la conversación en particular. En primera instancia centró su atención en el habla informal cotidiana para luego hacerlo en los diálogos institucionales.

Además de los estudios literarios y de la semiótica, la Antropología fue tal vez la primera disciplina que se dedicó sistemáticamente al estudio del discurso. Primero con Propp y después con Lévi-Strauss y muchos otros, específicamente en el análisis estructural de los mitos y cuentos populares. Posteriormente, a mediados de la década del sesenta, se concentró en el estudio de los eventos comunicativos en términos más generales, en lo que ahora se denomina Etnografía de la comunicación.

De manera similar, expertos en psicología cognitiva pronto comenzaron a darse cuenta de que los procesos mentales involucrados en la producción y comprensión del lenguaje no estaban limitados a las palabras y las oraciones y necesitaban una explicación de las formas estratégicas en las que los discursos completos son procesados por los usuarios de la lengua. Debido especialmente a las muchas aplicaciones de las teorías cognitivas de uso de la lengua y del discurso, por ejemplo, en la educación y en los medios, dichos avances fueron cruciales: el aprendizaje en el salón de clase y a partir de libros de texto, así como la influencia de

los medios de comunicación, obviamente son procesos que están basados en el texto y el habla.³⁴¹

Por lo anterior, una aproximación inicial a la importancia del lenguaje, sobre todo en la TCD dada su naturaleza y método (que recordemos, no busca abordar un concepto de entrada y sin análisis de sus usos y orígenes), implica su relación con otras áreas del conocimiento para, posteriormente, aterrizarlo en el campo jurídico. Esto es así porque no se compadece con la obra de Robles un acercamiento únicamente desde la perspectiva lingüística (que estudia al lenguaje en sí mismo), sino que se requiere un abordaje del lenguaje que lo ubique como un resultado social que justifica su existencia en prácticas y tradiciones, en otras palabras, se debe echar mano de las herramientas que la sociología, la antropología y la filosofía ofrezcan a la hora de una comprensión integral de un concepto vital para la TCD como el lenguaje.

Lo que a la sociología le interesa en el lenguaje es su palmaria condición de realidad social, no sus aspectos propiamente lingüísticos ni su relevancia para la psicología. No obstante, este interés, me temo que la sociología no ha prestado suficiente atención al lenguaje, no sólo desde el punto de vista de su análisis específico (del que se ocupa la sociología del lenguaje), sino ni siquiera desde su consideración general como uno de los componentes básicos de la realidad social. Es claro que el mundo social está lingüísticamente mediado, y no falta quien dice que en buena medida es lenguaje: de aquí la necesidad de subrayar que el animal humano, en tanto que *zoon politikon*, es por ello mismo animal ladino, o locuaz; por lo que el lenguaje y su uso deben encontrar en la teoría sociológica la atención que sin duda requieren.³⁴²

Usando este abordaje sociológico como ejemplo, vemos las reflexiones sobre cuestiones relacionadas con la relación entre la lengua y el mundo, colocando el acento en un aspecto más particular como es la lengua y las visiones del mundo, lo que implica reconocer que el lenguaje como práctica

³⁴¹ 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, pág. 5-6.

³⁴² 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, pág. 33.

social es un manto variopinto que ofrece fenómenos interesantes: la incompletitud de los individuos a la hora de ofrecer un esquema lingüístico capaz de dar cuenta de todos los fenómenos de la realidad, las diferentes formas y funciones del lenguaje de acuerdo a la organización social o la transparencia del lenguaje entendida como la reflexión acerca de por qué un mismo enunciado puede ser recibido o interpretado de forma distinta por la comunidad.

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, entonces, 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.³⁴³

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:

³⁴³ MOSCOVICI, S. *Psicología Social I*. Barcelona: Paidós, 1984, pág. 38.

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.³⁴⁴

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.”³⁴⁵ 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

³⁴⁴ BELTRÁN, M. *Sobre el lenguaje...*, 1990, *op. cit.*, pág. 34.

³⁴⁵ VAN DIJK, T. *Discurso y dominación...*, 2004, *op. cit.*, pág. 8.

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.³⁴⁶

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, ya que 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.³⁴⁷

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

³⁴⁶ *Ídem*, pág. 9.

³⁴⁷ 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, pág. 27.

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.

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.³⁴⁸

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:

³⁴⁸ *Ídem*, pág. 67.

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.³⁴⁹

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.”³⁵⁰ 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

³⁴⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 66; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 90.

³⁵⁰ 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, pág. 127.

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.”³⁵¹

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.”³⁵²

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

³⁵¹ MEJÍA, O. Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho. Bogotá: Temis, 2005, pág. 186.

³⁵² LUHMANN, N. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, pág. 236.

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.”³⁵³

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.

³⁵³ MEJÍA, O. *Teoría política...*, 2005, *op. cit.*, pág. 187.

1. 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.³⁵⁴

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), 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

³⁵⁴ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 2002, pág. 179.

lo que experimentamos como incuestionable; para nosotros, todo estado de cosas es aproblemático hasta nuevo aviso.³⁵⁵

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.

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 geostacionaria 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

³⁵⁵ SCHUTZ, A. y LUCKMANN, T. *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu, 1977, pág. 25.

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.³⁵⁶

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.³⁵⁷ 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.”³⁵⁸

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

³⁵⁶ 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, pág. 172.

³⁵⁷ 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).

³⁵⁸ MEJÍA, O. *Teoría política...*, 2005, *op. cit.*, pág. 241.

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 'cognitivista'. 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.³⁵⁹

2. *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

³⁵⁹ WELLMER, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Barcelona: Anthropos, 1994, pág. 36-37.

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 lingüistización.”³⁶⁰ 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.³⁶¹

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. Sobre este punto

³⁶⁰ DEMMERLING, C. *Sprache und Verdinglichung*, Frankfurt Am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, pág. 127.

³⁶¹ SIERRA, W. Cosificación: avatares de una categoría crítica. En *Revista de Filosofía Sophia*, N° 1. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2007, pág. 7.

Nietzsche³⁶² 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 mí 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.³⁶³

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?³⁶⁴

Nietzsche permite construir un panorama del lenguaje como ejercicio de poder, que también es ilustrado por Foucault cuando explica que aquellos

³⁶² Ver: NIETZSCHE, F. *La voluntad de Poder*. Buenos Aires: Aguilar.

³⁶³ NIETZSCHE, F. *El Anticristo*. Madrid: Alianza, pág. 30.

³⁶⁴ ZENGOTITA, A. Nietzsche: El poder táctico del lenguaje. *En Praxis Filosófica*, N° 47, julio-diciembre. Cali: Universidad del Valle, 2018, pág. 102.

que poseen las estructuras del discurso eran también los poseedores de la riqueza y el poder., en palabras de Foucault:

Para Nietzsche la invención —*Erfindung*— es, por una parte, una ruptura y por otra algo que posee un comienzo pequeño, bajo, mezquino, inconfesable. Este es el punto crucial de la *Erfindung*. Fue debido a oscuras relaciones de poder que se inventó la poesía. Igualmente, fue debido a oscuras relaciones de poder que se inventó la religión. Villanía, por tanto, de todos estos comienzos cuando se los opone a la solemnidad del origen tal como es visto por los filósofos. El historiador no debe temer a las mezquindades pues fue de mezquindad en mezquindad, de pequeñez en pequeñez, que finalmente se formaron las grandes cosas. A la solemnidad de origen es necesario oponer, siguiendo un buen método histórico, la pequeñez meticulosa e inconfesable de esas fabricaciones e invenciones.³⁶⁵

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, 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.³⁶⁶

³⁶⁵ FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa: 1996, pág. 14.

³⁶⁶ DEMMERLING, C. *Sprache und...*, 1994, *op. cit.*, pág. 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 incompreensión. 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.³⁶⁷

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.

³⁶⁷ ROSS, A. *Tú-Tú*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, pág. 16.

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.

3. 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.³⁶⁸

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

³⁶⁸ CARONI, P. *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson, 2012, pág. 175-176.

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.³⁶⁹

La codificación, según el mismo Bulygin,³⁷⁰ 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.³⁷¹

La positivización a través de la codificación constituye una herramienta poderosa del Derecho para la obtención de legitimidad a través de la

³⁶⁹ BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México DF: Distribuciones Fontamara, 2006, pág. 68

³⁷⁰ *Ídem*, pág. 69 y ss.

³⁷¹ Ver: DWORKIN, R. No Right Answer. En HACKER, P. et al. (eds.). *Law, Morality and Society, Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, pág. 51y ss.

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*”³⁷² 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.

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,

³⁷² 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”.

que no puede separarse de ella, a ella se refiere y no puede comprenderse sin tenerla en cuenta.³⁷³

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,

³⁷³ CARONI, P. *Escritos...*, 2012, *op. cit.* pág. xiii.

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.³⁷⁴

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.

Derecho, texto y escritura

La Teoría Comunicacional, como se ha indicado en numerosas ocasiones, penetra la vida privada, convirtiéndose en el sistema de comunicación más relevante, pues gracias a él se estructuran nuestras relaciones sociales con base en aquello que está permitido y aquello que genera una sanción en caso de ser realizado, lo anterior independientemente de nuestras valoraciones o prácticas. Si se asume que el Derecho es un sistema de comunicación, se desprende que es lenguaje, por lo tanto “el único modo de expresión del Derecho es el lenguaje.”³⁷⁵ Por lo anterior, Robles insiste en varios espacios de su obra que la TCD es concebida como un análisis del lenguaje de los juristas (de hecho, este es otra forma de nombrarla). De esta manera una Teoría del Derecho es un análisis del lenguaje que usan los juristas en tanto se trata de un sistema de comunicación.

La concepción comunicacional de una Teoría del Derecho, según Robles, parte de asumir que el fenómeno jurídico aparece en la vida (el mundo de la vida) como un sistema de comunicación entre las personas que busca organizar la convivencia social. Este sistema utiliza las palabras para expresar deseos y órdenes de una autoridad y que apuntan a ese objetivo estabilizador por lo que todos los elementos que conforman el Derecho son verbalizables, de esta manera, se asume que el Derecho se concreta y manifiesta a través

³⁷⁴ *Ídem*, pág. 184.

³⁷⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 65-66; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 90.

del lenguaje. Cuando el legislador o el juez promulgan una decisión lo hacen a través de palabras, de la misma manera que en la celebración de un contrato las partes expresan palabras para manifestar su voluntad; también están los signos, que en ausencia de palabras indican que determinada acción debe ser realizada u omitida (un semáforo, por ejemplo). Al final, el Derecho se trata de, como escribiría Shakespeare en Hamlet ante la pregunta de Polonius ¿Qué estáis leyendo señor? Palabras, palabras y palabras.

La verbalización de la que habla la TCD genera el lenguaje como un elemento conceptualizador de la realidad a través de procesos neurológicos condicionados de forma externa por la cultura y que están sujetos a evolución e interpretación. De esta manera, el lenguaje no es una creación arbitraria sino una estructura ordenada y encaminada a la transmisión de mensajes con una intención previa (esencia comunicacional):

[...] el lenguaje humano es un producto de verbalización –o, más técnicamente, de conceptualización– de la realidad que se regula con los mismos sistemas neurológicos que el resto de procesos cognoscitivos y que está influido por la propia conciencia corporal y por la presión cultural del entorno conduce necesariamente a la tesis de que las lenguas son sistemas semióticos subjetivos y dinámicos que están cambiando todo el tiempo, puesto que las motivaciones comunicativas de los hablantes son intrínsecamente mudables. Desde un punto de vista cognitivo, pues, es imposible concebir las lenguas naturales como códigos arbitrarios o atemporales; toda estructura gramatical, unidad léxica o configuración semántica será siempre el producto de una intención comunicativa previa que le da forma y que la necesita, por lo que las lenguas evolucionarán permanentemente al ritmo en que evolucionen las necesidades expresivas de los hablantes.³⁷⁶

Si se conviene que el Derecho es verbalizable se asume que puede ponerse por escrito, por lo que es texto, en otras palabras, un ordenamiento jurídico (ORD) es un gran texto unitario compuesto por textos parciales (leyes, decretos, sentencias, actos administrativos, etc.). Pero una precisión debe

³⁷⁶ FERNÁNDEZ, J. aspectos cognitivos y constructivos de la evolución semántica del verbo tocar. En. *Anuari de filologia. Estudis de lingüística*, núm. 4. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2014, pág. 94.

observarse, al sostener que el Derecho es lenguaje, la TCD advertía que no se trata de una posición “ontológica fuerte”³⁷⁷, rótulo que abandona al sostener simplemente que la esencia del Derecho no es el lenguaje, de ser así, los abogados deberían también ser expertos, aparte del conocimiento jurídico, en lingüística. Algo similar plantea Ronald Dworkin respecto de la formación filosófica en el Derecho en su texto *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?* Dworkin conviene en que no se necesita que el juez (para nuestro caso, el abogado) sea filósofo, la razón estriba en que la Filosofía y el Derecho son áreas del conocimiento con objeto de estudio diferentes, además lo que hace un filósofo es distinto de lo que hace el abogado, al respecto, Dworkin dice:

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. No podrían, por supuesto, simplemente buscar las respuestas a los problemas filosóficos que aparecen en algunos manuales o en el estado del arte, porque los filósofos discrepan radicalmente sobre las mejores teorías de la responsabilidad, el nexo causal, lo que significa ser “persona” [*personhood*], la igualdad y la libertad de expresión, y sobre si “dejar morir” es lo mismo que “matar”. Pero eso difícilmente justifica que los jueces ignoren lo que han escrito los filósofos: sería insultante, tanto para los jueces como para los filósofos, asumir que los primeros no se podrían beneficiar del estudio de las teorías diferentes y opuestas de los segundos, de igual manera como los filósofos se benefician leyendo los escritos de los juristas que defienden tesis opuestas en una discusión. Lo que hacen los jueces es de una gran importancia, no sólo para las partes implicadas en el proceso sino también, particularmente en el Derecho Constitucional, para la gobernabilidad de la Nación. ¿Si los problemas que afrontan han sido debatidos por personas educadas, hombres y mujeres, que les dedicaron sus vidas a estas cuestiones, cómo los jueces pueden ignorar de manera responsable lo que estas personas han escrito?

[...] Los abogados entienden que no sólo se les permite, sino que están obligados, tanto a estudiar estas disciplinas con la expectativa de encontrar argumentos útiles en respaldo de las posiciones que toman, como a presentar en el tribunal cualquiera de los argumentos

³⁷⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 68; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 93.

que encuentren. De la misma forma, la cultura debe acoger y destacar la relevancia del material filosófico pertinente.³⁷⁸

Esta misma reflexión puede hacerse en el caso del lenguaje. La posición ontológica que plantea la Teoría Comunicacional no insiste en que el Derecho es lenguaje en su esencia. Propone, por el contrario, asumir que esta reflexión es el punto de partida, en otras palabras, el lenguaje es una característica o cualidad del Derecho desde la cual se puede analizar su concepto, función y método. Por lo tanto, no estaría mal que los abogados tuviesen una conciencia volcada a la idea del Derecho como lenguaje y se relacionaran con los estudios que ilustran este escenario, un abogado no es un lingüista (y no se debe pretender que lo sea). La TCD insiste en se preocupa por:

[...] encontrar una vía de investigación que nos permita contemplar su pluridimensionalidad. Esta vía nos la ofrece el análisis del lenguaje. Lo cual no significa, hay que decirlo una vez más, que todo lo jurídico se reduzca, en su complejidad fenoménica, a lenguaje.³⁷⁹

Lo anterior, es comprensible y justificable dado que la lengua es la herramienta para comunicar, de ahí que el jurista puede deducir, analizar y utilizar todas las herramientas que la lingüística pueda ofrecerle asumiendo que el Derecho precisa del lenguaje, pero no es un sustituto de él. La lengua es un organismo viviente y sensible a las exigencias de la evolución social y de los individuos que hacen uso de ella creando reglas y prácticas, algo que si se analiza con detenimiento es similar a la función que cumple el Derecho, entonces ¿cómo no poder beneficiarse mutuamente los dos escenarios? Cuando se afirma “el Derecho es un fenómeno lingüístico”³⁸⁰ se acude a una fórmula que implica el análisis de diversas situaciones: la necesidad del Derecho de comunicarse a través de unos instrumentos adecuados, la

³⁷⁸ DWORKIN, R. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser Filósofos? En *Revista Isonomía*, N° 32, abril. México DF: ITAM, 2010, pág. 10 y 26.

³⁷⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 68; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 93.

³⁸⁰ GUASTINI, R. *Il diritto come linguaggio. Lezioni*. Torino: Giappichelli, pág. 7.

utilización de un lenguaje propio o técnico y la pretensión de ordenar la sociedad. Pero no se puede incurrir en la reducción errónea que identifica Derecho con lenguaje, sería mejor indicar que el Derecho se manifiesta a través del lenguaje pues:

[...] no se limita a usar la lengua para comunicar los propios contenidos y para describir la propia realidad, más bien se manifiesta lingüísticamente, está hecho de textos y de actos lingüísticos, de modo que la frontera entre el análisis puramente lingüístico y el análisis propiamente jurídico puede ser difícil de delimitar.³⁸¹

Pero también debe evitarse caer en la idea de que el lenguaje jurídico se identifica con un sólo tipo de discurso, por ejemplo, el del legislador (una creencia muy común que asume que el Derecho es sólo aquello que sale de la boca de los legisladores). La relación Derecho y lenguaje precisamente ofrece una dimensión más amplia y que trasciende las codificaciones tradicionales (identidad código-Derecho como se explicó anteriormente), por esta razón es que la TCD recalca que el lenguaje jurídico es un lenguaje técnico que usan los juristas, es el análisis de su discurso lo que la fundamenta en cuyo interior se encuentran las diferentes especificidades del área jurídica, las exigencias del ordenamiento de los intereses propios del gremio de los juristas, y el aparato burocrático, por lo tanto vemos que el lenguaje jurídico evoluciona de forma paralela con la evolución del ordenamiento.

Para finalizar este análisis, cuando la TCD opta por una posición alejada de la ontologista fuerte (identidad entre Derecho y lenguaje) parece volcar sus ojos al análisis del lenguaje de los juristas, esto se traduce en parte, en reconocer que existen fenómenos de incompreensión dada la dualidad de dos tipos de lenguaje: el natural y el jurídico. Por lo tanto, es función del jurista acudir a las herramientas del lenguaje y la hermenéutica para poder encontrar una salida a este problema:

Quizá sea tarea de lingüistas especializados identificar los conflictos entre lenguaje natural y jurídico, y proponer las soluciones

³⁸¹ GARZONE, G. *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*. Milano: Giuffrè, 2008, pág. 13.

adecuadas. No obstante, como ha sido reconocido en varias ocasiones, la reducción de estos problemas vendría proporcionada en buena medida por el correcto y adecuado uso de las reglas del lenguaje natural por los operadores del derecho.³⁸²

Superado el problema que representa asumir una posición ontologista fuerte en la relación entre Derecho y lenguaje, se puede convenir que, independientemente de la concepción que se tenga del Derecho (en su esencia) resulta inobjetable que éste se presenta en el mundo de la vida en forma de escritura. De nuevo debe hacerse una precisión al indicar que no esta posición no implica que el nacimiento del fenómeno jurídico esté marcado por la escritura (la tensión entre la oralidad y la escritura existe en el mundo jurídico y se traduce en la oposición que existe entre leyes escritas y leyes no escritas) lo que quiere significar es que si bien es cierto no todo el Derecho está escrito, su característica como sistema comunicacional lo hace susceptible de ser puesto por escrito, es potencialmente escribible, por lo tanto, siendo esto así, la textualidad aparece como una de sus propiedades más notables.

La textualidad no es nada distinto al predominio de la escritura, algo que será definitorio en la esencia del Derecho y cuya consulta permite el reconocimiento, interpretación y justificación de las decisiones jurídicas. Parafraseando a George Steiner en su análisis de los textos y el pueblo judío, el acto de escritura de la ley definiría al Derecho como un concepto libro, un concepto que se identifica, sobrevive y trasciende a partir de textos.

La reescritura del segundo juego de tablas hace de la ley en el judaísmo una textualidad, un acto, un escrito y un prescrito que hay que venerar, interpretar, comentar y aplicar en un diálogo incesante entre la letra escrita y sus lectores. Se trata verdaderamente de legislación, si la etimología nos permite unir aquí *lex a legere*. [...] Nuestra verdadera patria no es un trozo de tierra rodeado de alambradas o defendido por el derecho de las armas; toda tierra de este género es perecedera y precisa de la injusticia para sobrevivir,

³⁸² BONO, M. La ciencia del Derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto. En *Revista Isonomía*, N° 13, octubre. México DF: ITAM, 2000, pág. 175.

nuestra verdadera patria ha sido siempre, es y será siempre un texto.³⁸³

La existencia de la ley escrita es entonces la forma de garantizar un ordenamiento jurídico abierto, que proporcione cierto grado de seguridad normativa y que se aleje de cambio y alteraciones caprichosas. Pero esto no significa que sea siempre así, si se acude a la noción de sistema jurídico que ofrece la TCD se podrá observar que muchas veces el texto ordinamental difiere del sistémico (en tanto éste refleja a través de un análisis hermenéutico a aquel), por lo que la noción de seguridad no siempre es exacta, sin embargo, independientemente de la operación que se realice, la escritura predominará como la forma evidenciable del Derecho. Con esta idea se busca salvar las posiciones irreconciliables que plantean que la oralidad y la escritura no pueden ir de la mano en el Derecho, lo que es igual, que no existe Derecho fundado en lo oral. Pero como se ha insistido, no existe una posición categórica que asuma al Derecho como únicamente texto escrito, simplemente esta cualidad lo hace evidenciable y lo concreta. Finalmente, respecto de la oralidad, puede convenirse que ésta es un desarrollo de la escritura que la complementa, articula y en ocasiones la desafía.

Las personas que han interiorizado la escritura no sólo escriben, sino también hablan con la influencia de aquella, lo cual significa que organizan, en medidas variables, aun su expresión oral según pautas verbales y de pensamiento que no conocerían a menos que supieran escribir.³⁸⁴

La TCD apunta entonces a que todo ordenamiento jurídico es texto bien sea porque el legislador, el juez o la autoridad administrativa lo entregan ya escrito, o porque los estudiosos del Derecho hacen lo mismo. De esta manera, la forma de conocer el Derecho, sus elementos y cómo funciona implica dirigirse a textos (si se quiere saber por ejemplo cómo opera un contrato de arrendamiento, los requisitos de un contrato de compraventa o la elaboración

³⁸³ STEINER, G. *Los Logócratas*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2007, pág. 67-68.

³⁸⁴ ONG, W. J. *Oralidad y escritura: tecnologías de la palabra*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2004, pág. 61.

de una acción de amparo o tutela). En otras palabras, acercarse al Derecho inevitablemente implica el manejo de textos.

Dicho todo lo anterior, la TCD presenta al ordenamiento jurídico como una totalidad compuesta por textos más concretos como la Constitución, las leyes, los decretos, los actos administrativos, las sentencias, negocios jurídicos, etc. La idea de ordenamiento como un gran texto resultado de la unión coordinada y jerárquica de textos parciales es uno de los rasgos de lo que se conoce como hipertextualidad, concepto del que se hablará en la parte final de esta tesis. Por ahora se puede indicar que esta hipertextualidad es desarrollada principalmente en la obra del francés Roland Barthes, que en su obra *s/z* plantea este fenómeno como un texto ideal idéntico al concepto que se tiene en el campo de la electrónica, es decir un texto compuesto de bloques de palabras (o imágenes) unidos en múltiples trayectos, cadenas o recorridos en una textualidad abierta, eternamente inacabada y descrita con términos como nexo, nodo, red, trama y trayecto.

La idea barthesiana de texto está presente en la obra de Robles desde su concepción con algunos matices necesarios para su adaptación al Derecho, así, la diferencia entre la versión de Barthes y la de Robles de texto radica en que para el primero el entramado no implica jerarquía, pero para la TCD es necesaria. Otra es que, mientras en la TCD debe existir un texto de partida identificable, la obra de Barthes sostiene que este punto no existe.³⁸⁵ Finalmente, al concebir el texto como un entramado, un elemento similar a una red, en la que diversos textos se conectan y remiten a otros, permitiendo así la noción de un sistema que crece de forma indefinida se crea una galaxia de significantes y no de significados.

Interpretar un texto no es darle un sentido (más o menos fundado, más o menos libre), sino por el contrario apreciar el plural del que está hecho (...) En este texto ideal, las redes son múltiples y juegan entre ellas sin que ninguna pueda reinar sobre las demás. Este texto

³⁸⁵ STERLING, J. Derecho y hermenéutica: Gregorio Robles y su visión barthesiana del texto. En HERMIDA, C. et al (eds.). *La Teoría Comunicacional del Derecho y Otras Direcciones del Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 637 y ss.

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 total seguridad la principal; los códigos que moviliza se perfilan hasta perderse de vista.³⁸⁶

Sumado a lo anterior, de hipertexto también encierra un elemento organizador y sistematizador a partir de su noción como conjunto de textos, en la obra de Foucault, que también se identifica con una idea de texto en forma de redes y nexos, se contempla la idea de un libro que no posee unas fronteras claras, esto debido a que está de alguna manera atrapado en medio de referencias (en el caso del Derecho, jerarquías) que lo remiten a otros textos y a otras frases, de esta manera el texto es un nodo dentro de una amplia red de referencias.

Pero lo que pertenece propiamente a una formación discursiva y lo que permite delimitar el grupo de conceptos, dispares no obstante, que le son específicos, es la manera en que esos diferentes elementos se hallan en relación los unos con los otros: la manera, por ejemplo, en que la ordenación de las descripciones o de los relatos está unida a las técnicas de reescritura: la manera en que el campo de memoria está ligado a las formas de jerarquía y de subordinación que rigen los enunciados de un texto; la manera en que están ligados los modos de aproximación y de desarrollo de los enunciados y los modos de crítica, de comentarios, de interpretación de enunciados ya formulados, etc. Este haz de relaciones es lo que constituye un sistema de formación conceptual.³⁸⁷

Es importante resaltar que tanto Barthes como Foucault describen el texto como una muestra del ejercicio del poder, algo útil sin duda en el Derecho, en primer lugar, porque éste es una manifestación de aquel (no se puede hablar de Derecho sin poder), y en segundo lugar por la necesidad de concebir el texto como un entramado conectado por nodos que se construye o crea constantemente, está en expansión, pues al final, la esencia del hipertexto subyace en que es:

A la vez herramienta para el escritor y medio para el lector, los documentos en hipertexto permiten a los escritores, o a grupos de

³⁸⁶ BARTHES, R. s/z. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011, pág.15.

³⁸⁷ FOUCAULT, M. *La Arqueología del saber*, 6ª edición. Buenos Aires: Siglo XXI, pág. 97.

autores, conectar datos entre sí, crear trayectos en un conjunto de material afín, anotar textos ya existentes y crear notas que remitan tanto a datos bibliográficos como al cuerpo del texto en cuestión. El lector puede pasearse por esos textos anotados, referidos y conectados de forma ordenada, aunque no secuencial.³⁸⁸

Si el ordenamiento jurídico es un texto total compuesto por una serie de textos parciales organizados y conectados entre sí, existe una relación de pertenencia entre estos textos parciales y el texto total. De esta manera cuando se usa la expresión “ordenamiento jurídico colombiano” ésta se refiere al “Derecho colombiano”, esto es, una expresión globalizadora que designa el conjunto de textos que lo componen.

El texto jurídico (y su gramática) 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.”³⁸⁹ 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 abordan una reflexión sobre el lenguaje y su concepción como elemento como informativo y comunicativo. Usando el ejemplo del maestro que enseña, indican que

³⁸⁸ YANKELOVICH, N. et al. *Reading and Writing the Electronic Book*. IEEE Computer, vol. 18, octubre, 1985, pág.18.

³⁸⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 72; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 97.

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.”³⁹⁰ 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.³⁹¹

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 deber ser seguidos como coordenadas so pena de anular

³⁹⁰ DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos, 2008, pág. 81 y ss.

³⁹¹ *Ídem*, pág. 81.

el sentido. En el caso del Derecho, esa dualidad vendría dada por las coordenadas legal-ilegal. Costa Lima, en entrevista a Foucault, dice al respecto de este 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.³⁹²

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”³⁹³ se concluye que la idea de los pensadores franceses es aplicable a los comunicados de las autoridades como el Estado y sus organizaciones, 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.”³⁹⁴ 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

³⁹² COSTA, L. Entrevista a Michel Foucault. En FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996, pág. 150.

³⁹³ *Ídem*, pág. 82.

³⁹⁴ *Ídem*.

centra en el significado sino en una función reguladora, así, “una regla gramática es un marcador de poder antes que un marcador sintáctico.”

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!”³⁹⁵ 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.”³⁹⁶

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.”³⁹⁷ 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.

³⁹⁵ *Ídem.*

³⁹⁶ *Ídem.*

³⁹⁷ *Ídem.*

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.”³⁹⁸ 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 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.³⁹⁹

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 hacer 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

³⁹⁸ *Ídem.*

³⁹⁹ *Ídem*, pág. 84.

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 (*Cfr.* la referencia a Austin en el capítulo I), 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 suela 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.⁴⁰⁰

Los caracteres del texto jurídico

Aceptando que el Derecho es un texto prescriptivo con todas las connotaciones ilustradas previamente, es preciso indicar que es también un “texto práctico”⁴⁰¹ dado que se refiere a la acción o al conjunto de acciones humanas, entonces, este tipo de textos se conciben en tanto tiene una relación con la acción. Pero esta característica del texto jurídico es compartida con otras estructuras similares, la moral y los usos o convencionalismos sociales, por ejemplo, son modelos que también utilizan este tipo de lenguaje, se hace necesario entonces establecer cuáles son las características propias del lenguaje y el texto jurídico, aquellas que lo diferencian de modelos que también prescriben.

1. Es organizativo

Una primera característica del lenguaje jurídico es que aparte de ser regulativo o prescriptivo es también organizativo. El Derecho no sólo se encarga de ordenar conductas en términos de acciones u omisiones que se transmiten por decisiones de un órgano de poder, sino que también genera un

⁴⁰⁰ GUASTINI, R. *La sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 23-24.

⁴⁰¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 75; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 99.

“marco institucional u organizativo.”⁴⁰² Este marco permite identificar a los actores, competencias, procedimientos y pautas dentro del entramado que llamamos Derecho, algo que no se puede encontrar en la moral o los usos sociales.

Esta característica organizativa del texto y el lenguaje jurídico se traduce en la capacidad del receptor de identificar los diferentes niveles e instituciones presentes en el discurso de tal manera que pueda comprender cómo es la estructura de un determinado sistema (en este caso el Derecho) a partir de la comprensión y organización de los conceptos contenidos en los textos. Para lograr esta tarea se requiere un conocimiento previo del contexto en el que se trasmite el mensaje, así como de las piezas gramaticales y su función. Pensemos en términos análogos con el ejercicio de traducción, se puede leer un texto jurídico y entender su significado en términos del lenguaje natural, en este escenario el lector reconoce la palabra auto, o crédito desde sus propias experiencias y conocimiento; pero a la hora de organizar dichos términos en el mundo jurídico inevitablemente fracasará si no tiene en cuenta unos conocimientos previos y necesarios en el mundo del Derecho para que el discurso tenga sentido, es decir, sea una traducción adecuada.

Bajo el anterior esquema, la comprensión literal de un texto (modelo de la exégesis en el Derecho) se identifica con una correspondencia natural entre las proposiciones y el pensamiento del lector y este es un nivel superficial que no requiere de más conocimientos que aquellos dictados por la experiencia común que enseñan que, por lo general, cuando se lee la palabra “auto” una persona lo asociará a un vehículo automotor. En este procedimiento no existe, por así decirlo, ningún ejercicio superior a esa relación de identidad palabra-preconcepción, no media la inferencia o la remisión a otro sistema diferente a la experiencia personal, por lo tanto, si el lector no acude a otro marco

⁴⁰² *Ídem*, 1ª ed. 1998, págs. 75-76; 6ª ed. 2015, pág. 100.

referencial la comprensión no se dará, no al menos en la comprensión del Derecho.

En otras palabras, se asume una posición hermenéutica laxa (sobre ella se habló en el capítulo I con la obra de Schleiermacher) en la que el lector es un agente pasivo, que tan sólo se queda y limita con sus experiencias, incapaz de comprender pues no puede lograr la comprensión que implica acudir a unos conocimientos distintos a sus propias vivencias; si no conozco del derecho no puedo comprender lo que su lenguaje me quiere decir, entonces no podré organizar las ideas y el entramado que implica el fenómeno jurídico. Aquí se ve cómo las órdenes no son suficientes, se requiere orden.

Por lo tanto, la comprensión de textos requiere también una función organizativa de los mismos, ésta supone la capacidad de conectar proposiciones en distintos niveles y con conocimientos previos para no incurrir en errores de interpretación que conllevan a la incomprensión. Los textos parciales no se pueden comprender sin su pertenencia jerárquica respecto del texto total que es el ordenamiento, y esta tarea es una acción que implica organización.

[...] cuando identifica la estructura de alto nivel y consigue trazar un marco en el que encaja toda la información referida al conjunto de los niveles textuales. Para que esto sea posible es necesaria la conjunción (casi) perfecta de los conocimientos del individuo con la información textual. Un modelo de la situación puede resultar inadecuadamente representado si el lector carece del conocimiento necesario para comprender o porque no sabe utilizarlo, en estos casos la representación mental estará dominada por la base o superficie textual (un resultado de lectura insuficiente para traducir).

[...] La comprensión literal se corresponde con el reconocimiento de palabras y la construcción de proposiciones, es la comprensión más superficial e implica representarse tal cual lo que dice el texto sin poner en marcha ningún tipo de proceso inferencial tanto respecto a la estructura del texto como al contenido del mismo. Es decir, a este nivel la actitud del lector es más bien pasiva con una implicación mínima en el escrito.

La comprensión organizativa abarca la integración de unas proposiciones en otras, la construcción de ideas globales y la

integración de las ideas en un esquema; supone una mayor implicación por parte del lector, pone en marcha cierto grado de actividad estratégica orientada a detectar y reconocer tanto la micro- como la macroestructura textual.⁴⁰³

Por lo anterior, una idea organizativa del texto jurídico implicaría la realización de cuatro etapas⁴⁰⁴:

a) La primera de reconocimiento de las palabras para agruparlas y relacionarlas de forma semántica unas con otras. En este escenario se debe tener en cuenta la necesidad de conocer un marco de referencia (jurídico) distinto al del uso natural del lenguaje.

b) Una segunda etapa de integración de unas proposiciones en otras. Se trata de general una especie de coherencia local que permite identificar la microestructura textual (textos parciales y sus componentes). Esta microestructura sirve como nueva información y da las pautas para relacionar las proposiciones nuevas con datos previamente conocidos.

c) Una etapa de construcción global del texto o macroestructura. Partiendo de las microestructuras (base textual parcial) el lector podrá jerarquizar de manera coherente ideas y abstracciones, encontrando así la unidad de todo lo leído en una relación del todo con las partes y viceversa (circulo hermenéutico).

d) Una fase final de integración u organización, es la capacidad de llegar al grado máximo de comprensión textual. De esta manera, entender el texto es tener un modelo mental organizado y coherente del mismo.

Finalmente, el texto jurídico en su función organizativa debe prestar atención a los elementos que componen en este proceso. Empezando por el lector, que debe tener un bagaje a la hora de abordar el texto. Este bagaje se traduce en una actitud estratégica que se evidencia en la habilidad leer de una manera eficaz y coherente. Se trata de la conjunción de conocimientos previos

⁴⁰³ ELENA, P. Bases para la comprensión organizativa del texto. *En Revista de Lingüística y Lenguas Aplicadas*, vol. 6. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2011, pág. 127.

⁴⁰⁴ *Ídem*, pág. 127 y ss.

(generales o enciclopédicos) que van a ir contrastando con los conocimientos específicos sobre textos en concreto (tipologías textuales, funciones del texto, formatos textuales, lenguajes técnicos, etc.), de esta manera:

La actividad estratégica está ya presente al inicio del proceso lector, incluso antes, en el momento en el que se determina el objetivo de la lectura. El objetivo marca dos aspectos fundamentales de ésta, que atañen al resultado y al proceso. Por un lado, si el grado de comprensión es suficiente lo determina en parte el objetivo propuesto (no es lo mismo leer para traducir que leer para documentarse) y, por otro, el establecimiento del objetivo pone en funcionamiento otras estrategias, por ejemplo: la planificación del proceso lector, la activación de los conocimientos lingüísticos, enciclopédicos y específicos de un dominio específico y el recuerdo de los datos conocidos sobre modelos textuales (esquemas globales y parciales), la autoevaluación del proceso lector en función de los objetivos, etc.⁴⁰⁵

Como lo plantea Pilar Elena las estrategias que permiten una función organizativa del texto en su etapa de lectura pueden ilustrarse de esta manera⁴⁰⁶:

Tabla 1. Acciones estratégicas de lectura de textos.

Etapas	Estrategias	Técnicas
Pre-lectura	Formulación de hipótesis a partir de preconcepciones.	Identificación de paratextos (títulos, subtítulos, prefacios, índices, etc.) que permitan encontrar las temáticas más destacadas.
	Utilización de conocimientos lingüísticos previos.	
Lectura	Reconocer y utilizar la estructura textual, un proceso semántico de interpretación literal en una primera fase.	Encontrar y destacar las claves léxicas y estructurales dentro de un contexto determinado.
	Extracción de las ideas principales del texto.	
	Seleccionar y organizar la información textual obtenida.	Parafraseo.

⁴⁰⁵ *Ídem*, pág. 128.

⁴⁰⁶ *Ídem*, pág. 129.

Relectura	Organizar e interpretar la información para lograr su comprensión a través del proceso hermenéutico.	Resúmenes. Elaboración de gráficos. Razonamientos.
-----------	--	--

Fuente: elaboración propia.

Otro elemento es el texto. Inicialmente su abordaje es de forma superficial en busca de claves para iniciar el proceso interpretativo. Iniciando con los elementos paratextuales (el conjunto de enunciados que acompañan el texto principal, como por ejemplo el título, subtítulo, preámbulo, índice temático, etc. El paratexto contextualiza el texto, su presencia y consumo en el mundo) que sirven como marcas identitarias de la taxonomía textual que activan los conocimientos previos sobre estructuras textuales y permiten el reconocimiento de un texto dentro de los diversos tipos (novela, ensayo, ley, decisión judicial, etc.) y funciones (informativa, emotiva, valorativa, prescriptiva, etc.).

El texto, a su vez, posee un contenido semántico que se evidencia en las respuestas a de qué trata y cómo se expresa, para realizar este proceso se necesita identificar las estructuras de tipo interno o secuencias (la estructura semántica del texto y su relación con los hablantes y sus formas de interpretación para producir nuevos textos). En palabras de Bassols y Torrent, una secuencia textual es una “entidad relativamente autónoma, dotada de organización, que forma parte de un texto.”⁴⁰⁷ Estas secuencias, a su vez, pueden ser de tipo:

a) Narrativas: Estas secuencias relatan hechos que ocurren en un espacio y un tiempo determinado. Acuden a la función expresiva o informativa del lenguaje en un ámbito general (novelas, noticias, crónicas, etc.).

b) Descriptivas: Estas secuencias dan cuenta de cómo es la realidad (personas, emociones, objetos, situaciones, etc.), de esta manera, “La

⁴⁰⁷ BASSOLS, M. y TORRENT, A. *Modelos textuales. Teoría y práctica*. Barcelona: Eumo-Octaedro, 1997, pág. 218.

descripción sirve para representar la realidad circundante por medio del lenguaje.”⁴⁰⁸ Aquí el texto aparece con una función informativa o expresiva. También las descripciones pueden ser de tipo objetivo (usadas en el lenguaje científico) o subjetivo (se insertan en una secuencia narrativa, un poema o novela).

c) Instruccionales o prescriptivas: éstas aconsejan u ordenan (en el caso del Derecho) al receptor la realización una acción o actividad. La función de los textos aquí es prescriptiva o directiva que, como en el caso del Derecho, va acompañado de una consecuencia y la fuerza para aplicarla. Los elementos fundamentales en un texto instruccional son los mandatos o las órdenes, también los consejos.

d) Expositivas: construyen de forma ordenada y precisa un discurso que contiene las ideas sobre determinada temática al ilustrar y difundir los conocimientos sobre un área del conocimiento. La función informativa del lenguaje es la predominante en esta secuencia.

e) Argumentativas: Se busca con ella la persuasión de un individuo o un auditorio a través de la formulación de argumentos que son el resultado de una construcción racional. Estas secuencias “no son propias únicamente de los textos científicos y académicos, sino que están presentes en cualquier actividad comunicativa, sea institucional o familiar, pública o privada, formal o informal”⁴⁰⁹ y acuden a una función demostrativa.

El anterior esquema permite dar cuenta del texto como instrumento organizativo a partir de la interconexión de conocimientos en diferentes niveles para así lograr la comprensión. La presencia de un ordenamiento jurídico (texto total) compuesto por textos parciales hace necesario habilitar la capacidad organizativa del lector para cumplir con la función prescriptiva primaria del texto jurídico. El estudio del texto como elemento organizativo supone un:

⁴⁰⁸ MONTOLÍO, E. *Manual práctico de escritura académica II*. Barcelona: Ariel, 2003, pág. 44.

⁴⁰⁹ *Ídem.*, pág. 57.

[...] hincapié en el estudio del texto desde la perspectiva de un modelo de descripción de varios niveles que abarca la clase textual (modelo global) y se centra en la estructuración interna del texto o secuencias (modelos parciales). La adquisición y consolidación de tales modelos ofrece resultados relevantes para la generación de muestras o esquemas textuales que influyen positivamente en el resultado de la lectura.⁴¹⁰

Un texto jurídico es organizativo entonces, cuando requiere de la articulación de una serie de conocimientos previos que se ponen en juego a la hora de buscar el verdadero significado de un enunciado, todo ello dentro de una estructura nivelada de textos (ordinamentales y parciales) marcada por la jerarquía y la remisión a otros textos. En estos casos no se regula una acción como función principal, sino que se busca organizar una determinada institución, tomemos como ejemplo el artículo 150 de la Constitución Política de Colombia:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.
3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.
4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.
5. Conferir atribuciones especiales a las asambleas departamentales.
6. Variar, en circunstancias extraordinarias y por graves motivos de conveniencia pública, la actual residencia de los altos poderes nacionales.

⁴¹⁰ ELENA, P. *Bases para la comprensión...*, 2011, *op. cit.* pág. 135.

Como se puede apreciar, además de una orden (indica que debe hacer el Congreso en forma de acciones), se está ante la presencia de un texto que determina y organiza las funciones de una institución como el Congreso de la República de Colombia. Para su comprensión se requiere de una lectura que precisa conocimientos previos de manera general y también en materia jurídica y política que necesariamente deben ser analizados en conjunto con las demás disposiciones constitucionales y con las normas de inferior jerarquía que de ella se desprendan, siempre vigilando que no exista contradicción con los preceptos constitucionales, so pena de generar desorden y desorganización en la lectura del texto.

1. *Es regulativo institucional*

Se ha venido sosteniendo que el texto en el Derecho tiene una esencia regulativa, es decir, transmitir órdenes a través de las decisiones que una autoridad para la regulación de la conducta humana y así lograr una sociedad estable y en paz. Pero esta esencia presenta uno complementos, así, se indicó que aparte de regular o prescribir, el texto jurídico busca organizar como se pudo apreciar previamente.

Otro de los caracteres del texto, aparte de su tinte organizativo, es que es regulativo institucional, en palabras de Robles “la palabra ‘institucional’ matiza el significado de ‘regulativo’, que, como ya se ha señalado, comprendería en sí lo institucional sin necesidad de decirlo.”⁴¹¹ La necesidad de matizar se da en tanto esa acción útil para diferenciar el texto en el Derecho de los textos que puedan provenir de otros ordenamientos como la moral donde no puede hablarse propiamente de la existencia de instituciones con órganos, organizaciones, procesos, sentencias y otros elementos propios del mundo jurídico.

Desde la perspectiva de la TCD, la institución jurídica es un concepto que permite una mejor comprensión del significado de norma bajo el entendido

⁴¹¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 76; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 101.

de que éstas no son elementos aislados de un determinado ordenamiento, por el contrario, están conectadas con otras normas en torno a una idea organizativa en común. Un ejemplo es la regulación jurídica del matrimonio, en tanto una norma que lo defina como contrato y establezca sus partes y requisitos, está enlazada con la institución del matrimonio como construcción social y con normas que desarrollan, posibilitan y condicionan su pertenencia al ordenamiento (normas sobre contratos, bienes, obligaciones, filiación, sucesiones, etc.). Robles plantea que:

No hay que ver las normas desgajadas unas de otras como compartimentos estancos, sino unidas en unidades más amplias de tipo orgánico. Las normas que regulan la sociedad anónima sólo son planamente inteligibles si son contempladas como un conjunto de normas (dentro de un conjunto más amplio del ordenamiento) con su propio “espíritu”, que proviene de las características propias de ese tipo de sociedad comercial y que habrías de penetrar el sentido de las normas individuales.⁴¹²

Hablar de una teoría institucional del Derecho es concebirlo como una institución, de esta manera se plantea un debate ya conocido en la filosofía del Derecho en torno a si éste es norma o institución. Sobre este tema se han escrito ríos de tinta, y no es el objeto de esta tesis profundizar estas discusiones, por lo tanto, se abordarán las posiciones sobre la visión institucionalista del Derecho a partir de las obras de Santi Romano, Maurice Hauriou y Carl Schmitt.

El sentido de la palabra institución en el Derecho debe analizarse de una manera distinta al de las demás ciencias sociales. Por ejemplo, cuando se usa el término “familia” se evidencia que es una institución jurídica pero además social, en su abordaje social el concepto tiene unas connotaciones que provee la sociología, pero en su abordaje jurídico se precisan de herramientas que sólo la ciencia del Derecho puede ofrecer. Esta visión institucionalista es desarrollada en la obra de Durkheim, y se estructura al establecer que la acción individual tiene sentido en el momento en que se

⁴¹² *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 56; 6ª ed. 2015, pág. 79.

inscribe en el universo de significados e instituciones sociales que se han construido a lo largo de la historia. Estos significados e Instituciones son parte de la vida social que se construye a partir de la acción de los miembros de una comunidad. Sin embargo, este proceso de institucionalización trasciende el espacio moral al requerir de órdenes que modulan la conducta, por tal razón, el Derecho es un escenario idóneo para hablar de instituciones y no quedarse en una lista de buenas intenciones.

Es indispensable que existan reglas; es malo que todo esté regulado. No todas las acciones del adulto están sometidas a la reglamentación de la moral; hay algunas en que existe la facultad de hacer o de no hacer, o de hacer como le parece, es decir, que no resultan de la apreciación moral.⁴¹³

Para Romano, por su parte, el Derecho es un cuerpo social que se identifica y concreta con una organización material que permite el funcionamiento de una sociedad por medio de las actividades jurisdiccionales y la administración de los órganos estatales. Esta visión va en contra de las visiones normativistas que limitan el fenómeno jurídico sólo al concepto y norma. En este sentido la posición institucionalista se adecúa a una Teoría Comunicacional que pretende superar este reduccionismo. Bajo esta visión, Romano plantean que el Derecho no se trata de normas sobre una determinada relación jurídica, es organización que da sentido a las instituciones.

Es conocido el ejemplo que ofrece Romano al considerar la mafia como una institución en tanto su esencia es la organización para una acción efectiva, lo que anularía cualquier necesidad de validez o aceptabilidad a la hora de analizar la capacidad de sus órdenes. Si bien es cierto el Derecho no es la mafia (de hecho, son conceptos opuestos), éste se va moldeando por una producción espontánea y además se encuentra vigente mientras se den relaciones sociales que lo sustenten. En otras palabras, Derecho no inicia de

⁴¹³ DURKHEIM, E. *L'éducation morale*, 2a ed. París: Presses Universitaires de France, 1992, pág.108.

cero, se va agregando al Derecho preexistente (que viene en forma de prácticas sociales simples), de cierta manera, la institución precede al Derecho (algo que incluso puede contemplarse en la noción de regla de reconocimiento en la obra de Hart).

Romano concibe la institución como un ente social organizado por el Derecho. En realidad, para Romano, toda manifestación de convivencia humana es jurídica, y ha de estar, por tanto, regulada por el Derecho, constituyendo entonces un ordenamiento jurídico. Al identificar toda clase de sociedad organizada como institución, sólo quedan excluidos de tal concepto las manifestaciones individuales de los miembros de la sociedad, así como las manifestaciones de convivencia humana extremadamente simples y poco organizadas.⁴¹⁴

Por su parte, Maurice Hauriou, planteó una teoría institucionalista centrada en el Estado como institución colaborativa por excelencia y que está diseñada para la protección de los ciudadanos (libertad, vida, bienes, honra, etc.). Pero a la vez, esta institución es una idea o proyecto que se ejecuta a través de la creación de órganos y procedimientos para el ejercicio del poder. De esta manera, los miembros de un grupo social que conocen de estos órganos y procedimientos los aceptan (de nuevo, en términos hartianos) hasta interiorizarlos y generar un sentimiento de pertenencia, el Estado sería así una especie de meta-institución que posibilita el desarrollo de un proyecto de convivencia social pacífica.⁴¹⁵

Sin embargo, las posturas de romano y Hauriou privilegian el concepto de institución de una manera exagerada por lo que son tildados de idealistas por algunos críticos pues se maneja un concepto amplio de institución y no se matiza lo suficiente para realizar una diferenciación entre el método jurídico y sociológico, como vemos, es la misma posición que asume la TCD. La existencia de pluralismos jurídicos, la coexistencia de sociedades paralelas, elementos propios del colonialismo, entre otros, hacen necesario dar un paso

⁴¹⁴ GARCÍA, C. *La unidad en el concepto de ordenamiento...*, 1998, *op. cit.*, pág. 290.

⁴¹⁵ Ver: HAURIOU, M. *Précis de droit constitutionnel*. Larose: Paris, 1923.

más para aclarar lo que una visión institucionalista del Derecho realmente significa.

Este paso lo da Carl Schmitt al plantear que la institución se desarrolla como un ámbito de decisión al que se enfrenta una norma. Esta decisión es adoptada por una comunidad que no se encuentra fundada sobre un acuerdo o convención, sino sobre una autorregulación que no genera normas de carácter general abstracto y universal, por el contrario, se desarrolla a través de acciones individuales, de decisiones de los individuos que lo componen y se encuentran en una posición privilegiada en la comunidad. En otras palabras, la visión institucionalista de Schmitt se traduce en la exposición de cómo una ideología justifica un ámbito decisonal.

Schmitt utiliza por tanto el institucionalismo como justificación ideológica del decisionismo, que es el punto de llegada sustancial del considerado *konkretes Ordnungsdenken*. Obviamente ni Hauriou ni Romano son decisionistas; y el segundo es también un defensor de la perspectiva normativista, que no contrapone -como hace sin embargo Schmitt- a la institucionalista. El institucionalismo "legítimo" permanece vinculado a una concepción del mundo racionalista y -en el caso de Hauriou- en cierto sentido aún iluminista; no es este el caso de la obra de Schmitt cuyo motivo conductor es anti iluminista, irracionalista y antiliberal.⁴¹⁶

Cabe anotar que no todos los ordenamientos normativos pueden considerarse Derecho en tanto en una sociedad existen diversos conjuntos de normas con un respaldo institucional (la moral es un ejemplo). Pero sí se puede convenir que el Derecho es el más significativo o relevante, el más institucional. Esto porque despliega todo un proceso que implica el trabajo de órganos, procedimientos, competencias y decisiones que recaen sobre las instituciones.

No todos los ordenamientos normativos son derecho. En una sociedad podemos encontrarnos con múltiples conjuntos de normas (que conforman instituciones) en la religión, la moral, la política, etcétera. El derecho es quizá el más significativo y desde luego el

⁴¹⁶ LA TORRE, M. Teorías institucionalistas del Derecho: Esbozo de una voz enciclopédica. En *Revista Derechos y Libertades*, número 14, época 11, enero. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III. 2006, pág. 107.

más “institucional”; en cierto modo el derecho es doblemente institucional, como diría Bohannon, ya que regula las condiciones de adopción, creación, transformación, aplicación y terminación de las instituciones y otorga a ciertos órganos (que también son instituciones) competencias y potestades para adoptar decisiones sobre dichas instituciones. Esto hace que el derecho sea más definible, identificable, aporta seguridad y certeza. Además, no todos los derechos, no todos los ordenamientos normativos institucionales, adoptan o requieren para su existencia la figura del Estado. En todo país donde se haya tenido que estudiar el derecho canónico como una disciplina de la carrera de derecho esto debería parecer una obviedad, lo mismo que ocurre con el derecho de la Unión Europea (o las Comunidades Europeas) cuyos oficiales y funcionarios pueden estar sometidos a la ley o al principio de legalidad (rule of law) sin que la UE sea un estado. Del mismo modo que no todo el derecho es estatal, también hay estados que no son “estados de derecho”, aunque sea impensable un Estado que prescindiera absolutamente de las formas jurídicas y siga considerándose “estado”.⁴¹⁷

2. *Es resultado decisional*

Como se ha sostenido a lo largo de esta tesis, el Derecho es un conjunto de decisiones y, en este sentido, no nos referimos únicamente a las que profieren los jueces, sino también aquellas tomadas por el legislador y que crean las normas y códigos, e incluso la decisión constituyente. Desde esta perspectiva el acto de decidir implica la elección de una decisión entre varias posibles (lo cual puede hacerse a través de un proceso hermenéutico y argumentativo cualificado). Este proceso decisional.

Implica una elección y consiguientemente, la exclusión de las otras posibles alternativas. Decidir es elegir. (...) El tema de la decisión nos lleva irremediabilmente al de los valores, que son precisamente las pautas desde las cuales se valora o se enjuicia, y, por lo tanto, se elige, esto es, se decide.⁴¹⁸

Hechas ya las consideraciones sobre los caracteres del texto jurídico, se está en capacidad de ofrecer una noción concreta y homogénea de lo que se entiende por ordenamiento jurídico: En los términos de un análisis del

⁴¹⁷ BENTGOETXEA, J. Teoría Institucional del Derecho. En FABRA, J. et al. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen uno. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 2015, pág. 221.

⁴¹⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 77; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 102.

lenguaje de los juristas el ordenamiento jurídico es la realidad que es designada por éstos, es decir, el ordenamiento jurídico es una situación real que el jurista designa con ese nombre. En concordancia con lo expuesto previamente se puede decir que:

¿Llaman los juristas Derecho al orden interno de la mafia? No; pues entonces la Teoría Comunicacional no lo considera un ordenamiento jurídico. ¿Llaman los juristas ordenamiento jurídico a las normas que rigen un contrato determinado o a las normas que componen el derecho administrativo o el derecho mercantil? Por lo general, no, y si así lo hacen en ocasiones es más por sentido analógico o metafórico. (...) "Derecho" es un nombre cuya función pragmática es designar el conjunto de ordenamientos jurídicos que han existido, existen y existirán. Cuáles sean esos ordenamientos, es una cuestión que sólo puede resolverse acudiendo al uso del lenguaje jurídico por parte de los juristas. Nos movemos aquí en un estricto nominalismo, que resuelva la cuestión de la que tratamos en una especie de tautología o círculo hermenéutico que tiene, sin embargo, su razón de ser.⁴¹⁹

Las decisiones en el Derecho

La creación del Derecho se da a golpe de decisiones jurídicas que a su vez generan las normas jurídicas, estas normas se agrupan formando estructuras más amplias de naturaleza organizativa, es decir, instituciones. Decisión, norma e institución son la escala tríadica que permite el análisis de cualquier concepto jurídico.

Ahora bien, respecto de las decisiones, éstas constituyen el elemento dinámico del Derecho en tanto hacen que su relación con la sociedad se mueva y tenga sentido a la hora de su objetivo estabilizador, sin decisión no hay norma, por consiguiente, no existirían instituciones. También, como se ha indicado, todo este esquema se asienta sobre la voluntad de una persona o un grupo que transmite sus deseos e intereses en forma de mandato generando así el ordenamiento, el ordenamiento puede asumirse como un "texto generado."⁴²⁰

⁴¹⁹ *Ídem*, vol.I, 3ª ed. 2010, págs. 735-736; 6ª ed. 2015, pág. 701.

⁴²⁰ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 81; 6ª ed. 2015, pág. 106.

Las decisiones, por su parte, son actos de habla creadores de Derecho, ya sea con la promulgación de una ley por parte del legislador o la expedición de una sentencia por el juez. En este sentido, hablar implica otorgar contenido para lograr determinado efecto o vínculo en una relación, por lo que el acto de habla es también un acto del lenguaje encaminado a un determinado efecto, que al ser emitido por una persona que tiene un poder o competencia dentro de un ordenamiento jurídico, termina siendo un acto de habla jurídico. Este razonamiento sobre las normas como resultado de las decisiones, también es aplicable a las instituciones.

Respecto de los actos de habla, éstos resultan esclarecedores para la comprensión de la comunicación como un acto lingüístico. Tomemos como ejemplo la marca que se hace sobre un papel, se trata de un caso de comunicación lingüística consistente en la transmisión de un mensaje, lo que implica que detrás de él hay unas intenciones. Lo anterior implica que ese acto no pertenece *prima facie* al mundo de los fenómenos naturales, no es un fenómeno natural (como lo sería la caída de un árbol por un rayo que lo impacta o una inundación). Se trata de un acto de comunicación que debe suponer que su producción necesita un acto de habla, una presuposición lógica de que el acto es producido por seres con, al menos, las mismas capacidades comunicacionales que quien recibe el mensaje y con la intención de decir algo (pensemos por ejemplo en los jeroglíficos esculpido en paredes por comunidades antiguas). Las marcas no son resultado de la naturaleza que en algún momento decidió crear formaciones que recrean con detalle la vida cotidiana de una comunidad con el proceso de erosión del agua, estos símbolos contenidos en el acto comunicacional necesariamente deben interpretarse como una categoría de comunicación lingüística que asume su producción como un acto de habla.

Así las cosas, los actos de habla y su estudio resultan necesarios en tanto “toda comunicación lingüística incluye actos lingüísticos.”⁴²¹ Lo que implica que la unidad de comunicación lingüística no recae en el símbolo o la oración sino sobre el hecho de la producción de los mismos cuando se realiza un acto de habla, por tal razón los actos de habla se convierten en las “unidades básicas o mínimas de la comunicación lingüística.”⁴²² La Teoría comunicacional inicialmente asume la noción de actos de habla:

Los casos más simples de significado son aquellos en los que el hablante emite una oración y quiere decir exacta y literalmente lo que dice. En tales casos el hablante intenta producir un cierto efecto ilocucionario en el oyente, e intenta producir este efecto llevando al oyente a reconocer su intención de producido, e intenta llevar al oyente a reconocer esta intención en virtud del conocimiento que tiene el oyente de las reglas que gobiernan la emisión de la oración.⁴²³

La anterior noción correspondería a la de un acto de habla directo, ahora bien, de acuerdo con esta posición de Searle podría darse la siguiente situación: Se tiene que el Derecho se genera a partir de la decisión de una autoridad, eso está claro y se ha expuesto con amplitud, también se ha dicho que dicha decisión generadora de normas e instituciones busca estabilizar la sociedad garantizando una convivencia pacífica. El proceso parece sencillo en tanto la norma, como acto de habla es una decisión que comunica lo que una persona debe hacer u omitir so pena de una consecuencia (El que mataré a otro incurrirá en prisión de 15 a 20 años); pero si analizamos bien, la norma es sólo un fragmento del acto de habla que no permite identificar la verdadera intención de ésta, en otras palabras, no se explica por qué habrá una consecuencia en caso de realizar la conducta. La respuesta es simple, para garantizar un bien jurídico como la vida y así lograr una convivencia armónica,

⁴²¹ SEARLE, J. Actos de habla; ensayo de filosofía del lenguaje. Madrid: Cátedra, 1994, pág. 26.

⁴²² *Ídem*.

⁴²³ SEARLE, J. Actos de habla indirectos. En *Teorema Revista Internacional de Filosofía*, vol. 7, N°1. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, pág. 23.

pero tal proposición no es visible en la norma (y así ocurre en las demás). Estamos entonces ante la presencia de actos de habla indirectos.

Pero notoriamente, no todas las clases de significado son así de simples: en indirectas, insinuaciones, lenguaje irónico y lenguaje metafórico -para mencionar un puñado de ejemplos el significado de la emisión del hablante y el significado de la oración se separan de diferentes maneras. Una clase importante de tales casos es aquella en la que el hablante emite una oración, quiere decir lo que dice, pero también quiere decir algo más.

[...] En los actos de habla indirectos el hablante comunica al oyente más de lo que efectivamente dice apoyándose en el substrato mutuo de información compartida, tanto lingüística como no lingüística, junto con los poderes generales de raciocinio e inferencia que posee el oyente.⁴²⁴

En esta clase de actos de habla, la emisión se presenta como una petición en la que el hablante quiere producir en el oyente el conocimiento de que se ha realizado tal petición para que reconozca tal situación. De esta manera, el acto de habla (su emisión) tiene una fuerza ilocucionaria que se traduce en que, el hablante quiere que se haga algo, en este caso la petición se vuelve orden, caso del Derecho. Cuando el legislador, por ejemplo, crea una institución como el matrimonio lo configura de acuerdo con unas condiciones del mundo de la vida (colonización y cosificación) estableciendo una decisión para su conformación de una determinada manera y con unos requisitos específicos que denotan su intención en un acto de habla directo, es decir, su enunciación en un artículo del código civil que expresa directamente la forma, las partes, el procedimiento, etc.

Detrás de esta enunciación explícita, por así llamarla, o directa, subyace un acto de habla indirecto que radica en el hecho de desear el aseguramiento de la raza humana y crear una institución que permita la organización social y económica de la comunidad; esta intención no se ve, es invisible, pero existe y no se evidencia en la formulación normativa. Por lo tanto, los actos de habla directos aparecen de forma principal en la etapa de codificación y los indirectos

⁴²⁴ *Ídem.*

se pueden comprender desde la colonización y la cosificación en los términos en que se explicaron previamente (lo que no quiere decir que en los códigos se excluyan intenciones para enunciar un acto de habla directo).

Desde la Teoría Comunicacional la relación entre decisiones, normas e instituciones radica en que las primeras configuran el aspecto dinámico del ordenamiento, mientras que las normas e instituciones forman el aspecto estático.⁴²⁵ Al ser las normas los elementos más básicos en que se descompone el ordenamiento, las instituciones serán las normas, pero relacionadas con otras de una forma más amplia y con una función organizadora que reflejan órdenes concretos dentro de un orden total o global (la institución del matrimonio es un orden concreto que pertenece a un orden global más amplio como el derecho colombiano o argentino).

Por lo anterior, considerar el ordenamiento sólo como normas genera una visión estática en tanto se asume que no puede existir nada más que éstas y por lo tanto se está ante un texto acabado sin posibilidades de expansión. De la misma manera, considerar reducir el ordenamiento a instituciones implica una visión, además de estática, sintética dado que se acude tan sólo a una arista organizacional. Finalmente, si el ordenamiento es contemplado como decisiones, se accede a una realidad dinámica del Derecho a partir de su creación de normas e instituciones en el día a día. Según Robles:

Si se contempla el ordenamiento jurídico tan sólo como un conjunto de normas se adopta una perspectiva estática y analítica. Estática porque se le contempla como “texto jurídico acabado”. Analítica, porque el ordenamiento es visto en la composición de sus elementos básicos.

Si se contempla el ordenamiento jurídico como un conjunto de instituciones, se estará adoptando una perspectiva estática y sintética. Lo primero, por la razón que ya se ha señalado: se considera el ordenamiento como algo ya acabado. Sintética, porque se le contempla en su dimensión de organización interna en unidades funcionales, en “órdenes concretos”.

⁴²⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 82; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 106.

Pero si el ordenamiento es contemplado desde el punto de vista de las decisiones que lo generan día a día, lo estaremos viendo en su perspectiva dinámica, como algo vivo que se está haciendo, en su creación y transformación. La función de las decisiones jurídicas es crear normas (y, con ello, instituciones), y modificar o derogar las ya existentes; en definitiva, dar vida al ordenamiento hacer de éste una realidad dinámica.⁴²⁶

Para finalizar este punto, dentro del conjunto de decisiones que generan el ordenamiento jurídico, merece especial atención la decisión constituyente o también denominada extraordinamental o extrasistémica. Como su nombre lo indica, es constituyente en tanto crea o constituye el ordenamiento jurídico, antes de ella aún no hay Derecho (es el *Let there be Law*). También es extraordinamental en tanto se produce fuera del ordenamiento –dado que éste no existe aún–, y también a que está fuera del sistema. Una vez producida esta decisión constituyente todas las decisiones jurídicas pertenecen a un orden constitucional y en consecuencia ordinamental, por lo que se las puede llamar decisiones constituidas, o intraordinamentales o intrasistémicas. En resumen: las decisiones jurídicas pueden ser de dos tipos, unas constituyentes (extrasistémica) y otras constitucionales (constituidas o intrasistémicas), todas, sin embargo, pertenecientes al ámbito jurídico, entendido como el “espacio virtual (comunicacional) que tiene como eje central la dualidad ORD/SIS, alrededor de la cual se generan múltiples procesos de comunicación.”⁴²⁷

Ordenamiento (ORD) y Sistema (SIS) en la Teoría Formal del Derecho

Recapitulando lo dicho hasta ahora, se llama ordenamiento jurídico –ORD– al texto jurídico en bruto o material jurídico compuesto por el conjunto de decisiones generadoras de normas que se agrupan en textos interrelacionados entre sí constituyendo un texto global. “El ordenamiento es el texto jurídico en bruto en su totalidad, compuesto por textos concretos, los

⁴²⁶ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 83; 6ª ed. 2015, pág. 107.

⁴²⁷ *Ídem*, 3ª ed. 2010, pág. 507; 6ª ed. 2015, pág. 489.

cuales son resultados de decisiones concretas.”⁴²⁸ Dicho texto jurídico en bruto tiene como punto de partida la Constitución, resultado de la decisión constituyente, de la cual se desprenden otros textos parciales (leyes, decretos, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) que no pueden contradecir lo estipulado en el texto constitucional y para ello se han establecido mecanismos y procedimientos para el control de estos textos parciales. De nuevo, Todo este conjunto de normas, producto de las decisiones jurídicas consagradas en un texto escrito, es el ordenamiento jurídico.

El texto caracterizador del fenómeno jurídico es el ordenamiento. Este es un concepto de totalidad, que hace referencia a una realidad compleja y condicionada históricamente. Los textos tienen una historia y, por tanto, están dominados por notas de temporalidad, ocasionalidad e imperfección. El ordenamiento jurídico, como tipo textual, está asimismo condicionado por sus notas de ser un texto “práctico” o “regulativo”, fundado sobre decisiones y generador de instituciones. Los ordenamientos se originan en decisiones. Estas son una parte más del poliédrico fenómeno jurídico, pero a la teoría comunicacional del derecho le interesan exclusivamente en cuanto actos de habla.⁴²⁹

Este texto jurídico en bruto que propone la Teoría del Derecho de Gregorio Robles puede ser procesado de manera informática y convertido en el documento que se denomina ordenamiento y se señalará en adelante, con la nomenclatura ORD.

El funcionamiento del ORD implica la inserción de nuevas decisiones a medida que se desarrollan en la sociedad nuevos fenómenos o que se requiera modificar la regulación de realidades existentes, de la misma manera establece los procedimientos para eliminar de su conjunto aquellas disposiciones derogadas, en otras palabras, el ORD recoge el derecho vigente en un determinado Estado.

⁴²⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 111; 6ª ed. 2015, pág. 139.

⁴²⁹ SÁNCHEZ, F. La teoría formal del derecho como primera etapa en el viaje de la teoría comunicacional del derecho. En *Sin Fundamento: Revista Colombiana de Filosofía*, N° 21. Bogotá Universidad Libre, 2015, pág. 14.

Cuando se dice que el ORD es un sistema en bruto, se quiere indicar también que es un texto que no siempre está ordenado, aunque tenga pretensión de organizar, dicho de otra manera, tiene un orden ilusorio. Esto se debe a que su orden no es nada distinto a la acumulación en tanto se van generando decisiones a diario, en otras palabras, el único orden que se puede ver en el ORD es un listado de disposiciones decisionales de las autoridades de forma secuencial y cronológica, pero sin una caracterización por su materia, contenido o interrelación con otros textos. Se trata aquí de un orden que no se puede ver de manera superficial, se requiere una mirada más detallada para poder encontrarlo. El ORD “tiene cierto orden, aunque a veces no es fácil verlo. Más bien se adivina que debajo de esa inmensa masa de textos debe haber un orden compacto y riguroso. O, al menos, debería haberlo [...]”⁴³⁰ Se requiere entonces de una herramienta que permita develar ese orden inicialmente imperceptible, esta herramienta la facilita la dogmática jurídica.

La dogmática jurídica

En el tercer capítulo de esta obra se abordará con mayor detalle la idea y desarrollo de dogmática jurídica en la TCD, por ahora, se indicará que la dogmática jurídica o ciencia de los juristas (antiguamente jurisprudencia) es la forma de designar el conocimiento “sistemático, ordenado y coherente”⁴³¹ del Derecho. En este orden de ideas, su principal labor es la de dar orden y sentido al ORD a través de un proceso hermenéutico del texto jurídico en bruto para reflejarlo sistemáticamente y de una manera clara, depurada y comprensible, este texto jurídico elaborado se denomina sistema y se usará la nomenclatura SIS para referirse a él.

La Teoría de la Dogmática jurídica o Teoría de la Ciencia de los juristas tiene su equivalente en la Semántica jurídica. Se encarga pues, de analizar los métodos de interpretación y construcción del SIS (o también llamado sistema

⁴³⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 112-113; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 141.

⁴³¹ *Ídem.*

doctrinal) en virtud de que todo ORD se organiza, o lo pretende, en unidades institucionales que dotan de sentido a sus elementos básicos normativos, de esta manera el concepto básico de la dogmática es el de la institución jurídica. De acuerdo con lo anterior, el SIS sería el reflejo del ORD (entendido como reglas concretas de configuración), de esta afirmación se desprende una teoría general del Derecho debe dar cuenta del ORD, sus componentes y funcionamiento, mientras que la dogmática jurídica se ocupa de un orden jurídico particular que es el resultado del análisis interpretativo y constructivo de determinado ORD, es decir, el SIS.

En el primer caso estamos ante la indagación de los contenidos de sentido de las reglas concretas que configuran un orden jurídico, mientras que en el segundo no nos interesa el significado de las expresiones lingüísticas de un texto, sino la forma lógico-lingüística de estas expresiones y su articulación en el todo que constituye la estructura básica de los textos particulares que "traducen" órdenes jurídicos particulares. Esta es, obviamente, la diferencia que hay entre el quehacer metódico de la Dogmática jurídica y el de la Teoría general del Derecho. Si es evidente, según lo dicho, que es imposible "definir" un orden jurídico particular haciendo caso omiso de sus reglas e introduciendo factores extralingüísticos, con mayor razón aún hay que afirmar que el concepto del Derecho sólo puede extraerse mediante el análisis formal o lógico-lingüístico, el cual prescinde de todo elemento particular para atender exclusivamente a lo general.⁴³²

El ORD es el punto de partida para llegar al SIS, pero un análisis más detallado enseña que es este último concepto el que se usa a la hora de resolver conflictos por parte de los jueces y de resolver dudas o consultas por parte de los abogados. Esta situación genera una idea clara en la TCD, y es que el Derecho puede asimilarse al SIS, mientras que el ORD es la materia prima para, a través de un proceso hermenéutico, crear dicho SIS. Esta creación es un proceso hermenéutico en espiral (acudiendo a la teoría de Hans Georg Gadamer). Teniendo en cuenta lo anterior, la dogmática jurídica es una

⁴³² ROBLES, G. Tres tipos de reglas en el Derecho. *En Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Palma: Universidad de las Islas Baleares, N° 11. 1985, pág. 116.

herramienta hermenéutica (interpretativa y constructiva) que ordena y aclara el ORD dando como resultado un nuevo texto reflejo de éste, el SIS:

Los ordenamientos jurídicos son susceptibles de conocimiento que se alcanza por medio de la ciencia jurídica. Esta es una ciencia constructiva y práctica, es decir, una ciencia productora de normas jurídicas, que no se limita a describir su objeto de conocimiento, sino que lo construye y, además, es una ciencia directamente conectada con la orientación de la acción humana.

A través de la ciencia jurídica, se depura el texto ordinamental de imperfecciones, lagunas e inconsistencias. El resultado es un nuevo texto que, al mismo tiempo, refleja aquel y lo enriquece. Se trata del sistema, con el que el ordenamiento mantiene una compleja relación comunicacional, hermenéutica, característicamente descrita por Robles como la espiral hermenéutica a la que se refiere Gadamer en *Verdad y método*.⁴³³

La relación hermenéutica en espiral entre ORD y SIS

La Teoría Comunicacional concibe el Derecho a partir de la diferencia entre Ordenamiento –ORD– y Sistema –SIS–, a diferencia de autores y abogados que los tratan como sinónimos y los usan indistintamente en sus escritos y reflexiones. El SIS es el resultado de una reconstrucción hermenéutica del ORD integrado por las decisiones generadoras de texto jurídico “[...] mediante una ardua labor de interpretación y sistematización. Este nuevo texto, generado por los juristas científicos en sus tratados y monografías.”⁴³⁴

Esta falta de diferenciación suele atribuirse al modelo positivista, de hecho, es “uno de los puntos más débiles del conjunto del legado positivista jurídico,”⁴³⁵ puesto que, asume una posición descriptivista (como se indicó en el primer capítulo) en el que la ciencia tiene como objetivo describir su objeto mas no construirlo. “La ciencia jurídica, para la mentalidad positivista, describe

⁴³³ SÁNCHEZ, F. *La teoría formal del derecho...*, 2015, op. cit., pág. 14.

⁴³⁴ ROBLES, G. *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Debate, p. 23.

⁴³⁵ ATIENZA, M. y RUÍZ, J. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En *Revista Isonomía*, N° 27, octubre. México DF: ITAM, 2007, pág. 18.

el derecho que viene dado de antemano en la realidad como un sistema.”⁴³⁶
Por lo tanto, es incorrecto asumir una posición descriptivista en tanto resultaría ineficiente un concepto de Derecho que tan sólo se limite a describir las normas de un sistema que ya están prefabricadas, así:

[...] teorías del Derecho tales como las de Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin. Nos referimos a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir.⁴³⁷

Lo anterior implica que no es posible describir normas en tanto tal acción recae sobre hechos, más no sobre textos y normas. Esta situación ha quedado clara con la obra de Austin *Cómo hacer cosas con palabras* de 1955 en cuya versión castellana introducida por, irónicamente, Genaro Carrió, éste escribe: “Austin propone nada menos que un nuevo punto de partida: considerar seriamente en qué sentido o sentidos se puede afirmar que decir algo es hacer algo.”⁴³⁸ Piénsese en el siguiente ejemplo: ¿Qué ocurrirá si se pregunta a un estudiante de Derecho qué quiere decir la norma que sanciona el homicidio y que viene redactada en estos términos: “el que matare a otro irá a prisión de 15 a 20 años? La respuesta que se obtiene, por lo general, es que dicho enunciado quiere decir que si se realiza una conducta (en este caso matar a otra persona) acarreará una consecuencia jurídica (una sanción que es ir a prisión); ante esta respuesta es claro indicar que descripción como tal no existe en tanto no recrea o representa los elementos de modo, tiempo y lugar en el que un homicidio ha ocurrido (algo que se esperaría de una verdadera descripción).

Esto ocurre porque las normas jurídicas no se pueden describir, pues son prescriptivas y además un ejemplo de la clase de proposiciones que Austin

⁴³⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 116-117; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 145. Ya en ROBLES, G., *Epistemología y Derecho*, 1982, cit. se refiere al “ingenuo descriptivismo” que representa el positivismo jurídico (pág. 20).

⁴³⁷ ATIENZA, M. y RUIZ, J.. Dejemos atrás el positivismo jurídico. *op. cit.*, pág. 21

⁴³⁸ CARRIÓ, G. Introducción. En AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971, pág. 32

denomino realizativas. De acuerdo con esto, junto con los enunciados “constatativos”⁴³⁹ y que efectivamente corresponderían a lo que consideramos una descripción en tanto pueden ser valorados como verdaderos o falsos de acuerdo con la comprobación de la realidad con los sentidos (verdad material) o correspondientes a contextos históricos o literarios correctos (verdad inmaterial), están los enunciados realizativos. Bajo la expresión realizativo se trata de ilustrar un enunciado que “indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como decir algo.”⁴⁴⁰

Por lo anterior, no existe una descripción del homicidio porque el enunciado que lo regula no describe ninguna realidad, ahora, un enunciado constatativo (descriptivo) sobre éste implicaría una adecuación funcional que permitiese un juicio verdadero/falso en virtud de la comprobación, por ejemplo: “El código penal colombiano establece en su artículo 123 que el que matare a otro incurrirá en prisión de 15 a 20 años”; pero como observamos, esto está lejos de lo que asumimos como estudiar el Derecho o dar cuenta de él. Un ejemplo de lo anterior, usado por Austin es el siguiente:

Es interesante señalar que en el derecho procesal norteamericano se admite como prueba la referencia a lo que otro ha dicho, si lo que éste ha dicho es una expresión de tipo realizativo. No se considera que esa referencia apunta a algo que la otra persona *dijo* –porque si fuera así la declaración sería considerada un testimonio de segunda mano (*hear-say*), no admisible como prueba- sino más bien como algo que esa persona *hizo*, esto es, como una acción de ella. Esto coincide perfectamente con nuestro primer enfoque acerca de los realizativos.⁴⁴¹

La obra de Robles, apalancada en la postura ampliamente difundida de Austin, coincide en que es imposible hacer una descripción de las normas. Describir el contenido de una disposición normativa implica, para su comprensión, trascender o sobrepasar lo propio del acto de describir, y debe internarse en una tarea hermenéutica que no se quede tan solo en la

⁴³⁹ AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971, pág. 47.

⁴⁴⁰ *Ídem*, pág. 51.

⁴⁴¹ *Ídem*, pág. 58.

superficialidad externa de la estructura descriptivista. De esta manera se alcanza otro postulado clave en la relación entre TCD y hermenéutica en su visión optimista: la ciencia jurídica no es y no puede ser descriptivista, es constructiva e interpretativa, el Derecho es un ejercicio hermenéutico, como se indicó en el primer capítulo. La TCD es clara al sostener que:

El material que le viene dado de antemano a la Ciencia del Derecho es el ordenamiento, el texto jurídico en bruto. Constituye dicho texto el punto de partida para la construcción interpretativa. La ciencia jurídica trabaja con el texto en bruto, y genera, como producto típico suyo, el texto jurídico elaborado que llamamos sistema. No describe el Derecho, sino que lo “construye”. El resultado es la construcción del sistema.⁴⁴²

Otro aspecto que merece consideración es que la diferencia entre ORD y SIS radica también en que muchas de las decisiones que crean el primero están separadas en el tiempo, con creadores distintos y con finalidades no siempre similares, por lo que no es posible hablar de un ORD homogéneo con coherencia y completo, esto es un rasgo propio de la etapa codificadora que identificaba al Derecho con la ley.

Lo anterior no significa que es inexistente cualquier relación entre la elaboración de una norma o código y un trabajo de dogmática jurídica. El texto, por ejemplo, del código penal colombiano refleja el orden del estudio dogmático, es decir el ORD refleja el sistema. Los autores de una codificación se han inspirado en doctrinas para crearla.

[...] han incorporado al ordenamiento elementos que no estaban en él y que han sido generados por la dogmática, es decir, por el sistema. En cambio, cuando digo que el sistema refleja el ordenamiento estoy expresando que el sistema construido sobre el texto jurídico en bruto ya acabado refleja este último mejor, al darlo de manera completa, acabada.⁴⁴³

Así se tiene que entre ORD y SIS existe una relación en espiral que se desarrolla a lo largo del tiempo. Tomando como partida el ORD, sobre éste se

⁴⁴² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 117-118; 6ª ed. 2015, *op. cit.*, pág. 146.

⁴⁴³ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 120; 6ª ed. 2015, pág. 149.

elabora el SIS inicial, que a su vez influye en la construcción posterior del ORD que se re-elabora aplicando las mejoras hechas por el SIS y así de una forma en espiral. De un ORD1 surge un SIS1, de ese SIS1 surge un ORD2 (mejorado o corregido); de ese ORD2 surge un SIS2 y así sucesivamente hasta llegar a un ORDn y SISn, es decir los actuales. Este modelo en espiral recoge las pautas dadas por Hans Georg Gadamer en *Verdad y Método II* y las presenta como regla hermenéutica (círculo hermenéutico) que asume que la comprensión es posible cuando se analiza el todo desde las partes y viceversa. Esta relación circular:

[...] La anticipación del sentido, que involucra el todo, se hace comprensión explícita cuando las partes que se definen desde el todo definen a su vez ese todo.

Conocemos este fenómeno por el aprendizaje de lenguas extranjeras. Constatamos ahí que es preciso “construir” una frase antes de tratar de comprender las distintas partes de la frase en su significado lingüístico. Pero este mismo proceso de construcción está ya regido por una expectativa de sentido que deriva del contexto anterior. Ciertamente que esta expectativa debe rectificarse si el texto lo requiere. Eso significa reajustar la expectativa y hacer confluir el texto en la unidad de un pensamiento desde otra expectativa de sentido. El movimiento de la comprensión discurre así del todo a la parte y de nuevo al todo.⁴⁴⁴

La obra gadameriana en la TCD se manifiesta en que todo texto es el resultado de una voluntad, de un ánimo puntual de aquel que decide que se debe hacer y qué consecuencias resultan de la desobediencia a su mandato, en otras palabras, el texto es el resultado de una manifestación de “un momento creativo” que pertenece al mundo de la vida (colonización) y que a través del lenguaje (cosificación) se codifica en el mundo jurídico; sólo entendiendo el texto en su totalidad a partir de las partes que lo componen (que no son solamente signos, sino intenciones, contextos, animosidades, etc.) y viceversa. Sin embargo, hay que hacer una precisión en este modelo, precisión que es una crítica de Gadamer a Schleiermacher y que coincide con

⁴⁴⁴ GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme, 2006, pág. 63.

la TCD, cuando se está en el proceso de comprensión de un texto ello no implica llegar o transportarse al mundo anímico de su autor (postura asumida por Schleiermacher y su idea de fusión congenial), al contrario, se trata de acceder a la realidad del pensamiento, una fuente más objetiva anclada en la historia, la política, la filosofía, la sociología y otras disciplinas sociales reconocidas, incluyendo al mismo Derecho.

El problema resulta del hecho que, muchas veces, ya no hay como interrogar a quien le escribió para que nos explique su contenido; aquí ocurre lo mismo que en el diálogo con nuestro vecino: si el texto está cercano y afín a nuestra cultura, no tendremos mayores dificultades para leerlo, pero si es de otro contexto, época o cultura, nos cuesta entender a qué se refiere el autor y qué busca transmitir. En el momento preciso nos apoyarán los procedimientos metodológicos de Schleiermacher: acercarnos a quién fue esta persona quién escribió este texto; preguntarnos qué otras obras han escrito y qué ha hecho y propuesto durante su vida. Estas preguntas pueden extenderse a círculos más amplios que se reflejan en interrogantes como: ¿a quienes frecuentaba el autor o autora, tuvieron sus propuestas cierta acogida en su época, o fueron rechazadas por la sociedad de entonces; ¿en qué tipo de sociedad, economía, literatura, filosofía, cultura y religión, es que produjo su obra?⁴⁴⁵

El círculo hermenéutico que implica este procedimiento es espiral resulta acertado en tanto permite que el fenómeno de la comprensión se logre a partir de procesos interpretativos que van de círculos grandes a unos más pequeños y viceversa, esto siempre apuntando a no perder de vista que todo texto pertenece a un contexto histórico, político y económico que condiciona a su autor y sus deseos. Ya que muchos de los textos que se buscan comprender están distantes en el tiempo entre el lector y su autor, es necesario entonces introducirse en ese espiral (propio de la hermenéutica clásica) en donde todo ejercicio de búsqueda de la comprensión debe reflejarse en iluminación de las cuestiones actuales a partir de los referentes textuales pasados.

⁴⁴⁵ HERMANUS, J. La hermenéutica según Hans-Georg Gadamer y su aporte a la educación. En *Revista Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, Vol., N° 15. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2013, pág. 51.

La dinámica del saber ético se caracteriza por su particular circularidad, un círculo de interpretación en qué el yo establece un diálogo con este “otro” representado por un texto u otro vestigio, que pertenece a otra cultura o al pasado. El objetivo de la aplicación, que nos hablaba la hermenéutica antigua de las ciencias humanas, es que sus investigaciones e interpretaciones (de la literatura, del arte plástico, de la historia, de la ética y de la religión), nos guíen e iluminen en la actualidad.⁴⁴⁶

El círculo hermenéutico implica, además, una doble tarea en el proceso de interpretación que lleva a la comprensión. Una primera tarea es de naturaleza explicativa y una segunda de naturaleza comprensiva, las dos dan cuenta de su dinámica interna (la comprensión) y su proyección externa (la explicación). Este proceso se sustenta, a su vez, en la aparición del texto como categoría hermenéutica que objetiva el objeto de conocimiento (que ya no será una interpretación psicológica o existencial) que no puede reducirse a una semántica de la frase o a una lingüística de la palabra (textualismo o exégesis); y una separación entre el sentido de un texto y la intención de su autor. En otras palabras, el círculo hermenéutico debe entenderse también como una separación entre el texto y su pretensión de identidad con la intención del autor (psicologismo), por lo que buscar esa intención en la mente del creador trasciende a un acontecimiento en donde es el mismo texto donde se encuentra la respuesta.

Esto resulta valioso para nuestro propósito, en tanto, en el Derecho, garantiza la idea de Robles de que su TCD es una teoría del Derecho y gestada él, que no requiere para su existencia salirse del fenómeno jurídico (sin afirmar que ello sea inútil). Al final, el mismo texto jurídico da las respuestas dado sus niveles y relaciones con otros textos, es decir, este círculo hermenéutico que propone la TCD es siempre textual, sin desconocer los aportes de la historia o la sociología.

Con este nuevo acontecimiento que genera el lector, ante la imposibilidad de extraer un sentido unívoco que determinase veritativamente la verdad o la falsedad de lo inscrito, se inicia

⁴⁴⁶ *Ídem*, pág. 59.

propriadamente el problema hermenéutico, en el sentido que aquí lo entendemos. A partir de ahora no le queda al intérprete-lector otra posibilidad que la de conjeturar acerca del sentido del texto, no desde un supuesto espacio psicológico que permitiera una amistosa empatía con el autor, sino en y a través del texto mismo.

[...] El texto, el texto jurídico, no se limita, de este modo, a una configuración ajena a un mundo del cual parte, sino que de esta primera referencia extrae un sentido que actúa, a partir de ahora, en tanto que sentido jurídico, de forma autónoma y que permite comprenderlo en las sucesivas aplicaciones reales o interpretativas en las que éste actualmente se realiza.⁴⁴⁷

Para finalizar esta parte, la TCD presenta al SIS como una ficción en virtud de que el SIS es una construcción hermenéutica. Como se indicó en el capítulo primero, el Derecho puede considerarse como un ejercicio hermenéutico que obedece a la unidad de textos y diversidad de lecturas (*Gestalt*), de esta manera los textos jurídicos en bruto que componen el ORD están abiertos a múltiples interpretaciones, de las cuales varias poder ser coherentes o viables, pero sólo una domina y termina siendo hegemónica.

Así las cosas, el ORD es una especie de realidad dada por las decisiones que lo crean y esto no genera mayor discusión (es fácil determinar qué autoridad u órgano creó una decisión que generó norma), pero esto no ocurre con el SIS que es resultado de la interpretación de los juristas. La solución que plantea la Teoría Comunicacional, y que permite hablar de Sistema Jurídico como una figura singular, es asumir que éste es una ficción teórica que simplifica una realidad compleja permitiendo la elaboración de un modelo, en otras palabras, se trata de la construcción de un modelo que permita explicar una determinada realidad (aunque al final la realidad siempre será más compleja) con una premisa supuesta y fija: “suponiendo que es posible la existencia de un único sistema que refleje el ordenamiento jurídico,

⁴⁴⁷ 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, pág. 192 y 201.

entonces el sistema tiene estas y aquellas características, y se relaciona con el ordenamiento de esta y aquella manera.”⁴⁴⁸

Ante una pluralidad de SIS resultado de la diversidad de interpretaciones se debe acudir a aquel que tenga una mayor solidez ilustrativa para otorgar relevancia, es decir, la existencia de una doctrina dominante debe responder a los requerimientos propios de un paradigma en los términos de Kuhn, es decir, que sirva como solución ejemplar a un problema puntual de la ciencia y que sea aceptada por la comunidad científica luego de haber sido sometida a los rigores propios del mundo del conocimiento, en palabras de Kuhn, los paradigmas:

Sus realizaciones carecían hasta tal punto de precedentes, que eran capaces de atraer a un grupo duradero de partidarios alejándolos de los modos rivales de actividad científica; y a la vez eran lo bastante abiertas para dejarle al grupo de profesionales de la ciencia así definido todo tipo de problemas por resolver. (...) Al elegir ese término [paradigma] mi intención es sugerir que algunos ejemplos aceptados de la práctica científica efectiva, ejemplos que incluyen conjuntamente leyes, teorías, aplicación e instrumentalización suministran modelos de los que surgen tradiciones particulares y coherentes de investigación científica.⁴⁴⁹

Ante esta situación, la TCD indica que la doctrina dominante expresa el sistema dominante (suma o yuxtaposición de las diversas doctrinas dominantes en las diferentes áreas del Derecho) reduciendo así el marco interpretativo convirtiéndose en una verdadera metodología hermenéutica. La noción de doctrina dominante es una construcción hermenéutica que facilita el paso hacia un modelo general y singular de SIS. Por lo tanto, ante la pluralidad de interpretaciones de los estudiosos del Derecho que generan una variedad de sistemas es necesaria una delimitación de este universo de sistemas reduciendo las posibles respuestas a aquellas doctrinas que a lo largo del tiempo y con rigor científico se han convertido en hegemónicas o dominantes.

⁴⁴⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 123-124; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 153.

⁴⁴⁹ KUHN, T. *Estructura de las revoluciones científicas*, 4ª edición. México DF: FCE, 2013, pág. 115.

El Concepto de Acción y su Papel en la TCD

La TCD se construye a partir del concepto y la relación existente entre ORD y SIS como objetos textuales. Pero para completar el cuadro se necesita de un tercer elemento: la acción. Alrededor de la acción se organizan los diversos textos jurídicos pues éstos van encaminados hacia ella:

El tercer concepto fundamental, que junto con los de ordenamiento y sistema es la piedra de toque para la comprensión teórica del derecho, es el de acción. En torno a la acción se organiza el cuerpo de los textos jurídicos, y estos son producto de acciones (actos de habla). La acción rodea todo lo jurídico, bien como fuente de la que mana, bien como materia sobre la que versa el mensaje del derecho. Robles presenta un concepto comunicacional de acción, considerándola como la genuina forma de comunicación y definiéndola como el significado unitario otorgado a un conjunto de movimientos físico-psíquicos. El lenguaje, que es fenoméricamente la manifestación primaria de todo lo jurídico, es producto de una clase específica de actos: los actos de habla.⁴⁵⁰

A continuación, se hablará del concepto de acción y su papel en la obra de Robles previo un análisis del concepto de acción de manera general.

Los estudios sobre la acción en las ciencias sociales son numerosos y datan desde los orígenes del pensamiento. Desde la filosofía, la sociología y la antropología, entre otras áreas, su estudio ha cimentado teorías que a la fecha están vigentes y cuentan con una buena salud. Aristóteles situó la acción como el objeto del conocimiento práctico o moral (razón práctica) en términos del uso activo de la razón que está encaminada a la consecución del bien del ser humano a través de la elección de los fines para dicha meta, en palabras del Estagirita:

Siendo el fin el objeto de la voluntad, y materia de deliberación y de elección los medios para alcanzar el fin, se sigue que los actos por los que (...) disponemos de tales medios, son voluntarios. Ahora bien, el ejercicio de las virtudes atañe a los medios. Por tanto, en nuestro poder está la virtud, como también el vicio. Porque donde está en nuestra mano el obrar, también estará el no obrar.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ SÁNCHEZ, F. La teoría formal del derecho..., 2015, op. cit., pág. 16.

⁴⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Medellín: Editorial Bedout, 1981, pág.60.

El planteamiento aristotélico cobra un matiz interesante cuando expone su idea de *Akrasia*⁴⁵², un concepto griego que indaga acerca de las causas sobre por qué las personas, siendo conocedoras de los dictámenes de la ley y conscientes de los beneficios de lograr un beneficio común, no dedican su vida a la búsqueda de la excelencia (*areté*). El anterior procedimiento suponía el análisis de la praxis en tanto viene antecedida del deseo y el cálculo para así tomar una decisión (*proaireis*) que es el resultado de una fusión del anhelo o deseo y el juicio o cálculo a través de un proceso silogístico donde la conclusión es la acción que debe estar encaminada a un bienestar común.⁴⁵³

La *praxis* estaría compuesta por cuatro elementos: primero los deseos y metas de la persona (no siempre explícitos en su razonamiento) que determinan lo que va a hacer. En segundo lugar (que actúa como premisa mayor del silogismo) una afirmación de tipo universal que expresa que al realizar determinada acción se obtiene una determinada consecuencia. El tercer elemento (premis menor) es un juicio perceptual para validar que se está ante una oportunidad para la consecución de lo que se desea. Finalmente, el cuarto elemento (la conclusión) es la acción final a realizar. Veamos un ejemplo:

1. Debo tomar líquido pues mi cuerpo requiere de ello para funcionar.
2. A) El líquido X es malo para mi salud. B) El líquido X quita la sed
3. Esta botella contiene el líquido X
4. A) Esto es malo (no se hace). B) Esto es bueno (se hace)

En el modelo acrático se elegiría la acción 4B como conclusión válida del 2B inactivándose así el precepto moral. En la antigua Grecia, el concepto de responsabilidad coincidía con el de culpa en tanto eran conceptos que se originaban por la causalidad o precedencia de un movimiento o acción y esto

⁴⁵² Según este concepto, sinónimo de debilidad de la voluntad, se analiza cómo la acción humana intencional que permite establecer el obrar de un agente de acuerdo con el conocimiento de lo que es correcto, bueno o justo, actúa, sin embargo, en contra de él. Se abandona la prudencia de forma consciente en aras de buscar una satisfacción personal y alejada de una idea de bienestar común.

⁴⁵³ VERNANT, J. *El hombre griego*. Madrid: Alianza, 1993, pág. 53 y ss.

constituía el precepto jurídico de la *Polis* que se usó también para denotar la causalidad física. El vocablo griego que se usaba para indicar responsabilidad era *hekón*, en contraposición a *akón*, y se aplicaba a las acciones voluntarias de las personas y así imputar responsabilidad por ellas.

Ya en la sociología y la política autores como Weber, Parsons o Habermas han volcado en la acción las bases de sus estudios y obras.

Después de que Aristóteles situara a la acción como objeto del conocimiento práctico o moral y la definiera como el uso activo de la razón dirigida a la consecución del bien del hombre, la filosofía durante largos lustros apenas volvió a tratar el tema con alguna extensión real. Es notable la poca atención que se ha prestado a tan importante categoría por parte de la ética y de la política; por el contrario, desde Weber, la sociología se ha venido ocupando de ella como uno de sus conceptos más fundamentales.⁴⁵⁴

La sociología, por ejemplo, busca una relación entre la acción humana y la sociedad, el Estado y la economía creando la categoría de acción social. Tradicionalmente se había concebido la noción de acción como un resultado de la causalidad natural (sobre todo con el empirismo de Hobbes y Kant) limitada a una consecuencia del movimiento corporal intencional y que se explica de la misma manera que se explican los fenómenos fácticos de las ciencias naturales.

Pero no siempre el movimiento físico devela de forma fehaciente el contenido de la acción (algo que utilizará la TCD como se verá más adelante) en tanto ésta es el resultado de un acto de voluntad que se explica a través de un análisis que involucre el aspecto volitivo o espiritual y no solamente físico y natural.

El punto de inflexión en este cambio de agujas, como no podía ser de otra manera, lo marca la filosofía moderna, y en particular el dualismo cartesiano. ¿Cuál es la diferencia entre un movimiento físico –pensemos, por ejemplo, en la acción de levantar un brazo– y una acción? La respuesta más extendida es la de que las acciones son el efecto de actos de voluntad o voliciones, esto es,

⁴⁵⁴ LÓPEZ, A. La teoría de la acción en Weber, Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas. En *Revista Foro, Nueva época*, N°1. Madrid: Universidad Complutense, 2005, pág. 180.

acontecimientos no físicos que tienen lugar en el espíritu, mente o pensamiento, explicación que modificarán Hobbes y Locke.⁴⁵⁵

Como se ha podido observar, estas son apenas una reflexión introductoria al tema de la acción, que no se agota en ellas dada la enorme cantidad de literatura que sobre el tema se ha escrito. Si algo se puede extraer en la actualidad es que son pocas las teorías (y en especial en el Derecho) que se han ocupado del tema de la acción, concepto que ha estado olvidados por las ciencias sociales, pero que en la obra de Robles juega un papel determinante, en palabras de Ángeles López:

Durante siglos el significado pleno de la acción humana no fue un asunto que despertara un tratamiento temático para la reflexión filosófica. Este –digamos– “desinterés” hay que buscarlo en la orientación que siguió el pensamiento desde la filosofía griega hasta Kant: la acción humana no es cuestionada como tampoco lo es el hombre, considerado siglo tras siglo como parte indisoluble del todo según un orden preestablecido donde cada cual ocupa su lugar.⁴⁵⁶

Ya analizando el tema de la acción en la TCD, puede decirse que ésta se centra en aquella solamente en el sentido que le es propio a una teoría del Derecho, y que, en este caso, lo concibe como fenómeno comunicacional. Se trata entonces del estudio de las acciones jurídicas (acciones reguladas –codificadas– por el Derecho) bajo una visión autopoietica. Con estas condiciones, la acción es texto debido a que es el resultado de una interpretación que se hace de gestos o movimientos físicos o psíquicos que la originan. Este proceso interpretativo está sometido a reglas que permiten determinar con mayor precisión cuál es la acción de que se trata para posteriormente establecerlas como debidas, prohibidas, autorizadas o facultativas. Al final, la obra de Robles concibe el Derecho como un conjunto de mensajes establecidos de forma convencional que crean acciones (procedimientos) y guían la actividad de valoración de aquellas.

⁴⁵⁵ *Ídem*, pág. 181.

⁴⁵⁶ *Ídem*, pág. 182.

El concepto de acción es determinante a la hora de hablar de las normas jurídicas, por lo que abordar el concepto de éstas para poder comprender el de acción es el primer paso. Haciendo un repaso de las concepciones de norma que han ofrecido autores como Kelsen o Hart, Robles concibe uno propio para la TCD que parte del análisis del ORD y el SIS.

Se sabe que el ORD es texto jurídico en bruto resultado de decisiones de autoridades que manifiestan su voluntad, acudiendo a la práctica; este ORD viene impreso y se suele encontrar en documentos oficiales que varían de nombre dependiendo del país (Boletín Oficial Español –BOE- en España, o Diario Oficial en Colombia). La estructura de este texto impreso está dada por su exposición articulada, es decir, compuesto y encadenado por artículos numerados (codificados) que siguen una numeración continua y que pueden o no contener párrafos o disposiciones transitorias.

En cada artículo se recogen una o más disposiciones, como por ejemplo la consagrada en el artículo 1853 del código civil colombiano: “Se prohíbe a los administradores de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente.” Un análisis breve de esta disposición permite extraer lo siguiente:

En primer lugar, hay una disposición que indica al Juez que en caso de que un funcionario que administre establecimientos públicos venda parte de los bienes que lo componen tal acción está prohibida; en segundo lugar, una que indica que en caso de que dicha venta esté contemplada dentro de las funciones la acción estaría permitida, igual si tal acción está precedida de una orden válida. Una tercera disposición, que no es visible en el artículo pero que opera en el ordenamiento colombiano y se infiere lógicamente, es que en caso de que el funcionario realice la acción que está prohibida, el Juez debe compulsar copias a la Fiscalía para que investigue la presunta comisión de una infracción penal.

El análisis anterior puede realizarse sobre todos los artículos que componen un cuerpo textual obteniendo el mismo resultado: “cada frase o sentencia con sentido puede considerarse una disposición”⁴⁵⁷ que se encuentra relacionada con otras y así adquiere inteligibilidad (habrá que analizar qué se entiende por “establecimientos públicos” (y acudir a normas que usen disposiciones para definirlos), “administrador”, “enajenar”, etc. Por lo tanto, las disposiciones son los ladrillos para la construcción de las normas, en tanto una disposición aislada consideradamente puede tener sentido gramatical (en el lenguaje natural) pero no sentido jurídico.

Como se vio en el ejemplo anterior del código civil colombiano, existen disposiciones cuyo complemento no siempre se encuentra en el mismo texto por lo que se debe buscar en otras normas o en precedentes jurisprudenciales, en esto consiste la labor denominada “construcción creadora”⁴⁵⁸ sobre la base del texto jurídico del ORD que da como resultado el SIS, así, el SIS es el producto final resultado de una construcción hermenéutica que pule o clarifica el ORD para presentarlo de una manera armónica y ordenada, así las cosas, “las disposiciones son enunciados lingüísticos completos que deben ser interpretados para formular una norma.”⁴⁵⁹

Hecho el anterior análisis, la TCD concibe a la norma jurídica como las unidades que conforman el SIS, y tanto normas como sistema son resultado de un proceso de construcción hermenéutico, por lo que es necesario introducir la diferenciación entre disposición y norma para efectos de consecuencias interpretativas, en palabras de López Ruíz:

La interpretación implica una transformación de las reglas o disposiciones en enunciados interpretados (es decir, resultantes de la interpretación), a los que hemos convenido en denominar normas. En la interpretación jurídica estamos en presencia de dos lenguajes: el lenguaje objeto de la interpretación, y el lenguaje producto de la interpretación, es decir, el conjunto de enunciados producidos por el

⁴⁵⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 179; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 213.

⁴⁵⁸ *Idem*, 1ª ed. 1998, pág. 179; 6ª ed. 2015, pág. 214.

⁴⁵⁹ GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Ed. Giappichelli, 1992, pág. 15.

intérprete. Esto supuesto, llamaremos disposición al lenguaje objeto y norma al lenguaje producto. Disposición será todo enunciado que forme parte de un documento normativo vinculante para el intérprete; y norma el sentido o significado que se atribuye a una disposición obtenida por medio de la interpretación.⁴⁶⁰

Como consecuencia del anterior razonamiento, se extrae una conclusión: las normas jurídicas no vienen dadas de antemano por lo que se necesita de un modelo que explique con constitución interna y la conexión de sus componentes para dar sentido y organización al ORD. Una teoría de las normas jurídicas expondrá y analizará entonces a los modelos utilizados para lograr este orden (que han sido variados y debatidos ampliamente a lo largo de la historia).

Desde la óptica de una Teoría comunicacional, el modelo propuesto para abordar una teoría de las normas jurídicas se sustenta en la idea de que el texto jurídico elaborado SIS se descompone en un conjunto de unidades o proposiciones lingüísticas básicas o elementales que se denominan normas o reglas que adquieren el rótulo de jurídicas en tanto pertenecen a un texto de carácter jurídico, es decir, poseen una “juridicidad”⁴⁶¹ que no está determinada por el contenido de las mismas sino por su pertenencia al SIS. Por lo tanto, una norma no es jurídica porque tenga determinado contenido, lo es por el hecho de estar incrustada en un sistema.

Robles, finalmente, elabora una definición de norma o regla jurídica en los siguientes términos: “[...] proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción humana.”⁴⁶² Descomponiendo la definición hecha, tenemos que se habla de proposición lingüística en tanto se refiere a una expresión de lenguaje dotada de sentido

⁴⁶⁰ LÓPEZ, F. Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa. En *Revista Derechos y Libertades*, año 1, N°2. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1994. pág. 251.

⁴⁶¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 180; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 215.

⁴⁶² *Ídem.*

(dirigir la acción humana). Entendida como expresión lingüística, no puede analizarse de manera aislada sino en conexión con otras proposiciones que también hacen parte del sistema, se trata de un análisis global textual en tanto la norma que pertenece a un SIS refleja un ORD puntual. Sumado a lo anterior, el sentido de dicha proposición es orientar o dirigir la acción humana, es decir, un sentido prescriptivo o directivo, por lo tanto, no puede desligarse del concepto de acción.

La TCD plantea que la conexión entre norma jurídica y acción puede ser directa o indirecta: “Es directa cuando la norma jurídica contempla en sí misma una acción determinada. Es indirecta cuando no sucede esto, sino que lo que hace es contemplar algún elemento que es previo o condicionante de la acción.”⁴⁶³ Por ejemplo, una norma que establece los deberes de un padre hacia sus hijos es de carácter directa en tanto exige determinado comportamiento, determinadas acciones, por parte de un individuo. De la misma manera lo será la norma que imponga el deber al juez de sancionar a la persona que no cumpla los deberes hacia su hijo, aunque en este caso se trata de una norma directa de la acción encaminada a la práctica judicial.

Por el contrario, las normas indirectas de la acción, estarían ejemplificadas por aquella que establece la mayoría de edad a los 18 años (para tomar el caso colombiano), en tanto no apunta a la regulación de una acción específica sino al establecimiento de una condición para poder evaluar acciones y conceder derechos. De esta manera, las normas indirectas de la acción introducen condiciones, requisitos o presupuestos.

Para finalizar, la TCD hace una distinción necesaria entre acción y conducta. El primero es más amplio que el segundo (toda conducta implica una acción, pero no toda acción genera una conducta). Así, la conducta implica una acción (o conjunto de ellas) que se analizan desde la existencia de un deber, por lo tanto, puede hablarse estrictamente de conducta cuando se la

⁴⁶³ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 181; 6ª ed. 2015, pág. 216.

enfrenta al concepto de deber, de allí que existen conductas buenas y malas dependiendo del ordenamiento desde donde se las mire.

La acción en el Derecho

Como se ha dicho anteriormente, la acción humana es un concepto central en la TCD en tanto los textos jurídicos están encaminados a dirigirla. Las normas que componen el SIS regulan de manera directa o indirecta la acción por lo que éstas sólo adquieren sentido mientras guarden conexión con aquella, “todo sistema de normas adquiere su sentido en conexión con las acciones que regula.”⁴⁶⁴

Lamentablemente, la acción no ha sido estudiada con profundidad en la mayoría de teorías generales del Derecho que se han centrado en el elemento regulador y normativo se ha dejado de lado el objeto sobre el cual éstas recaen. El predominio de teorías normativistas opacó aquellas pocas que se dedicaban al análisis de aquello que sustenta la norma, es decir, la acción. En este orden de ideas, la TCD busca centrarse en ese punto que se ha descuidado entendiendo que sin acción no hay norma y sin norma no hay Derecho.

Es por todo lo antes expresado, que algún sector de la doctrina ha preferido renunciar a la determinación de este concepto, señalando la irrelevancia práctica de la idea de acción sobre la que tanto se ha discutido, sin haberse preguntado antes en qué medida influiría en las consecuencias jurídicas el concebirla de una u otra manera, o aun tan sólo hacer referencia a ella.

Ante tal opción teórica, no nos queda otra alternativa más que rechazarla pues, como bien señala Morón en relación a este concepto, “su fijación, o al menos el intento de lograrla, es tarea que el jurista no debe abandonar, porque está en juego no un concepto jurídico cualquiera sino un concepto jurídico referido a la libertad de la persona en un sistema político democrático y de libertades.”⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 225; 6ª ed. 2015, pág. 271.

⁴⁶⁵ MATHEUS, C. Sobre el concepto de acción. En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 16, N°3. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, pág. 762.

Para empezar, y en aras de comprender los efectos del estudio que se da en la TCD, la palabra acto y acción se manejarán como sinónimos, algo que no es recomendable en la relación entre los términos acción y actividad. La actividad implica una repetición de acciones o actos similares. El derecho tiene también en cuenta las actividades (por ejemplo, las actividades médicas o comerciales). Sin embargo, existen actividades que le interesan al Derecho y otras que no, recordemos el proceso de codificación, que en su primera etapa (colonización) establece que hay campos –en este caso actividades– que no le interesa dominar al Derecho, esto es, actividades que no le interesa, en principio, regular. Con esto se quiere significar que existe un concepto de acción genérico y otro jurídico, el segundo marcado por ese proceso de colonización, es decir, la acción jurídica es aquella que le interesa al Derecho.

En el sentido genérico, Robles define la acción como “un conjunto de movimientos dotado de significado unitario.”⁴⁶⁶ La acción comprende además una unidad de significado en donde los movimientos corporales son un referente. Respecto del movimiento, se apela a una noción físico-psíquica que establece que las acciones internas (como el pensamiento) no son objeto de colonización del Derecho, más sí las externas o físicas, aquí radicaría, por ejemplo, una diferencia con la moral (que sí se encarga de los pensamientos). Pero decir que el Derecho se ocupa de acciones externas (físicas) es impreciso pues acarrea una generalización peligrosa, no todo acto externo es capturado del Derecho, piénsese en los actos reflejo, en palabras de Robles: “La acción en sentido propio posee los dos elementos, el externo y el interno. El movimiento o conjunto de movimientos que la caracterizan constituye un entramado físico y psíquico, externo e interno.”⁴⁶⁷

En la extensa producción académica de Robles, una gran parte está dedicada al estudio de la sociología jurídica, en la cual también se ha dedicado

⁴⁶⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 228; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 274.

⁴⁶⁷ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 228; 6ª ed. 2015, pág. 275.

a analizar el concepto de acción desde un escenario sociológico-jurídico en el cual existe una acción general y una acción social. La primera marcada por un conjunto de movimientos físicos y psíquicos dotados de significados, la segunda enmarcada en un contexto de interpretación que se encuentra en un orden social. De esta manera, la acción en un sentido sociológico-jurídico es, de acuerdo con Robles:

Es la acción social cuyo significado proviene de la interpretación que se le atribuya a la luz del Derecho válidamente establecido. Es el Derecho válido el que sirve como contexto interpretativo o punto de referencia para la interpretación de la acción social.⁴⁶⁸

La acción tiene en sí misma una intencionalidad que la diferencia de las actividades fisiológicas que se traducen en reflejos. Las acciones propiamente dichas son intencionales en tanto son la respuesta a una situación concreta que implica en análisis y la toma de una decisión con base en cálculos y deseos.

En el ser humano se pueden diferenciar dos tipos principales de actividades: unas son fisiológicas, como, por ejemplo, el reflejo rotuliano; el otro tipo de actividades se denominan acciones. Las primeras son respuestas automáticas e indiferenciadas a estímulos, tienen un carácter adaptativo y están preestablecidas, mientras que las acciones son intencionales y constituyen una respuesta a una situación concreta. Se denomina conducta el conjunto de acciones que constituye esta respuesta.

[...] La intención consiste, por tanto, en la “voluntad”, en el “pensamiento” o en la “idea”. Se trata, pues, de un fenómeno mental y, como tal, está caracterizado por la intencionalidad, por la cualidad de referirse a algo. Decimos, por ejemplo, “Tengo la intención de comer” o “Tengo la intención de estudiar”. El contenido, aquello a lo que se refiere el acto mental denominado intención, es siempre una acción.⁴⁶⁹

Ahora bien, la acción como movimiento o conjunto de movimientos requiere, además, para que tenga sentido, de un significado. Cada acción

⁴⁶⁸ ROBLES, G. *Sociología del Derecho*. 1ª ed. Civitas, Madrid, 1993. 2ª ed. 1997. 3ª ed., Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018, pág. 60.

⁴⁶⁹ DIEZ, A. Sobre la interpretación. Teoría de la acción (I). En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 33, N° 117. Madrid: AEN, 2013, pág. 49-50.

puede estar encaminada a cubrir diversos significados, lo que es igual a decir que un mismo conjunto de movimientos puede constituir diversas acciones (levantar la mano, por ejemplo, puede acarrear varios significados: parar un taxi, solicitar la palabra en una reunión, responder a un llamado de lista, etc.). Existe, entonces, una acción básica que puede ser común a varios significados (levantar el brazo) y que comprenden “aquellos de nuestros actos que derivan del repertorio de lo que cada uno sabe cómo hacer, sin recurrir a una acción mediata de orden instrumental o estratégico que se hubiera debido aprender de antemano”⁴⁷⁰ por lo que será necesario establecer qué se quiere expresar con esa acción; ese deseo de decir algo que acompaña la acción básica es la acción en sentido propio. Se habla de aquí de un concepto significativo de acción tal como lo concibió el profesor Tomás Vives Antón y que plantea que será el “seguimiento de reglas (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencias de los simples hechos.”⁴⁷¹ Vives, citado por Martínez-Buján, enseña que:

De un lado, afirma Vives que, por de pronto, debe ponerse en tela de juicio la concepción cartesiana de la mente como sustancia, que en el ámbito del Derecho penal conducía a una doctrina según la cual la acción venía siendo concebida como un hecho compuesto, esto es como la reunión de un hecho físico (el movimiento corporal) y otro mental (la volición); de este modo, resultaba factible establecer una diferencia ontológica entre las acciones y los demás hechos, basada en la aportación de la mente. De otro lado, pone de relieve el cambio de paradigma que modernamente se ha ido operando ya en el marco de la filosofía de la acción, de tal manera que la concepción ontológica de la acción, como algo que hay en el mundo, ha pasado a entenderse de una forma diferente: no como algo que los hombres hacen, sino como el significado de lo que hacen; no como un sustrato, sino como un sentido.⁴⁷²

⁴⁷⁰ RICOEUR, P. *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI, 1996, pág. 94.

⁴⁷¹ VIVES, T. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 197.

⁴⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN, C. La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. En ARROYO, L. et al (coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 1. Universidad de Castilla la Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2001, pág. 1078.

Esta visión es abordada por la TCD de una forma más amplia que la presentada por Vives en sus lecciones de derecho penal. Robles concibe la acción como un “concepto hermenéutico-analítico o comunicacional”⁴⁷³ que supone abandonar la idea de acción como un concepto natural (posición propia del positivismo) por lo que la descripción de actos externos no sería como tal el hallazgo del significado de la acción, sería tan sólo eso, su aspecto externo (movimiento) sin ahondar en su intencionalidad, esto, por sí mismo, no conforma una acción dado que “la explicación de una acción presupone la comprensión previa de la conducta como acción. El seno mismo de una acción es intencional.”⁴⁷⁴

Por lo anterior, el análisis de la acción no se queda únicamente en los aspectos externos (movimientos) en tanto se requiere ahondar en su significado, y tampoco accede a los internos (pensamientos) en tanto es objetivamente imposible determinarlos y no es un asunto del Derecho, más sí de la moral. Dicho análisis implica en una labor constructiva (hermenéutico-analítica) que requiere de un proceso de interpretación e investigación similar al del historiador, la acción como unidad, tal como lo expone la TCD.

El historiador no se queda jamás con uno de estos aspectos con exclusión de otro. Lo que investiga no son meros acontecimientos (por mero acontecimiento quiero decir uno que sólo tiene exterior y no interior) sino acciones, y una acción es la unidad del exterior y el interior de un acontecimiento.⁴⁷⁵

La acción concreta, entonces, no siempre se puede identificar con el simple acontecer físico observable sino con su sentido o significado, es un resultado de un proceso interpretativo. La acción básica, consistente en levantar la mano, puede develar diferentes significados dependiendo del contexto en el que se realice, pero por lo general obedece a unas

⁴⁷³ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 230; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 277.

⁴⁷⁴ RUEDA, D. Acción e intención: el silogismo práctico según Von Wright. En *Factótum*, N° 14. Asociación Cultural de España, 2015, pág. 88. Recuperado de: http://www.revistafactotum.com/revista/f_14/articulos/Factotum_14_6_Daniel_Rueda.pdf

⁴⁷⁵ COLLINGWOOD, G. *La idea de Historia*. México DF: FCE, 1972, pág. 209.

preconcepciones que permiten formar un concepto genérico de acción, así, si una persona levanta su mano es común asumir que desea ser vista o enviar alguna señal (un saludo o despedida), esto es a lo que se le denomina “modelo genérico de acción.”⁴⁷⁶ Además, la ejecución de una acción genérica implica a su vez un procedimiento también genérico, y cuando se trate de una acción concreta, el procedimiento será concreto (como por ejemplo prestar un juramento). De esta manera, la TCD asume que las normas jurídicas establecen acciones genéricas formalizadas que implican determinados procedimientos.

La acción es el procedimiento, esto es una tesis fuerte, que no identifica a los dos conceptos como similares en tanto el procedimiento no es propiamente la acción sino un instrumento o medio para realizarla ya que aquel representa un conjunto de elementos previos a ésta. Con un ejemplo veamos, cuando se indica que para prestar juramento se debe realizar tales actos, o para mover una ficha de ajedrez se deben observar tales reglas hay una separación entre la acción genérica que puede ser saludar o mover un objeto en línea recta y la acción en concreto que se traduce en el significado, en este caso, prestar un juramento o la regla de movimiento de la torre en el juego. No hay que confundir a la acción como proceso o producto acabado con la acción como proceso de actuación.

Como producto acabado, la acción se concreta en forma de sustantivo: el saludo, el juramento, el movimiento (jugada), aquí se asume una noción que la concibe como un resultado ya ejecutado y completo en sí mismo, lo que conlleva a una visión estática de la acción. Por el contrario, si se la asume como un proceso de carácter dinámico asumirá el ropaje de un verbo: saludar, jurar, mover (jugar) y se presentará como una acción en realización, haciéndose.

⁴⁷⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 231; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 278.

En el Derecho la anterior división es importante y las dos consideraciones de la acción (estática y dinámica) están presentes: la compra y el comprar, la estafa y el estafar, el juramento y el jurar, y así. Por lo tanto, las acciones jurídicas (aquellas que le interesan al Derecho) pueden estar presentes de forma estática o dinámica en el ORD.

De acuerdo con la obra de Robles, el concepto estático antecede al dinámico (no se puede hablar de saludo sin antes ejecutar los movimientos de la acción de saludar), el sustantivo antecede al verbo, entonces “lo actuado presupone la acción.”⁴⁷⁷ Se tiene entonces que la concepción estática de la acción (algo acabado) da por sentada la concepción dinámica (el proceso de realización), en consecuencia, que la acepción primaria de la acción es la dinámica que se identifica con el procedimiento, es decir, antes de la acción (ya ejecutada) está el hacer de carácter dinámico. En palabras de Robles:

Cuando decimos la frase “el procedimiento de la acción”, estamos empleando la palabra “acción” en su sentido estático, como algo acabado. Traducido en proposiciones concretas, es como si dijéramos: “el asesinar del asesinato”, “el saludar del saludo”, “el jurar del juramento”, puesto que con los verbos “asesinar”, “saludar” y “jurar” estamos designado sendos procedimientos, y con los sustantivos “asesinato”, “saludo” y “juramento” nos referimos a las correspondientes acciones consumadas. Pero, ¿qué es “asesinar”, “saludar” o “jurar” sino la designación verbal de otros tantos procedimientos?⁴⁷⁸

Al final, una acción no es otra cosa que un procedimiento (aunque acción también se usa para designar un procedimiento ya acabado) y si éste no existe aquella. Para evitar un círculo vicioso de la anterior estructura, la Teoría Comunicacional establece que el procedimiento se concreta en una regla o norma que determinado sujeto tiene que realizar para concretar o dar vida a una acción (en su noción estática); este procedimiento se transmite de forma verbal (como acto de comunicación) a través de dicha regla o norma en la que se establecen los requisitos para que tal modo de proceder

⁴⁷⁷ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 234; 6ª ed. 2015, pág. 280.

⁴⁷⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 234; 6ª ed. 2015, págs. 280-281.

efectivamente constituya una acción determinada. Pensemos análogamente en las reglas del juego del fútbol, existen porque dan sentido a ciertos procedimientos, que, de ser llevados a cabo conforme a ellas, constituirán acciones diversas (anotar un gol, realizar un tiro de esquina, cometer una falta merecedora de una tarjeta amarilla, etc.). Esta construcción de la TCD es fundamental pues permite entender al Derecho como un juego donde la comunicación de sus reglas es esencial, definirlo es definir sus reglas.

Sea escrito u oral el modo de creación y de transmisión de las reglas de un juego, lo cierto es que no es pensable un juego sin reglas, y dado que éstas se constituyen mediante alguna forma de lenguaje, puede afirmarse sin vacilaciones que todo juego posee una dimensión lingüística ineludible. Y esta dimensión es tan importante que es posible decir que definir un juego es definir sus reglas, cobrando así la dimensión lingüística el papel más relevante. Exactamente igual sucede con el Derecho.⁴⁷⁹

Por lo tanto, existen reglas que dicen cómo se tiene que proceder (no se usa la expresión “debe proceder” en tanto se debe diferenciar lo deóntico de lo procedimental) para realizar determinada acción: jugar ajedrez, celebrar un contrato, estafar, etc. Como se puede ver, la universalidad de acciones y procedimientos posibles incluyen aquellos que se consideran delitos en la mayoría de legislaciones (estafar, robar, matar) pero no debe confundirse con una invitación a su realización, sino como las condiciones para que el procedimiento en su ejecución conduzca a la acción regulada (no se puede hablar de matar si no se procede de forma tal que se quite la vida a otra persona de forma intencional y esto supone unos pasos y verificaciones puntuales): “La conclusión a la que hemos llegado es que sin procedimiento no hay acción, y sin regla no hay procedimiento; ergo, sin regla no hay acción. Realizar acciones, pues, es actuar de acuerdo a reglas.”⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ ROBLES, G. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho*. Palma de Mallorca: Editorial Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, pág. 26.

⁴⁸⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 236; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 283.

La acción como texto

La realización de una acción viene expresada a través de una norma, que a su vez es la expresión verbalizada del procedimiento por lo que la norma dice en qué consiste el procedimiento. Toda acción es expresable en términos lingüísticos mediante una regla que indica el procedimiento para la acción.

Bajo este orden de ideas la acción comporta reglas, como se ha insistido, y esto significa que el ser humano está dominado por éstas, puede pensarse que esta afirmación no es correcta, pero lo es. Un crítico de esta postura podría afirmar que el ser humano es libre a la hora de actuar y es verdad, se puede elegir la acción a realizar dependiendo de muchos factores. Sin embargo, lo que no se puede alterar –y, por tanto, somos esclavos– es el procedimiento para ciertas acciones, por ejemplo, para poder escribir en un ordenador hay que encenderlo primero y abrir (por medio de otros procedimientos) un programa que permita ejecutar esta acción. En otras palabras, uno es libre de elegir la acción (escribir en un ordenador) pero no ocurre así respecto del procedimiento (pasos para lograr el objetivo). Estos procedimientos, pueden ser verbalizados como se indicó.

Tomando el ejemplo del párrafo anterior, imaginemos que alguien se acerca por primera vez a una clase de computación en el colegio para aprender a cómo usar un programa procesador de textos y así realizar la acción de escribir una carta para posteriormente imprimirla. Este procedimiento se puede expresar verbalmente, ya sea por las órdenes o reglas que da el profesor o por los textos que se encuentran en los manuales básicos de computación que indican que para acceder al programa que procesa textos se debe actuar de cierta manera, se siguen ciertos pasos (acciones). La norma de procedimiento expresa verbalmente la acción en tanto comunica que quiere decir ésta, en palabras de Robles:

Realizar una acción es seguir la norma de procedimiento correspondiente. Donde hay acción hay procedimiento, y también hay norma. Son tres conceptos que se complican, que van

acompañados siempre. No es posible en pensar en uno sin relacionarlo de inmediato con los otros dos.⁴⁸¹

Dicho lo anterior, si se acepta que la acción se expresa mediante una norma o regla, la acción también es texto, un fenómeno comunicacional que permite concebirla como una unidad de sentido o de significado que se puede atribuir a una persona que realiza un conjunto de movimientos. Cuando se trata de acciones genéricas, éstas establecen procedimientos genéricos que indican cómo realizar ciertos actos como escribir, pero al ser texto esto implica que se pueden realizar otros análisis, como por ejemplo la lectura, la interpretación, la comprensión, la comunicación, etc.). Esta misma reflexión, respecto de las acciones concretas es más complejo en tanto podrían confundirse con actos ejecutivos ya que traslada a la realidad fáctica lo que se establece en el procedimiento genérico. En otras palabras, las acciones concretas requieren un proceso interpretativo para no decaer en simples actos genéricos, de tal manera un observador externo, por ejemplo, sólo podría describir los actos ejecutivos desconociendo así la verdadera intención o significado de la acción que se realiza. En las acciones concretas, por lo tanto, se requiere una labor previa de interpretación.

Interpretar los movimientos realizados es entonces la única forma de conocer o comprender lo que un sujeto hace, su significado. La acción concreta supone, por ejemplo, la realización de operaciones intelectuales similares a las que se ejecutan en la lectura de un texto literario en tanto “vemos los caracteres físicos de la acción, ‘leemos’ la acción concreta y tratamos de encontrar su sentido.”⁴⁸² Esta es la génesis de todo proceso hermenéutico: la incomprensión o malentendido, una interpretación incorrecta de las acciones como unidad de significado.

La TCD establece como uno de sus puntos básicos que la interpretación de las acciones de los miembros de una sociedad sólo se puede lograr gracias

⁴⁸¹ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 238; 6ª ed. 2015, pág. 285.

⁴⁸² *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 239; 6ª ed. 2015, pág. 286.

a la comprensión de su mundo social, aquel al que pertenecen los miembros que realizan las acciones. Por lo tanto, sin una “instalación previa”⁴⁸³ en este mundo social no se puede lograr un exitoso proceso interpretativo, se debe entonces pre comprender el escenario sociocultural en el cual suceden las acciones para que el observador adecúe correctamente los actos externos. Lo anterior concuerda con lo planteado en la obra de Hart respecto de los puntos de vista externo e interno que a su vez se basa en el materialismo cultural de Marvin Harris.

Harris realiza una categorización básica a través de los conceptos *etic* y *emic*,⁴⁸⁴ una construcción que desde la antropología tiene un fuerte impacto en otras áreas del conocimiento. Aunque los términos *etic* y *emic* fueron acuñados por primera vez por el lingüista Kenneth Pike en 1954, fue Harris - como antropólogo- el que les daría fuerza en su obra *The nature of cultural Things* de 1964, reinterpretrándolos y atribuyéndoles otras características.

Pike establece que las categorías *etic* (ético) y *emic* (émico) están enmarcadas en un sistema lingüístico en el cual la categoría *emic* es entendida como una visión por fuera de dicho sistema, mientras que la *etic* es una visión dentro de éste:

Resulta conveniente describir el comportamiento desde dos puntos de vista diferentes, que conducen a resultados que se confunden entre sí. El punto de vista ético estudia el comportamiento desde fuera de un sistema particular y como un enfoque inicial esencial para un sistema extraño. El punto de vista émico resulta de estudiar el comportamiento desde dentro del sistema. (Acuñé las palabras *etic* y *emic* de las palabras fonético y fonémico, siguiendo el uso lingüístico convencional de estos últimos términos. Los términos cortos se usan de manera análoga, pero para propósitos más generales.⁴⁸⁵

Posteriormente, Harris reelaboraría los conceptos *etic* y *emic* expuestos por Pike para crear una estrategia (a través de una metodología etnográfica)

⁴⁸³ *Ídem*.

⁴⁸⁴ HARRIS, M. *El materialismo cultural*. Madrid: Alianza, 1982, pág. 47 y ss.

⁴⁸⁵ PIKE, K. *Language in relation to a unified theory of structure of human behavior*. The Hague: Mouton, 1967, pág. 37.

de comprensión de las relaciones entre lo que la gente dice y piensa como sujetos y objetos de la investigación. Harris concluye que estas categorías se relacionan entre sí, de esta manera cuando se construyen conceptos de carácter científico éstos son de naturaleza *etic*, pero se presentan o comunican como los *emic*, es decir, en un sistema de representación propio de los nativos: “mientras el concepto sea real, significativo y apropiado para los miembros de esas culturas, su carácter con respecto a esas culturas seguirá siendo *emic*.”⁴⁸⁶

En la teoría del Derecho, esta diferenciación ha tenido un impacto significativo, Xacobe Bastida, por ejemplo, usa el materialismo cultural de Harris a la hora de explicar El Concepto de Derecho de Hart, sobre todo en la parte correspondiente a los puntos de vista interno y externo del Derecho:

Tal como apunta M. Harris, las operaciones *emic* están caracterizadas por ser el propio informante nativo el juez último de la adecuación de las descripciones y análisis del observador. El observador trata de esclarecer las categorías y reglas que es necesario conocer para actuar y pensar como un nativo, siendo así que la prueba de la adecuación de los análisis *emic* es su capacidad para producir enunciados que el nativo estime reales, con sentido. Una descripción *emic* es una descripción hecha en términos tales que los agentes descritos la consideran real, verdadera o apropiada. Si, por el contrario, los agentes descritos se muestran disconformes con la descripción porque no la admiten como real o verdaderamente significativa y adecuada, la descripción es errónea.

En las operaciones *etic*, sin embargo, son los observadores los jueces últimos de las categorías y conceptos empleados en las descripciones y los análisis de los fenómenos. La prueba de la adecuación de las descripciones *etic* es única y exclusivamente su capacidad para generar teorías fructíferas desde un punto de vista científico sobre las causas de semejanzas y diferencias socioculturales. En lugar de tener que utilizar conceptos que sean necesariamente reales o apropiados para la óptica nativa, el observador puede recurrir a categorías y reglas procedentes del lenguaje científico ajenas a la situación, con lo que, a menudo, estas operaciones entrañan medición de actividades que carecen de significado para los nativos. Las descripciones *etic* están hechas en términos que implican conceptos adecuados para la comunidad científica. La verificación de una descripción *etic*, a diferencia de lo

⁴⁸⁶ HARRIS, M. *El materialismo cultural...*, 1982, *op. cit.*, pág. 56.

que ocurría con la perspectiva *emic*, se produce cuando varios observadores independientes, usan categorías y procedimientos similares y están de acuerdo en la formulación de un hecho y en su ocurrencia.

El lector ya habrá captado que entre el punto de vista interno y la perspectiva *emic*, por un lado, y el punto de vista externo y la perspectiva *etic*, por el otro, existe una notable similitud. Tan notable que podemos hablar sin reparos de absoluta coincidencia. El aparato conceptual de la filosofía analítica de Hart y el del materialismo cultural de Harris son idénticos.⁴⁸⁷

De acuerdo con lo anterior, la distinción entre estas dos categorías aclara la diferenciación necesaria entre las posiciones subjetivas y objetivas en la producción de la ciencia. En el campo del Derecho, y puntualmente de la TCD, resultan útiles para distinguir el significado de la acción., de hecho, acuden a explicaciones similares:

Pensemos en el explorador que llega a una tribu aislada del resto de la humanidad. Si no conoce, aunque sea muy superficialmente, su lengua, sus costumbres y concepciones de la naturaleza y de la vida, no cabe la menor duda de que pasará bastante tiempo durante el cual entenderá muy poco de lo que sucede a su alrededor [*etic*]. A medida que vaya aprendiendo y comprendiendo los factores simbólicos, culturales y lingüísticos de esa pequeña comunidad, irá comprendiendo las acciones concretas de las que sea espectador o partícipe [*emic*].⁴⁸⁸

De esta manera, la TCD asume que el significado de la acción es social ya que no depende de una valoración exclusivamente subjetiva que es introducida por el observador o agente externo que realiza o describe la acción. Por el contrario, los movimientos que constituyen la acción están condicionados por su significado social, que a su vez genera una aceptación social. Por lo tanto, una práctica interpretativa es necesaria para alcanzar la comprensión correcta y determinar de forma precisa el tipo de acción realizado de acuerdo a las pautas que la etiquetan como “normal” (que viene de norma) y por ende aceptable y con significado concluyendo entonces que la acción

⁴⁸⁷ BASTIDA, X. *El silencio del emperador...*, 2001, *op. cit.*, pág. 155-156.

⁴⁸⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 239; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 286.

humana es la forma más genuina de comunicación tendiente a la organización y la regulación, en palabras de Weber:

Por “acción” debe entenderse una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo. La “acción social”, por tanto, es una acción en donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por ésta en su desarrollo.⁴⁸⁹

La acción tiene un significado que es el resultado de una construcción social, por lo que el conocimiento del contexto en el que las acciones se realizan es determinante para su comprensión. Acceder a la conciencia colectiva es la única forma de alcanzar el significado de la acción en los términos expuestos por la TCD, ya que la conciencia individual no es una buena herramienta para el proceso hermenéutico que implica el análisis de los fenómenos de comunicación dentro del mundo jurídico.

La significación social de una acción no se confunde con el sentido que el actor le da. Querer establecer esta significación al nivel más superficial obliga a recurrir a explicaciones mecánicas, cada vez que aparece una cierta diversidad en las opiniones y en las conductas. Es necesario, al contrario, acceder a una conciencia social colectiva, que no coincide con las conciencias individuales y se presenta, por lo tanto, como un inconsciente.⁴⁹⁰

La lengua no es un fenómeno privado, es un fenómeno social, por lo tanto, aquel que sólo hablara un lenguaje de carácter privado se vería imposibilitado para el fenómeno de la comprensión en tanto la esencia de la comunicación es interindividual. La crítica a la existencia de un lenguaje privado es más conocida en la obra de Wittgenstein y está conectada con la idea que sugiere el seguimiento de reglas para alcanzar el significado de una proposición. En este orden de ideas, la postura de Wittgenstein se traduce en que seguir una regla no implica necesariamente un acto interpretativo –en el sentido de intercambio de una regla por otra- sino en que captar o acatar

⁴⁸⁹ WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México DF: FCE, 1996, pág. 5.

⁴⁹⁰ TOURAINE, A. *La sociología de la acción*. Barcelona: Ariel, 1969, pág. 36.

una regla es adecuarse a sus aplicaciones e implicaciones sociales. Seguir una regla es una práctica o una costumbre por lo que no puede seguirse sólo una vez en tanto es una pluralidad y secuencialidad de usos, por lo tanto, no es posible hablar de una regla individual o un lenguaje privado. Si el lenguaje sirve como herramienta de comunicación interpersonal es necesario una concordancia entre los participantes acerca del significado de las palabras que implica acuerdos sobre las definiciones y los usos de las palabras y las proposiciones, si no existiesen esas reglas el individuo hablará tan solo consigo mismo. Nuestro lenguaje adquiere sentido en tanto expresa experiencias que pueden ser vividas por otros y por lo tanto comprendidas por éstos en la medida que usamos el mismo juego de palabras o proposiciones.

En las investigaciones filosóficas de Wittgenstein se señala que un lenguaje privado, entendido como se explicó en el párrafo anterior, no sería un lenguaje en estricto sentido porque sería una contradicción crear o inventar un lenguaje existiendo ya otro de referencia y de carácter social, se trata de una imposibilidad lógica antes que funcional en tanto el lenguaje que un individuo usa para expresar sus más mínimas sensaciones y experiencias adquiere sentido en tanto es compartido y apreciado por los demás. Por lo anterior, la idea de existencia de un lenguaje privado implica reconocer que no es posible concebir un lenguaje que tan sólo sea entendible por una persona o que otra no pueda entender. En palabras de Wittgenstein:

¿Sería imaginable que los hombres nunca hablasen un lenguaje audible, sino más bien uno para consigo mismos, en su interior, en la imaginación?

Si los hombres siempre hablasen sólo en su interior para sí mismos, entonces sólo harían después de todo *constantemente* lo que hoy hacen *a veces*". Así que es fácil imaginárselo; sólo se necesita hacer la fácil transición de alguno a todos. (Similarmente: "una serie de árboles infinitamente larga es simplemente una que la palabra *no* tiene final".) Nuestro criterio de que alguien habla consigo mismo es lo que nos dice él y su restante conducta; y sólo decimos que habla

consigo mismo de aquel, en el sentido ordinario, *sabe hablar*. Y tampoco lo decimos de un papagayo o de un gramófono.⁴⁹¹

Por otro lado, y continuando con la acción, la TCD ha reconocido que ésta nos sugiere un concepto acabado o considerado como realidad producida, mientras que el procedimiento es una palabra que sugiere una serie de pasos necesarios para que se puede concretar la acción; finalmente, la norma procedimental sería la expresión lingüística de dicho procedimiento, su explicitación a través de las palabras. Ahora bien, una norma procedimental (no necesariamente jurídica) es aquella que “establece los requisitos necesarios de una acción, que es lo mismo que decir que establece el procedimiento, ya que éste no es otra cosa que el conjunto de requisitos necesarios de una acción.”⁴⁹²

Así las cosas, la norma procedimental es una expresión lingüística que contempla los requisitos necesarios de la acción y se puede formular en una afirmación del tipo “la acción x consiste en” que se puede traducir en “la acción x es”. Esta presentación de la norma procedimental supone que pueda entenderse como una necesidad antes que un deber, en tanto para que la acción se concrete tiene que ocurrir o darse algo. Para ejemplificar lo anterior veamos: si una persona quiere que una estufa encienda y así poder cocinar arroz, no tiene otra opción que, primero, contar con una estufa funcional y activar un mecanismo (presionar un botón o girar una perilla) para que el fuego o calor se inicien y así continuar con el resto de pasos del procedimiento. Decimos que la acción de cocinar una olla con arroz es... (y aquí van los pasos para ello), lo que en otras palabras se traduce en que para cocinar una olla de arroz la persona tiene que, o es necesario que haga tales o cuales cosas. La norma procedimental en este caso supone cierta libertad en tanto el agente es libre de querer hacer arroz o no o hacerlo, o prepararlo de determinada manera (puede que un arroz sencillo implique menos tiempo y pasos a uno más

⁴⁹¹ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*, 4ª edición. Barcelona: Crítica, 2008, pág. 269.

⁴⁹² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 242; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 289-290.

complejo que requiera de más tiempo e ingredientes que hacen más compleja la operación). Pero si quiere hacerlo de una determinada manera tendrá que seguir unos pasos inobjetables ya que no existe otra forma de lograr la consecuencia deseada, es decir, el agente no es libre de elegir el medio para cierta finalidad básica, ósea una necesidad causal. Por lo tanto, la norma de procedimiento expresa una necesidad de tipo causal.

La norma de procedimiento que expresa una necesidad causal lo que hace es convertir la causa en medio y el efecto en finalidad. Es la regla técnica que supone la reformulación de una ley causal en términos de una regla de acción.

La ley causal se expresa así: “si la causa *c* es, es el efecto *e*”; lo que quiere decir que si se produce un fenómeno que llamamos causa, necesariamente se produce otro fenómeno que llamamos efecto. Entre causa y efecto existe una relación de causalidad. Siempre que se produce *c*, se produce *e*.⁴⁹³

Sin embargo, la TCD es clara en afirmar que la ley causal no agota el campo de la necesidad en tanto es sólo una parte de ella. Además de la necesidad causal, existe la lógica y la convencional, y por tanto tres tipos de normas o reglas procedimentales: norma procedimental causal, norma procedimental lógica y norma procedimental convencional.

Sobre la necesidad lógica y la norma procedimental lógica suele usarse la obra de Kant y el uso del término *sollen* como el medio adecuado para lograr determinado fin u objetivo. Este imperativo de habilidad es propio de las normas de deber por lo que una regla técnica se identifica con el tener que (*müssen*) antes que con el deber hacer. Este esquema técnico no agota toda su potencialidad analítica en tanto sólo se queda en el campo de la lógica formal, lo que implica también la presencia de una necesidad, pero diferente a la causal: “la necesidad lógica, expresada por la regla o principio lógico, es tan ‘necesidad’ como la causal, pero a diferencia de esta última, su ámbito no pertenece al mundo de los fenómenos fácticos, sino al de los fenómenos

⁴⁹³ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 243; 6ª ed. 2015, pág. 291.

lógicos.”⁴⁹⁴ La necesidad causal siempre va a expresar la conexión entre dos fenómenos pertenecientes al mundo de los hechos o acontecimientos, por el contrario, la necesidad lógica se destaca únicamente en la elaboración de argumentos en tanto el análisis de su estructura formal (silogismo), aquí, más allá del contenido prevalece la forma. Por lo tanto, se debe revisar con cuidado el uso de la noción de causa, sobre todo en el Derecho pues no significa lo mismo en todos los contextos.

La acción convencional

Coexistiendo con las reglas técnicas causales y las técnicas lógicas se encuentra la regla técnica convencional, denominada también en la TCD norma procedimental convencional (que, como lo indica su denominación, establece una acción resultado de la convención).

Su explicación puede darse a partir de la analogía con los juegos pues es el escenario idóneo para ubicarlas. Una regla de juego no tiene un establecimiento claro sobre su origen, incluso puede pensarse que es arbitraria en tanto está ahí sin tener claro su creador y tampoco su esencia lógica o natural (puede tenerlas como base, pero no es esencial), de la misma manera, esta regla es una decisión que fija un contenido sin posibilidad de atribuir otro que no se creó consultando una instancia previa o superior. La única finalidad de esta norma es que se realice determinada acción en aras de permitir que se activen los procedimientos para jugar de una manera limpia, eficiente y en igualdad de condiciones. La analogía con los juegos, le sirve a la TCD para explicar la tipología de reglas y acciones en el Derecho, uno de los puntos de vista que tiene este análisis es el lingüístico.

[...] el enfoque lingüístico concibe el juego como un texto, producto de una convención entre los hombres. Estos se ponen de acuerdo en dirigir su acción bien por un texto ya creado bien por un texto que ellos mismos van generando con la práctica. Es indiferente que el texto esté escrito o no; lo importante es comprender que no hay medio de jugar si se desconoce el texto. Este, evidentemente, viene

⁴⁹⁴ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 245; 6ª ed. 2015, pág. 292.

expresado y se concreta en las reglas del juego. Si pedimos a alguien que nos explique en qué consiste un determinado juego, nuestro interlocutor no hará otra cosa que decirnos cuáles son las reglas, especificando su contenido. La definición de un juego sólo es posible, pues, mediante la enumeración de sus reglas. Lo que un juego es, aquello en lo que consiste, no nos lo proporciona ni la explicación genética, ni la estratégica ni la finalista. Muy por el contrario, todas estas perspectivas suponen la preexistencia del texto, esto es, de las reglas. Junto a la pregunta acerca de qué es un determinado juego, está otra, consistente en cuestionarse qué es el juego en general. La primera atiende a los contenidos concretos de las reglas del juego en cuestión, mientras que la segunda no puede ser contestada atendiendo a contenidos de significado concretos, sino a la forma lingüística de las reglas que in genere componen el juego. Es la diferencia entre semántica y sintaxis. Al análisis sintáctico se le puede denominar también análisis lógico-lingüístico, ya que trata de entender las formas lógicas del lenguaje.⁴⁹⁵

Los procedimientos de la acción causal y la acción lógica se encuentran basados en la existencia de una realidad previa, es decir, siguen una estructura coherente con dicha realidad por lo que tendrían un contenido coherente al sentido común o la ciencia, pero no ocurre lo mismo con las acciones convencionales en tanto éstas tienen su origen en una decisión creadora del juego, son el resultado de una voluntad puntual que ha definido, pensemos en el ajedrez, la función y movilidad de cada ficha así como las características de modo, tiempo y lugar donde se deben realizar. De esta manera la acción convencional es una construcción artificial que garantiza la coherencia interna del modo de juego.

En conclusión, esta acción se fundamenta en dos premisas: la primera, es que no tiene como respaldo una realidad previa, tan sólo la voluntad de quien decide crearla con un determinado contenido, y la segunda, su función es determinar qué acciones están permitidas dentro de un espacio y tiempo bajo la razón de que así debe ser para un desarrollo armónico del juego, por lo que su necesidad no es causal o lógica, es convencional.

Los elementos necesarios del ámbito óptico-práctico son, pues, de dos tipos (estáticos y dinámicos), caracterizándose ambos por ser

⁴⁹⁵ ROBLES, G. *Tres tipos de reglas...*, 1985, *op. cit.*, pág. 125.

expresión de la necesidad convencionalmente establecida. No son, pues, manifestación ni de la necesidad natural o causal, ni de la necesidad lógica. Necesidad convencional es la que tiene su origen en la convención.⁴⁹⁶

Dicho lo anterior, una norma procedimental convencional es aquella que contempla las condiciones o requisitos que se deben cumplir para que la acción que un determinado individuo realice pertenezca al ámbito convencional que se ha establecido por medio de otras normas. Desde este punto de vista se contempla mejor que la acción convencional no está respaldada por la lógica o la causalidad. Miremos como primer ejemplo el juego, el ajedrez: cuando una de sus fichas, el arfil, se mueve de forma diagonal (porque así se lo ha establecido –ordenado- el creador del juego) la explicación de por qué esto ha de ser así no tiene una respuesta definitiva en la lógica o en la naturaleza (salvo que se construyan explicaciones basadas en analogías y cadenas de silogismo, casos en los cuales ya nos saldríamos de la lógica o la causalidad). La respuesta está en que para que el juego funcione el creador decidió que esa ficha debe moverse así y punto, porque si no se entiende y aplica de esa manera no habría posibilidad de jugar, por lo tanto, se necesita pactar o convenir que esa norma es así por el bien del desarrollo de la partida.

En un segundo ejemplo, uno jurídico, pensemos en la acción del individuo que jala el gatillo de un arma de fuego para disparar a otra en repetidas ocasiones causando que los proyectiles impacten en el cuerpo de ésta ocasionándole la muerte. Aquí estamos frente a la ocurrencia de un suceso de acontecimientos físicos que pueden explicarse de forma casualista y que se encierran en el verbo “matar” (también aplicable si se realizaran las mismas acciones por el cazador que mata un venado). De hecho, también habría una conexión lógica en esta acción que surge cuando se establecen razonamientos que llevan a una conclusión válida teniendo en cuenta las

⁴⁹⁶ *Ídem*, pág. 119.

premisas usadas (Para matar alguien debe quitársele la vida a otra persona, Juan disparó José quitándole la vida, por lo tanto, Juan mató a José). Pero si se analiza detenidamente, el verbo matar no encierra en sí mismo una acción jurídica, es decir una acción que le interese al Derecho en primera instancia, sólo se vuelve jurídica cuando se codifica (es decir, ha pasado por la colonización y la cosificación) y se ha contemplado en una norma del Derecho, en otras palabras, para el mundo jurídico, matar, es una acción que cobra relevancia cuando se considera que se ha ejecutado bajo determinadas condiciones.

En el Derecho las reglas procedimentales son reglas técnico-convencionales: establecen cómo el sujeto tiene que operar para que su acción sea "jurídica". Si no lo hace así su acto no es nada desde el punto de vista del Derecho. Exactamente igual que no se produce el razonamiento correcto si se hace caso omiso de la regla lógica, ni tampoco tiene lugar el efecto físico hipotéticamente deseado si no se actúa la causa, el "efecto" de no actuar de acuerdo con la regla técnico-convencional es que no tiene lugar la acción propia del ámbito, la cual hubiera tenido lugar si el agente hubiera actuado en consonancia con el procedimiento.⁴⁹⁷

Sobre la base de una realidad natural que se puede explicar con la causalidad o a través del lenguaje con una lógica formal, se han construido actos jurídicos que involucran la acción de matar, por lo que no puede obviarse una realidad natural previa. Pero existen otras acciones que no parten de esta realidad preexistente, por ejemplo, la falsificación de un título valor, la inscripción de un vehículo automotor en la oficina de tránsito, entre otros. El Derecho en los casos que contempla una acción natural o causal lo que hace es establecer una norma procedimental para determinar la acción jurídica, es decir, los elementos de carácter físico y psíquico, que, relacionados con el sentido de la norma procedimental, permiten la comprensión del significado de la acción. Por ejemplo, cuando una persona dispara a otra usando un arma de fuego con la intención de matarla puede pensarse, desde el punto de vista

⁴⁹⁷ *Ídem*, pág. 122.

naturalista o casualista, que la acción realizada por un policía en defensa de un bien jurídico es idéntica a la del delincuente que lo hace cometiendo un delito en tanto ambos realizan acciones con intenciones que conllevan a un resultado, la muerte de otra persona. Aquí cabe recordar el ejemplo agustiniano, tomado de Cicerón, que se ha convertido en un clásico:

Con toda finura y profundidad le respondió al célebre Alejandro Magno un pirata caído prisionero. El rey en persona le preguntó: “¿Qué te parece tener el mar sometido a tu pillaje?” “Lo mismo que a ti –respondió– el tener el mundo entero. Sólo que, a mí, como trabajo en una ruin galera, me llaman bandido, y a ti, por hacerlo con toda una flota, te llaman emperador.”⁴⁹⁸

Pero para el mundo jurídico la respuesta del pirata no tendría ninguna aceptabilidad por más lógica formal y causalidad que esta pudiese representar. La acción de matar bajo ciertas condiciones configuraría una norma de carácter convencional que constituye la base de lo que el Derecho denomina homicidio y se encuentra regulado en el código penal colombiano en su artículo 103 de la siguiente manera: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.” Lo que ocurrió es que el Derecho colonizó una acción de carácter natural (causal) y la cosificó dándole un nombre (homicidio) para finalmente asignarle un número y ordenarla en un código, y esto es igual a decir que el acto jurídico tiene un carácter convencional resultado de un proceso de interpretación de los movimientos y las acciones a la luz de las normas jurídicas. Lo que para el lenguaje natural constituye la acción de matar a otra persona, para el Derecho es un homicidio como resultado de una construcción hermenéutica. Lo mismo ocurre cuando la acción jurídica no tiene un respaldo en la naturaleza, por ejemplo, cuando se firma un cheque para el pago de una obligación no hay ningún referente natural.

Que el acto jurídico es un “constructo” del Derecho, o sea, de las normas procedimentales, se ve con mayor evidencia aun cuando el

⁴⁹⁸ AGUSTÍN. *La Ciudad de Dios*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1977, pág. 228-229.

acto no tiene un soporte casualista, sino que sólo es explicable en el esquema de un conjunto de maras convenciones.⁴⁹⁹

Se concluye entonces que la acción jurídica es típicamente convencional en tanto es creada por una norma procedimental que establece las condiciones o requisitos de aquella, esta determinación es *ex conventione* ya que su origen no es la lógica o la naturaleza. Y aunque esta regla procedimental puede o no tener en cuenta una acción natural como marco previo de referencia, sobre dicha acción la autoridad le asigna una pertenencia al ordenamiento jurídico.

Para finalizar, la TCD diferencia entre acción y conducta estableciendo, como lineamiento general, que la realización de una acción no supone el desarrollo de una conducta. La conducta o comportamiento, implica un juicio valorativo, es decir, se analiza siempre frente a un deber, entonces, toda conducta supone la ejecución de acciones, pero no toda acción es constitutiva de una conducta. La conducta se ve reflejada en normas deónticas que establecen la realización de una acción en virtud de la presencia de un deber en términos de permisón o prohibición.

Por tanto, la norma que obliga a pagar es una norma deóntica que, necesariamente, presupone una norma procedimental. La norma procedimental establece la acción, el pago, mientras que la norma deóntica establece el *deber* de realizar esa acción. Nos encontramos ante dos normas: la de procedimiento que “define” la acción” y la deóntica o de deber, que establece la obligación jurídica de realizarla.⁵⁰⁰

Toda acción contemplada en una norma deóntica se vuelve conducta, y ésta, a su vez, implica una acción o serie de acciones, dicho razonamiento no es posible invertirlo. Por lo tanto, para que una acción sea conducta es preciso que sea objeto de un deber jurídico.

⁴⁹⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 254; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 302.

⁵⁰⁰ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 260; 6ª ed. 215, págs. 308-309.

El Ámbito Jurídico –AMB–

El concepto de ámbito jurídico –AMB– es otra de las construcciones fundamentales de la TCD, se trata de un concepto: “que hasta ahora ha estado soterrado [...] una noción que los juristas no utilizan conscientemente pero que, sin embargo, presuponen todos sus razonamientos.”⁵⁰¹

La Teoría Comunicacional asume que el Derecho es un nombre que se usa para designar los diversos ámbitos jurídicos que existen, han existido y existirán a lo largo del tiempo; el objeto central de tratamiento del AMB es el ORD. Recordemos que la TCD creada por Robles es el eje ORD/SIS en tanto ambos constituyen textos globales o totalidades textuales. El ORD corresponde al Derecho vigente y está compuesto por textos concretos (Constitución, leyes, decisiones judiciales y más); por su parte, el SIS es también un texto global, pero a diferencia del ORD, es el resultado hermenéutico del análisis interpretativo de los juristas que complementan y dan sentido –reflejan– el ORD. Esta dualidad ORD/SIS, como se dijo, constituye el centro de todo AMB que también resulta ser texto.

La construcción del concepto de AMB en la Teoría Comunicacional se construye a partir de la pregunta ¿qué entiende una persona por “Derecho”? La respuesta a este interrogante será diversa desde luego (dependiendo de si se pregunta a una persona sin formación jurídica a una que la tiene), en otras palabras, el término Derecho puede asociarse con diversas imágenes que amarran diversos conceptos: poder, litigio, códigos, documentos, prisiones, contratos, fuerza, etc. La cuestión radica entonces en encontrar un común denominador a esta serie de imágenes y conceptos, ese común denominador es el núcleo de la relación entre todas las respuestas que podemos encontrar. Ese común denominador es que todas esas respuestas remiten a “procesos interactivos de comunicación entre agentes diversos”⁵⁰² que se dan al interior del eje ORD/SIS, en otras palabras, toda respuesta está referenciada y

⁵⁰¹ *Ídem*, 3ª ed. 2010, pág. 503; 6ª ed. 2015, pág. 485.

⁵⁰² *Ídem*, 3ª ed. 2010, pág. 506; 6ª ed. 2015, pág. 488.

condicionada a que se refiere a acciones entre personas que se encuentran contempladas en el ordenamiento o en el sistema. Se trata de actividades o prácticas jurídicas que están conectadas con los textos globales que componen el ORD y el SIS, en palabras de Robles:

El texto que expresa el ámbito está formado por expresiones lingüísticas, cuyo sentido sólo puede comprenderse en conexión con el sistema total que representa el texto. Dado que la función inmanente de este último es dirigir u orientar la acción, aquellas expresiones tendrán obviamente idéntica función inmanente. A estas expresiones las denominamos reglas. Tanto el sistema como las reglas que lo componen son el resultado de la construcción hermenéutica sobre el material "bruto" del texto que expresa el ámbito.⁵⁰³

Existen actividades comunicacionales que crean texto ordinamental, como por ejemplo legislar o expedir una Constitución; por su parte los estudiosos del Derecho crean dogmática jurídica escribiendo textos sobre el derecho vigente, esto es, texto sistémico. Pero, además, existen otras actividades o actos que no generan ni texto ordinamental ni texto sistémico ya que son, en esencia, expresiones que dotan de sentido un contenido en relación con dichos textos globales, es decir, no son textos ordinamentales ni sistémicos, pero son básicos para su comprensión. Por ejemplo, la presentación de una demanda por parte de un abogado, se trata de un texto que no hace parte del ordenamiento ni del sistema, pero sí está necesariamente relacionada con ellos. Otro ejemplo puede ser un libro sobre un tratado de Derecho penal escrito por un académico del Derecho; o piénsese también, la información que ofrece una oficina inmobiliaria sobre los derechos que asisten a una persona que acaba de arrendar un bien inmueble. Lo anterior es explicado por Robles con la creación del concepto de sistema didáctico-expositivo y sistema propiamente dicho, el primero es el usado por los estudiosos del Derecho para reflejar el ordenamiento en sus textos, el

⁵⁰³ ROBLES, G. *Tres tipos de reglas...*, 1985, *op. cit.*, pág. 117 (hay que señalar que el concepto de ámbito jurídico que Robles emplea en los trabajos de los años ochenta ha sufrido una modificación notable a partir de su obra *Teoría del Derecho*, 3ª ed. 2010, citada).

segundo es el efectivamente usado en las decisiones judiciales, sobre este punto se profundizará en el capítulo III.

Como se apreció en los ejemplos precedentes, el acto de comunicación presente en ellos no es ni texto ordinamental ni sistémico pero su contenido está íntimamente ligado a la dualidad ORD/SIS, por tanto “se trata de un acto que pertenece al ámbito.”⁵⁰⁴ Incluso, muchas veces estos actos no son texto escrito sino informaciones o comunicaciones que se sujetan a lo establecido por el eje ORD/SIS. Así las cosas:

Un ámbito jurídico comprende, pues, al ordenamiento jurídico y al sistema jurídico. Además, comprende también un conjunto de actos comunicativos (traducibles por tanto en textos concretos) que se producen o puedan producirse en relación con aquellos. Por último, también comprende aquellos actos que en sí no son generadores de texto en sentido estricto pero que adquieren su sentido desde la “lectura” que se hace de ellos a partir del ordenamiento/sistema.⁵⁰⁵

La TCD se encarga entonces de todos estos procesos comunicacionales asumiendo que el AMB es una amalgama bajo la cual se unen todos los procesos comunicativos de forma ordenada y coherente. Es la herramienta necesaria para conectar el eje ORD/SIS con el lenguaje jurídico que llega a la comunidad, el texto del AMB es la clave para determinar el significado de cualquier elemento perteneciente a él.

Las relaciones jurídicas y las personas que en ellas intervienen no se pueden considerar texto como tal, pero aun así pueden ser parte del AMB en tanto se habla de la titularidad de deberes y derechos, así como de derechos subjetivos, potestades y facultades. De esta manera, el AMB es un espacio virtual (comunicacional) en donde se manejan los conceptos que los juristas usan para denotar las relaciones sociales de las personas, su mundo de la vida que se traducen en situaciones jurídicas, relaciones jurídicas, conceptos

⁵⁰⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998 pág. 507; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 489.

⁵⁰⁵ *Ídem.*

que la TCD abarca de forma integral pero que no son objeto central de esta tesis.⁵⁰⁶

La visión optimista de la Hermenéutica en la Teoría Formal del Derecho

Como se indicó, uno de los objetivos de esta tesis consiste en realizar una conexión entre la TCD y la hermenéutica desde una visión optimista. A lo largo de este segundo capítulo se ha ilustrado la gran carga, que, desde la hermenéutica, posee la obra de Robles por lo que es necesario ahora ilustrar como ésta se enfoca por esta visión o posición.

La idea de una visión –o posición– optimista de la hermenéutica fue esbozada en el primer capítulo, siendo necesario ahora rescatarla, ampliarla y vincularla con la teoría formal del Derecho propuesta en la Teoría Comunicacional.

⁵⁰⁶ Sobre el concepto de situaciones jurídicas y relaciones jurídicas, Robles los aborda de manera vasta y profunda en los capítulos XV a XX (*Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 3ª ed. 2010, pág. 513 y ss.; 6ª ed., 2015, *op. cit.* pág. 495 y ss.) De la misma manera, en el trabajo del profesor Félix Sánchez titulado *La teoría formal del Derecho como primera etapa en el viaje de la Teoría Comunicacional del Derecho* establece que: “Sentado el marco interpretativo, la teoría del derecho del profesor Robles se lanza a un análisis conceptual de los procesos comunicativos enmarcados en el ámbito de lo jurídico: en particular, el libro profundiza en los conceptos de situación jurídica y relación jurídica, que serán basales para la posterior delimitación conceptual de uno de los conceptos “estrella” del derecho: el de derecho subjetivo. Del concepto de situación jurídica, calificado irónicamente por Robles como uno de los “conceptos-cenicenta” de la filosofía del derecho, se expone su doble intoxicación tanto filosófica como política, en una pretendida lucha de prestigios entre aquel y el concepto de “derecho subjetivo”, que históricamente obtuvo una victoria que condenó al ostracismo al primero. Un concepto polémico, rodeado de una amplia zona de vaguedad y que ha sido tratado por la teoría del derecho de un modo demasiado restringido, especialmente en vista del amplio uso que del mismo hace la profesión jurídica, para referirse al régimen jurídico aplicable a un determinado concepto o porción del ámbito jurídico. Mucho mayor desarrollo recibe el concepto de relación jurídica.”

“Fiel al método de análisis que sigue a lo largo de la obra, Robles explora las posibles acepciones del término “relación”, y hace un repaso histórico del tratamiento que el pensamiento jurídico ha hecho del término, básicamente limitado a las relaciones jurídicas interpersonales. Entre una concepción “amplísima” de la relación jurídica, que aludiría a todas las conexiones existentes entre los elementos de un ámbito jurídico y la concepción “estricta” que ha dominado históricamente, el profesor Robles se queda con un “significado intermedio”, que abarca las relaciones jurídicas más importantes y aquellas otras que, mereciéndolo, no han recibido un tratamiento suficiente por la teoría del derecho. Así, el libro se extenderá sobre las relaciones jurídicas intersubjetivas, las relaciones jurídicas entre ordenamientos o intrasistémicas, y las relaciones jurídicas entre órdenes normativos o interordinales. Todas ellas son fenómenos comunicacionales, pues están constituidas por el derecho en cuanto es un fenómeno comunicacional.” (SÁNCHEZ, F. La teoría formal del derecho como primera etapa en el viaje de la teoría comunicacional del derecho. En *Sin Fundamento: Revista Colombiana de Filosofía*, N° 21. Bogotá Universidad Libre, 2015, pág. 21).

Recapitulando un poco, esta visión se centra en defender una posición de defensa frente a la utilidad de la hermenéutica frente a los ataques de aquellos que tienen una visión pesimista, cuyo argumento principal se funda en un escepticismo frente al método hermenéutico dado que inevitablemente conduce al caos al generar multiplicidad de interpretaciones y deformar el concepto de verdad. El profesor Jean Grondin dice que, bajo este rótulo pesimista, la hermenéutica es considerada como “un espacio intelectual y cultural en donde no hay verdad, ya que todo es cuestión de interpretación.”⁵⁰⁷ Bajo esta consideración, la hermenéutica es vista como una difusora del relativismo como signo distintivo del pensamiento posmoderno, resultando así una actitud de sospecha frente a sus postulados y una recomendación para no acercarse a sus contenidos.

Otra postura pesimista: hermenéutica y posmodernismo en Gianni Vattimo

Sumada a las teorías que pueden denominarse pesimistas y que se explicaron anteriormente en el capítulo I, debe apuntarse otra que asume una postura bastante prevenida sobre lo que se denomina posmodernismo, esto en razón de que se la considera una reflexión poco clara, especulativa y que abusa del lenguaje pomposo y en ocasiones innecesariamente complejo para explicar posiciones relativas, “bajo la palabra posmodernidad pueden encontrarse agrupados las perspectivas más opuestas.”⁵⁰⁸ En la posmodernidad suele usarse el término *pensamiento débil* acuñado por el pensador italiano Gianni Vattimo⁵⁰⁹ para designar el quehacer filosófico de esta corriente y que se identifica con la postura de Lyotard según el cual el posmodernismo tiene como punto de partida una pretensión emancipadora marcada por la caída de los meta-relatos o meta-narrativas que son instrumentos legitimadores de la razón instrumental. De esta manera, tanto

⁵⁰⁷ GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?* Barcelona: Herder, 2008, pág. 14.

⁵⁰⁸ LYOTARD, J. *La posmodernidad (explicada a los niños)*. Barcelona: Gedisa, 1994, pág. 41.

⁵⁰⁹ VATTIMO, G. *El pensamiento débil*. Madrid: Cátedra, 1995, pág. 18 y ss.

Lyotard como Vattimo sostienen que se debilita la cosmovisión universal - como resultado de un discurso histórico dominante- perdiendo así el carácter objetivo, seguro y definitivo que tradicionalmente se nos ha dicho tiene la historia.

Todo lo contemporáneo posmoderno resulta negando un vínculo o conexión con cualquier sistema de pensamiento debido a que conceptos claves en la filosofía y la hermenéutica (ser, razón, verdad, comprensión, etc.) puede ser repensados de acuerdo al relativismo que plantea la metafísica propia de cada época, lo que resulta incómodo.

Adicionalmente, el posmodernismo, ante la imposibilidad misma de una definición exacta cae en postulados que se caracterizan por sostener la variedad de posibles definiciones y procesos inacabados que imposibilitan cualquier acercamiento objetivo.

La posmodernidad, como no-salida de la modernidad, propiamente hablando, no es. Es decir, no es algo determinado, no es una mismidad al modo de una presencia objetiva, sino que es un “darse” al modo de una *diagnwsiz*, de un discernir. Sabemos que esta palabra, posmodernidad, no posee un sentido unívoco. Lo que sí parece claro, es que dice el “darse” de una caducidad, la caducidad de la modernidad fundada en el principio de razón suficiente.⁵¹⁰

En este escenario, la hermenéutica se ha convertido en una especie de moda, de *koiné* de nuestros días que ha invadido a la filosofía alterando la seriedad y objetividad del conocimiento abandonando la esencia textual para adoptar una posición ontológica que permita la comprensión, ya no sólo de obras textuales, sino del acontecer humano complejo y marcado por el devenir. Lo anterior es reconocible en la obra de Gianni Vattimo, que concibe a la hermenéutica como la reflexión en la que confluyen la ontología y la lingüística.

[...] la filosofía que se desarrolla en el eje Heidegger-Gadamer. En la gama de los problemas y soluciones que elaboran estos autores se

⁵¹⁰ URIBE. L. Hermenéutica, posmodernidad y ética. En *Revista Chilena de Temas Sociológicos*, N°8. Santiago de Chile: Escuela de Sociología de la Universidad Católica Silva Henríquez UCSH, 2002, pág. 42.

pueden colocar coherentemente todos los aspectos y las diferentes vías seguidas por la hermenéutica en el curso de nuestro siglo [...] Vista así, la hermenéutica revela sus dos aspectos constitutivos: el de la ontología y el de la *Sprachlichkeit*, la lingüisticidad.⁵¹¹

Vattimo considerará que es el fin de la historia (concepto ampliamente ligado a la hermenéutica, sobre todo en la obra de Dilthey) lo que marca la característica central de la reflexión posmoderna: “las caracterizaciones más ampliamente aceptadas de la posmodernidad sea aquella que la presenta como el fin de la historia.”⁵¹² La hermenéutica adquiere entonces un carácter apocalíptico y destructor de la tradición, como aquella llamada a acabar con los grandes discursos globales que han sido incapaces de articular un discurso lo suficientemente fuerte para explicar el devenir histórico que permita a la humanidad una comprensión de su naturaleza y permita una mejor convivencia. La conclusión de Vattimo apunta a una visión emancipadora de la hermenéutica (posición también compartida por Lyotard), visión que se aleja por la caída en la esclavitud de la humanidad.

Estamos ante la presencia de una hermenéutica que se ha alejado del lenguaje para darle cabido a una posición existencial, algo que configura gran parte de la crítica de aquellos que la ven con ojos pesimistas. Situaciones como los campos de concentración en la Alemania Nazi, las dictaduras atroces en Sudamérica, la guerra de Vietnam, entre otras, han desenmascarado la falsedad y debilidad de la razón histórica (o racionalidad histórica) para dar cuenta de la humanidad y su sentido. Este discurso histórico con pretensiones globalizantes no es más que una “expresión de la violencia ideológica”⁵¹³ que sella el fracaso de la modernidad.

[...] pensar lo posmoderno como fin de la historia, como el final del fin, no significa, entonces, darse cuenta de que la cuestión hubiera ya dejado de proponerse, sino, al revés, situar en el primer plano de

⁵¹¹ VATTIMO, G. *Más allá de la interpretación*. Barcelona: Paidós, 1995, pág. 39.

⁵¹² VATTIMO, G. *Ética de la Interpretación*. Buenos Aires: Paidós, 1992, pág. 15.

⁵¹³ *Ídem*, pág. 17.

una atención central la cuestión de la historia como raíz de legitimaciones.⁵¹⁴

El pensamiento de Vattimo supone que se ha llegado al fin de la legitimidad de los relatos históricos modernos al considerarlos una expresión de la voluntad del poder con una base metafísica, cuyo resultado es la concepción de una visión lineal de la historia. Para superar esta visión, Vattimo propone el camino ilustrado anteriormente por Heidegger respecto de la metafísica concebido como un elemento que no puede ser eliminado o superado del conocimiento, uno se puede liberar de la crítica, pero no de la metafísica o “lo que viene a ser lo mismo, que la metafísica no puede ser superada críticamente. La imposibilidad de la superación significa, entonces, asumir la des-fundamentación de la historia.”⁵¹⁵ Esto no implica una eliminación de la historia, lo que propone es mostrar la diversidad de fines de ésta dependiendo de la época y sus condiciones (cada una de ellas resultado de una voluntad metafísica), por lo tanto, la historia no tiene un fundamento único y lo suficientemente fuerte para resolver el problema de la comprensión del devenir histórico.

Sobre la hermenéutica, Vattimo dirá que es la lengua común o *koiné* de la filosofía, una moda similar a la dialéctica marxista de los años 60 o el estructuralismo de los años 70. Los postulados de esta lengua común están caracterizados por el regreso a los orígenes heideggerianos de la hermenéutica que permitan dejar de tratarla como lenguaje común y se centren en la metafísica como historia del ser y su destino y la ubicación histórica de contenidos existenciales, elementos olvidados por el estructuralismo.

La continuidad viviente de la tradición a la que debemos conectarnos para proporcionar alguna regla a la ciencia y la técnica, y en general

⁵¹⁴ *Ídem*, pág. 20.

⁵¹⁵ URIBE. L. *Hermenéutica, posmodernidad y ética...*, 2002, op. cit., pág. 49.

para orientarnos en relación a la problemática ética, es justamente esa que Heidegger llama historia de la metafísica o historia del ser.⁵¹⁶

Sumada a la influencia de Heidegger, la hermenéutica de Vattimo se conecta con la filosofía de Nietzsche y su idea de la muerte de Dios concibiéndola como una especie de anuncio histórico y de época con carácter interpretativo traducible en una reformulación del concepto de metafísica que validaba la existencia de Dios como legitimación del pensamiento metafísico. En otras palabras, la idea de la muerte de Dios es una reformulación, una invitación a conocer liberado de una metafísica legitimada en ella misma, nuestro temor e inseguridad han sido eliminados haciendo obsoleta la referencia a la divinidad como fundamento de la comprensión y la seguridad.

De acuerdo con lo anterior, el concepto de verdad pierde su esencia al no estar sujeto a un anclaje seguro (divinidad) y se transforma en un concepto metafísico dado que al final no existirán hechos, tan sólo interpretaciones, rasgo esencial de la hermenéutica vista en términos pesimistas, que acusan a Nietzsche y su verbo explosivo de generar esta visión. Es inevitable entonces la conexión entre la filosofía de Heidegger y Nietzsche respecto de la hermenéutica a partir de un punto de encuentro: el nihilismo.

[...] no parece posible “probar” la verdad de la hermenéutica sino es presentándola como respuesta a una historia del ser interpretada como acontecer del nihilismo... como conclusión de una historia que no creemos poder narrar (interpretar) sino es en los términos nihilistas que encontramos por primera vez en Nietzsche.⁵¹⁷

Por lo tanto, la verdad en un sentido hermenéutico no puede mostrarse (ni lo pretende) como una estructura o teoría verdadera y objetiva, se propone en cambio asumir radicalmente su historicidad interpretativa y mostrarse verdadera hasta que otra la desvirtúe o desmienta y se posicione como la nueva verdad, que no pretende ser una descripción objetiva de los hechos sino una interpretación de la historia dentro de la modernidad y la metafísica.

⁵¹⁶ VATTIMO, G. *Ética de la Interpretación...*, 1992, op. cit., pág. 68.

⁵¹⁷ VATTIMO, G. *Más allá de la interpretación...*, 1995, op. cit., pág. 45.

[...] la validez misma de la hermenéutica como filosofía entre otras filosofías de hoy, se podría también argumentar mostrando que todos estos tipos de pretendidas evidencias inmediatas no hacen sino ignorar, o dejar expeditamente fuera, o no asumir con la necesaria radicalidad, la propia “historicidad”, así pues, la propia ligazón con la historia del nihilismo o con la historia de la modernidad.⁵¹⁸

Vattimo, finalmente, ve cómo la hermenéutica adquiere una posición radical (que muchos verán con pesimismo y recelo) que se reconduce a la idea de ser de la que hablaba Heidegger. Este pensamiento hermenéutico (dicho de paso se aleja de la concepción de texto para asumir una posición ontológica) ve al ser como un evento, como algo débil. No es extraño entonces que se asocie la visión hermenéutica del posmodernismo con sospecha y prevención.

Estos socialismos contemporáneos, denominados por sus autores hermenéuticos, posmodernos, pluralistas, multiculturalistas, participativos y solidarios, se adhieren al mismo tiempo a las doctrinas actuales del posmodernismo sobre el descentramiento del sujeto, afirman tener una nueva visión crítica de la racionalidad técnico-científica, aplauden la irrupción del género y de los movimientos sociales y finalmente propugnan una perspectiva relativista y anti-historicista.⁵¹⁹

Con bastantes críticos de la hermenéutica se ha podido consolidar la posición pesimista y que suele ser adjudicada al pensamiento posmoderno, en especial las ideas de Vattimo y Lyotard. Más allá de entrar en el debate si las críticas a este movimiento son fundadas o no, parece estar claro que la pretensión de emancipación metódica y ontológica del estatuto hermenéutico es la clave para sustentar esa desconfianza hacia sus postulados. La idea de usar la hermenéutica como instrumento radical para interpretar la historia y la existencia misma no parece calar en aquellos que la han visto de una forma tradicional. El debate no debe centrarse en si se cambió la idea de que el texto es necesario para un análisis hermenéutico o si la hermenéutica debe

⁵¹⁸ *Ídem*, pág. 47.

⁵¹⁹ MANSILLA, F. El sentido de la historia entre el optimismo doctrinario y el pesimismo relativista: apuntes introductorios. En *Revista Signos Filosóficos*, vol. XI, N° 21, enero-junio. México DF: UAM, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, 2009, pág. 151.

entenderse en una forma restringida o amplia, el verdadero debate se construyó sobre la objetividad y el concepto de verdad en las ciencias del espíritu, concepto que se sacrifica según aquellos que adoptan esta visión poco halagüeña de la hermenéutica.

El pensamiento de Gadamer presente en la TCD

Como se indicó en el primer capítulo, opuesta a la posición pesimista se encuentra una que ve en la hermenéutica la posibilidad de corregir el caos que ésta le asigna. De esta manera la hermenéutica combate el escenario caótico propio de la arbitrariedad de la interpretación que la multiplica, relativizando así el concepto de verdad. Incluso, si se analiza detenidamente, existe un punto de coincidencia entre la postura pesimista que aconseja desconfiar del proceso hermenéutico y la que se denomina optimista, ese común denominador es la necesidad de lograr un adecuado proceso de comprensión (ya sea de un texto, la historia o la existencia misma) a partir de la evaluación de interpretaciones.

En este orden de ideas es necesario abordar la obra de Gadamer, quien se convierte –y con méritos– en el gran referente de la hermenéutica al posicionarla como una disciplina de respeto y solidez después de que por muchos años fuese considerada como un área adivinatoria y con poco que ofrecer. Perfeccionando la obra de Dilthey y su pretensión de dotar de un método las ciencias del espíritu, Gadamer deja un legado fundamental que se aprecia en una universalidad del quehacer hermenéutico (una idea cuya búsqueda se inició con Schleiermacher):

En un cierto sentido, el legado durable de Gadamer me parece bastante claro e innegable: en nuestra civilización fundada, en una manera siempre más intensiva y exclusiva, sobre la ciencia y la tecnología, nos ha ayudado a descubrir que la verdad esencial tiene otras fuentes: el arte, la historia, las ciencias humanas, la filosofía, pero también la religión, como insistía en su obra más tardía.⁵²⁰

⁵²⁰ GRONDIN, J. *El legado de la hermenéutica*. Cali: Universidad del Valle, 1995, pág. 64.

La TCD de Robles siempre ha tenido claro que el Derecho es un feudo de las ciencias del espíritu, es decir, de aquellas ciencias que han sido el resultado de una creación humana, y, por lo tanto, al ser distintas de las ciencias naturales (que son resultado del análisis de fenómenos de la naturaleza) no pueden explicarse a través de un método científico gobernado por la lógica formal sino de uno hermenéutico que lleve a la comprensión. Esto se refleja en la posición que asume la Teoría Comunicacional al señalar la crisis epistemológica del positivismo y su visión reducida del fenómeno jurídico que también carece de una reflexión profunda del lenguaje, la historia y la filosofía como elementos que permiten comprender íntegramente el concepto de Derecho. En análisis hermenéutico-analítico que hace la TCD de conceptos como acción, relación, situación, institución, etc., es la prueba de que la construcción del concepto de Derecho es un acto de comprensión antes que, de explicación lógica deductiva, una característica propia de la hermenéutica gadameriana, en palabras de Grondin:

Las ciencias naturales se caracterizan por los métodos de la inducción lógica que extrae reglas y leyes del conjunto del material empírico recogido. Las ciencias del espíritu proceden de otra manera, porque obtienen sus conocimientos más bien por medio de algo así como un tacto psicológico.⁵²¹

La idea que Gadamer plantea es un llamado de alerta urgente para cambiar un error en que se ha incurrido: las ciencias del espíritu, en su búsqueda de un criterio metodológico propio y distinto del de las ciencias naturales, ha terminado por adoptar el de éstas y olvidado así su esencia, desde esta perspectiva: “resguardar las ciencias del espíritu bajo una justificación metódica obtenida de las ciencias naturales constituye un proceso que aliena el sentido de la tradición humanística.”⁵²² Para superar esta situación errónea, Gadamer plantea una idea que recoge muy bien la TCD

⁵²¹ GRONDIN, J. *Introducción a la hermenéutica filosófica*. Barcelona: Herder, 2002, pág. 159.

⁵²² FERRARIS, M. *Historia de la Hermenéutica*. Madrid: Akal, 2000, pág. 241.

(sobre todo en la redacción de sus obras centrales): el concepto de *Bildung* (formación-educación).

La Teoría Comunicacional en sus fundamentos está recogida en sendos volúmenes que pretenden ser, como se indicó, una teoría pura que va más allá de una concepción reduccionista del Derecho y lo concibe como un ejercicio de comunicación, hasta aquí nada nuevo de lo que se ha ilustrado. Pero cualquiera que se haya sumergido en la lectura de sus cánones notará de entrada que el discurso de Robles tiene toda la rigurosidad científica para la solidez de sus posiciones, pero, sobre todo, está redactado de manera tal que es posible situarse en un escenario donde un maestro le habla o se comunica con su estudiante, y así es toda la estructura de la obra. Sin duda Robles acierta en que la construcción de una ciencia está en línea con la tradición de la *Bildung*, es decir, para comprender mejor se forma desde lo básico hasta lo complejo, algo que es impronta del pensamiento gadameriano: “La tesis inicial de Gadamer es, por tanto, que el carácter científico de las ciencias del espíritu se puede comprender mejor desde la tradición del concepto de formación (Bildung) que desde la idea de ciencia moderna.”⁵²³

Veamos a lo que me refiero en el caso de Robles, es decir, cómo escribe su obra magna, donde expresiones como “La mayor parte de los libros, como tendrás ocasión de comprobar”⁵²⁴, o “Te decía que en esta comunidad primitiva”⁵²⁵, o “hemos visto en la lección anterior”⁵²⁶ y así podemos seguir con cientos de pasajes, son la muestra perfecta de que su obra y espíritu conciben la comprensión a partir de la formación en un sentido pedagógico.

Continuando con los dos volúmenes de su más importante obra: *Verdad y Método*, Gadamer privilegia la importancia del sentido vinculado al lenguaje, al final, tanto la tesis gadameriana como la rabelesiana se funden en un

⁵²³ GRONDIN, J. Introducción a la hermenéutica..., 2002, op. cit., pág.160.

⁵²⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 29; 6ª ed., 2015, op. cit., pág. 49.

⁵²⁵ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 41; 6ª ed. 2015, pág. 63.

⁵²⁶ *Ídem*, 1ª ed. 1998, pág. 55; 6ª ed. 2015, pág. 79.

elemento esencial: la lingüística, el lenguaje como punto de partida y llegada de todo análisis en las ciencias del espíritu y, por tanto, el Derecho. Esta lingüística debe privilegiarse sobre la actitud metódica, en tanto la denuncia es constante: se ha perdido la noción de verdad por pensar más en los métodos para su consecución. De esta manera, la hermenéutica carecería de sentido si, al tratar de constituir un estatuto metodológico propio, incurriera en el mismo camino que usa la ciencia natural, habría perdido su objetivo cayendo en aquel que precisamente deseaba cambiar. Gadamer, en *Verdad y Método* “señala la anterioridad fundamental de la experiencia del sentido, y del sentido articulado en el lenguaje, sobre el conocimiento metódico.”⁵²⁷

Gadamer en *Verdad y método* indica que “el hombre es el ser vivo dotado de lenguaje”⁵²⁸ y esto significa que su concepción de lenguaje no debe ser instrumental es la esencia del ser humano, algo con lo que coincide la TCD al ubicar en uno de sus núcleos la lingüística. El lenguaje es lo que es el hombre, sus condiciones, circunstancias y experiencias vitales no un instrumento o herramienta, pensarlo de este modo implica retirar su esencialidad para convertirla en una razón instrumental:

[...] el lenguaje no es un medio más que la conciencia utiliza para comunicarse con el mundo. No es un tercer instrumento al lado del signo y la herramienta que pertenecen también a la definición esencial del hombre. El lenguaje no es un medio ni una herramienta.⁵²⁹

Bajo la anterior consideración, el papel de la hermenéutica se funda en la lingüística, al igual que el Derecho, y en la posibilidad de comunicación que esto supone. A diferencia de las disciplinas científicas naturales, la necesidad de comunicación aparece como esencial en las ciencias sociales o del espíritu, y esto es así, porque la comprensión requiere de un esfuerzo extra para que su transmisión se logre fiel a un modelo humanista. Pero incluso en

⁵²⁷ GRONDIN, J. El legado de la hermenéutica..., 1995, op. cit., pág. 64.

⁵²⁸ GADAMER, H.G. *Verdad y Método II...*, 2006, op. cit., pág. 145.

⁵²⁹ *Ídem*, pág. 147.

las ciencias naturales la necesidad de un proceso comunicativo parece esencial así no sea parte de su campo de análisis, pensemos en que la comunidad científica transmite sus descubrimientos y teorías en revistas especializadas, lo que es un ámbito comunicacional, incluso la pretensión de la ciencia de acercarse al ciudadano común para mejorar su vida requiere de sendos esfuerzos de comunicación que le hagan comprender lo que el científico trata de decir pero que no se capta de manera clara (malentendido). Así las cosas, la hermenéutica subyace en todo proceso de comunicación del hombre, “la hermenéutica no constituye un método determinado que pudiera caracterizar por ejemplo a un grupo de disciplinas científicas frente a las ciencias naturales. La hermenéutica se refiere más bien a todo el ámbito de la comunicación intrahumana.”⁵³⁰

Otro de los aspectos propios del pensamiento hermenéutico, y que en Gadamer adquiere una mayor solidez, es la idea del abandono de la gramática como única forma de obtención del significado. Desde Schleiermacher y sus concepciones de una práctica hermenéutica laxa y estricta a partir del distanciamiento con la gramática, la idea es que no todo lo que está escrito en un mensaje devela su significado con un análisis literal o exegético, es necesario buscar en la mente o pensamiento del autor la idea original para corroborarla con el mensaje que es evidenciable por los sentidos. De nuevo, asistimos a la crítica que la Teoría Comunicacional formula a los modelos positivistas normativos que agotan el Derecho en norma y su contenido literal como insumo para un proceso de aplicación lógico explicativo propio de las ciencias naturales. Este sometimiento a la gramática y su consecuente adecuación forzada de la lógica para sus propósitos, no hace otra cosa que enseñar que el sentido también es reducido por las teorías positivistas, mientras que la TCD y su idea de comunicación invita a considerar que lo importante es el mensaje y su comprensión, más allá de los medios (y no se

⁵³⁰ GADAMER, H.G. *El giro hermenéutico*. Madrid: Cátedra, 1998, pág. 85.

trata aquí de decir que éstos no importan). Gadamer, en su obra *Acotaciones hermenéuticas*, ilustra este punto diciendo que “La fascinación que ejercen sobre nosotros los niños pequeños con sus creaciones lingüísticas nos recuerda lo que perdemos al someternos a la coerción escolar de la gramática.”⁵³¹

Abarcando otro escenario central de la Teoría Comunicacional, el texto, la obra de Gadamer y la de Robles confluyen en aspectos muy interesantes. El primero se encuentra en el reconocimiento de la escritura textual como un proceso complejo que no se agota con un análisis simple y reduccionista, denuncia que se hace a lo largo de la TCD. A diferencia de los mensajes que se dan en una conversación entre dos personas (en vivo, por así decirlo) y que se caracteriza por la inmediatez en la recepción del mensaje y la consecuente posibilidad de solicitar una aclaración en caso de un malentendido (caso en el cual la hermenéutica cumple una función auxiliar si no se cuestiona el mensaje); la escritura ocurre cuando se da una distancia entre emisor y receptor en donde no es posible esta apelación inmediata del segundo hacia el primero. En otras palabras, a diferencia de la conversación, la escritura no permite una consulta inmediata sobre el sentido que el autor ha querido dar a comprender. La escritura al estar prescrita y conformada por signos, implica también buscar el sentido que el autor quiso dar y que es necesario encontrar ante la ausencia temporal o espacial de éste.

Otras son las condiciones en la conversación verdadera, pues aquí el comprender recibe confirmación inmediata, a la vez que se corrigen los malos entendidos. [...] Desde aquí se comprende lo difícil que es escribir, que no es sino intentar llegar a alguien desconocido, al lector. Además, toda escritura posee un carácter terriblemente irrevocable... La escritura, eso son signos dados, cincelados de antemano, como quien dice, y, por lo tanto, también prescritos.⁵³²

⁵³¹ GADAMER, H.G. *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Trotta, 2002, pág. 62.

⁵³² GADAMER, H.G. *El giro hermenéutico...*, 1998, *op. cit.*, pág. 102.

La anterior reflexión confirma la idea, expuesta en el capítulo primero de esta tesis, que el Derecho es un ejercicio hermenéutico bajo la premisa: unidad de texto diversidad de lecturas. Un solo objeto textual al que se le pueden dar múltiples lecturas viables al tiempo. Esta idea, presente en Gadamer y presente en Robles, es uno de los ejes conductores del presente trabajo, y es que el significado de un acto comunicacional viene marcado por su contexto y por la relación que tiene con la totalidad fáctica y psicológica donde se produce, por ende, la gramática no es suficiente, recordemos que, si todo fuese gramática, no existiría la hermenéutica.

Conforman textos. A ello se debe que ambos, huella y signo, no figuren por sí mismos en lugar del sentido conceptual de la palabra individual. El mismo cuerpo de escritura puede representar palabras de significado completamente diferente. El significado respectivo viene determinado por el contexto. Sólo esto es lo que denominamos textos que se leen y vuelven a leer. Un texto es la unidad de un tejido y como textura se presenta en una totalidad, y no en cuanto a signos de escritura, ni tampoco siquiera en las unidades gramaticales con que se constituye la frase. Todo esto no hace todavía a un texto, a no ser que se trate de una composición, que es como se denomina significativamente en tipografía. En el fondo, sólo se comprende si se comprende completamente y se ha comprendido la totalidad.⁵³³

Así las cosas, la escritura es análoga a la notación musical dirá Gadamer. El que escribe textos lo hace con una intención comunicacional que espera sea comprendida por el receptor, pero este proceso de comprensión es complejo pues puede terminar siendo erróneo. En el caso del Derecho este fenómeno puede presentarse, aún en textos que suponen un aparente punto final como las sentencias de tribunales constitucionales y que pueden seguir siendo añadidos o reinterpretados, como una partitura.

El uso que se hace de la escritura es semejante a la notación musical. Se da el caso de que se escribe música para textos, y con mayor frecuencia todavía ocurre que, cuando se trata sólo de música, no se haya “comprendido” una composición. [...] Aquellos textos que no son obras de arte dejan la cuestión abierta de si un texto finaliza de forma repentina o si simplemente se interrumpe, del mismo modo en que finaliza una conversación o la vida. Es posible que haya otros

⁵³³ *Ídem*, pág. 102-103.

textos eminentes que pongan un verdadero punto final, como por ejemplo la sentencia que pronuncia en un juicio o el mensaje que se expresa como promesa, como el amén en la Iglesia.⁵³⁴

Otro concepto interesante de la obra de Gadamer presente en la TCD es la noción de intertextualidad. La obra de Robles es clara al mostrar que el concepto de Derecho es una construcción que se da a partir de un análisis de los conceptos que lo componen y su relación con una totalidad. Lo mismo ocurre con la relación ORD/SIS y el AMB, donde la premisa central es que toda norma debe analizarse en el contexto, es decir en relación con otras. A su vez, todas las proposiciones que conforman las normas jurídicas, no son sólo frases, son unidades que dependen y están conectadas con otras, de tal manera que para encontrar su significado se precisa ser capaz de entender esas conexiones. Otra forma de decirlo, lo importante no es lo que la norma dice, sino en qué contexto lo dice:

Toda frase no es por sí misma una unidad, sino que pertenece a una unidad de sentido que confiere a la totalidad del texto su tensión interior y su propio tono. Todos sabemos que es el tono lo que muchas veces importa al hablar.⁵³⁵

Esta idea gadameriana y roblesiana se la puede concebir como un alejamiento del logocentrismo. Esta tesis desarrollada por Jaques Derridá y que se encuentra implícita en la tradición metafísica y que concibe al ser como una identidad reducible a su expresión lingüística, es decir, se manifiesta de inmediato por la palabra, otorgando a ésta una forma privilegiada de conocimiento. Los postulados básicos de este logocentrismo son, primero, que la presencia del pensamiento irrumpe inevitablemente en la palabra, y, segundo, el pensamiento contiene la presencia y el sentido de la verdad. Pero esto es cuestionado por Gadamer y por la obra de Robles en tanto el lenguaje no siempre es claro ni portador de una verdad única y subjetiva, por lo tanto, los procesos de comunicación, al requerir conexiones entre sus enunciados,

⁵³⁴ *Ídem*, pág. 103.

⁵³⁵ *Ídem*, pág. 104.

influyen a la hora de la búsqueda del sentido de las palabras, que ya no pueden ser consideradas de forma aislada.

Se abre aquí un campo de investigación completamente nuevo que abarca ámbitos completamente distintos a los del llamado Logocentrismo. Al fin y al cabo, es así que no todas las conexiones y derivaciones, sean cuales sean, y tampoco todos los matices o insinuaciones pueden llegar a expresarse sin estorbar el acto común de la comunicación.⁵³⁶

La comprensión es un proceso que en su aplicación a textos requiere por una pregunta global, por el contexto y lo que éste nos puede decir del texto. Esta es la esencia del giro hermenéutico (un espiral dirá la TCD) que invita a realizar procesos de comprensión que vayan de la parte al todo y viceversa una y otra vez “Nosotros seguimos el principio hermenéutico de preguntar por la relación global ¿Qué nos enseña el contexto acerca del texto?”⁵³⁷ Esta intertextualidad es manejada por Robles a lo largo de su obra.

Un mismo texto, por tanto, puede portar dentro de sí textos parciales de muy diversa especie. Pero para nuestro propósito actual ese detalle carece de relevancia. Lo único que quiero resaltar es que toda totalidad textual conlleva un conjunto de relaciones éntrelos diversos textos que la componen; esas relaciones son intertextuales cuando ponen en contacto unos textos parciales con otros dentro de una misma totalidad textual, constituyen sendas totalidades textuales.⁵³⁸

Otro elemento indispensable en el arsenal hermenéutico de la obra de Gadamer y la visión comunicacional de Robles es la noción de diálogo, pues desde éste “tratamos de acercarnos a la oscuridad del lenguaje.”⁵³⁹

La noción de diálogo ayuda a comprender la crítica a la lógica proposicional que infiere el proceso de comprensión como resultado de operaciones silogísticas que conllevan a un análisis estático, algo ya dado, acabado y sin posibilidades de crítica, cuestionamiento también asestado por Robles a los modelos positivistas. En una propuesta hermenéutica como la de

⁵³⁶ Ídem.

⁵³⁷ Ídem, pág. 108.

⁵³⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 765; 6ª ed., 2015, *op. cit.*, pág. 729.

⁵³⁹ GADAMER, H.G. *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme, 1986, pág. 359.

Gadamer y Robles, la idea de diálogo supone romper con esta lógica de premisas y conclusión inferida por un proceso racional reglado para pasar a un escenario de preguntas y respuestas cíclicas, de esta manera se asegura una visión integral y crítica de la comprensión:

Gadamer se dirige, por tanto, contra una lógica proposicional que comprende el entender como un disponer de algo, cuando desarrolla su lógica hermenéutica de pregunta y respuesta que concibe el entender como participación en un sentido, en una tradición y, finalmente, en un diálogo. En este diálogo “no hay” proposiciones sino preguntas y respuestas que a su vez provocan nuevas preguntas.⁵⁴⁰

Ese modelo de preguntas y respuestas apunta a rescatar el sentido de las palabras y su papel en la comunicación, esa voz interior que refleja el pensamiento del autor que muchas veces no se encuentra en el discurso o el texto pero que posibilita las conexiones, podría pensarse que esta función la cumple el AMB y el SIS en la Teoría Comunicacional ¿la razón? Permiten el reflejo del ORD y su completitud a partir de expresiones que no están en él pero que son esenciales para su entendimiento, en otras palabras, el ORD se comprende a partir del diálogo entre SIS y AMB, y esta construcción dialogal es hecha por los juristas, dado que no todo se puede decir, se requiere de herramientas que permitan encontrar ese complemento. El lenguaje (jurídico también) no puede decirlo todo hay que indagar, dialogar, negociar.

Para expresar este núcleo de la hermenéutica [...] nos hemos referido una y otra vez a la antigua y tal vez de apariencia anticuada doctrina del *verbum interius*, esa “palabra interior” no pronunciada pero que encuentra resonancia en toda expresión del lenguaje.

[...] esta doctrina ilustra de manera muy plástica que las palabras que estamos usando en un momento dado porque se nos ocurren, no pueden agotar lo que tenemos “en mente”, es decir, el diálogo que somos. La palabra interior “detrás” de la pronunciada no significa otra cosa que ese diálogo, el arraigo del lenguaje en nuestra existencia interrogativa y cuestionable por sí misma, un diálogo que ninguna proposición puede reproducir del todo.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ GRONDIN, J. Introducción a la hermenéutica..., 2002, op. cit., pág. 172.

⁵⁴¹ *Ídem*, pág. 172-173.

La esencia hermenéutica, de acuerdo con lo anterior, está en la intertextualidad y el dialogo, es decir, la posibilidad de conectar las proposiciones para encontrar su puesto en los procesos comunicacionales. Esto es, analizar esa voz interior, que se convierte en el campo de batalla hermenéutico en donde aferrarse al enunciado desde un punto de vista gramatical es un error, desde esta perspectiva, para la hermenéutica el enunciado es secundario, es la exteriorización de una voz interior que debe ser el verdadero objeto a conquistar y esto es posible si se realiza un círculo o hermenéutico que implica conexiones intertextuales.

Para la concepción hermenéutica del entender lo constitutivo no es que esa exteriorización se produzca por medio del lenguaje, porque esto sería una banalidad, sino el hecho de que el entender se constituye en el incesante proceso de la “integración en la palabra” y de la búsqueda de un lenguaje comunicable, y que debe ser concebido como este proceso. Porque en este proceso –del tener siempre presente también la palabra interior- se basa la universalidad de la hermenéutica.⁵⁴²

Finalmente, la TCD hace uso de la obra gadameriana al sostener que el sentido de las proposiciones en un proceso comunicacional está marcado por la realidad lingüística del individuo y su capacidad de elegir las acciones tendientes a la comprensión. La hermenéutica, así vista es una herramienta para comprender los sublenguajes de una determinada teoría a partir del dialogo, la interconexión con el todo y la lucha por ese *verbum interius*. La TCD triunfa en esta lucha al establecer el papel de la dogmática jurídica como herramienta para el análisis textual global a partir del diálogo, todo aquel que se aproxime a ella podrá notarlo.

El sentido se construye como una participación vivencial del intérprete en la concepción de la realidad lingüística, en la comprensión y creación de sentidos, y en la elección de uno de ellos. La hermenéutica es una buena candidata a convertirse en un parámetro metalingüístico desde donde comprender el sublenguaje. Empero, el problema que deja la interpretación de teorías es pensar cuál es la mejor y cómo compiten entre sí. En la TCD se resuelve

⁵⁴² *Ídem*, pág. 174.

este problema gracias a la función que se le asigna al científico del Derecho en la interpretación de las teorías y construcción de conceptos, desde donde se hace realidad la construcción de razones en la técnica hermenéutica de ampliación conceptual. [...] en la Teoría comunicacional se presentan genuinas ampliaciones conceptuales y se estructuran en lenguajes comunes, por ejemplo, la relación entre “deber” como norma directa, y la acción, como posibilidad de conducta (que se realiza en el mundo empírico).⁵⁴³

⁵⁴³ ORTÍZ. L. Epistemología y Hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho. En ROBLES, G. et al (eds.). *Comunicación, Lenguaje y Derecho: Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid-Cali: Aranzadi-PUJ Cali, 2018, pág. 82.

CAPITULO III

DOGMÁTICA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: EL MÉTODO HERMENÉUTICO-ANALÍTICO

En el capítulo anterior se expusieron los aspectos más relevantes de la Teoría Comunicacional del Derecho –TCD–, correspondiente a lo que su creador considera una Teoría formal del Derecho, que, junto con la Dogmática y la Teoría de la de las decisiones jurídicas complementan el panorama completo. Esta Teoría formal (o pura) se encamina a presentar y explicar los conceptos formales y estructuras características del Derecho, en palabras de Robles: “los conceptos y estructuras universales del fenómeno jurídico.”⁵⁴⁴ Como se ha indicado, la TCD posee tres niveles de análisis, en este orden de ideas, lo expuesto en el capítulo precedente no pretende ser, ni lo es, una exposición exhaustiva de la Teoría formal del Derecho de la obra de Robles, es una presentación de los aspectos centrales y su relación con el tema de esta tesis doctoral: la visión optimista de la hermenéutica y la teoría de textos.

En este capítulo se abordará, principalmente, la segunda parte de la TCD dedicada al estudio de la Teoría de la Dogmática Jurídica, que también puede denominarse Teoría de la Ciencia del Derecho, para ello, se profundiza en el método hermenéutico-analítico que propone Robles, en el que se ilustra el proceso de construcción de los elementos constitutivos de esta etapa. El abordaje de este método será determinante para continuar comprendiendo el papel de la hermenéutica -en su visión optimista- en la TCD, así como la intención del autor, al crear una explicación contraria a la que la mayoría de autores sostiene: la hermenéutica y la analítica son esencialmente campos opuestos; se trata, por lo tanto, de una propuesta conciliadora a partir de la complementariedad.

⁵⁴⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Navarra: Thomson Reuters – Aranzadi Cizur Menor, pág. 17.

Finalmente, se hará una reflexión sobre la tercera parte de la TCD, la Teoría de las decisiones jurídicas, con la aclaración anticipada de dos situaciones. La primera es que esta parte de la Teoría Comunicacional se abordará más como un análisis de los fenómenos propios de lo que se ha denominado Teoría de la Argumentación Jurídica, y en virtud de ello, se presentarán las consideraciones generales que hace Robles sobre este campo relacionadas con la Hermenéutica, se omitirán entonces, estudios rigurosos sobre asuntos propios de temáticas como la teorías de la Justicia, falacias o estudios de lógica formal (silogismos), tal empresa se aleja de la esencia de esta tesis; además, de constituir un intento que implicaría un documento de extensión colosal dada la literatura existente sobre ese tema. La segunda consideración es que la Teoría de las Decisiones Judiciales no se ha publicado aún como el tercer volumen de la TCD, se encuentra en proceso de recopilación y escritura; sin embargo, se ha ilustrado en diversos artículos de Robles, su desarrollo más extenso se ha dado en la obra *Retórica para juristas* de 2019, obra sobre la cual se centrará el análisis.

El Concepto de Dogmática y su abordaje

La palabra dogmática ha generado diversas posiciones a lo largo de los años. Desde su concepción inicial, anclada en la antigua Grecia, especialmente en el campo de la medicina, que la consideraba como una opinión que se expresa fundamentada en unos principios, valores o creencias.

La retórica es utilísima para la enseñanza de cualquier ciencia a base de la comunicación mediante la palabra persuasiva. Pues, efectivamente, dado que toda ciencia y arte particular se basa en la posibilidad de enseñanza y persuasión sobre su objeto, la medicina actuando en el área de la salud y la enfermedad, la geometría en el campo de las cualidades de las magnitudes, la aritmética en la cuestión de la cantidad numérica, y así todas las demás artes y ciencias, capaces de demostrar y persuadir cada cual en su tema concreto, no estará de más conocer un arte como el de la retórica que posibilita descubrir los medios de persuasión que caben en la argumentación de un tema dado, cualquiera que sea, porque los

principios y reglas de este arte no versan sobre ninguna clase particular y bien definida de asuntos.⁵⁴⁵

Pero es en el siglo XVII cuando la dogmática es asumida por la teología protestante para luego aparecer en las huestes del catolicismo. Con su vinculación a la teología, se transformó en sinónimo de verdad absoluta e incuestionable que conllevó a su uso de forma peyorativa.

Fue en el concilio de Trento (1545-1563) donde la palabra “dogma” recibió el significado técnico con que actualmente se suele utilizar en el ámbito religioso: dogmas son aquellas verdades directamente reveladas por dios, y así reconocidas por la Iglesia, que constituyen objeto obligado de fe para los creyentes. Con todo, la palabra ya contaba con un uso previo. En griego δόγμα significó opinión filosófica, opinión fundada en principios, y de esta manera fueron usados durante mucho tiempo los vocablos “dogma” o “dogmático”.⁵⁴⁶

El uso peyorativo del término dogma convivió con el concepto original o filosófico. De esta manera, suele pensarse en el lenguaje común, y muchas veces en el científico, que dogma es sinónimo de verdad impuesta vía autoridad o de opinión hegemónica que no puede someterse a refutación, por lo tanto, el dogmático será un individuo que no duda de sus conocimientos y trata de imponerlos sobre la base de que no pueden existir pensamientos contrarios. Esta posición es cuestionada por los escépticos (término opuesto al de dogmático), quienes asumen que no es posible acceder a una verdad absoluta y determinante.

Ahora bien, estos significados técnicos han convivido en la tradición filosófica, y fuera de ella, con otros usos peyorativos. Así, serían dogmas aquellas supuestas verdades aceptadas sin crítica o examen, y dogmáticos aquellos que las aceptan o conminan a otros a su aceptación. Por ejemplo, Sexto Empírico ya usaba de esa forma el término “dogmático”. Al clasificar las distintas sectas filosóficas, este autor contrapone dogmáticos (dogmatikoi) académicos y escépticos (skeptikoi): mientras que los primeros, como Aristóteles, los epicúreos y los estoicos, se caracterizarían por creerse en

⁵⁴⁵ LÓPEZ, A. Retórica antigua y Retórica moderna. En *Revista Hvmánitas*, vol. XLVII. Santiago de Chile: Pontificia Universidad católica de Chile, 1995, pág. 905.

⁵⁴⁶ DEFEZ, A. Dogma, Dogmatismo y Escepticismo. En MUÑOZ, J. et al (eds.). *Compendio de Epistemología*. Madrid: Trotta, 2000, pág. 188.

posesión de la verdad, y los segundos por considerar que la verdad no puede ser aprehendida habiéndonos de conformar, por tanto, sólo con la verosimilitud, los escépticos serían los filósofos examinadores que siguen investigando -sképtomai- significaba mirar cuidadosamente o examinar una cosa, y sképsis examen o indagación.⁵⁴⁷

Pero reducir una discusión sobre dogmática tan sólo a su debate con el escepticismo no es una buena estrategia, ya que ambas posiciones suelen presentarse como extremas en la discusión. Ni el dogmático es una mente cerrada a la idea de refutación, ni el escéptico es una persona sin un concepto de verdad y que todo lo relativiza.

En el Derecho, la idea de Dogmática Jurídica no es ajena al debate ilustrado en las líneas precedentes. Existen posiciones que rechazan el término por considerarlo cerrado e impedir una reflexión libre y emancipadora del fenómeno jurídico que es estático e inmodificable; y posiciones que buscan revalorizarlo y que tratan de eliminar los prejuicios que han hecho de la dogmática una palabra con uso peyorativo. Esta segunda línea es la que presenta la TCD.

La Teoría Comunicacional asume la Dogmática Jurídica no sólo en su fase descriptiva, la concibe además como una forma de hacer ciencia jurídica (es una práctica) que implica una verdadera actitud científica, como base principal de cualquier construcción teórica en el Derecho. Lo anterior constituye la verdadera esencia de ser dogmático, a saber, una actitud científica rigurosa para la elaboración de teorías y su puesta en práctica a la hora de resolver problemas concretos. Las proposiciones jurídicas contenidas en textos tienen un contenido material que es susceptible de cambio, lo que las convierte en dogmáticas es su naturaleza (origen, estructura y función) pero no su contenido. En otras palabras, el dogmatismo de la Dogmática jurídica está en su forma y no en su contenido, y así debe ser, pues no se puede concebir al Derecho sin un orden y unas estructuras internas (piénsese

⁵⁴⁷ *Ídem*, pág. 189.

análogamente en la reglas de un juego); otra cosa, muy distinta, es el debate del contenido de tales reglas y sus implicaciones, que, como es sabido, cambia por procesos de interpretación y se adecúa a varios factores internos y externos, algo sin duda opuesto a la dogmática en un sentido peyorativo.

Así, los conceptos y métodos con que opera la Dogmática jurídica, al igual que sus contenidos y el saber construido a partir de los mismos, es la base de la pretensión de universalidad que es necesaria para el establecimiento de una ciencia. Este saber dogmático no es nada distinto a un listado, catálogo o tipología de situaciones y relaciones normativas que se analizan en abstracto, independientemente de su contenido. Por lo tanto, el desarrollo de figuras como las instituciones jurídicas y el ámbito jurídico es una fase ulterior que resulta del análisis del eje ORD/SIS. Se trata de un resultado de virtualidades lógicas que están contenidas en las proposiciones que conforman las normas jurídicas, unidades con las que opera la ciencia del Derecho. Estas convierten a la Dogmática jurídica en una reflexión científica sobre los materiales suministrados por el Derecho vigente en sus textos. Al final, tenemos que estos no son reductibles a un mero proceso lógico deductivo con elementos homogéneos en su estructura y significado, lo que decanta en que la Dogmática jurídica se aleja del extremismo con el que usualmente se relaciona la posición del dogmático.

La Dogmática jurídica, por el contrario, es la ciencia de un Derecho positivo vigente. Investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas. Esta conexión de ninguna manera se reduce a una relación deductiva, en el sentido de que una determinada norma jurídica se entienda y deduzca de un Principio general. Puesto que todo ordenamiento jurídico positivo se basa en puntos de vista diferentes, cuyos significados deben ser sopesados unos frente a otros y con los cuales se debe hacer una síntesis, la Dogmática jurídica tiene más bien el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar su ámbito de vigencia.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ COING, H. Historia del Derecho y Dogmática Jurídica. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, N° 2, mayo- agosto. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1982, pág. 247.

Ahora bien, una de las discusiones más recurrentes en la Dogmática jurídica se relaciona con el debate de si el Derecho constituye una ciencia en estricto sentido, por lo tanto, cuando se hace referencia al término “ciencia del Derecho” también se entiende como un concepto con alto grado de indeterminación y ambigüedad. Sumado a lo anterior, cuando se habla de ciencia del Derecho muchas veces quien lo hace no reflexiona sobre las implicaciones conlleva tal expresión. Esta situación es similar, cuando se emplean términos como sociología jurídica, antropología jurídica, o teoría del Derecho, todos ellos reclaman el dominio a la hora de explicar qué es el Derecho, cuál es su objeto y método.

El sentido con el que con mayor frecuencia se utiliza la expresión “dogmática jurídica” es cuando es empleada como sinónima de “ciencia jurídica”. Es preciso observar que, además de estas dos expresiones (“ciencia jurídica” y “dogmática jurídica”), también es frecuente ver usadas otras –como “ciencia del derecho”, “doctrina (jurídica)” o “estudios de derecho positivo”, etc.– para hacer referencia al mismo objeto. Sin embargo, esta variedad de expresiones genera algunos problemas porque en ocasiones aquellas son usadas como sinónimas, mientras que en otras se emplean con matices de significado parcialmente diferentes.

Por esta razón, definir “dogmática jurídica” (o “ciencia jurídica”) no resulta una tarea sencilla. De hecho, la expresión que nos ocupa –y sus aparentes sinónimas– parece ser resistente a la definición. Prueba de ello es que en buena parte de los estudios sobre “dogmática jurídica” no aparece definición alguna sobre su objeto de estudio.⁵⁴⁹

Además de las discusiones sobre el concepto de Dogmática Jurídica, esta supone la utilización de un método, por lo que existe también una metodología de la ciencia del Derecho que en el caso de la TCD es propio. La Teoría comunicacional posee tres niveles como se ha ilustrado, un nivel formal o morfosintáctico, uno dogmático o semántico y uno decisional o pragmático, estos tres niveles poseen métodos distintos pero relacionados y con elementos comunes (tal como ocurre con la lingüística).

⁵⁴⁹ NÚÑEZ, A. Dogmática Jurídica. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 6, marzo-agosto. Madrid: Universidad Carlos III, 2014, pág. 247.

Por lo anterior, el estudio de la Dogmática Jurídica y su papel en la TCD arranca con una revalorización del término para posteriormente indagar por los métodos que utiliza, y que, para Robles, principalmente, han sido dos: la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia sociológica, dado que estos son los que mejor explican la problemática del método en la ciencia del Derecho o ciencia de los juristas ¿la razón? “Tanto la jurisprudencia conceptualista como la sociologista parten de un mismo propósito, que no es otro que exponer el sentido de los textos jurídicos.”⁵⁵⁰ Sumado a lo anterior, Robles indica que se debe prestar atención a los valores, ya que, suele hablarse de una tercera vía metodológica que corresponde a los postulados de la jurisprudencia de los valores o jurisprudencia valorativa.

Esta corriente se centra en criterios axiológicos como elementos inspiradores de los contenidos de los textos jurídicos del ORD, se trate o no de elementos presentes dentro del ORD o por fuera de él. Se habla entonces de la presencia de principios, que, desde el punto de vista de la TCD, son normas de un carácter general y con contenido axiológico, que pueden venir formulados expresamente en un texto jurídico o ser tan notorios que el ORD los dé por incorporados sin una formulación expresa, por lo tanto, será función de la Dogmática Jurídica revelar dichos principios en el SIS y su texto. Esta reflexión da una nota distintiva a la noción de Dogmática en la TCD, su carácter práctico que, al incorporar una inclusión de los valores, la hace incompatible con las versiones positivistas, que, como hemos visto, se cuestionan a lo largo de la TCD

Pero me parece que lo que quiere decir en realidad es que la dogmática no puede considerarse solo como una técnica, sino que fundamentalmente es un tipo de praxis. [...] Esa relevancia del componente moral y político de la dogmática hace, naturalmente, que esta manera de entender el saber jurídico tradicional (como

⁵⁵⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 19.

tecno-praxis) sea incompatible con una concepción positivista del derecho.⁵⁵¹

En este orden de ideas, la TCD propone una idea de Dogmática abierta que incorpora los tres modelos enunciados antes y que son determinantes para la comprensión de los textos jurídicos. Esta incorporación no es excluyente dado que conceptos, hechos y valores son elementos que permiten una adecuada interpretación de los textos ordinamentales y la creación sistémica de normas jurídicas. Se puede adelantar que la visión de la Dogmática jurídica que construye la Teoría Comunicacional es concebirla como “una disciplina comunicacional o hermenéutico analítica”⁵⁵² que está relacionada con la noción de texto jurídico.

Como se ha establecido hasta ahora, la TCD está compuesta por una Teoría formal del Derecho (pura) que se explicitó en el capítulo 2, una Teoría de la Dogmática Jurídica y una Teoría de las decisiones jurídicas, sobre estas dos últimas se abordarán los conceptos de interpretación y argumentación respectivamente. Empezando con la Dogmática, se hará énfasis en la construcción interpretativa del sistema a partir del método hermenéutico-analítico.

Dogmática Jurídica y Método Jurídico

El ordenamiento jurídico se crea a golpe de decisión, este es un axioma de la TCD que es necesario traer a colación para entender cómo opera la Dogmática jurídica. El material jurídico sobre el que recae el análisis de los juristas (que crean la dogmática) está precedido por una decisión, pero esto no es un obstáculo para pensar que dichas decisiones también están influenciadas por determinadas doctrinas, por lo que en sociedades evolucionadas las decisiones suponen la existencia de Dogmática, así, la

⁵⁵¹ ATIENZA, M. La Dogmática jurídica como Tecno-Praxis. En. CARBONELL, M. et al (eds.). *Estado constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Estado Constitucional, tomo IV, vol.1 México DF: UNAM, 2015, pág. 178 y 194.

⁵⁵² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 20.

ciencia del Derecho se ha encargado de guiar procesos constituyentes, legislativos, etc. En muchos casos, la consulta de material doctrinal es necesaria para la correcta toma de una decisión, ocurre entonces una relación en espiral donde la Dogmática se nutre de las decisiones y viceversa.

Una consideración inicial que se hace en la TCD sobre la Dogmática jurídica es resaltar su carácter práctico, algo que se ha omitido durante muchos estudios y que ha llevado a que se la considere como una expresión peyorativa (dogmatismo), pero que en la obra de Robles está lejos de este extremo. La Dogmática jurídica, entendida como la labor de los juristas que exponen en diversos textos los contenidos de un determinado ámbito jurídico, puede ser elaborada por juristas prácticos, aquellos que ejercen el Derecho en los tribunales, juzgados, notarías, entidades públicas o privadas, etc. Pero también existen juristas teóricos, aquellos estudiosos del Derecho que producen obras sobre determinada área. Es posible que en una sola persona coincidan las dos clases vistas, lo cual resulta bastante útil, ya que para realizar una buena Dogmática se requiere de experiencia y práctica, por lo tanto, es necesario conocer las bases teóricas del Derecho y comprobarlas en los ejercicios prácticos de la labor del jurista que ejerce el Derecho. No es posible concebir la idea de Dogmática entonces, sin su relación con la praxis jurídica; de la misma manera, la Dogmática jurídica no es únicamente un compendio de filosofía como muchos asumen.

[...] mi TCD ha surgido, en muy buena parte, más que de la reflexión sobre las obras filosóficas, de la constante lectura de obras de Dogmática Jurídica. Me llama poderosamente la atención que colegas y estudiantes me hagan con frecuencia esta pregunta ¿Qué filósofos le han influido?, y casi nunca esta otra: ¿Qué juristas ha leído usted con mayor asiduidad e interés?⁵⁵³

“No hay nada más práctico que una buena teoría”, frase usada frecuentemente por los académicos, y la razón es que la teoría ayuda a una mejor comprensión de los fenómenos de la realidad a través de una

⁵⁵³ *Ídem*, pág. 25.

contemplación activa dado que el conocimiento se construye y es perspectivista. En el Derecho existen diversas teorías, unas más aceptadas que otras y con diversos niveles de abstracción, desde la Teoría del Derecho que aborda conceptos con pretensión de universalidad, hasta teorías sobre sectores del mismo o elementos puntuales, por ejemplo, la teoría del acto administrativo, o la teoría del negocio jurídico.

La TCD asume que una Dogmática jurídica no se ocupa del estudio universal del Derecho, pues esta labor es la propia de una Teoría General; por el contrario, se ocupa de un determinado ORD (el Derecho colombiano vigente), formulando teorías para su adecuada comprensión y aplicación, para así construir el SIS que no es otra cosa que los textos que explican el significado del texto en bruto, que es el ORD. Por lo anterior:

Las “teorías” dentro del marco de la Teoría del Derecho tienen, por su propio objeto, un alcance muy diferente al de las “teorías” que se dan en el marco de la Dogmática jurídica. Las primeras son teorías teórico-jurídicas; las segundas, teorías dogmático-jurídicas o simplemente dogmáticas.⁵⁵⁴

Esta postura frente a la Dogmática jurídica se la ha denominado como localidad de la Dogmática en tanto:

La dogmática jurídica, en cuanto estudia el derecho nacional de un país y está entonces “ligada al territorio y a la actualidad”, no tiene “métodos, materias y descubrimientos” universales. Sus problemas y, por lo tanto, la audiencia a que está dirigida, son estrictamente nacionales. Llamaré a ésta la tesis de la localidad de la dogmática.⁵⁵⁵

De acuerdo con lo anterior, y a manera de ejemplo, piénsese que existen teorías que son propias de la Teoría general del Derecho, como la teoría o paradigma iusnaturalista, el positivísimo jurídico, el realismo jurídico, la Teoría Pura del Derecho o la Teoría Comunicacional del Derecho. Por otra parte, existen teorías que son del campo de la Dogmática: Teoría de la autonomía de la voluntad, Teoría del acto administrativo, teoría del delito, etc.

⁵⁵⁴ *Ídem*, pág. 26.

⁵⁵⁵ BERNASCONI, A. El carácter científico de la Dogmática Jurídica. En *Revista de Derecho*, vol. XX, N°1, julio. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2007, pág. 10.

Dicho lo anterior, la TCD es clara al reconocer que el jurista práctico (juez, abogado, notario, fiscal, etc.) obtiene beneficios de las teorías que ha creado el teórico, tanto teórico-jurídicas como dogmáticas. Un adecuado conocimiento de la Teoría del Derecho redundará en un buen uso de los conceptos jurídicos en el discurso, por lo que, consecuentemente, aquel que posee un buen conocimiento de aquella, poco o nada podrá hacer para lograr un buen resultado a la hora de abordar la dogmática y la solución de problemas. En palabras de Robles: “el conocimiento de las teorías de la dogmática jurídica, no es sino el conocimiento del Derecho vigente, potencialmente aplicable a los casos.”⁵⁵⁶ De esta manera, la Dogmática jurídica en la TCD tiene una función clara: la construcción del sistema.

A lo largo de la historia, la ciencia de los juristas ha recibido varios nombres: jurisprudencia, doctrina jurídica, dogmática jurídica y ciencia del Derecho. Sin embargo, en la TCD se recogen las denominaciones de Dogmática jurídica o Ciencia de los juristas, ya que, expresa los dogmas generales de los contenidos básicos del Derecho (señalando, de nuevo, que no debe confundirse dogmática con dogmatismo). En la Dogmática jurídica existen dos actores principales: el legislador y el constructor del sistema jurídico, el legislador entrega el texto en bruto, el ORD, el segundo lo trabaja a través de un método hermenéutico-analítico para darle un significado y presentarlo de manera ordenada y coherente.

El ORD, como se ha indicado muchas veces, es el resultado de un proceso decisonal que generalmente es acompañado por razonamientos de alcance general (leyes) o particular (decisión judicial), en estos procesos se ha generado lo que se puede denominar “lenguaje normal de los juristas”⁵⁵⁷, que pertenece al lenguaje ordinario y profesional o técnico. Como resultado de dichos procesos decisonales se da una producción textual generalmente

⁵⁵⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 27.

⁵⁵⁷ *Ídem*, pág. 45.

desordenada que requiere de orden y explicación, labor que realiza el jurista. Ahondemos más en este punto.

La composición de órganos deliberativos y decisorios como el parlamento o una asamblea constituyente es una característica que contribuye a la indeterminación del lenguaje jurídico, algo que inevitablemente se verá reflejado en el texto en bruto que compone el ORD. Para explicar este punto, tomemos como ejemplo, el proceso constituyente colombiano que finalizó con la expedición de la Constitución Política de 1991. Colombia ha sido un país caracterizado por la inestabilidad constitucional a lo largo de su historia como Estado independiente (más de 200 años), esto se traduce en una falta de consenso constitucional que llevó a que durante su existencia como Estado se promulgaran decenas de constituciones, en palabras del constitucionalista Ricardo Zuluaga Gil:

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.⁵⁵⁸

Este problema de naturaleza histórica y política inevitablemente genera consecuencias jurídicas. La Constitución de 1991 significó por primera vez un verdadero pacto político nacional en el cual se tuvo en cuenta a los diversos grupos sociales, políticos y económicos del país. Lo anterior, en virtud de que tradicionalmente las Constituciones en Colombia se imponían por los clanes políticos hegemónicos, que llegaban al poder y esto implicaba la exclusión de clanes rivales y la eliminación de contenidos constitucionales anteriores e ideológicamente contrarios. El proceso que trae la Constitución Política de 1991 rompe con el modelo descrito anteriormente, ya que, debido a una compleja situación económica, política y social por primera vez el pueblo fue consultado acerca de su voluntad de crear una asamblea nacional

⁵⁵⁸ ZULUAGA, R. De la Expectativa al desconcierto: El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pág. 25.

constituyente y además los miembros que la conformarían. Como resultado de lo anterior se generó una composición pluralista de la asamblea, donde se vieron representados diversos sectores e ideologías: negritudes, indígenas, representantes de diversas religiones, exguerrilleros y desde luego los sectores tradicionales.

Este pluralismo significó la enunciación de derechos fundamentales e instituciones, pero no su delimitación y contenido. Como ejemplo de esto, analicemos el artículo 16 de la Constitución que establece el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad así: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.” Ahora, si bien es cierto la Constitución enuncia que se tiene el derecho a un libre desarrollo de la personalidad, nunca se detuvo a enunciar las características de su composición de una forma clara y profunda, puesto que hubiese sido imposible lograr un acuerdo sobre este punto teniendo en cuenta la multiplicidad de ideologías de la asamblea. En otras palabras, basta imaginar a grupos religiosos conservadores, grupos liberales y sectores radicales (todos ellos con representación en la constituyente) tratando de lograr un acuerdo específico sobre cuál es el concepto ideal de personalidad y bajo este construir una idea de libertad y sus límites. Ante la imposibilidad de lograrlo, el único acuerdo posible era enunciar que se tiene el derecho, sin ir más allá en su contenido.

Lo anterior, supuso que la enunciación de este derecho es el ejemplo de un liberalismo procedimental propio de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*), que implica lograr acuerdos sobre lo mínimo y se convierte en la base de una democracia consensual; esto es un punto importante en la teoría de John Rawls⁵⁵⁹ que plantea, a partir de este consenso, el punto de partida para lograr acuerdos racionales e incluyentes. Jurídicamente hablando, la consecuencia de esta estructura política es

⁵⁵⁹ RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, pág. 133 y ss.

evidenciable: la indeterminación del texto constitucional, que enuncia derechos e instituciones, pero no indica su contenido y alcance, el consenso entrecruzado implica vaguedad e indeterminación del lenguaje jurídico.

El anterior ejemplo presenta lo que la TCD refiere, el ORD como proceso decisional (en este caso una decisión constituyente) tiene pretensión al orden, pero no siempre lo consigue. Es clara la redacción del postulado constitucional contenido en el artículo 16, desde el punto de vista gramatical tiene sentido, pero eso no basta para su correcta interpretación, es entonces cuando la labor de la Dogmática aparece para dar orden y claridad a ese texto ordinamental.

Otro problema que debe analizarse en ese escenario es si el texto ordinamental es necesariamente vago. Al parecer, los textos ordinamentales deben seguir cierta vaguedad en virtud de su origen y pretensión (una Constitución o una Ley), es decir, entre más vaga (desde el punto de vista del lenguaje) sea una disposición mayor será el campo de trabajo de los juristas, la búsqueda excesiva de precisión en textos ordinamentales no parece posible ni recomendable. En palabras de Endicott:

En verdad, el derecho es necesariamente muy vago, Así, la vaguedad es un problema de la teoría jurídica, entonces es un problema serio. El problema se relaciona con el ideal de Estado de Derecho (*rule of law*), y con la misma idea del Derecho: si estándares vagos no proporcionan guías para el comportamiento en algunos casos ¿Cómo puede una comunidad estar gobernada por el Derecho?

[...] Así, puede parecer que la vaguedad es una característica contingente del Derecho que puede ser evitada por un legislador preciso. Y puede parecer que es deseable que así sea ya que las normas precisas nos acercan al ideal de Estado de Derecho.

Espero persuadirlos de lo contrario en tres breves secciones sosteniendo que (1) los legisladores usan palabras vagas porque la precisión no siempre es deseable, (2) dado que el Derecho es "sistémico", las disposiciones formuladas en un lenguaje preciso no

siempre producen normas precisas, y (3) el Derecho debe ejecutar funciones que sólo puede producirse mediante estándares vagos.⁵⁶⁰

Los conceptos jurídicos vagos desde el punto de vista lingüístico (ya sea por indeterminación o ambigüedad) se encuentran presentes en textos ordinamentales porque así debe ser, no existe otra forma de enunciarlos dada la naturaleza del creador del texto. Por lo tanto, la tarea de la Dogmática será dar orden e ilustrar el contenido de la vaguedad de dichos textos. La Teoría Comunicacional plantea que esta labor de la Dogmática es científica, pues se trata de una actividad que realiza un jurista que trata científicamente al Derecho, esto es, trata dogmáticamente los textos.

Características de la dogmática jurídica en la TCD

La TCD asume que la Dogmática jurídica es la disciplina que tiene por objeto, el estudio de los textos que componen un ordenamiento jurídico puntual para presentarlo de una forma más ordenada y coherente en un sistema que lo refleje, además, el ORD está compuesto por una diversidad de textos, al que tradicionalmente se le llama fuentes, así, la dogmática describe, a través de la interpretación y sistematización, el derecho positivo vigente. De esta manera el concepto de SIS cobra una relevancia mayor en la Dogmática:

El propósito de la Dogmática Jurídica es presentar en un sistema (SIS) el ordenamiento correspondiente. El sistema es el resultado de una construcción hermenéutica o interpretativa de los textos que componen el ordenamiento. En su labor, al interpretar, conceptualiza y sistematiza. Por eso, se afirma que la dogmática jurídica es una disciplina hermenéutica conceptualizante y sistematizante. Otra forma de decir lo mismo es que la Dogmática jurídica indaga los contenidos de sentido, los significados de los textos ordinamentales.⁵⁶¹

La Dogmática jurídica, así asumida, presenta unas características:

⁵⁶⁰ ENDICOTT, T. *Palabras y Reglas: Ensayos en filosofía del Derecho*. México DF: Fontamara, 2004, pág.73-74.

⁵⁶¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 49.

En primer lugar, su objeto de estudio está conformado por el conjunto de frases o expresiones de lenguaje que hacen parte de un ordenamiento jurídico, lo que refuerza la idea expuesta con anterioridad de que el Derecho es traducible a texto (recordemos que no se trata de una posición ontológica fuerte, es decir el Derecho se manifiesta a través del lenguaje, pero no pretende ser una identidad con éste o su sustituto). Por lo anterior, la Dogmática jurídica está inevitable e íntimamente ligada con la teoría de textos y la filosofía del lenguaje. Como resultado de lo anterior, una segunda característica radica en que las disposiciones o expresiones jurídicas se manifiestan siempre en el lenguaje, principalmente escrito, pero que pueden tener su origen en actos de habla o simbólicos (hechos jurídicos, por ejemplo). En este orden de ideas, la TCD sostiene que: “nuestro concepto de texto no se identifica con el de texto escrito, sino que tiene una significación amplia.”⁵⁶²

Una tercera característica de la Dogmática jurídica es que se centra siempre en un ordenamiento jurídico determinado buscando desentrañar el significado de los textos que lo componen, de esta manera la Dogmática se centra en un objeto más concreto, esto es, en los textos jurídicos parciales, de allí que se la pueda considerar como una especie de semántica jurídica. La cuarta característica que Robles indica sobre la Dogmática jurídica reside en que la TCD pretende una reflexión sobre la Teoría de la Dogmática y no sobre la Dogmática, en tanto la primera presupone la existencia de una Teoría formal del Derecho.

Como quinta característica se tiene que el objetivo de la Dogmática jurídica es la de construir un sistema (SIS) que refleje el ordenamiento (ORD). Esta idea de SIS tiene algo de ficción en tanto es una reproducción elaborada del texto en bruto. Tanto texto ordinamental como sistémico son totalidades textuales (así como hay un ordenamiento jurídico colombiano, hay un derecho penal colombiano). En sexto lugar, la Dogmática jurídica tiene como objeto

⁵⁶² *Ídem*, pág. 50.

central el SIS y busca averiguar en qué consiste y cuál es el método más adecuado para construirlo. Como séptima característica, hay que diferenciar entre el sistema expositivo didáctico y el sistema jurídico propiamente dicho (sobre este punto se hará una reflexión más adelante).

Una característica final, la Dogmática jurídica es una disciplina orientada de forma mediata a la práctica. Toda discusión sobre la Dogmática jurídica termina reconociendo que su utilidad se refleja en la práctica, es decir, en los procesos de decisión jurídica:

La Dogmática, no cabe ninguna duda, tiene entidad propia, y por esa razón está plenamente justificada una Teoría de la Dogmática jurídica desarrollada con independencia de una Teoría de las Decisiones jurídicas. La praxis decisonal es la que genera constantemente nuevo texto ordinamental, y el texto sistémico –que elabora la Dogmática- va detrás reconstruyendo en sistema el ordenamiento cambiante. Entre ordenamiento y sistema hay una relación hermenéutica en espiral, y como consecuencia de ello, esa misma relación se reproduce entre las decisiones y la dogmática. Entre ordenamiento y sistema, entre decisiones y Dogmática existe una relación comunicacional, cuya intermediaria es precisamente la Dogmática jurídica. Pero esa comunicación recíproca no debe llevar a confundir lo que es la una y lo que es la otra.⁵⁶³

Un debate recurrente en torno a la Dogmática jurídica es acerca de su alcance, pues esta plantea un dilema: acerca de sí el dogmático jurídico debe ser un riguroso analista similar a un matemático o geómetra al que le está prohibido exponer sus razonamientos de tipo moral o político y asumir una posición crítica; o, por el contrario, estas posiciones deben ser tenidas en cuentas para un adecuado análisis textual. La primera posición la ilustra Warat de la siguiente manera:

El dogmático del derecho es, –afirma– en cierto modo, un geómetra, y de ahí que tenga fundamento dialéctico la afirmación, que hacemos al decir, que en las discusiones sobre derecho procedemos con la serenidad del geómetra, pues la dogmática no se dirige a fines políticos, económicos o sociales, ni está influida por ellos; es el derecho positivo el que está influido de direcciones, miras o tendencias; tampoco tiene substratum valorativo; también por eso la

⁵⁶³ *Ídem*, pág. 53.

dogmática es objetiva. Pero, claro está, su ciencia, su acierto y eficacia depende del jurista que construye el concepto. El grado de intuición (ósea la aptitud *deverbién*), el rigor lógico de su razonamiento, la unidad de sus concepciones y hasta la elegancia de la construcción jurídica diferencian necesariamente a los juristas y el nivel de su espíritu científico.

[...] La dogmática jurídica partiría del presupuesto de que es posible describir el orden legal, sin ningún tipo de referencias de carácter sociológico, antropológico, político y económico. Por tanto, se presenta como una construcción teórico-objetiva y rigurosa, una elaboración conceptual del derecho vigente, sin indagación alguna de su instancia ideológica y política; una mera ciencia lógico-formal dedicada al estudio exclusivo de las normas legales. El texto legal es el dato in mediato del cual parte el jurista en su trabajo científico.⁵⁶⁴

Al margen de la anterior consideración, se tiene claro que el objeto de la Dogmática es la generación del SIS, por esta razón, la TCD adopta una idea de Dogmática “cerrada”⁵⁶⁵ como presupuesto para la Dogmática jurídica. Esta idea de Dogmática cerrada no se debe entender como una cualidad de autopoiesis o autoreferencia, sino más bien como la búsqueda de respuestas objetivas mediadas por un método concreto y sólido, que apunta a la objetividad en la labor del jurista, a la hora de abordar los textos ordinamentales. Pero, sobre el cuestionamiento ilustrado a la hora de preguntarse si se agota el procedimiento dogmático tan sólo con esa pretensión de objetividad, es decir, ¿no puede el jurista asumir una actitud crítica a la hora del análisis textual?, la Teoría Comunicacional permite una respuesta positiva, aclarando siempre que se trata de un juicio personal y suficientemente argumentado. Lo anterior en virtud de que toda dogmática busca reconocer, en la práctica, la norma aplicable a un caso, en este sentido, dicha norma tiene un carácter de dogma, es decir, en principio no puede ponerse en duda, pero los intérpretes de ese dogma no gozan de infalibilidad, asimismo las decisiones jurídicas (incluyendo las judiciales) tampoco pueden constituirse como una respuesta definitiva y portadora de una verdad

⁵⁶⁴ WARAT, L. Sobre la Dogmática Jurídica. En *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, año 1, 2º Semestre. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1980 pág. 33.

⁵⁶⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 62.

universal, son, al final, un acto interpretativo de una autoridad marcado por unas reglas.

En otras palabras, la idea de la Dogmática jurídica, tal como lo plantea Robles, presentaría dos fases: una estática y de análisis riguroso que estaría limitada a las reglas de procedimiento para la toma de decisiones; y una fase dinámica que permite la crítica moral o política argumentada, por lo tanto, las decisiones serán *válidas* si fueron adoptadas conforme al procedimiento establecido, algo que Luhmann denominó legitimidad procedimental. Luhmann expresa que uno de los mecanismos para lograr la legitimidad se evidencia en el sistema normativo, en tanto la positivización del Derecho y la estructura del Estado y su sistema burocrático presuponen ya una consideración política, que implica la presencia de procedimientos, que al final son los que legitiman cualquier decisión independientemente de su contenido.

También aquí la nueva autonomía y diferenciación dinámica del sistema político muestra que la legitimidad no puede ser fundada simplemente en estructuras fijas de la sociedad, sino que debe ser elaborada en el mismo sistema político. Se trata de un proceso que, mediante procesos de comunicación continuos, es remitido al entorno del sistema político, a la sociedad, y que está controlado de acuerdo a esta.⁵⁶⁶

Dogmática Jurídica y su Función Comunicacional

La obra de Robles aborda el estudio de la Dogmática desde su perspectiva comunicacional en 4 escenarios: i) el primero apunta a la función comunicacional de la Dogmática jurídica, ii) la conexión entre Dogmática y teoría de textos (incluyendo el texto jurídico), iii) el análisis del método hermenéutico-analítico, y iv) la sistematización de la Dogmática jurídica.

La función comunicacional de la dogmática jurídica

La Dogmática jurídica tiene una función y un método propio en la Teoría Comunicacional, que parte de la idea de concebirla como una disciplina

⁵⁶⁶ LUHMANN, N. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014, pág. 215-216.

cognitiva de textos jurídicos (muestras que las decisiones judiciales son praxis resolutorias de casos). La TCD distingue aquí entre la labor dogmática del teórico del Derecho y la labor decisoria del juez, éste último no sería un teórico o científico del Derecho sino un órgano de decisión, por lo anterior, no es recomendable, hablando de la metodología del Derecho, mezclar la teoría de la Dogmática y la Teoría de la Decisión jurídica.

La Dogmática es la ciencia de los juristas que posee rigor y orden expositivo, siendo una constante en los planes de estudios de facultades o escuelas de Derecho. Para nadie es un secreto que los paradigmas o modelos jurídicos tienen un origen y una exposición, el origen se encuentra precisamente en las facultades o escuelas de Derecho, que, siendo fieles a una ideología institucional (dependiendo del tipo de Universidad: religiosa, laica, empresarial, autónoma, etc.) manifiestan en su programa de Derecho los principios y valores que representan la esencia institucional. No es lo mismo el programa de Derecho y el paradigma que se defiende y cultiva en una universidad católica, a aquel que se cultiva y transmite en una universidad pública o privada, que pretende separarse de una educación confesional. Los paradigmas jurídicos y la dogmática surgen en las facultades de Derecho. Su exposición, generalmente suele verse en las decisiones judiciales en tanto la lectura de una sentencia permite ver qué modelo o paradigma sigue el juez a la hora de resolver el caso concreto.

La Dogmática jurídica, que se origina en las facultades o escuelas de Derecho principalmente, se expone a consideración de expertos estudiosos del fenómeno jurídico que validarán su carácter científico con base en factores como: i) la posibilidad de conectar efectivamente la teoría con el derecho nacional vigente, ii) el grado de exposición y difusión que presente la teoría en escenarios académicos, y iii) la aceptabilidad de la teoría, es decir, la cantidad de expertos que se adhieran a ella como una solución ejemplar, en término de Kuhn. Todos estos factores constituyen un espacio comunicacional por excelencia, sin comunicación no existe posibilidad de que la Dogmática se

cree, se difunda y se aplique, de ahí que su cientificidad está marcada por este aspecto.

En un extremo, la proposición no comunicada no es científica, porque no está expuesta a verificación de ninguna especie. En el otro, una afirmación relevante para todos los expertos en el mundo capaces de juzgar su validez, y puesta a la consideración de todos ellos, es en grado supremo científica. Dentro de estos extremos, el carácter científico está dado por el grado de visibilidad de una contribución, y es mayor cuanto más expuesta está a la crítica.

Por esta razón los órganos de comunicación académica son fundamentales en la ciencia. Es por medio de ellos que se logra la exposición de una proposición a la revisión por la comunidad especialista, ya sea en la forma de un artículo de revista, un libro, o una ponencia en una conferencia de especialistas. Un órgano de comunicación es apropiado, para estos efectos, cuando es accesible para la más amplia relevante comunidad de expertos.⁵⁶⁷

Más allá del contenido de la Dogmática, su concepción como ciencia del Derecho siempre apunta a la práctica, pues esta no se agota únicamente con la enunciación de postulados para ser contemplados, como si se tratase de porcelanas que se exponen en un estante sellado. Cuando el juez resuelve un caso, lo asume de manera directa, pues tiene el caso frente a él. El dogmático, por el contrario, contempla un “horizonte hermenéutico de casos”⁵⁶⁸ que dan origen a una casuística que presenta dichos casos como una hipótesis problémica. Esta sería la diferencia entre Dogmática jurídica y la función judicial que ofrece la TCD en tanto: “el jurista teórico que hace Dogmática cumple una función esencialmente cognoscitiva, aunque su conocimiento tiene una indiscutible dimensión práctica.”⁵⁶⁹ La Dogmática jurídica entonces presenta un grado de abstracción, que no es posible abordar a la hora de la toma de una decisión por parte del juez.

En el mayor grado de abstracción de la dogmática se encuentran los principios del derecho y las teorías de instituciones jurídicas particulares. Ejemplos de principios del derecho son las reglas de interpretación e integración del derecho. Como ejemplos de teorías

⁵⁶⁷ BERNASCONI, A. *El carácter científico...*, 2007, *op. cit.*, pág. 14.

⁵⁶⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 216.

⁵⁶⁹ *Ídem*, pág. 217.

podemos ubicar la teoría del acto jurídico, la teoría de los riesgos, la teoría del proceso o la teoría de la prueba. A este nivel de abstracción, la doctrina es más bien universal o, cuando menos, común al interior de los principales sistemas jurídicos (derecho común, derecho civil, sharia, etc.). Es decir, esta parte de la doctrina no es enteramente definida por las normas positivas nacionales.⁵⁷⁰

De esta manera, el jurista que hace Dogmática es aquel que escribe los libros sobre temas del Derecho o sus áreas en los cuales estudia, expone, descompone e interpreta los textos en bruto que suministra el ORD. Por otra parte, el juez no realiza en su sentencia una exposición teórica (lo cual no significa que es imposible que ocurra), pues no se trata de una composición abstracta y personal sobre sus estudios del Derecho o una parte del mismo; el juez decide el contenido del texto en bruto que es el ORD, con base en una fundamentación que incluye la dogmática que realiza el jurista teórico. Decidir es un asunto distinto a conocer, y ello marca la diferencia entre dogmática y decisión, por lo tanto, la función judicial puede parecerse más a un ejercicio propio de legislador que al de la dogmática.

Otro aspecto relevante a la hora de estudiar la Dogmática jurídica es su diferencia con lo que se puede denominar una Teoría de la Dogmática jurídica. La primera estudia un ORD concreto y lo interpreta, conceptualiza y sistematiza. Por su parte, una Teoría de la Dogmática jurídica tiene como objeto de estudio la Dogmática, es decir, su concepto, función y método. La TCD es clara al indicar que “nuestro problema se llama simplemente ‘Teoría de la Dogmática jurídica’, nada más y nada menos”⁵⁷¹, por lo tanto, no se refiere a un ORD en puntual.

Cabe mencionar que, aunque existe diferencia entre la Teoría de la Dogmática jurídica y la teoría de la Decisión jurídica, en ambas se interpreta y argumenta. En la Dogmática se interpretan los textos ordinamentales y las realidades fácticas de referencia de estos, este proceso intelectual acompaña los procesos de toma de decisión, y esto ocurre tanto en la Teoría Dogmática

⁵⁷⁰ BERNASCONI, A. *El carácter científico...*, 2007, *op. cit.*, pág. 16.

⁵⁷¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 220.

como en la Teoría de la Decisión judicial, mientras en la primera se interpreta y decide para crear el SIS, en la segunda se hace para la solución de un caso concreto por parte del juez. En palabras de Robles: “En la Dogmática jurídica también se argumenta, pero dentro de un marco de razonamiento menos ajustado al caso concreto, con un interés predominantemente científico, eso es conceptual y sistemático.”⁵⁷² Esta capacidad de interpretar y argumentar resalta el carácter científico que rodea a la Dogmática, que será objeto de debate por los círculos de estudiosos del fenómeno jurídico, para refutar o validar sus contenidos bajo un marco que no se agota con la sola descripción.

La dogmática del derecho no escapa a esta lógica. Como las proposiciones de toda ciencia, las de la dogmática son verificables cuando pueden ser confirmadas o refutadas por los especialistas. Poner una proposición de doctrina a la consideración de los pares permite que éstos recorran el itinerario del autor, analizando los principios por él invocados, las normas y hechos que ha traído a colación, y la coherencia entre principios, datos y conclusiones, en una suerte de replicación mental que conducirá, como he dicho, a la confirmación de las proposiciones revisadas, si las juzga persuasivas, o a su refutación, en caso contrario, o a la modificación de ellas para redefinir su alcance. De nuevo, no es necesario que este proceso se verifique actualmente para otorgar carácter científico a una proposición de dogmática. Menos aún es necesario que la verificación, de existir, dé origen a un texto en que se consigne la confirmación, refutación o modificación de las afirmaciones revisadas. Basta con que la verificación sea posible.

[...] En primer término, el esclarecimiento del sentido y alcance de una norma jurídica o de su relación con el ordenamiento de que forma parte es insuficiente para configurar proposiciones científicas. La dogmática científica no se agota en la descripción o análisis de la norma del derecho nacional, sino que conecta dicha descripción o análisis con asuntos o problemas jurídicos generales, de los que las instituciones legales locales son una posible expresión o solución. Este requisito no es distinto del que prima en las ciencias sociales, donde los datos son siempre locales (o particulares a un caso o conjunto de casos), pero el objetivo es iluminar con esos datos cuestiones generales que los trascienden.⁵⁷³

⁵⁷² *Ídem*, pág. 221.

⁵⁷³ BERNASCONI, A. *El carácter científico...*, 2007, *op. cit.*, pág. 21.

Dogmática jurídica y el comentario de textos literarios: La relación entre Derecho y literatura

En la Teoría Comunicacional la Dogmática jurídica implica un nivel de análisis semántico, es decir, investiga el significado de las palabras y su conjunción a la hora de formar frases. Todo elemento de relevancia jurídica puede ser expresado mediante palabras (verbalizable), que a su vez pueden ser escritas (textualizable) y codificado, de ahí que “todos los aspectos jurídicamente relevantes que tienen su sede comunicacional en el ámbito jurídico son susceptibles de ponerse por escrito.”⁵⁷⁴ Como se ilustró en el capítulo anterior, este proceso obedece a una serie de pasos que empieza con la colonización por parte del Derecho y culmina con su codificación. Por lo tanto, la TCM apunta a sostener que la Dogmática Jurídica concibe el ORD como un conjunto de textos y su función principal es reconstruir de forma ordenada y clara el SIS, que al final será un reflejo del aquel; sin embargo, es necesario aclarar que todos los textos de los que se ocupa la Dogmática son de carácter jurídico, pero no todo texto jurídico es objeto de la Dogmática.

El criterio que permite determinar la pertenencia de un texto al ORD es el de su origen, en tanto sólo harán parte de éste aquellos que han sido generados por autoridades competentes, que tienen fuerza normativa, o en palabras de Robles textos “potencialmente normativos”⁵⁷⁵, esto en virtud de que en el ordenamiento aparecen formuladas como proposiciones mientras que en el sistema como normas en estricto sentido, dicho de otra manera, el ORD proporciona la materia prima para que el SIS genere la norma jurídica. De esta manera, la Dogmática jurídica cumple su trabajo, que no es otro que el de la construcción del SIS, que al final no es nada distinto a un comentario de textos con ciertos requisitos, esta función comentadora es la que ocurre en la literatura, por lo que la relación de ésta con el Derecho cobra relevancia.

⁵⁷⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 224.

⁵⁷⁵ *Ídem*, pág. 226.

Profundizaré un poco sobre esta idea por estar ligada estrechamente a la teoría de textos y a la filosofía del lenguaje, objeto importante de esta tesis.

Las concepciones de Derecho son heterogéneas y por ello la respuesta sobre qué es el Derecho 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. Por lo tanto, parece que indagar los posibles conceptos de Derecho no resultaría un ejercicio fútil, en tanto las respuestas permiten formular teorías que desarrollan posturas interesantes y generan mundos posibles con ribetes impensados y estimulantes. Como se ha indicado, en la formación jurídica tradicional, el encasillamiento conceptual ha sido una posición hegemónica y útil, es común asociar el concepto de Derecho al de norma positiva (acción acompañada de una consecuencia), pero sin más reparos en otras posibles definiciones.

Una razón, que da cuenta de lo anterior, se relaciona con el tiempo en el proceso de enseñanza de los programas de Derecho, 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 (más cuando se le está brindando una rigurosa formación científica cimentada en la objetividad). Así las cosas, son escasas -al menos en nuestro entorno-, las siguientes concepciones de Derecho: (i) las que apunten a arroparlo como un ejercicio destinado a la realización de la Justicia y otras virtudes, (ii) aquellas que lo contemplan como un ejercicio de poder, que permite legitimar ideologías a través de normas positivas, (iii) las posiciones que lo conciben como un ejercicio de interpretación y argumentación a partir de lógica formal, e incluso, (iv) posturas que lo definen como una especie de creencia. Los anteriores ejemplos son una muestra de las posibilidades que existen, al 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, en tanto el Derecho “no es una realidad describible, sino interpretable.”⁵⁷⁶

El aporte de Robles al estudio del Derecho se concreta en una Teoría, lo concibe como un ejercicio hermenéutico-analítico (comunicacional), una noción que se fundamenta en la necesidad de abandonar la dogmática jurídica tradicional de corte descriptivista. Se parte de la idea, según la cual, el Derecho es manifestable a través del lenguaje, posición que en los inicios de la TCD Robles denominó posición ontológica débil (que hoy es una anécdota pues, ya no usa el término *ontológico* en ningún sentido) por lo tanto, su característica es la lingüisticidad: “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 interrelación comunicativa; o, dicho de otra manera, como un conjunto de procesos de comunicación.”⁵⁷⁷

Con base en lo anterior, se puede elaborar 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-analítico íntimamente ligado con el mundo literario y sus prácticas. 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*, la visión de la literatura como elemento amplificador del Derecho y la irrupción de la hermenéutica como herramienta idónea de articulación entre Derecho y literatura. 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

⁵⁷⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 1ª Ed. 1998, Pág. 129; 6ª edición, Navarra: Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, pág. 160.

⁵⁷⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. I, 1ª ed. 1998, pág. 141; 6ª ed. 2015, *op. cit.* pág. 171.

actuar jurídico supone, en primer lugar, partir de un texto para encontrar varias lecturas.”⁵⁷⁸

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, argumentación y consideraciones de tipo históricas y culturales; 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, en las que se evidencia una total cercanía:

[...] 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.⁵⁷⁹

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

⁵⁷⁸ STERLING, J y OSMA, P. La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: Teoría de Textos. En *Revista de Filosofía UIS*, vol. 17, N°1, enero-junio. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2018, pág. 247.

⁵⁷⁹ JIMÉNEZ, 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, pág. 45.

Northwestern) se asiste al nacimiento del movimiento L&L. Se trata de un texto comparativo en donde se expone un listado 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.⁵⁸⁰

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.”⁵⁸¹

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 de 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

⁵⁸⁰ WIGMORE, J. A List of Legal Novels. En *Illinois Law Review*, N° 3. Champaign IL: University of Illinois College of Law, 1908, págs. 574 y ss.

⁵⁸¹ CARDOZO, B, *Law and Literature*. En *The Yale Review*, N° 14. New Haven CT: Yale University, 1925, pág. 699.

la literatura universal y la poesía, sólo así 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.”⁵⁸²

Regresando a 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.⁵⁸³ 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

⁵⁸² 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, pág. 176.

⁵⁸³ Ver: LONDON, E. *The World of Law*. New York: Simon and Schuster, 1960.

estudio literario.⁵⁸⁴ Se hace necesario, de acuerdo con lo anterior, un cambio que es 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.”⁵⁸⁵ 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 literarias, como componentes de la racionalidad jurídica.”⁵⁸⁶

El movimiento continuo durante los años 80 en Europa. 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

⁵⁸⁴ 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, pág. 2.

⁵⁸⁵ BOYD, J. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. New York: Wolters Kluwer, 2018, pág. xxxix.

⁵⁸⁶ JIMÉNEZ, M. Et al. *El movimiento...*, 2015, *op. cit.*, pág. 52.

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 se acercan al Derecho y la literatura son muy enriquecedores para 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 dé 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.⁵⁸⁷

Para Posner, todo lo relacionado con el Derecho tiene que ver con la vida humana individual y social, desde las sensaciones más simples hasta

⁵⁸⁷ POSNER, R. *Law and Literature*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2002, pág. 19.

percepciones complejas, desde la felicidad momentánea hasta la tristeza y la rabia más desbordada. Por lo tanto, la ventaja de vincular la literatura en la enseñanza del Derecho sería útil y necesaria, ya que afianza competencias relacionadas con el 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.⁵⁸⁸

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.”⁵⁸⁹ 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 lograr 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.

⁵⁸⁸ *Ídem*, pág. 326.

⁵⁸⁹ DWORKIN, R. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa, pág. 166 y ss.

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 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.⁵⁹⁰

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

⁵⁹⁰ DWORKIN, R. Retorno al Derecho natural. En BETEGÓN, J. Et al (eds.). *Derecho y Moral*. Barcelona: Ariel, pág. 25.

nunca es meramente *presentada* por un texto; siempre es *representada como algo*.⁵⁹¹

Ahora bien, la relación entre Derecho y literatura no es casual, el profesor François Ost plantea que existen tres escenarios desde los cuales puede enfocarse dicha relación.⁵⁹² 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.”⁵⁹³ 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

⁵⁹¹ NUSSBAUM, M. *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: Antonio Machado Libros, 2005, pág. 29.

⁵⁹² OST, F. El reflejo del derecho en la literatura. En *Revista Doxa, Cuadernos del Filosofía del Derecho*, N° 29, Alicante: Universidad de Alicante, 2006, pág. 334-335.

⁵⁹³ *Ídem*, pág. 334.

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.”⁵⁹⁴ 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 evidencia que

⁵⁹⁴ *Ídem.*

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.⁵⁹⁵

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

⁵⁹⁵ *Ídem*, pág. 345.

drama es que el hombre habla siempre en general mientras que las cosas son singulares.⁵⁹⁶

En todo el andamiaje descrito previamente, 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.”⁵⁹⁷

Es común que, en los análisis de crítica literaria suela hablarse de la hermenéutica cuando se explica 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.⁵⁹⁸

La hermenéutica de textos (literarios, sacros o jurídicos) tiene como rasgo general que opera, en primer lugar, como ejercicio revelador de un

⁵⁹⁶ ECO, U. *Kant y el ornitorrinco*. Barcelona: Lumen, 1999, pág. 32.

⁵⁹⁷ JIMÉNEZ, M. Et al. *El movimiento...*, 2015, *op. cit.*, pág. 49.

⁵⁹⁸ ISER, W. *El acto de leer. Teoría del efecto estético*. Madrid: Taurus, 1987, pág. 177 y ss.

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.”⁵⁹⁹ Recordemos que la imagen de Hermes supone la develación de los contenidos esenciales del proceso hermenéutico: poder, lenguaje, mensaje, intermediario y comprensión, los Dioses, en su infinito poder, transmiten designios a los mortales (incapaces siquiera de comprender el lenguaje de las deidades dada su condición menor), designios que no se comprenden y requieren de un ser capaz de conciliar o traducir, ello implica vivir en dos mundos, en dos lenguajes distintos.

Es también una cierta manera de desplazar el brillo o la luz de la verdad del brillo profético y divino hacia la mirada de algún modo empírica y cotidiana de los pastores. Entre los pastores y los dioses hay una correspondencia: dicen lo mismo, ven la misma cosa, pero no con el mismo lenguaje y tampoco con los mismos ojos. Durante toda la tragedia vemos una única verdad que se presenta y se formula de dos maneras diferentes, con otras palabras, en otro discurso, con otra mirada. Sin embargo, estas miradas se corresponden. Los pastores responden exactamente a los dioses; podríamos decir incluso que los simbolizan. En el fondo, lo que los

⁵⁹⁹ SELDEN, R. Historia de la crítica literaria del siglo XX. Madrid: AKAL, 2010, pág. 289.

pastores dicen es aquello que los dioses ya habían dicho, sólo que lo hacen de otra forma.⁶⁰⁰

La hermenéutica también es una disciplina, que nos enseña cómo 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 este 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 aun 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.”⁶⁰¹ 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. 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

⁶⁰⁰ FOUCAULT, M. *La Verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996, pág. 38.

⁶⁰¹ ZIMMERMANN, J. *Hermeneutics. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pág. 66.

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 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”⁶⁰² 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

⁶⁰² GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?* Barcelona: Herder, 2008, pág. 83.

describir también este fenómeno diciendo que el intérprete y el texto tienen su propio “horizonte” y la comprensión supone fusión de estos horizontes.⁶⁰³

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.”⁶⁰⁴

Por último, la defensa de una concepción hermenéutica que parte de la interpretación artística no es gratuita, pues 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).⁶⁰⁵

La TCD, en palabras de Robles, “sería una manifestación más”⁶⁰⁶ del movimiento L&L en tanto se define como una teoría de textos (jurídicos) que transmiten un mensaje y están organizados para un propósito determinado. La característica más importante de la Teoría Comunicacional en relación con el mundo literario está marcada, en primer lugar, por las condiciones que se

⁶⁰³ GADAMER, H.G. *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme, 2006, pág. 111.

⁶⁰⁴ JANOUCHE, G. *Gespräche mit Kafka. Aufzeichnungen und Erinnerungen*. Frankfurt am Main: Fischer Verlage, 1961, pág. 47.

⁶⁰⁵ CUESTA, J. Introducción. En *Introducción a la hermenéutica Literaria de Peter Szondi*. Madrid: Abada Editores, 2006, pág. 20.

⁶⁰⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 227.

requieren para realizar un comentario sobre un texto, a saber: 1. La denominación del texto. 2. El análisis sintáctico del texto. 3. El examen semántico. 4. La concreción del tema del texto. 5. La investigación de la intención del autor. 6. La comprensión del texto en cuestión. 7. La relación del texto en concreto con toda la obra del autor. 8. La conexión del autor con la literatura en general. 9. La comprensión del autor en un contexto histórico. 10. La historia efectual (Gadamer), es decir la influencia de la cultura en la obra. En segundo lugar, la Teoría Comunicacional puede entenderse como un dispositivo amplificador de una visión tradicional y reducida del Derecho y de su Dogmática al incluir la idea de historia efectual, una clásica idea de la hermenéutica gadameriana, que se utiliza para analizar la obra del autor de un texto y que se refiere, en palabras de Robles:

[...] al efecto cultural que una obra acumula a lo largo del tiempo; dicho en otras palabras, sería el conjunto de efectos acumulativos que, en el terreno que sea, normalmente cultural –literario, artístico, científico, etc.- ha producido y sigue produciendo la obra del autor que examinamos.⁶⁰⁷

Introduciendo la noción de “co-texto”⁶⁰⁸ con la cual se denomina al texto amplio que rodea al texto específico y que contiene la obra total del autor, sus características, condiciones y relación con la literatura en general y la historia efectual, la TCD incorpora este esquema de comentario de textos literarios a los jurídicos, textos sobre los cuales la Dogmática ejerce sus funciones. Las ventajas de esta adecuación, como se explicó anteriormente, son útiles y trascienden un mero sistema de identificación. Al incluir la noción gadameriana de historia efectual, la TCD se presenta como toda una expresión hermenéutica en su sentido más puro, orientador y optimista.

Una hermenéutica correcta tendrá que mostrar en la comprensión misma esta auténtica realidad de la historia. Yo llamo a lo aquí postulado “historia efectual”. Comprender es un fenómeno referido a la historia efectual, y se podría demostrar que es la lingüisticidad

⁶⁰⁷ *Ídem.*

⁶⁰⁸ *Ídem*, pág. 228.

propia de toda comprensión lo que allana el camino a la labor hermenéutica.⁶⁰⁹

La Dogmática jurídica como disciplina comunicacional

Como se dijo anteriormente, la Dogmática jurídica realiza comentarios sobre textos jurídicos de diversa índole, a diferencia de los comentarios sobre textos literarios que recaen sobre obras de la literatura y se centran más en aspectos estéticos y literariamente relevantes. La Dogmática jurídica se ocupa de textos ordinamentales, para así construir el sistema jurídico, así, existen unas exigencias de rigor conceptual y expositivo que se han creado a lo largo de la historia. El comentario que hace la Dogmática es especial pues está “caracterizado por determinadas notas distintivas que atañen tanto al método de comentar como a los textos comentados.”⁶¹⁰

De esta manera, los caracteres metódicos de la Dogmática Jurídica en la TCD son los siguientes: i) es una disciplina interpretativa (hermenéutica), ii) conceptualizante (analítica), iii) sistematizante (constructiva e institucional) y iv) aplicativa (práctica). Desde el punto de vista del objeto de estudio, la Dogmática es textual en tanto recae sobre textos jurídicos potencialmente normativos.

La Dogmática es una disciplina interpretativa, y por lo tanto es resultado de la aplicación de la hermenéutica. En este apartado sigue la tradición filológica que se ocupa de encontrar la comprensión de los mensajes, a través de un método que permita diferenciar una interpretación correcta de otras que no lo son. La relación entre Derecho y Literatura, por ejemplo, proviene de esta tradición que no es propia, como muchos piensan, del mundo jurídico. La Dogmática jurídica se enfrenta a textos jurídicos potencialmente normativos, para poder determinar su sentido y así alcanzar la comprensión de lo que verdaderamente quiso decir la autoridad que tomó la decisión y originó el texto.

⁶⁰⁹ GADAMER, H.G. *Verdad y método II...* 2006, *op. cit.*, pág. 70.

⁶¹⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 233.

La TCD es clara al sostener que la persona que realice este ejercicio interpretativo, característico de la dogmática jurídica, debe tener una formación jurídica, para así adquirir las técnicas y métodos que la hermenéutica del Derecho ofrece. El proceso hermenéutico, así entendido, es aquel que permite la elección de una interpretación sobre otras, este proceso no se agota simplemente con un uso de la gramática como elemento único para la obtención de sentido, se precisa ir más allá, de ahí que la interpretación es una actividad que requiere voluntad, leer no es interpretar, así como ver algo no es representar o interpretar algo.

Ya cuando se dice que se interpreta algo es posible a la vez hablar de hipótesis, conjeturas, escogencia entre opciones, etc., que dan razón de la interpretación, mientras que este tipo de procedimientos quedan excluidos gramaticalmente frente a lo que se dice que se ve, entonces se trata de términos que obedecen gramáticas diferentes. En conclusión, parece ser que una cosa es afirmar lo que se dice que se ve y otra interpretar lo que se ve.⁶¹¹

En segundo lugar, la Dogmática Jurídica es una disciplina conceptualizante, y, por lo tanto, de carácter analítico. La filosofía analítica insiste en que la tarea de la filosofía es aclarar el pensamiento a través del lenguaje, por lo tanto, su función ya no será la de escudriñar y explicar la forma lógica de las proposiciones sino entenderlas, esto es, ordenar los distintos juegos del lenguaje en función del rol que se asume, de esta manera se evitan los malos entendidos (incomprensión) que no es nada distinto a malos usos del lenguaje. Los problemas filosóficos son en realidad pseudofilosóficos, pues en el fondo son problemas del lenguaje que deben ser desenredados para aclararlos, de esta manera el análisis del lenguaje es la herramienta necesaria para eliminar los problemas de la filosofía, en palabras de Frege:

Lo particular de mi concepción de la lógica se caracteriza en primer lugar porque coloco en la punta el contenido de la palabra “verdadero”, y luego porque hago seguir inmediatamente el pensamiento como aquello que es lo que en realidad puede estar en

⁶¹¹ 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, pág. 144.

cuestión en cuanto al ser verdadero. Es decir, yo no parto de los conceptos y compongo a partir de ellos el pensamiento o el juicio, sino que obtengo las partes del pensamiento por medio de la descomposición del pensamiento. Esto es lo que distingue mi conceptografía de creaciones similares de Leibniz y de sus sucesores, aunque quizá el nombre no haya sido seleccionado de manera muy afortunada.⁶¹²

Uno de los más grandes exponentes de la filosofía analítica, Ludwig Wittgenstein, en su obra *Tractatus Logico Philosophicus* ilustra la necesidad por decir claramente los pensamientos que se transmitían a través del lenguaje, esa era la verdadera función de la filosofía, no la elaboración de estructuras complejas y abstractas que impidieran la comprensión y la comunicación, prueba de ello es su famoso pasaje en la obra mencionada:

Cabría acaso resumir el sentido entero del libro en las palabras: lo que siquiera puede ser dicho, puede ser dicho claramente; y de lo que no se puede hablar hay que callar. El libro quiere, pues, trazar un límite al pensar o, más bien, no al pensar, sino a la expresión de los pensamientos: porque para trazar un límite al pensar tendríamos que poder pensar ambos lados de este límite (tendríamos, en suma, que poder pensar lo que no resulta pensable).⁶¹³

En este orden de ideas, la influencia del pensamiento analítico en el Derecho -puntualmente en la TCD- se traduce en que todo texto dogmático busca aclarar el significado de las palabras usadas (previo un proceso hermenéutico). Se trata de “definir los términos esencias de los que se trata, esto es, definir conceptos.”⁶¹⁴ La Ciencia jurídica debe tratar de dar definiciones (que no siempre son precisas) al igual que las demás ciencias. La conceptualización que realiza la Dogmática desmenuza el todo en sus partes, para identificar el significado de cada una de ellas en relación con ese todo; ahora bien, sobre esta característica conceptualizante:

La peculiaridad de la Dogmática jurídica en este terreno consiste en que maneja –al menos- dos tipos de conceptos: los que podemos denominar teórico-jurídicos y los conceptos dogmático-jurídicos. Los

⁶¹² FREGE, G. Aufzeichnungen für Ludwig Darmstädter. En GOTTFRIED, G. Et al (eds.). *Nachgelassene Schriften*, vol. 1, 2ª edición. Hamburgo: Meiner, 1983, pág. 273.

⁶¹³ WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico Philosophicus*. Madrid: Alianza, 1993, pág. 11.

⁶¹⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 235.

primeros los toma prestados de la Teoría del Derecho. Los segundos pertenecen a su propia cosecha.⁶¹⁵

De acuerdo con lo anterior, los conceptos teórico-jurídicos son los que se encuentran presupuestos en todo ORD y SIS, tienen un carácter formal y son universales (norma jurídica, institución jurídica, deber jurídico, derecho subjetivo, etc.). Por su parte, los conceptos dogmático-jurídicos, son acuñados por la misma Dogmática y no son universales, ya que son el resultado de un proceso hermenéutico de los textos del ORD (es decir, una interpretación) con un alcance menor (compraventa, hipoteca, acto administrativo, homicidio, etc.).

La labor conceptualizadora del material textual ordinamental supone un esfuerzo de análisis puesto que los conceptos dogmático-jurídicos, contruidos en gran parte sobre los conceptos teórico-jurídicos pero diferentes de ellos, forman las piezas básicas del “mecano” o “puzzle” implícitas en el ordenamiento pero que aparecen reflejadas expresamente en el sistema. La labor conceptualizadora es el punto de partida del trabajo de sistematización, y al mismo tiempo, circunstancial a este último.⁶¹⁶

Como tercera característica de la Dogmática jurídica como disciplina comunicacional, se tiene que ella es constructiva del sistema jurídico, la sistematización es el resultado del proceso hermenéutico de construcción del todo textual, y ello da paso a la institucionalización, en palabras de Robles: “la sistematización conlleva a la ordenación de la materia en el buen texto sistémico, el cual se articula en unidades “orgánicas” que denominamos “instituciones.”⁶¹⁷

La Dogmática jurídica tiene como principal objetivo el SIS, que es un modelo hermenéutico en su construcción y no un modelo axiomático. No es un sistema axiomático, puesto que este parte de unas verdades o axiomas invariables de las cuales se deducen otras para llegar a las más simples; como se puede observar, este modelo es más propio de las matemáticas o la

⁶¹⁵ *Ídem.*

⁶¹⁶ *Ídem*, pág. 236.

⁶¹⁷ *Ídem.*

geometría que del Derecho. Por esta razón, la TCD pone de manifiesto que se trata de un sistema hermenéutico que no se logra a través de inferencias de lógica formal, propio de un esquema silogístico (lo que no quiere decir que ese esquema este en desuso o se excluya); este se logra a través de un proceso hermenéutico de evaluación y elección de interpretaciones y recae sobre textos con ayuda del aparato conceptual. Por lo tanto, la interpretación ayuda con la integración previo el estudio de los conceptos, esta es la característica principal del SIS.

Cabe anotar también, que el sistema jurídico es un sistema dinámico en tanto sigue los cambios que experimenta el ordenamiento, su estructura y contenido se desarrollan de forma paralela a la de este último. En el sistema aparece, en su máxima expresión, el derecho vigente para una determinada sociedad, pues es la mejor versión del ordenamiento, “el sistema es la construcción del significado profundo y completo del ordenamiento. El sistema es prescindible, en el sentido de que no siempre las sociedades lo han conocido, aunque todas ellas son portadoras de un ordenamiento jurídico.”⁶¹⁸

De lo anterior, se infiere que el sistema refleja el ordenamiento, al ser el primero una construcción hermenéutica que se hace sobre el material en bruto, que trae el ordenamiento dando como resultado las normas jurídicas en sentido estricto. Dichas normas están agrupadas en el sistema de instituciones, que, entrelazadas, forman las diversas áreas del Derecho, así la institución es la unidad orgánica del sistema, un texto sistémico parcial que se articula con un grupo de expresiones lingüísticas (las normas jurídicas particulares), que sólo se comprenden si se analizan en armonía con la institución a la que pertenecen. Por lo anterior, sobra decir que la Dogmática es descriptivista, ya se ha enfatizado en su naturaleza interpretativa y constructiva, por lo que no resulta aceptable identificar la expresión según la cual la Ciencia jurídica describe las normas del Derecho.

⁶¹⁸ *Ídem*, pág. 237.

Finalmente, como cuarta característica de la Dogmática jurídica, al ser una disciplina comunicacional, encontramos que es aplicativa, ya que toda dogmática apunta a la práctica jurídica. El contenido y desarrollo de la Dogmática Jurídica está anclado a la solución de problemas, pues se relaciona con una aplicación de la llamada razón, práctica entendida como aquella que permite encontrar la solución a un conflicto humano de forma racional y apuntando siempre a una idea de lo justo. En este apartado, la Teoría Comunicacional sugiere seguir los postulados de Kant que distinguía entre Teoría del Derecho (*Rechtslehre*) y la Ciencia del Derecho (*Rechtswissenschaft*), es decir, en términos de la TCD, la diferencia entre Teoría general del Derecho y Dogmática jurídica. La primera implica una relación de carácter teórico con el ORD, la segunda, por su parte, implica una relación de tipo práctico que es elaborada por los estudiosos del fenómeno jurídico.

Mientras la teoría del derecho sólo tiene en cuenta la estructura y la dinámica internas de los sistemas jurídicos positivos, la ciencia del derecho se plantea, además, la adecuación entre esos sistemas y las exigencias normativas inherentes al concepto de derecho. Ello no presupone que en la ciencia del derecho se pierda la distinción entre lo establecido en los derechos positivos y el principio universal de justicia, el cual permite juzgar críticamente esos derechos desde una perspectiva práctica. Por el contrario, el tener en cuenta el abismo existente entre estos dos niveles resulta esencial para explicar la dinámica histórica de los sistemas jurídicos.⁶¹⁹

Los caracteres indicados anteriormente soportan la idea de que la Dogmática jurídica es una disciplina hermenéutico-analítica o comunicacional, pero sobre este tema volveremos más adelante con mayor profundidad.

El texto institucional (ordinamental y sistémico)

En el capítulo anterior se indicó, que, en la Teoría formal del Derecho, el concepto central es el de norma y este se conecta con los demás conceptos

⁶¹⁹ SERRANO, E. Derecho y razón práctica. En *Revista Signos Filosóficos*, vol. VI, N° 11, enero-junio. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2004, pág. 12.

formales; de la misma manera, en la Teoría de la Decisión jurídica el concepto central es el de decisión. Ahora bien, en la Dogmática jurídica ese concepto es el de institución (decisión, institución y norma constituyen la triada básica de funcionamiento de la Teoría Comunicacional), en palabras de Robles: "la Teoría comunicacional del Derecho unifica las tres dimensiones como correlativas a los tres niveles de análisis del lenguaje de los juristas: pragmática, semántica y sintaxis."⁶²⁰

El texto jurídico también es normativo, institucional y decisonal. Las decisiones jurídicas crean textos ordinamentales y con ellos se crean las instituciones y las disposiciones jurídicas, con lo cual surgen: el texto jurídico ordinamental como un texto institucional. Se ha dicho que este texto ordinamental o en bruto contiene normas potencialmente jurídicas que se revelan de una forma clara y ordenada en el texto sistémico o elaborado. Con las instituciones ocurre de la misma manera, están en el texto ordinamental, pero se desarrollan en el texto sistémico.

La institución es asumida por la TCD como una manifestación del organicismo social, según el cual, una sociedad está compuesta por órganos (instituciones) que tienen una función determinada en virtud del servicio social y el bienestar común. Este institucionalismo jurídico puede ser entendido así:

El institucionalismo jurídico es una corriente de pensamiento que se incluye en la más amplia "revuelta contra el formalismo" que ha tenido lugar desde finales del siglo XIX. Ello vale tanto para el institucionalismo "clásico" vinculado a los nombres de Santi Romano y Maurice Hauriou como para las más recientes teorías neo-institucionalistas propuestas por Ota Weinberger y Neil MacCormick. El institucionalismo es por tanto uno de los intentos de encontrar una vía de salida a los muchos problemas creados por una concepción estrecha del Derecho, concebido fundamentalmente como mandato del "superior político" o del Estado, y de la ciencia jurídica vista como ejercicio puramente lógico y sistemático sobre normas e "institutos".

Al positivismo jurídico que no permite recurso alguno a argumentos normativos fuertes (morales, políticos) y que menosprecia cualquier reenvío al, o cualquier consideración del, contexto social en el que

⁶²⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 241.

se van a insertar las normas jurídicas, se reacciona, desde varios sectores, con la reivindicación del valor normativo, y por tanto también jurídico, de los hechos sociales. Pues bien, uno de estos sectores, y de entre ellos uno de los menos radicales y de los más pertrechados epistemológicamente, es precisamente el institucionalismo jurídico.⁶²¹

Desde la perspectiva de la TCD, las instituciones son unidades orgánicas que se encuentran en el ordenamiento y se desarrollan en el sistema, “si las normas representan los átomos del Derecho, habría que decir que las instituciones son las moléculas.”⁶²² Además, el manejo que se hace del concepto de institución en la TCD es netamente jurídico más allá de su concepción sociológica o política, de esta manera una institución será jurídica cuando sea creada por el ordenamiento e incorporada en sus textos. Por lo tanto, las instituciones jurídicas son aquellas que interesan al fenómeno jurídico y al jurista independientemente de su origen, estas instituciones son organizadas por el derecho positivo en textos.

La dualidad entre ORD/SIS de la que se ha hablado anteriormente se ve reflejada a la hora de la creación de una institución jurídica, que se hace a través de la decisión instituyente del legislador, que introduce un nuevo texto en el ordenamiento jurídico. Se continua con lo mencionado hasta ahora, el legislador trata de perfilarla lo mejor posible de una manera general y abstracta. Pero la experiencia ha demostrado que por más precisión que se busque, siempre habrá casos o problemas que no pueden ser encajados en esa formulación ordinamental, la vaguedad del lenguaje jurídico interfiere en la búsqueda de precisión del legislativo, en tanto “todas las comunicaciones del legislador sobre la materia pueden ser precisas, pero el efecto sobre el Derecho no es de igual manera preciso”⁶²³; de allí que la labor del jurista sea

⁶²¹ LA TORRE, M. Teorías institucionales del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia). En *Revista Derechos y Deberes*, N° 14, época 2, enero. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2006, pág. 104.

⁶²² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 244.

⁶²³ ENDICOTT, T. *Palabras y Reglas...*, 2004, *op. cit.*, pág. 76.

crear el texto institucional ordinamental, para hacer el texto institucional sistémico, de nuevo, el proceso central de la TCD.

Dogmática Jurídica y Teoría de Textos

Existe una noción amplia de texto, en la que podría incluirse cualquier interpretación realizada. Aunque en el cuarto capítulo de esta tesis se hará una reflexión en torno a la teoría de textos que se encuentra en la TCD, es necesario ahora presentar algunas consideraciones para su desarrollo en la Dogmática jurídica.

Empecemos por decir, que la restricción del concepto amplio de texto es necesaria, y el primer paso para esto es sostener que el texto es el resultado de una obra humana, que es susceptible de transmitirse por medio del lenguaje, y, finalmente, adquiere la forma de mensaje escrito. En conclusión, puede decirse que el texto es todo aquello que se realiza como discurso escrito.

Este discurso se nutre de dos fuentes, una lingüística de la lengua y una del discurso, la primera encargada del estudio de los signos (fonemas, articulación lexical) y la segunda encargada del análisis del discurso (proposiciones, frases, juicios, razonamientos). De acuerdo con la filosofía de Paul Ricoeur, esta noción de discurso presenta dos aristas, una lingüística en la que el discurso se entiende como el nexo predicativo resultante de la unión entre el significado de un nombre y la significativa indicación del tiempo de un verbo; y otra fenomenológica en tanto es un “acontecimiento del lenguaje.”⁶²⁴ Ambas visiones son solidarias, pues la presencia de un discurso no sólo se pone a prueba en las estructuras de orden lingüístico encontradas en las reglas codificadas de una determinada lengua (dimensión lingüística), sino que también, se involucra la experiencia humana compuesta por creencias,

⁶²⁴ RICOEUR, P. Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. México DF: Siglo XXI, pág. 23.

tradiciones, valores y emociones que pueden ser narradas por el individuo, el mundo de la vida que puede ser comunicado (dimensión fenomenológica).

El discurso, aunque se nutre de signos (de palabras), no se reduce a la suma de los signos que lo componen. Por consiguiente, más que ser una serie, es una unidad original que responde a un orden interno: el orden derivado de la estructura oracional o, si se quiere, del contenido proposicional.⁶²⁵

Es necesario precisar en este apartado que el pensamiento de Ricoeur respecto de la hermenéutica tiene puntos en común con el de Gadamer, esta aclaración es requerida para no confundir algunas posturas del pensador francés con el uso de teorías críticas. De acuerdo con lo anterior, tanto Gadamer como Ricoeur se inscriben en la tradición hermenéutica clásica expuestas por Schleiermacher, Dilthey, Bultmann y Heidegger, pero en su desarrollo utilizan diversos grados e intenciones. Gadamer con una pretensión de universalidad de la hermenéutica alrededor del concepto de verdad, y Ricoeur con un objetivo más difícil de digerir, pues él mismo autor reconoce que su concepto de hermenéutica está en constante evolución. Más allá de estas diferencias, existe un común denominador en el pensamiento de estos autores: la necesidad de explicar la intencionalidad de la conciencia como elemento para el pensamiento hermenéutico y como expresión de una filosofía reflexiva. Lo anterior se ve reflejado por el reto que supone un análisis desde la historicidad del ser humano, es decir, desde las vivencias: “No cabe duda que las hermenéuticas fenomenológicas de Ricoeur y Gadamer están marcadas ambas por el desafío de la historicidad o de la conciencia histórica.”⁶²⁶

Hecha la anterior reflexión, el Derecho moderno se caracteriza por la presencia de textos escritos, o mejor, que pueden ser puestos de forma escrita. Así, se tienen textos ordinamentales como la Constitución y textos

⁶²⁵ UPEGUI, M. Ricoeur y el concepto de texto. En *Revista Co-herencia*, vol. 7, N°12, enero-junio. Medellín: EAFIT, 2010, pág. 89.

⁶²⁶ GRONDIN, J. *El legado de la hermenéutica*. Cali: Universidad del Valle, 2009, pág. 117.

sistémicos como un tratado o un manual de derecho civil. A su vez, el gran texto ordinamental, que es una totalidad, está compuesto por textos parciales (sentencia, ley, reglamento) que pertenecen a dicha totalidad. Por su parte, el sistema es la totalidad textual que se genera de la labor de los juristas (Dogmática) y pretende ser la mejor versión del ordenamiento. Se puede concluir entonces que el texto sistémico es de naturaleza explicativa y con una mayor amplitud que el ordinamental. Aparte de los textos ordinamentales y sistémicos:

[...] tenemos aquellos textos que, sin ser ordinamentales ni sistémicos, sólo adquieren sentido jurídico si se los concreta con ese eje hermenéutico central que constituye la dualidad ordenamiento-sistema (ORD-SIS). Así, por ejemplo, el contrato entre Cayo y Sempronio no forma parte del texto ordinamental ni del sistémico, sino que viene a ser una aplicación práctica de ambos, y sólo se comprende su sentido en relación con dichas totalidades textuales.⁶²⁷

Sin embargo, debe aclararse que el hecho de que en la modernidad la mayoría del derecho esté por escrito no significa que no pueda existir Derecho sin escritura y por ende no pueda hacerse un análisis comunicacional de figuras como la costumbre. La idea de la lingüisticidad que maneja la TCD es clara al sostener que todo lenguaje puede ser objeto de un análisis comunicacional, otra cosa es que de manera generalizada el Derecho use un lenguaje puesto por escrito. El hecho de que la base del mensaje sea fáctica o escrita no altera la función hermenéutica-analítica de la doctrina jurídica, ya sea frente al derecho vivo o al derecho documentado y codificado. Por lo tanto, la lingüisticidad en este apartado opera como la característica del Derecho que permite que todo pueda ponerse por escrito en un texto, es potencia mas no esencia. Cabe recordar que: "El lenguaje, en su manifestación primera y más genuina es oral. El lenguaje escrito es una derivación o plasmación secundaria del lenguaje oral. La oralidad es, por así decirlo, más rica en sus potencialidades pragmáticas y semánticas."⁶²⁸

⁶²⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 267.

⁶²⁸ *Ídem*, pág. 268.

Finalmente, la Teoría Comunicacional establece que todo texto, ya sea oral, escrito o representado, siempre requerirá de quien lo consulta como un bagaje cultural determinado, una experiencia previa, a esto la TCD lo denomina “presupuestos comunicacionales” o “marco hermenéutico de referencia”⁶²⁹ y están determinados por la formación necesaria para la comprensión y los prejuicios. Vemos aquí otro rasgo de la hermenéutica de Gadamer en la obra de Robles, en tanto dichos presupuestos comunicacionales son necesarios para la comprensión del mensaje que contiene el texto, dicho de otra manera, la formación jurídica es condición previa para realizar un proceso hermenéutico exitoso, esto es, evaluar y elegir una interpretación mejor que las demás, esto es, una visión optimista de la hermenéutica tal y como se ha presentado a lo largo de esta tesis, una visión que comparte Gadamer sobre la hermenéutica del Derecho:

[...] incluyen siempre una competencia normativa: no sólo que los intérpretes comprenden su arte, sino que manifiestan algo normativo: la ley divina o humana. [...] no sólo se posee el arte de la interpretación, sino que se sabe justificar teóricamente el mismo.⁶³⁰

Los mensajes jurídicos: elementos y medios comunicacionales

Un mensaje “es una cadena finita de señales producidas, mediante reglas precisas de combinación, a partir de un código dado”⁶³¹ que se transmite en un proceso que implica un canal empleado por un emisor codificando señales o signos para que éstas lleguen a un receptor que las decodifica. El mensaje es efectivo y cumple su misión cuando el receptor lo recibe sin errores y permite así la comprensión. Dicho de otra manera, el mensaje es la esencia de todo proceso comunicacional y se explica por un modelo clásico en el cual “un emisor envía a un destinatario, a través de un

⁶²⁹ *Ídem.*

⁶³⁰ GADAMER, H.G. *Verdad y método II...*, 2006, *op. cit.*, pág. 96.

⁶³¹ BERISTÁIN, H. *Diccionario de Retórica y Poética*. México DF: Porrúa, 1995, pág. 310.

canal, un mensaje a propósito de alguna cosa, mensaje que se elabora con la ayuda de un código determinado.”⁶³²

El profesor Jean-Marie Klinkenberg⁶³³, catedrático de la Universidad de Lieja en Bélgica indica, sobre la definición previa de comunicación, que se identifican los siguientes elementos: i) Un emisor, una entidad teórica también llamada destinador que no siempre es un ser humano determinado pues puede haber sido generado por una multitud o a un programa de computador, por tal razón es una instancia teórica y no una persona física, concreta y singular; ii) un receptor, otra entidad teórica también denominada destinatario que también puede ser distinta a un humano, es también una instancia abstracta. Tanto emisor como receptor se denominan participantes. iii) Un referente, que es aquello sobre lo cual nos comunicamos, aquello cuyo sentido comunicamos y que no es necesariamente algo real o verdadero (sobre este punto hay debates metodológicos y filosóficos), el referente es determinante en el proceso ya que sin él la comunicación es incomunicable en sí misma: “La cosa más simple –una manzana, por ejemplo- no puede compartirse con otro sin recurrir a procedimientos semióticos: utilizar la foto de la manzana, o la palabra manzana, mostrar la manzana con el dedo o exhibirla –gestos ambos codificados-.”⁶³⁴ Un canal, entendido como el soporte físico de la información transmitida en tanto todo signo parte de una experiencia sensible (signo como onda sonora que son recibidas por las terminaciones nerviosas del oído). v) El código, entendido como el conjunto de programas que posibilitan que los estímulos físicos presentes en el canal sean traducidos por el sistema nervioso central, es una “interfaz entre el stimulus, desprovisto como tal de sentido, y el referente”⁶³⁵ que permite encontrar el significado. vi) Como elemento final se tiene el mensaje, la suma de los anteriores elementos en tanto “es en el fondo

⁶³² KLINKENBERG, J. *Manual de semiótica general*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2006, pág. 53.

⁶³³ *Ídem*, pág. 54 y ss.

⁶³⁴ *Ídem*, pág. 56.

⁶³⁵ *Ídem*, pág. 59.

una porción de (1) referente transformado por (2) un código, y donde se anuda la interacción de (3 y 4) los participantes de la comunicación, lo que la hace transmisible por un canal (5).”⁶³⁶

La TCD indica, sobre los mensajes jurídicos, que éstos pueden tener o no sentido a partir de las reglas de la gramática para una lengua dada, este primer filtro permite asumir que sólo se ocupara de aquellos que, gramaticalmente, tengan un sentido inicial, pues en el fenómeno jurídico es necesario esta primera etapa de verificación. Un fenómeno que debe sumarse aquí es que existen expresiones que aun teniendo un sentido gramatical claro requieren de un análisis hermenéutico estricto (propuesto por Schleiermacher y explicado en el capítulo primero), es decir, el problema que ocurre cuando se dice o escribe algo, pero se quiso decir o escribir otra cosa, caso en el cual la hermenéutica toma un papel inverso a la retórica.

Problema aparte, de gran interés para el Derecho, es el que se suscita cuando un individuo dice una cosa queriendo decir otra. Se trata entonces de la disonancia entre la declaración y la voluntad del declarante. Todos estos aspectos (carencia de sentido de lo expresado, disonancia entre lo querido y lo manifestado) y otros similares forman otras tantas cuestiones que atañen a la teoría de textos, y, en general, a la Teoría Comunicacional.⁶³⁷

La anterior reflexión se denomina, dentro de la TCD, teoría del mensaje y se incrusta en la semiótica general y en el esquema del profesor Klinkenberg de manera general, esto es, reconociendo que se pueden presentar algunas dificultades y esto lo alerta y soluciona la TCD.

Dicha teoría del mensaje asume que todo texto (manifestado de forma oral o escrita) supone la existencia de un mensaje, es la manifestación de un individuo que pretende decir algo a otro a través de un medio y regido por un marco determinado. La Teoría comunicacional también emplea los elementos vistos anteriormente: emisor (que es a la vez el autor del texto), el destinatario, referente, canal, código, etc. Dentro del Derecho, la comunicación jurídica

⁶³⁶ *Ídem.*

⁶³⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 272.

tiene lugar en el ámbito jurídico (AMB), compuesto por todos aquellos procesos comunicacionales que son inteligibles en relación con marco de referencia hermenéutico (el eje ORD/SIS), según Robles:

Al ámbito pertenecen procesos comunicativos -con sus correspondientes actos lingüísticos, esto es, con sus correspondientes mensajes- muy diferentes entre sí: lo mismo el proceso comunicacional que denominamos constituyente y que concluye con la “decisión constituyente, generadora de la Constitución, que el proceso legislativo que concluye con la promulgación de una ley, o el contrato entre dos individuos, o el asesoramiento de un tributarista a una empresa mercantil.⁶³⁸

La realidad textual del ORD es una realidad comunicacional primaria, pues de ella deriva cualquier concepto o valoración jurídica, en otras palabras, el sentido jurídico. Pero el Derecho no se agota en el ordenamiento la pluralidad de estos, por lo que, según Robles:

Todo ordenamiento jurídico, por muy primitivo y elemental que sea, implica la existencia de un ámbito jurídico, esto es, de una “espacio virtual” (que puede coincidir con un espacio geográfico o no); lo más frecuente es que el espacio geográfico constituya un elemento básico para determinar el “espacio virtual”, si bien casi nunca es el único criterio).⁶³⁹

El AMB se convierte así en un espacio donde se surten procesos de comunicación y las acciones que tienen relación con el ORD, pero que no necesariamente caen en la categoría de texto ordinamental (debates legislativos, un contrato, alegatos de las partes en un proceso, entre otros). Cada ORD conlleva a un AMB, dentro del cual se desarrollan todos los procesos comunicativos. La situación con el SIS es distinta pues los textos y procesos que se generan allí son resultado de una elaboración científica por parte de los juristas y es la mejor versión del ORD.

La importancia de la noción de AMB en la Teoría Comunicacional también radica en que es él donde se producen las decisiones jurídicas, al respecto Robles señala:

⁶³⁸ *Ídem*, pág. 274.

⁶³⁹ ROBLES, G. *Retórica para juristas*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019, pág. 95.

En la TCD denominamos "decisiones jurídicas" a todas aquellas decisiones que se producen en un ámbito jurídico (AMB). Son posibles distintas clasificaciones, pero ahora nos centraremos en la siguiente:

A) Decisiones jurídicas creadoras de textos potencialmente normativos, esto es, de textos que forman parte del ordenamiento jurídico (ORD). Son las decisiones jurídicas ordinamentales.

B) Decisiones jurídicas que generan textos que se presentan como parte del sistema didáctico-expositivo y como propuestas para ser aceptados como textos sistémicos. Son las decisiones jurídicas que generan propuestas de textos normativos sistémicos.

C) Decisiones jurídicas que generan textos normativos, esto es, de textos que pertenecen al sistema jurídico propiamente dicho (o sistema jurídico en sentido estricto: SIS). Son las decisiones jurídicas sistémicas.

D) Decisiones jurídicas productoras de textos que no pertenecen ni al ordenamiento ni al sistema, en cualquiera de las dos modalidades de éste (esto es, no forman parte ni del sistema didáctico-expositivo ni del sistema jurídico propiamente dicho). Son las decisiones jurídicas que son a la vez tanto extra-ordinamentales como extra-sistémicas, pero pertenecen al ámbito jurídico.

E) Decisiones jurídicas que no se manifiestan en lenguaje explícito, sino por medio de actos que no son expresamente lingüísticos. Las podemos denominar decisiones jurídicas tácitas o implícitas.⁶⁴⁰

Desde luego, cuando se habla de mensajes jurídicos la autoridad que los crea a través de una decisión es la autora o emisora, y los receptores serían las personas, de la misma manera el mensaje puede advertir las consecuencias que se generarían, en caso de incurrir en la conducta que se estipula.

Sumada a la anterior reflexión, la TCD se ocupa también de los procesos de transmisión y conocimiento de los mensajes jurídicos, sobre todo en una época donde es más fácil acceder a cantidades enormes de información, dado el avance de la tecnología y la digitalización del

⁶⁴⁰ ROBLES, G. Teoría comunicacional de las decisiones jurídicas. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, fascículo 1. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2018, pág. 301-302.

conocimiento. Esta situación ha hecho que la información, que podemos denominar jurídica, sea compleja de asimilar, organizar y procesar, cada día el ordenamiento cambia y estos cambios se pueden conocer casi de inmediato, por lo que es necesario conocer el sistema y la doctrina dominante sobre cierta temática en particular.

Por lo anterior, es indispensable, para conocer el contenido del mensaje del legislador, por ejemplo, acudir al sistema o la doctrina de los estudiosos del Derecho en el área; de esta manera la Dogmática se convierte en la intermediaria, en el mecanismo comunicacional que permite la comprensión del mensaje jurídico: “El sistema dogmático es una necesidad comunicacional.”⁶⁴¹ Podemos encontrar aquí otro argumento para reforzar la idea optimista de la hermenéutica: su función esclarecedora a partir de su etimología relacionada con la función traductora del Dios Hermes. Recordemos que la palabra hermenéutica se asocia con la deidad griega a la que se le atribuía la capacidad de comprender el lenguaje de los dioses y de los mortales, por lo tanto, su esencia era traductora y de clarificación, es decir, de hacer comprensible lo incomprensible, lo cual supone una mediación y acción realizada por Hermes: “Heráclito afirma que Iris, la mensajera de Zeus, es la ‘que habla’ y Hermes es el ‘que interpreta’.”⁶⁴² La hermenéutica, así entendida, tiene una esencia aclaradora a través de un ejercicio de traducción, que se encamina a develar un mensaje que no ha sido comprendido y así encontrar la verdad, y esta forma de pensamiento ha sido difundida desde los orígenes del pensamiento, desde el neoplatonismo, pasando por la patrística hasta llegar a nuestros días en una versión más depurada, pero siempre con Hermes y su mito como motor.

El neoplatonismo no sólo fue la filosofía pagana dominante en los primeros siglos de nuestra era, sino también el pensamiento cristiano recibió su impronta desde los tiempos de Clemente de Alejandría y de Orígenes. Heráclito el rétor no pudo sustraerse a este manantial

⁶⁴¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 281.

⁶⁴² ALESSO, M. Los Dioses griegos en el s.I: Hermes. En *Revista Cirse*, N° 6. Santa Rosa: Universidad Nacional de la Pampa, 2001, pág. 20.

inagotable para el examen de orden ético de la poesía homérica, en la que las cuestiones morales están en relación estrecha con el problema de los métodos, posibilidades y límites de la razón. Cuando Odisea se dirige al palacio de Circe, se le aparece Hermes, es decir, el discurso "cargado de razón". Esta denominación de Hermes es acorde con su sentido etimológico, ya que es "como un intérprete de todo lo que se piensa en el alma".⁶⁴³

El medio sistémico es entonces, desde la TCD, el intermediario entre el ordenamiento y el mundo de la vida, entre el texto en bruto y los casos sobre los que las normas recaen, se abandona así la idea de que el Derecho sólo se conoce por medio oral o escrito en los boletines oficiales o figuras similares. Bajo esta perspectiva, el autor de cualquier decisión creadora de texto ordinamental (una ley, por ejemplo) se complementa con los aportes del autor doctrinal, creando así la figura del autor y meta-autor, en tanto "hay dos firmas: la del legislador (o en su caso cualquier otro decisor de texto ordinamental) y la del jurista científico (la del dogmático)."⁶⁴⁴ De esta manera, el fenómeno comunicacional básico del Derecho está marcado por el enfrentamiento de dos totalidades textuales, el texto ordinamental y el sistémico, los cuales forman el eje hermenéutico ORD/SIS que permite la lectura y comprensión de todo lo que sucede en el AMB. En el AMB ya no sólo se utilizan los canales propios de los libros ordinamentales (constituciones, códigos, sentencias, etc.) sino también los tratados o manuales, es decir, los libros doctrinales, a la conjunción de estos tipos de textos se les denomina libros jurídicos. Finalmente, los libros son escritos, que presentan un discurso que una persona dirige a un individuo o un auditorio a través de signos y reglas de la lingüística que son visibles o evidenciables. Como se puede apreciar, la noción de libro es similar a la de mensaje.

El ORD es una totalidad textual compuesta de textos parciales, lo que es igual a decir que es un conjunto de libros como la Constitución, las leyes y las sentencias; junto a estos libros están aquellos creados por los doctrinantes

⁶⁴³ *Ídem*, pág. 24.

⁶⁴⁴ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 281.

en su labor de estudio riguroso del fenómeno jurídico, hablamos de los tratados, manuales o monografías, en éstos se encuentra el SIS. El texto del ORD u ordinamental es el ordenamiento jurídico en sí mismo y suele clasificarse por su vigencia o estado de derogatoria. Pero dicho texto está rodeado por otras secciones (capítulos, títulos, secciones, artículos, párrafos, etc.) que componen lo que se denomina co-texto. Texto y co-texto se relacionan entre sí en tanto el segundo es una realidad hermenéutica que se va ampliando en círculos cada vez más amplios: párrafo, artículo, sección, título, capítulo, y así hasta alcanzar la totalidad textual. Dicho de otra forma: “junto al texto que se examina para su interpretación y aplicación, y al contexto, cuya comprensión permite dotar de sentido al texto examinado, tenemos el contexto.”⁶⁴⁵ Junto al texto y al co-texto, aparece el contexto como un marco situacional (no es un escrito) dentro del cual viven y se relacionan los dos primeros, y hace referencia al momento histórico, político e ideológico en el que el texto y el co-texto surgieron.

Tipología de textos: descriptivos, constatativos, explicativos, predictivos, emotivos, persuasivos y directivos

La TCD establece varias clases de textos, en primer lugar, se tienen los descriptivos, por medio de los cuales un emisor expone o describe una realidad para que pueda ser conocida por el receptor de dicho texto. La característica de este tipo de texto es que su contenido puede ser catalogado como verdadero o falso, en virtud de que el mensaje transmitido a través del lenguaje puede ser comprobado por los sentidos (verdad material o por correspondencia) o por una validación científica o consensual (verdad inmaterial o por coherencia). De lo anterior, una proposición como “Juan mide 1,83 metros” sería una descripción que puede ser catalogada como verdadera o falsa (materialmente), una vez se comprueba si lo dicho o expresado corresponde con la realidad a través de la mediación de los sentidos; mientras

⁶⁴⁵ *Ídem*, pág. 283.

que la expresión “Sancho fue el escudero de Don Quijote”, al no poder ser comprobada de forma directa o material por los sentidos, será asumida como proposición verdadera, en tanto tiene coherencia con un marco literario correcto.

La verdad material es el empleo ordinario y más genuino de la palabra “verdad”: la coincidencia o correspondencia con los hechos actuales, pasado o futuros (fulano está, estaba, estará en casa); es decir, una afirmación es verdadera –en sentido material- si lo que dice, pasa. La verdad material –por correspondencia- es la “última palabra.” [...] La verdad por coherencia es la verdad obtenida sin recurrir a los hechos. [...] es más débil que la empírica porque depende no sólo de la lógica, sino de los fundamentos que ofrece.⁶⁴⁶

Desde esta perspectiva, la descripción es una operación intelectual que se concreta en una frase o en un texto y cuya función es decir cómo son las cosas. Hecha esta precisión, la relación entre textos descriptivos y jurídicos implica cuestionarse sobre si puede existir descripción en un texto ordinamental. La respuesta parece ser que no, como se explicó previamente, y acudiendo a la teoría del lenguaje de John Austin, el legislador no describe pues sus proposiciones son de tipo realizativo (una acción en sí mismo), en este caso, regular u ordenar. Robles, sobre esto, dice:

El legislador, y en general, el creador de texto ordinamental, no describe nunca, sino que siempre regula, incluso cuando pueda parecer que hace otra cosa. [...] Aquí funciona el principio de prioridad pragmática, según el cual un ordenamiento jurídico es una totalidad textual cuya función es regulativa, directiva, ordenadora. En cuanto que la función de una descripción no es ordenar sino mero describir, esto es, manifestar los caracteres de algo previamente existente, un texto ordinamental no puede nunca describir.⁶⁴⁷

Si los textos ordinamentales no presentan descripciones, puede inferirse que tampoco traen definiciones al aplicar el mismo principio de prioridad pragmática, en otras palabras, si la función del texto ordinamental es regular, dirigir u ordenar entonces describir no hace parte de éste en tanto el

⁶⁴⁶ GARCÍA, L. *Elementos de lógica para el Derecho*, edición. Bogotá: Temis, 2003, pág. 27-28.

⁶⁴⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 287.

ORD no está diseñado para describir, lo mismo ocurre con la definición. Definir no es posible en el ORD, ya que si por error alguien se encuentra con una definición de un concepto, con lo que en realidad se encuentra es con una orden para entender dicho concepto, pues “en un texto ordinamental una definición es en realidad una orden de definición.”⁶⁴⁸ Lo anterior, sin contar que la Dogmática jurídica tiene una esencia constructiva y no descriptiva, lo que hace que el texto sistémico tampoco sea descriptivo. Esta distinción, de nuevo aportada por Austin, es en ocasiones desconocida por quienes estudian el Derecho y terminan sosteniendo que la norma es una descripción de la realidad, algo incorrecto.

Vale la pena señalar, o recordar, cuántos de los actos de los que se ocupan los juristas son o incluyen la emisión de realizativos o, por lo menos, son o incluyen la realización de algunos procedimientos convencionales. Y, por cierto, se apreciará que de una u otra forma los autores de derecho han sido conscientes en forma constante de las variedades de infortunio e incluso, a veces, de las peculiaridades de la expresión realizativa. Sólo la obsesión todavía difundida de que las expresiones jurídicas usadas en los llamados actos jurídicos tienen que ser de algún modo enunciados verdaderos o falsos ha impedido que muchos juristas vean esto con mayor claridad; ni siquiera me animaría a sostener que algunos de ellos no lo han hecho ya.⁶⁴⁹

Una segunda clase de textos son los constatativos. En ellos se va más allá de la descripción, pues se ha verificado o comprobado lo que se ha descrito en un texto, de esta manera el texto descriptivo no es necesariamente constatativo, pero todo texto constatativo es inicialmente descriptivo. Lo anterior tiene implicaciones desde la función performativa del lenguaje, ya que no es lo mismo describir que constatar, la segunda acción requiere de una adicional: la verificación, así “el acto constatativo añade mayor énfasis a su implicación veritativa.”⁶⁵⁰ Hay que evitar la confusión entre textos descriptivos, narrativos y constatativos:

⁶⁴⁸ *Ídem*, pág. 289.

⁶⁴⁹ AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971, pág. 64.

⁶⁵⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 296.

Los textos descriptivos se caracterizan por su pretensión de decir cómo son las cosas; los narrativos se parecen a los descriptivos, con la peculiaridad de que las cosas que describen son historias o relatos; los constatativos confirman, certifican, dan fe de eventos y declaraciones; y por eso mismo dotan de aseguramiento a las descripciones y a las narraciones. Para el Derecho tienen relevancia todos ellos, aunque la tienen de distintas maneras.⁶⁵¹

En el Derecho existen textos constatativos y son aquellos que buscan fijar jurídicamente el contenido de un escrito o una decisión, certificados, actas, testimonios, etc. Estos textos constatativos serán de carácter jurídico cuando se incorporen a las actuaciones propias del Derecho, por ejemplo, que pueda ser presentado en un proceso judicial.

Una tercera clase de textos son los explicativos, en estos, el emisor del mensaje no se queda en la descripción, la llana narración o constatación de unos hechos, sino que explica o ilustra las razones de por qué ocurre, ocurrió u ocurrirá determinada situación. Generalmente suele ocurrir que se explica un texto con otro texto, a esta explicación la TCD la denomina “metatexto”⁶⁵², y aunque este concepto se trabajará con mayor profundidad en el siguiente capítulo, puede decirse que este metatexto es la estructura que permite concebir el texto ordinamental o sistémico como un hipertexto, es decir, un texto infinito, en crecimiento y conectado. El metatexto es el resultado de un proceso interpretativo en forma de explicación:

El resultado de este proceso es una doble articulación del sentido del texto y del proceso interpretativo que lo esclarece. El metatexto generado consiste, entonces, en una determinada transformación del corpus, operada por reglas definidas y que debe ser teóricamente justificado por el investigador a través de una “interpretación adecuada”. Desde este punto de vista, el AC debe entenderse como un conjunto de mecanismos capaz de producir preguntas y no como una receta para obtener respuestas. En otras palabras, ha de concebirse como un procedimiento destinado a desestabilizar la

⁶⁵¹ *Ídem*, pág. 299.

⁶⁵² *Ídem*, pág. 301.

inteligibilidad inmediata de la superficie textual, mostrando sus aspectos no directamente intuitivos y sin embargo presentes.⁶⁵³

Como se ha manifestado anteriormente, la explicación sucede en las ciencias naturales, mientras que en las sociales se habla de comprensión. Este fue uno de los principales aportes de la hermenéutica de Dilthey y que se explicó en el capítulo primero. Sin embargo, vale la pena recordar esta diferenciación entre explicar y comprender: la comprensión se da en las ciencias del espíritu, aquellas que son producto o resultado de la condición humana (filosofía, literatura, historia, derecho) pues son el resultado de un alma o voz interior humana que no puede ser explicada (en términos científicos-naturales por un método lógico formal y de constatación) sino comprendida. En los textos de las ciencias del espíritu:

[...] reside el significado de la literatura para nuestra comprensión de la vida espiritual y de la historia: sólo en el lenguaje encuentra lo interior humano una expresión que sea completa, exhaustiva y objetivamente comprensible. De ahí que el arte de comprender tenga su centro en la exégesis o interpretación de los vestigios de la existencia humana contenidos en la escritura.⁶⁵⁴

La Teoría Comunicacional, bajo la perspectiva de Dilthey, distingue entonces entre textos explicativos por las causas o textos explicativos casualistas, y los textos explicativos por el significado o textos explicativos hermenéuticos.⁶⁵⁵ Los primeros explican con una naturaleza propia de la relación causa-efecto de las ciencias naturales y se rigen por el método científico de estas (un informe forense de balística, por ejemplo); los segundos operan de manera diferente, al requerir del análisis de la personalidad del autor de una obra o texto y su contexto histórico; en ellos se aborda la expresión de un alma humana marcada por una historia, una cultura y una ideología, que ha expresado por medio de signos externos un mensaje, de esta manera:

⁶⁵³ RUÍZ, A. Texto, testimonio y metatexto: El análisis de contenido en la investigación en educación. En *La práctica investigativa en ciencias sociales*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, 2004, pág. 56.

⁶⁵⁴ DILTHEY, W. *Dos escritos sobre hermenéutica*. Madrid: Istmos, 2000, pág. 31.

⁶⁵⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 302 y ss.

El proceso de la comprensión consiste en “re-crear” en uno mismo el sentimiento vivido por el autor, partiendo de sus expresiones. Ascendiendo de una expresión hasta la *Erlebnis*, del exterior a su interior, la comprensión invierte el proceso creador, por la misma razón por la que la tarea hermenéutica de la interpretación podía verse como la inversión del acto de expresión retórica. La tríada de lo vivido, la expresión y la comprensión aparecía a partir de ahí como el componente esencial de la hermenéutica de las ciencias humanas.⁶⁵⁶

En el Derecho existen textos explicativos causales y hermenéuticos, incluso las dos características, habrá que saber muy bien esta distinción para no cometer errores en el acto de explicar.

Sumado a los anteriores tipos de textos, tenemos los predictivos, cuya función es predecir o anticipar lo que ocurrirá en un futuro (desde luego se excluyen los textos proféticos o premonitorios por no ser parte del lenguaje coloquial de las personas ni del lenguaje jurídico). En este caso, las predicciones se sustentan en una relación lógica formal de tipo convencional. En este orden de ideas, en el Derecho suelen existir este tipo de textos, ya que, por ejemplo, una norma establece que para cada acción o conducta existirá una consecuencia, bajo la anterior consideración debe aclararse que hablamos de “predicciones propias”⁶⁵⁷, entendidas como aquellas que se sustentan en la idea de la probabilidad, es decir, no aseguran que algo ocurrirá, sino que es probable –o menos probable– que ocurra una consecuencia. Dicho de otra manera, no es posible asegurar con total seguridad que en un texto predictivo la consecuencia se dará si ocurre el antecedente, lo más acertado es trabajar con la idea de que es más o menos probable, que ocurra la consecuencia si se dan determinadas circunstancias, esto es, sin duda, más útil y coherente con la idea jurídica, veamos un ejemplo: Una norma establece que si X mata a Y, X irá a prisión, es un error asumir que si Juan mata a José inevitablemente aquel recibirá la sanción, eso no es predecible; lo correcto es asumir que es muy probable que Juan vaya a prisión a menos que demuestre

⁶⁵⁶ GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?*, 2008, *op. cit.*, pág. 41.

⁶⁵⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 308.

que actuó bajo una causal de ausencia de responsabilidad o que el material probatorio no sea lo suficientemente fuerte. Robles, sobre estos textos dice:

Para realizar el análisis hermenéutico de estas frases que aparecen en los textos ordinamentales –análisis cuyo propósito es develar el significado profundo de dichas frases-, hemos de acudir necesariamente a la teoría de las normas jurídicas. Sabemos que las normas jurídicas de un sistema jurídico (SIS) se presentan acabadas en éste y que el ordenamiento lo que hace, es suministrar el material textual bruto que permita la construcción de las normas. En el cuadro normativo elaborado desde la Teoría Comunicacional del Derecho no hay lugar para las predicciones. Éstas, en todo caso, podrán formularse para los hechos que tengan que ver con las normas jurídicas, pero no para éstas mismas. Las predicciones propias sólo tienen sentido en relación con los hechos, de cualquier género que éstos sean.⁶⁵⁸

Por lo anterior, y al no existir predicciones en los textos ordinamentales, las normas jurídicas en apariencia predictiva son en realidad deónticas y dirigidas al juez, es decir, la norma que establece que X irá a prisión por matar a Y debe entenderse como X deberá ir a prisión si mata a Y, desde luego matizada por el concepto de probabilidad. La TCD es clara en indicar que la palabra predicción no es propia del Derecho, este no predice y hacerlo lo ubicaría en el campo profético o adivinatorio: “Es un hecho que el legislador se muestra proclive a utilizar los verbos en futuro, pero ello no quiere decir que los preceptos contengan predicciones.”⁶⁵⁹

Finalmente, sobre este tipo de textos, no debe confundirse el precepto legal con la predicción. El precepto es la razón o causa por la que sobrevendría una consecuencia (supuesto fáctico, de hecho, o antecedente) mientras que la predicción sería la formulación gramatical de la consecuencia (irá a prisión, pagará una multa, etc.). De esta manera la existencia en el Derecho de un precepto en nada garantiza que se dé la predicción, esto, de nuevo, por la noción de probabilidad.

Así los jueces digan fallar o decidir en certeza, su conocimiento sobre la culpabilidad de alguien o la sapiencia de su decisión no puede ser

⁶⁵⁸ *Ídem*, pág. 309.

⁶⁵⁹ *Ídem*, pág. 310.

sino probable, porque los hechos que respaldan la sentencia se definen por inducción, que sólo otorga probabilidad. Las evidencias, coherencia, credibilidad racional, utilidad, sistematicidad, simplicidad, etc., son algunos de los criterios que contribuyen a aumentar el valor de probabilidad de verdad de una frase, de una teoría, de un dictamen, de una sentencia o de un sistema formal jurídico o filosófico. Por ello siempre tendremos razones o motivos para preferir un enunciado a otro, una apelación a la sentencia o viceversa.⁶⁶⁰

Una cuarta clase de textos son los emotivos, los cuales pretenden despertar los sentimientos del receptor y generalmente suelen ser textos poéticos o literarios. Si bien es cierto los textos jurídicos no se presentan de una forma poética o literaria, si tienen elementos comunes con éstos en tanto las costumbres, la historia y tradiciones, las narrativas y los imaginarios de los diferentes grupos sociales son un foco indispensable para la lucha contra la idea de un concepto de Derecho cerrado y reduccionista, 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 obra *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.”⁶⁶¹

La relación entre Derecho, poesía y literatura, puede traducirse en una habilidad hermenéutica que construya a una actitud interpretativa íntegra para la transmisión de 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

⁶⁶⁰ GARCÍA. L. *Elementos de lógica...*, 2003, *op. cit.*, pág. 34.

⁶⁶¹ NUSSBAUM, M. *Justicia Poética*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, pág. 123.

una ética como partes del complejo análisis jurídico, para una práctica exitosa y transformadora. Todo esto 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*.⁶⁶²

Esta concepción debe acercar al abogado a la comunidad a partir de la idea de solidaridad, tal como la propone Richard Rorty. La solidaridad se ha convertido en el punto de unión entre el individuo y la comunidad, a partir de la necesidad de mejorar la calidad de vida de las personas menos favorecidas, evitando sufrimiento innecesario. Esto implica diferenciar que la solidaridad es una en el ámbito privado y otra en el público, y esto porque nuestros valores y compromisos individuales no siempre coinciden con las que expresamos en público y esto condiciona al lenguaje a ser más sólido, pragmático y políticamente elaborado. La solidaridad, de esta manera, se convierte en una cuestión pública, que se traduce en la preocupación por los otros que no han tenido fortuna en el devenir de su vida. Rorty lo expresó de forma clara: “La solidaridad es para los grupos lo que el respeto es para el individuo.”⁶⁶³ Por lo tanto, la anterior reflexión implica asumir una noción de la historia basada en la contingencia (azar) y no como resultado de una conciencia o una repetición junto con el abandono de valores universales, de allí, que la solidaridad avanza como una preocupación genuina por aquellos que no tienen la misma suerte nuestra y no como el triunfo de la razón humana tal como lo estipulaba Kant.

Sobre este tipo de textos, la TCD coincide en que la función de los textos jurídicos no es emocional y tampoco vienen formulados en un estilo poético o literario determinado. Pero esto no significa, como ya se indicó, que

⁶⁶² 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, pág. 224.

⁶⁶³ RORTY, R. *Philosophy as Cultural Politics. Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pág. 168.

haya una riña y una exclusión entre el Derecho y la Literatura, de hecho, existe una relación nutritiva entre ellos, algo que se expuso líneas arriba en este capítulo.

Otro tipo de texto en esta lista es el texto persuasivo. Este tipo de textos se fundamentan en la idea de que todo acto de comunicación es un acto de poder, por lo tanto, el emisor del mensaje busca que otra persona haga algo o se abstenga de hacerlo. Se busca una transformación de la realidad, la generación de un cambio, es decir, yo hablo o escribo para que el receptor realice una acción o genere una transformación, sobre este asunto cuando Oswald Ducrot –citado por Deleuze y Guattari– “se pregunta en qué consiste un acto, llega precisamente al acecinamiento jurídico, y pone como ejemplo la sentencia del magistrado que transforma al acusado en condenado.”⁶⁶⁴

Los textos persuasivos están presentes en el Derecho dado que todo texto, sin excepción apunta a persuadir, es decir, a que el receptor haga algo u omita hacerlo, desde el legislador, hasta el juez o el abogado, presentan textos que buscan la persuasión de quien los recibe, ya sean textos políticos, epidícticos o forenses.

Por último, se tienen los textos directivos cuya función es dirigir la acción humana, en palabras de Ross son “expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.”⁶⁶⁵ Todo texto directivo contiene un elemento constitutivo, es decir, además de dirigir la acción humana, lo hace siempre en busca de un fin o determinada dirección. De esta manera, el texto directivo es una genuina expresión de los enunciados realizativos de los que habla Austin y que se han expuesto a lo largo de este trabajo.

Las directivas sí expresan la intención de influir en la conducta de otros. Las expresiones directivas agrupan diversos tipos de fenómenos, como dirigir, sugerir, desear, solicitar, exhortar, etc. Las

⁶⁶⁴ DELEUZE, G y GUATTARI, F. *Mil mesetas*. Madrid: Pre-Textos, 2008, pág. 86.

⁶⁶⁵ ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ª edición. Buenos Aires: Eudeba, 2005, pág. 30.

reglas y normas en general y las normas jurídicas en particular son todas expresiones directivas.⁶⁶⁶

La anterior distinción entre dirigir y crear (constituir) puede aplicarse a las normas jurídicas, en tanto una norma jurídica de tipo procedimental establece el procedimiento para realizar algo (una matrícula en una institución) y a su vez lo crea. Lo mismo ocurre con las normas deónticas en tanto no sólo establecen un deber, sino que también lo crean. De ambos aspectos, constitutivo y directivo, el primero es prioritario, pues si no se crea el procedimiento de matrícula no hay matrícula, dicho de otra manera, si no se crea el deber, no hay acción. Esta posición de Robles difiere de la expuesta por John Searle a la hora de exponer la diferencia entre reglas constitutivas y regulativas:

Para este filósofo del lenguaje, las reglas de los juegos serían el ejemplo típico de reglas constitutivas, mientras que, por ejemplo, la regla jurídica que prohíbe matar sería un ejemplo de regla regulativa. La diferencia entre ambos tipos de reglas radicaría en que mientras las constitutivas no presuponen una realidad previa (antes de las reglas del fútbol no hay fútbol), las regulativas presuponen dicha realidad (la prohibición de matar presupone el acto natural de matar: antes de la regla que prohíbe matar está el matar como fenómeno natural).⁶⁶⁷

Pero analicemos lo que expone John Searle, en su obra *Actos de habla*:

Quiero clarificar una distinción entre dos clases diferentes de reglas que denominaré reglas regulativas y reglas constitutivas. Estoy bastante seguro de la distinción, pero no encuentro fácil el calificarla. Para comenzar podríamos decir que las reglas regulativas regulan formas de conducta existentes independiente o antecedentemente; por ejemplo, muchas reglas de etiqueta regulan relaciones interpersonales que existen independientemente de las reglas. Pero las reglas constitutivas no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta. Las reglas de fútbol o de ajedrez, por ejemplo, no regulan meramente el hecho de jugar al fútbol o al ajedrez, sino que crean, por así decirlo, la posibilidad misma de jugar tales juegos. [...] las reglas regulativas regulan una actividad pre-existente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y

⁶⁶⁶ LÓPEZ, J. *El concepto de Derecho...*, 2004, *op. cit.*, pág.317.

⁶⁶⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 330.

también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas.⁶⁶⁸

Al respecto de esta posición, la TCD establece que se puede desmontar si se tiene en cuenta lo siguiente: es cierto que las reglas de un juego son constitutivas en tanto crean o constituyen el juego, pero es incorrecto afirmar, como lo pretende Searle, que este carácter no lo posee la norma que prohíbe el homicidio (que para él es una norma regulativa) y esto por una simple razón, sin una norma que establezca en qué consiste la acción homicida no puede existir el homicidio. En otras palabras, el acto natural de matar y el acto estrictamente jurídico de cometer homicidio no son identificables (lo contrario implicaría que un soldado en medio de una batalla comete un homicidio al matar a un rival, o un policía incurre en el mismo delito al dar de baja a un delincuente que también le dispara). Para la TCD “en el Derecho es claramente perceptible que todas las normas conservan la doble condición de ser “constitutivas” y “regulativas”. Crean algo y simultáneamente exigen algo.”⁶⁶⁹ Esta posición es compartida por Alf Ross al señalar, respecto del juego, que:

Para una completa comprensión de la partida es esencial no sólo el conocimiento de las reglas del ajedrez, sino también un cierto conocimiento del juego. [...] Las reglas primarias del ajedrez, por su parte, son directivas. Aunque sean formuladas como aserciones acerca de la “capacidad” o “poder” de las piezas para moverse y “tomar”, resulta claro que ellas se proponen indicar cómo ha de jugarse. Apuntan directamente, es decir, en forma no calificada por ningún objetivo subyacente, a motivar al jugador, le dicen, si cabe la expresión: así se juega.⁶⁷⁰

Para concluir, en los textos directivos se presentan dos géneros: aquellos que no son normas (textos promisorios, rogatorios, admonitorios, etc.) y aquellos que los son (religiosos, lúdicos, sociales y jurídicos).

⁶⁶⁸ SEARLE J. Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje. Madrid: Cátedra, 1980, pág. 42-43.

⁶⁶⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 331.

⁶⁷⁰ ROSS, A. *Sobre el Derecho...*, 2005, *op. cit.*, pág. 34 y 37.

Los textos jurídicos: Constitucional, legislativo y judicial

La TCD concibe tres tipos de textos jurídicos. En primer lugar, están los textos ordinamentales, en segundo lugar, los textos sistémicos y finalmente los textos que pertenecen al ámbito jurídico, pero no son ni ordinamentales ni sistémicos.

Los textos ordinamentales son el resultado de un proceso decisonal y son potencialmente normativos, son ejemplos de estos textos la Constitución, las leyes y las sentencias judiciales. También se incluyen los textos que resultan del derecho consuetudinario y que incorpora principios generales del Derecho. Recordemos que el ordenamiento es el punto de partida de cualquier fenómeno jurídico, sin éste no hay Derecho.

Por su parte, los textos sistémicos son el resultado de la construcción hermenéutica de los textos ordinamentales, son el reflejo de éste y buscar completarlo, ordenarlo y aclararlo. Se debe indicar que la existencia de un ordenamiento no implica la existencia de un sistema (en comunidades poco avanzadas no habría una Dogmática jurídica o una ciencia del Derecho en estricto sentido). Entre el texto ordinamental y el sistémico hay una relación que implica un análisis en círculo o espiral yendo del texto del ORD al del SIS una y otra vez hasta lograr la comprensión en el sistémico.

Finalmente, el ámbito jurídico es un “espacio virtual”⁶⁷¹ donde cobran vida el ordenamiento jurídico, el sistema y todos aquellos actos, sean o no productores de textos y que se estructuran alrededor de la dualidad ORD/SIS. En una comunidad avanzada en el estudio del Derecho existe la tríada ORD/SIS/AMB. De esta manera, el tercer tipo de texto jurídico es el que pertenece al ámbito y está constituido por aquellos que ayudan a la toma de decisiones: debates parlamentarios o doctrinales, demandas, querellas, pruebas documentales, asesorías, etc. La TCD es clara al manifestar que “un ámbito jurídico integra en su seno todos estos tipos de textos (ordinamentales,

⁶⁷¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 335.

sistémicos y los que no son ni una cosa ni otra, pero cuyo sentido, y, por tanto, existencia jurídica sólo es posible en conexión con aquello.”⁶⁷²

Dentro de los textos ordinamentales se encuentra el texto constitucional. Como se ha dicho, es creado por una decisión constituyente. La función de este texto es la de determinar y organizar la forma del Estado, el Gobierno y sus instituciones, sumado al establecimiento de valores, principios y derechos fundamentales. Este texto es constitutivo o creativo del ORD por lo que sin él no hay ni SIS ni AMB, por lo que este tipo de texto es, usualmente, vago en términos del lenguaje, retórico y pomposo que debe ser completado en el sistema. En palabras de Robles:

En todo caso, una constitución nunca es tan sólo el texto que se recoge en el documento que se autodenomina “constitución”, “ley fundamental” o de un modo parecido. Las normas constitucionales aparecen perfiladas y construidas no en el texto ordinamental generado por el poder constituyente, sino en el texto sistémico (SIS) que se refleja sobre todo en las doctrinas normativas del tribunal constitucional, o, en su caso, de los órganos competentes para precisar el sentido del texto constitucional.⁶⁷³

El texto constitucional tiene unos receptores abiertos y generales, es abstracto e impersonal y suele contener conceptos jurídicamente indeterminados, ya sea de forma intencional o no. Anteriormente se explicó este fenómeno desde dos aristas: la primera, en el caso colombiano, es la diversidad étnica y cultural de los integrantes de la Asamblea nacional Constituyente (órgano generador del texto) que supuso vaguedad del lenguaje para así lograr un acuerdo; y la segunda la teoría del profesor Timothy Endicott que sostiene que el Derecho es necesariamente vago. Al tener la Constitución un lenguaje que dista de lo técnico para ser uno más político y accesible a la comunidad, este panorama cobra más relevancia. La ambigüedad es un problema del lenguaje, y, por lo tanto, afectará, guste o no, al Derecho y su lenguaje.

⁶⁷² *Ídem.*

⁶⁷³ *Ídem*, pág. 336.

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.⁶⁷⁴

Sumada a la inevitable ambigüedad del texto constitucional, se encuentra su carga emotiva en tanto se trata de un texto con alto contenido político, moral, ideológico y en muchas ocasiones exaltante del patriotismo. Un ejemplo de ello suele ser el preámbulo de la Constitución, un fragmento plagado de oraciones retóricas, persuasivas e invocadoras de entidades superiores, enunciadoras de valores y cualidades nacionales, etc. En el caso colombiano, el preámbulo de la actual Constitución, está formulado de la siguiente manera:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: Constitución Política de Colombia.

La pregunta que durante mucho tiempo inquieto a los estudiosos del Derecho era si este preámbulo constituía un fragmento vinculante u obligatorio del texto constitucional colombiano, pues de la respuesta dependía si tal expresión hacía parte del texto ordinamental y debía ser construida de una mejor manera en el sistema. La Corte Constitucional colombiana respondió que el preámbulo sí hace parte del texto constitucional y es vinculante:

El Preámbulo da cuenta del sentido político y jurídico que el Pueblo de Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, indica los principios que la orientan y los fines a cuya

⁶⁷⁴ AARNIO, A. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México DF: Fontamara, 2002., pág. 12.

realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo, sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad. Y esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada.⁶⁷⁵

La reflexión sobre la vaguedad del texto constitucional no es en sí una crítica, es la enunciación de un fenómeno que existe y ocurre inevitablemente dado el carácter esencialmente retórico de este tipo de texto.

Junto al texto constitucional están también los textos legislativos. Son también el resultado de decisiones que están precedidas de proyectos legislativos. Jerárquicamente están por debajo de los constitucionales, y aunque suelen ser más concretos y tienen una alta pretensión de precisión, no son inmunes a la inevitable vaguedad del lenguaje. En los últimos años el paradigma neo constitucionalista ha contribuido a que se forme una especie de cultura anti legalista, entendida como la elección de los textos constitucionales sobre los legislativos así los primeros sean más vagos que los segundos, esto en virtud del principio de supremacía constitucional. Este fenómeno se ha traducido en una constitucionalización del derecho y todas sus áreas, que ahora están sometidos a los preceptos del texto constitucional antes que a los de la ley o actos más específicos, en palabras del profesor Luís Prieto Sanchís:

Comenzaremos por lo que tal vez se perciba mejor, la omnipresencia de la Constitución. Como hemos dicho, esta última ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad –formal, pero también sustancial– seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Es más,

⁶⁷⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, *Sentencia C-477 de 2005*, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran, sin duda, respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución española llama “función social” de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad. Es lo que se ha llamado a veces el efecto “impregnación” o “irradiación” del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos.⁶⁷⁶

Desde la TCD esta postura es por lo menos problemática. Las excesivas críticas al positivismo legalista por parte del modelo neo constitucionalista han terminado por caer en extremos y desdibujar así la noción y función de la ley en relación con el poder judicial. Para ello propone abordar de forma íntegra una teoría de la legislación (que en la TCD hace parte de la Teoría de la Decisión jurídica) que plantea, en primer lugar, que todo texto legislativo es un acto de comunicación aplicativo del texto constitucional que no puede dejarse al vaivén de discusiones políticas o ideológicas a menos que se trate de un país con extraordinaria estabilidad social.

En segundo lugar, debe tomarse conciencia de que el texto legislativo debe ser menos pomposo, retórico y emotivo que el constitucional, es decir, debe ser más técnico y de mayor precisión dogmática. Más allá de la polémica que este debate genera, está claro que los textos legislativos son una extensión o aplicación de los constitucionales, y mal haría la academia en enfrentarlos al ubicarlos en las antípodas; se trata de reconocer su complementariedad y de darle a cada uno el rol que le corresponde, de tal manera que hablar de una constitucionalización del Derecho no debe ser una

⁶⁷⁶ PRIETO, L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 5, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001, pág. 208.

expresión que invite a la exclusión entre ley y Constitución sino una teoría que reivindique el valor de los dos conceptos y su necesaria relación.

Desde una perspectiva interna, la expresión “constitucionalización del Derecho” tiene un sentido estricto: la interpretación tradicional es que la constitución permea cualquier rama del Derecho de cada ordenamiento: civil, penal, laboral, mercantil, financiero, etc., interpretados conforme al léxico y los “valores” de la propia constitución.⁶⁷⁷

Para finalizar, tenemos los textos judiciales que no se ocupan de situaciones generales, abstractas e impersonales, sino que “se caracterizan por todo lo contrario: contemplan situaciones concretas que de algún modo son problemáticas, y resuelven el litigio mediante una norma individual dirigida a las personas afectadas.”⁶⁷⁸ Aquí se presta especial atención al papel de los tribunales constitucionales que actúan como legislador negativo, es decir, no emite leyes, pero ordena cuáles se pueden aplicar en virtud de su adecuación a los postulados constitucionales, algunos autores sostienen que no se trata únicamente de una posición negativa, sino de una positiva en tanto muchas veces los tribunales indican al legislativo cómo proceder ante determinadas situaciones y los conmina a legislar sobre ciertos asuntos.

Si bien, la función esencial de un Tribunal Constitucional es la de anulación de normas o de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a la Constitución, es claro que un Tribunal Constitucional, al controlar la labor discrecional del legislador en la expedición de las leyes, coopera activamente con éste, actividad que se plasma en las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias. Además, puede ejercer también una función de colaboración con el legislador, la que se puede manifestar frente a su inactividad, como cuando la Corte con sus decisiones crea un vacío y es necesario actuar con urgencia para suplirlo, o como cuando emite otro tipo de decisiones que condicionan la aplicación de una norma, o extiende los efectos de sus fallos adoptando decisiones transitorias.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ PEGORARO, L. Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional. En *Revista de Derecho Político*, N.º 104, enero-abril. Madrid: UNED, 2019, pág. 23.

⁶⁷⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 350.

⁶⁷⁹ VARGAS, C. La función creadora del Tribunal Constitucional. En *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol.32, N° 92, junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, pág.16.

Una sentencia es una norma individual que resulta, como se ha indicado, de la decisión creadora, en este caso de un Juez o cuerpo colegiado (que es el emisor) y va dirigida a una persona o grupo de personas en particular (receptores), el mensaje estaría contenido en la motivación y decisión de la sentencia. La TCD concede a las sentencias la categoría de normas jurídicas individuales (tal como lo hace la escuela de Viena) que resulta del proceso hermenéutico en espiral que se ha descrito antes. La relación en espiral entre hechos y textos dan como resultado el fallo judicial a través de un proceso de interpretación y argumentación que se da al interior del proceso judicial. La sentencia judicial, así entendida, es un texto de enorme valor pues permite entender cómo funciona un sistema jurídico. Recordemos que líneas arriba, se indicó que los paradigmas jurídicos o escuelas del Derecho tienen un sitio de creación y otro de evidencia, el primero se ve en las facultades o escuelas de Derecho, el segundo se evidencia en las sentencias judiciales. Al tener la sentencia judicial una estructura deductiva similar a la del silogismo, esta permite una mejor comprensión del sistema desde adentro.

Tanto los hechos como las normas jurídicas aplicables son el resultado de una labor de construcción hermenéutica. En ese “*ir y venir de la mirada*” —en expresión célebre de Karl Engisch—, el juez es un intérprete, un hermeneuta que se enfrenta ante una realidad bifronte: hechos y normas; normas y hechos. Va del hecho a la norma, y de la norma al hecho, en un ir y venir en la figura cónica, recorriendo una y otra vez la escalera de caracol, dando vueltas a los hechos y a las normas, poniéndolos en relación constante, porque normas y hechos son los dos polos de su actividad constructiva, previa a la decisora.⁶⁸⁰

La sentencia judicial, como texto, debe cumplir con unos requisitos para su función comunicacional. En primer lugar, debe ser inteligible o clara tanto para las partes afectadas como para la comunidad en general (pues tiene en parte una función pedagógica); debe tener un orden expositivo coherente y

⁶⁸⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 353.

que conlleve a una presentación natural de sus argumentos y conclusiones; y, en tercer lugar, debe tener una pretensión de justicia.

Las sentencias judiciales, así concebidas, puede constituir una especie de relatos contruidos de forma hermenéutica al recrear los hechos, esto en virtud de su función pragmática que es decidir con base en dicha recreación de los hechos. Lo anterior es una invitación, desde la TCD, a replantear el valor y el papel de la sentencia judicial como instrumento constitutivo de la realidad jurídica en la que el Derecho, como ejercicio comunicativo, implica un componente hermenéutico basado en la comprensión de la realidad y la historia a partir de un contexto dado. De ahí que surja un componente narrativo. Se tiene entonces que el Derecho es más que la simple descripción de realidades, es la creación de muchas más a partir de diversas formas de comprender y narrar el mundo. Las vivencias del individuo son textualizables y pueden ser dotadas de nuevos sentidos a través de las sentencias judiciales.

Un fallo judicial es una historia, un asunto resuelto aquí y ahora que construye historia y realidad. Se parte entonces de que la historia no es algo que se cuenta, se hace, se comprende y se analiza en busca de un sentido superior a simplemente sancionar, se trata de una función cuyo objetivo es descubrir contextos y crear realidades a partir del discurso y 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 tercera función nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.⁶⁸¹

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 devolvería el

⁶⁸¹ STERLING, J. La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: Positismo Jurídico y Teoría de Textos. En: MEDINA, D. (ed.). *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 267.

humanismo al fenómeno jurídico y lo acercaría a áreas afines como las políticas públicas, en tanto dicha sensibilidad permitiría un mejor abordaje de los contextos para los que son creadas.

Por lo tanto, el Derecho puede ser entendido como un ejercicio de narración en tanto todo acto de discurso (escrito u oral) 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. Todos estos elementos, presentes por lo general en las sentencias judiciales 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, o el contra quién de la acción.”⁶⁸² Al final, todo proceso judicial empieza con una narración y termina con otra.

El Derecho al ser un instrumento que se involucra con la conducta del hombre y su juzgamiento, necesariamente se conecta con los ideales y aspiraciones del individuo, así las cosas, 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 (el caso), por lo tanto, puede ser objeto de una estructura narrativa. 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.”⁶⁸³ En palabras de Ricoeur:

⁶⁸² RICOEUR, P. *Tiempo y Narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, pág. 117.

⁶⁸³ BRUNER, J. y WEISSER, S. La invención del yo: la autobiografía y sus formas. En: OLSON, D. et al (eds.). *Cultura escrita y oralidad*. Barcelona: Gedisa, 1995, pág. 178.

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.⁶⁸⁴

El Método Hermenéutico-analítico

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.⁶⁸⁵

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 *lógon 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

⁶⁸⁴ RICOEUR, P. *Tiempo y Narración...*, 2004, *op. cit.*, pág. 145.

⁶⁸⁵ 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, pág. 64.

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*).⁶⁸⁶

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.⁶⁸⁷

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

⁶⁸⁶ YELA, M. El problema del método científico en la psicología. En *Anuario de Psicología*, N° 60, Barcelona: Facultat de Psicologia Universitat de Barcelona, 1994, pág. 3.

⁶⁸⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 370.

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 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.⁶⁸⁸

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”⁶⁸⁹ 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.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ GADAMER, H.G. *Verdad y método II...* 2006, *op. cit.*, pág. 54.

⁶⁸⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 374.

⁶⁹⁰ *Ídem.*

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.”⁶⁹¹ 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.⁶⁹²

⁶⁹¹ 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, pág. 208.

⁶⁹² *Ídem*, pág. 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 (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.”⁶⁹³ 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 auto comprensión 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

⁶⁹³ *Ídem*, pág. 218.

ley –concluye– [...] sucumbe a un fatal engaño, ya que inconscientemente sigue dependiendo de sí mismo.⁶⁹⁴

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 la 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 tiene por objeto la problemática de la comprensión del sentido de las expresiones comunes y retiene que esa comprensión no se encuentra fuera de los concretos eventos discursivos.⁶⁹⁵

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 decisonal), realiza posteriormente un tratamiento dogmático mediante el cual se construye el sistema jurídico. Para llevar a cabo esta tarea, la Dogmática tiene una Teoría

⁶⁹⁴ KAUFMANN, A. Teoría de la justicia: Un ensayo histórico problemático. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°25. Granada: Universidad de Granada, 1985, pág. 57.

⁶⁹⁵ VIOLA, F. et al. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Editore Laterza, 2001, pág. 454.

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.⁶⁹⁶

Características del método hermenéutico-analítico de la TCD

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 metodología⁶⁹⁷. 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

⁶⁹⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 380.

⁶⁹⁷ *Ídem*, pág. 389.

del mundo y que la labor de la filosofía es reducir este lenguaje a su núcleo lógico.”⁶⁹⁸

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”⁶⁹⁹ 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

⁶⁹⁸ 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, pág. 164.

⁶⁹⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 390.

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.⁷⁰⁰

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.”⁷⁰¹ 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, el profesor Valery 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.⁷⁰²

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

⁷⁰⁰ RAZ, J. Por qué interpretar. En *Revista Isonomía*, N°5, octubre. México DF: ITAM, 1996, pág. 27-28.

⁷⁰¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 392.

⁷⁰² 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, 2010, pág. 186.

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.⁷⁰³

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 anti metafísico 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

⁷⁰³ CAMPS, V. *Pragmática del Lenguaje y filosofía analítica*. Barcelona: Península, 1976, pág. 9.

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.⁷⁰⁴

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”⁷⁰⁵ 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

⁷⁰⁴ *Ídem*, pág. 64.

⁷⁰⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 432.

modo el enriquecimiento de su sensibilidad y la amplitud de su lenguaje para referirse a los objetos que interpretan.⁷⁰⁶

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.”⁷⁰⁷ Por lo tanto, todo prejuicio 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.⁷⁰⁸

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 Hassemer:

Para la hermenéutica jurídica las condiciones de un tratamiento correcto de textos normativos, se encuentran a un nivel más básico

⁷⁰⁶ *Ídem*, pág. 393.

⁷⁰⁷ GADAMER, H.G. *Verdad y método II...*, 2006, *op. cit.*, pág. 68.

⁷⁰⁸ GRONDIN, J. *¿Qué es la Hermenéutica?* 2008, *op. cit.*, pág.76 y 78.

que el semántico. Exactitud, precisión y consistencia como tales no significan aún ninguna garantía de corrección, sino que son condiciones previas.⁷⁰⁹

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, lo 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.⁷¹⁰

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 formal 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 y “que regula su propia generación, que se autorregula.”⁷¹¹ El tercer aspecto en común es el uso del método hermenéutico-analítico descrito anteriormente.

⁷⁰⁹ HASSEMER, W. *Hermenéutica y Derecho*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°25. Granada: Universidad de Granada 1985, pág. 67.

⁷¹⁰ GADAMER, H.G. *Verdad y método II...*, 2006, *op. cit.*, pág. 45.

⁷¹¹ ROBLES, G. *Sociología del Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018, pág. 153.

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.”⁷¹²

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.”⁷¹³

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.

⁷¹² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 398.

⁷¹³ *Ídem*, pág. 400.

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

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

La interpretación en el Derecho

La interpretación puede ser entendida como un conjunto de acciones que realiza el intelecto con el fin de comprender algo, de esta manera, como se ha sostenido, interpretar es distinto de comprender. En el Derecho se interpretan textos jurídicos lo que supone una evaluación de las proposiciones que componen estos textos por parte de un intérprete que al final revelará o expondrá, como resultado de dicho proceso, una norma jurídica clara (una interpretación mejor que las otras), en palabras de Chiassoni:

La interpretación textual puede ser caracterizada, de forma estipulativa, como la actividad que consiste en determinar el significado de una disposición – el componente elemental de cualquier texto jurídico normativo: un enunciado, previamente aislado por el intérprete, en el discurso de las fuentes-, obteniendo de esta manera una o más normas explícitas, acreditadas o acreditables como sus interpretaciones jurídicamente correctas.⁷¹⁴

La Teoría comunicacional insiste en que todo acto comunicacional inevitablemente lleva, por parte del receptor de un mensaje, un acto de captación del significado de lo expresado por escrito, se habla entonces de una “omnipresencia de la interpretación”⁷¹⁵ en todo proceso de comunicación.

Desde el punto de vista analítico, señala el profesor argentino Ricardo Guibourg, cuando se trata de procesos de comunicación hay un emisor y un receptor y un intermediario que transporta un mensaje, este intermediario es indispensable entre el primero y el segundo. De igual manera, la emisión de

⁷¹⁴ CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 56.

⁷¹⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 405.

un mensaje supone codificarlo en un doble sentido: uno intelectual y otro semiótico que se concretan en un ejercicio de traducción.

Para decirlo de otro modo, si queremos expresar una idea, primero debemos pensar las palabras adecuadas y luego escribir estas palabras (a mano, a máquina, con letra de imprenta cursiva, etc.) o bien decirlas (a media voz, en un susurro, a los gritos, en falsete o con tono de sorna). Cada una de esas traducciones depende de un código que hemos adoptado y que asigna algún significado o alguna modalidad a cada expresión, a cada medio que se emplee, a cada tamaño de letra, a cada tono de voz e incluso a la expresión facial con la que se emiten los sonidos que llevan el mensaje.⁷¹⁶

Ahora bien, entendiendo la hermenéutica como la inversión de la retórica, el procedimiento descrito anteriormente se debe reversar cuando el mensaje llega al emisor, por lo que se requiere leerlo (esto es una operación para que el soporte del mensaje y sus variaciones lleguen al ámbito mental de quien lo recibe) y comprenderlo (operación, por su parte, que consiste en incorporar lo que se ha leído en la memoria –no de forma mecánica- sino organizándolo con las impresiones y precomprensiones ya establecidas en ella). Para la lectura se necesita el mismo código empleado en la codificación material (tipo de letra, tono de voz, expresiones faciales, etc.), para la comprensión se requiere el conocimiento del lenguaje concreto que se ha utilizado y la capacidad de desentrañarlo para entenderlo. En este proceso de codificación y decodificación pueden cometerse errores que terminan generando la incomprensión, como una especie de interferencia o ruidos en la teoría de la comunicación.

La situación descrita anteriormente, constituye el “drama encerrado en el problema de la interpretación jurídica.”⁷¹⁷ Una ley es un mensaje que tiene millones de receptores ubicados en distintos lugares, con ideologías y tradiciones diversas y con formas de comunicación también variopintas. De lo anterior, no es complicado entender que el tamaño del ruido o la interferencia

⁷¹⁶ GUIBOURG, R. Interpretación del Derecho desde el punto de vista analítico. En VIGO, R., et al (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 228.

⁷¹⁷ *Ídem*, pág. 229.

en el proceso de comunicación es enorme e inevitable; una Dogmática jurídica integral, por lo tanto, debe estar acorde con esta realidad. Por lo anterior, la interpretación de la ley a partir de la filosofía del lenguaje, presenta entonces una serie de dificultades: 1. En primer lugar los problemas lingüísticos: la vaguedad y ambigüedad del lenguaje, error cometido (con o sin intención, por el emisor del mensaje). 2. Problemas lógicos: incoherencia en el sistema normativo, redundancia o lagunas (esto en los términos usados por Alchourrón y Bulygin). 3) Problemas axiológicos: presentes en las lagunas axiológicas.

Este panorama es recogido por la TCD, al reconocer que los errores o ruidos en el proceso de comunicación se deben a la complejidad del tejido social en el cual se mueven las leyes. De igual manera, apunta a que existen errores en el proceso de emisión, recepción y codificación del mensaje y los intervinientes en el proceso “bien porque éstos no entiendan las palabras, bien porque las entienden de modo distinto a como las entiende el emisor.”⁷¹⁸ Esto da como resultado actos de comunicación fallidos, por lo tanto, si toda obra humana requiere de interpretación para ser comprendida, estas obras fallidas requieren de un mayor trabajo de elaboración o construcción, a esto es a lo que Schleiermacher llamó práctica hermenéutica estricta y de lo cual se trató en el primer capítulo.

La hermenéutica entonces supone enfrentar una dificultad que pone sobre la mesa la necesidad de elegir qué interpretación es mejor que otra u otras y así lograr la comprensión, dicho en otras palabras, todo ejercicio de interpretación es constructivo en tanto implica la elección de una respuesta, esta construcción muchas veces “implica la creación o recreación: no se conforma con el mensaje tal como aparece, sino que al construirlo lo recrea.”⁷¹⁹

En la historia del Derecho y sus paradigmas, la interpretación ha sido un tema ampliamente debatido y sobre el cual aún no hay un acuerdo definitivo. Desde una desconfianza férrea hasta la asunción del fenómeno

⁷¹⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 407.

⁷¹⁹ *Ídem*, pág. 408.

jurídico como esencialmente interpretativo-hermenéutico, los ríos de tinta sobre la interpretación jurídica son abundantes. Tan sólo basta con analizar uno de los escenarios del debate como lo es la relación interpretación y poder, ilustrado comúnmente con la metáfora de Humpty Dumpty en Alicia a través del espejo, la obra de Lewis Carroll en su famoso diálogo:

Cuando 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.⁷²⁰

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 Sentencia de la Corte Constitucional C-820 de 2006 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

⁷²⁰ CARROLL, L. *Alicia a través del Espejo*. Córdoba: Ediciones del Sur, 2004, pág. 88.

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.⁷²¹

Pero más allá de los debates sobre quién interpreta con autoridad, la TCD entiende que el fenómeno de la interpretación jurídica es omnipresente y realizada por los juristas en el desarrollo de su labor (esto implica que hay una capacidad de interpretación general, presente en el individuo común, y una especializada o técnica en cabeza de personas con formación, en este caso jurídica). Además, debe aclararse que el objeto de dicha interpretación no es el Derecho, sino que se da al interior de éste, es decir, en el ámbito jurídico, en este orden de ideas:

No hay interpretación del Derecho, sino procesos de interpretación que acompañan siempre y en todo momento a los textos que se generan en el ámbito jurídico, y asimismo a los actos comunicativos (decisiones, etc.) que dan lugar a la generación de dichos textos con significado o relevancia jurídica. Entendida en estos términos, es perfectamente admisible la tesis de que el Derecho constituye una práctica social interpretativa.⁷²²

Continuando con la posición en materia interpretativa de la TCD, encontramos de nuevo el concepto de acción entendida como el significado o sentido de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos, en otras palabras, interpretamos los movimientos que vemos y en ello influyen variadas circunstancias que pertenecen a un marco de referencia hermenéutica dentro

⁷²¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, *Sentencia C-820 de 2006*, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷²² ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 412.

del cual se mueve todo un proceso comunicacional que lleva a la comprensión. Por ejemplo, si una persona mata a otra, podría hablarse en primer lugar de un marco de referencia biológico-físico en el que podría decirse que lo que se capta es la caída de un individuo al suelo debido al impacto de un objeto que se introduce en su cuerpo y además le produjo un desangramiento, se trata entonces de una relación causal simple que se observa en el mundo científico-natural.

Este marco de referencia hermenéutico no es jurídico, ni moral, ni estético, ni histórico, ni antropológico, ni sociológico, etc. Es el marco de referencia desde el que se “leen” los fenómenos naturales. Es más: los fenómenos naturales lo son porque los “leemos” desde la perspectiva del marco de referencia naturalista o causalista.⁷²³

Lo anterior implica que se debe tener una noción previa del término “significado”, la cual tiene una conceptualización problemática en tanto hay una lista de usos de la palabra, Charles Fries sostiene:

Como ha sido utilizada por lo anglo-parlantes, 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 relaciones neuro-musculares y glandulares producidas por algún estímulo”, “la utilidad de alguna cosa”, “aquello a lo que el intérprete de un símbolo debe referirse”, “aquello que el usuario de un símbolo quiere que el intérprete infiera”, o, finalmente, “cualquier objeto susceptible de algún tipo de conocimiento”.⁷²⁴

A partir del anterior análisis, Paul Grice señala que existen significados en sentido natural o significado natural (por ejemplo, la expresión “esa temperatura corporal de 40 grados centígrados significa que tienes fiebre”) y en este caso anuncian o implican algo; y significados en sentido no natural o significado no natural (como la expresión “si presionas el primer botón el ascensor se detendrá”) y en este caso no hay una presuposición de que x se siga y en tanto puede que la verdadera razón para presionar el botón no es que el ascensor se detenga sino, por ejemplo, jugar una broma.

⁷²³ *Ídem*, pág. 423.

⁷²⁴ FRIES, C. Meaning and linguistic Analysis. En LEHRER, K. et al (eds.). *Theory of Meaning*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1970, pág. 169.

En un estudio publicado en 1970, Grice resumió las diferencias entre significado natural y no natural de la siguiente manera: “Los tests indicaron aproximadamente que los casos de significado no natural, casos que están relacionados con la comunicación, son aquellos que se podrían llamar no empíricos o no fácticos, mientras que los casos naturales con empíricos o fácticos.”⁷²⁵ Esto implica que en los significados naturales o fácticos el emisor está comprometido con el hecho de que lo que está diciendo tiene correspondencia con un estado real de cosas, por el contrario, en los significados no naturales o no fácticos el hablante no asume este compromiso. Otra diferencia radica en que los significados no naturales pueden perfectamente colocarse entre comillas, algo que resulta extraño con los naturales. Humo, por ejemplo, significa de forma natural algún tipo de fuego o combustión, pero, por otra parte, una luz roja tiene un significado no natural, sino de carácter convencional que implica que ante su presencia un vehículo debe detenerse so pena de incurrir en una infracción de tránsito. Esta distinción de Grice es útil, en tanto:

Considérese, por ejemplo, el gesto idiosincrásico de una persona que ha expresado su enojo mediante cierto movimiento especial de su nariz y que su grupo de amigos más cercanos han aprendido a distinguir con claridad. Esto es, su movimiento de nariz significa de manera general “estoy bravo contigo”. Si se aplican los criterios que se han indicado arriba, se puede observar que el gesto significa no naturalmente “estoy molesto” dado que evidentemente posee un significado no natural.⁷²⁶

Pensemos, por ejemplo, en expresiones como “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”, en el caso del legislador (artículo 653 código civil colombiano), o en la expresión “Respecto del caso sub examine, es necesario determinar qué

⁷²⁵ GRICE, P. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970, pág. 291.

⁷²⁶ LÓPEZ, D. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis, 2008, pág. 48.

significa exceso en la legítima defensa dentro de un Estado Social de Derecho” en el caso de una decisión judicial. La primera expresión encarna una definición legislativa, la segunda corresponde a un análisis dentro de un proceso judicial, en ambos casos se trata de determinar el significado de un texto determinado, pero, además, puede verse que en estos procesos de comunicación las reglas legales pueden constituir o construir significados (de tipo no natural), en otras palabras, en el Derecho el significado es por lo general no natural, pero:

Esta conclusión es frecuentemente ignorada en las prácticas y concepciones de los abogados a quienes la distinción se les escapa fácilmente. En una cierta concepción popular e ingenua entre los operadores jurídicos las palabras significan naturalmente. Cuando los abogados insisten en el significado “obvio y natural”, parecen estar afirmando confusamente que el Derecho es un medio de transmisión de significados naturales.⁷²⁷

Hecha la anterior aclaración, la TCD continúa indicando que los procesos comunicacionales deben ser comprendidos dentro del ámbito jurídico en tanto las acciones de los individuos y los textos que lo componen implican necesariamente una actividad interpretativa, en este sentido, no es un añadido o plus, sino un componente esencial del proceso de comprensión. Dentro de este escenario, debe además distinguirse entre interpretación de carácter dogmático y de carácter decisonal. La primera es la realizada por un estudioso del Derecho o un sector del mismo y tiene como objetivo la construcción del sistema jurídico (instituciones y normas); y la segunda realizada por un órgano decisonal como el legislador o el juez y es de carácter práctico en tanto va dirigida a situaciones concretas que requieren de la toma de una decisión, Robles señala:

El juez tiene delante el caso que espera solución. El dogmático no tiene ante sí ningún caso concreto, sino que tiene todos los casos posibles. Esto lo podemos enunciar de esta otra manera: mientras

⁷²⁷ *Ídem*, pág. 50.

que el juez se encuentra ante un caso, el dogmático se enfrenta ante un horizonte casuístico.⁷²⁸

Por las anteriores consideraciones, la TCD asume que la Dogmática jurídica es una disciplina auxiliar para la resolución de casos, es decir, está al servicio de las decisiones judiciales, además, por lo que se ha dicho antes, tiene una vocación pragmática, orientada a la praxis del Derecho.

Lógica e interpretación

No se puede confundir el término sistémico con sistemático, el primero hace referencia al sistema jurídica y es resultado del trabajo de la Dogmática jurídica, mientras que el segundo, es decir, lo sistemático, es lo que pertenece al orden interno del ordenamiento (la cualidad del ORD de estar conformado por textos con una ordenación interna). Por tal razón, la TCD sugiere que en vez de decir interpretación sistemática sería adecuado decir “interpretación ordinamental.”⁷²⁹ Esta interpretación sistemática u ordinamental implica saber ordenar el material textual diverso que se encuentra en el ordenamiento.

Ha sido usual concebir la interpretación ordinamental (sistemática) como una operación o conjunto de operaciones de carácter lógico, incluso, se identifica lógica con sistema lo que implica que el ordenamiento estaría conformado por normas jurídicas que poseen una lógica interna. Si el derecho positivo constituye “el sistema”, y un “sistema” es un conjunto ordenado de elementos, en este caso, de normas jurídicas, tiene que haber entre ellas unas relaciones lógicas. El problema surge cuando se intenta concretar qué significa exactamente la palabra “lógica”.⁷³⁰

Por lo general, suele asumirse que la lógica es aquella herramienta que permite la evaluación de operaciones mentales que se evidencian en el lenguaje y que se centra en los procesos de inferencia (inducción y deducción). La lógica, así resumida, se centra en evaluar la validez de las conclusiones que se infieren (deducidas o inducidas) de unas premisas, se trate bien sea de

⁷²⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 428.

⁷²⁹ *Ídem*, pág. 463.

⁷³⁰ *Ídem*, pág. 472.

silogismos en estricto sentido (tres términos: mayor, menor y medio; y tres juicios: premisa mayor, premisa menor y conclusión) o de argumentos con una forma distinta. De acuerdo con lo anterior, surgen entonces una serie de inquietudes acerca de si es posible hablar de deducción de normas en la interpretación sistemática u ordinamental, o si es posible construir dichas normas a través de un proceso inductivo (principios generales del Derecho, por ejemplo) o si existe una lógica interna del Derecho.

La Teoría Comunicacional en este terreno de la lógica, plantea que se debe distinguir entre ORD, SIS y AMB en tanto las reglas de la lógica son distintas en cada uno de ellos. Como se ha indicado los textos ordinamentales se generan a golpe de decisión, y esto implica que en ese proceso no hay, necesariamente, lógica en estricto sentido (la decisión no siempre sigue el proceso deductivo categórico de un silogismo). Lo anterior en virtud de que un ordenamiento es una totalidad textual cuyos textos parciales (Constitución, leyes, sentencias, etc.) se originan por procesos decisionales, y, por lo tanto, la lógica que fundamenta la voluntad del legislador no se estructura de la misma manera que la que guía el fallo de un juez, de allí que los esquemas de lógica deductiva son distintos en etapas de creación y de aplicación de una ley. Lo mismo podría decirse de los procesos inductivos en tanto pueden llevar a falacias de generalización. Sobre este escenario, Robles indica:

Llegamos, por consiguiente, a la conclusión de que, en el marco de los textos ordinamentales, no se puede aplicar ni los procedimientos deductivos ni los inductivos. El ordenamiento jurídico es una totalidad textual cuyos textos componentes son generados mediante decisiones (en la terminología tradicional, mediante “actos de voluntad”). Cada decisión se manifiesta en un acto del lenguaje comunicacional dirigido a unos destinatarios. Las decisiones no son “derivables” de otras decisiones anteriores, sino que se limitan a generarse dentro del marco de las decisiones superiores.⁷³¹

La anterior referencia implica que la analogía no es, en estricto sentido, un procedimiento lógico como suele pensarse, es decir porque algo se ha

⁷³¹ *Ídem*, pág. 476.

decidido de forma x en el pasado, una situación similar debe resolverse de forma similar o análoga (de hecho, esto podría ser una falacia argumentativa). Sumado a lo anterior, la analogía requiere para su justificación, además de la similitud entre dos situaciones, una estructura teórica que combina la inducción y la deducción ampliando el significado de la ley para aplicarlo a un caso no previsto.

Si se asume, entonces, que el sistema es una estructura lógica en su sentido formal o tradicional, se desvanece cualquier línea divisoria entre éste y el ordenamiento, por ello, la interpretación sistemática no puede equipararse con la lógica. Incluso, los principios de la lógica, como el principio de contradicción o tercero excluido, no es aplicable a los textos jurídicos, si ello fuese posible no existirían las lagunas, incoherencias y redundancias en los ordenamientos, y como sabemos, existen, o por lo menos se contemplan. Por esta razón la totalidad textual que es el ORD no es un sistema coherente como se espera de un sistema lógico, además, señalar que ORD no es ni lógico ni coherente implica que no produce la seguridad jurídica en los términos que se desearía.

No puede afirmarse que el ordenamiento jurídico sea un sistema lógico, y por tanto la interpretación sistemática no puede equipararse de ningún modo a una supuesta interpretación lógica, sino –y ésta es mi posición- a un procedimiento metódico que, en la interpretación de los textos ordinamentales, tiene en cuenta el co-texto del texto en concreto que se interpreta.⁷³²

La posición que presenta la TCD es similar a algunas de las ideas que expresa Von Wright en sus estudios de lógica deóntica, en especial aquellas que se refieren a la existencia de lagunas, incoherencias y redundancias en los sistemas normativos y su resolución con una idea tradicional y formal de lógica.

Pero una lógica así no puede pretender ser una representación adecuada de los sistemas normativos existentes. Esto es así porque excluyen las contradicciones y las lagunas de los códigos. Intentar

⁷³² *Ídem*, pág. 478.

hacer esto "sobre bases lógicas" es inútil. Se puede pensar en varias metanormas para enfrentarse a las contradicciones y las lagunas -o decidir caso por caso lo que debe hacerse con ellas. Las metanormas, algunas de las cuales son bien conocidas por la teoría y la práctica jurídicas tradicionales, no son leyes de la lógica de las normas.

Pero, aunque los sistemas clásicos no representan adecuadamente las estructuras normativas existentes, pueden tener otra función: concretamente, la de constituir modelos ideales de lo que ha de ser un sistema libre de contradicciones y de lagunas. Modelos ideales similares, en forma de sistemas de lógica deóntica, pueden también proporcionar estructuras normativas que prevengan lagunas, e incluso de estructuras normativas que puedan solucionar contradicciones.⁷³³

La TCD invita a superar la visión que ofrece la lógica tradicional o formal como una solución exclusiva y definitiva para los problemas jurídicos. Cuando se sostiene que el ordenamiento, lamentablemente, no es una estructura lógica y coherente, es necesario repensar el concepto de lógica y ello implica analizarla como una herramienta autoreflexiva y crítica. En este orden de ideas la lógica aparece en momentos de crisis en los que se requiere detenerse y reflexionar hacia atrás sobre lo hecho en tanto algo planeado ha salido mal, así la lógica adquiere un papel aclarador debido a su capacidad para devolverse sobre los actos que se han planificado y el pensamiento que los sostuvo, para así determinar los errores que se cometieron.

La lógica resulta necesaria cuando en el orden del pensamiento se produce una crisis; cuando lo que parecía derivarse con seguridad de la reflexión existente, de las categorías y de los principios vigentes, no resulta posible ahora; cuando lo que esperábamos, no ocurre efectivamente; cuando habíamos previsto que determinados acontecimientos producirían determinados resultados y no los podemos encontrar por ninguna parte; etc. En esas condiciones entonces nos preguntamos cómo estábamos pensando, qué valor tenían nuestras premisas, con qué tipo de categorías habíamos logrado deducir de ciertas causas ciertos efectos. Volvemos

⁷³³ VON WRIGHT, G.H. ¿Hay una lógica de las normas? En *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, pág. 52.

entonces, llenos de sospechas sobre las seguridades que teníamos, y es en ese momento cuando irrumpe la lógica.⁷³⁴

De la misma manera, no se puede separar la lógica de la crítica. Todo momento de crisis genera situaciones sospecha o reproche al orden tradicional establecido por alguna autoridad (dogmatismo), de allí que la lógica se convierte en la herramienta que desafía el conocimiento impuesto por la autoridad sin mayor razón que el poder. Descartes y su Discurso del Método es una crítica a las convicciones de su época a través de la lógica y su duda metódica, para enseñar que allí donde hay convicciones inamovibles también debe existir duda.

Por lo tanto, cuando nos proponemos hacer un estudio sobre la lógica, lo primero que encontramos es que no se puede separar la lógica de la crítica. La lógica no es equiparable a una “gimnasia mental”, no es una simple abstracción formal de las operaciones que el pensamiento utiliza, sino un retorno reflexivo, que describe explícitamente lo que de todos modos hacemos implícitamente, o mejor aún, un retorno crítico.⁷³⁵

Esta forma de asumir la lógica subyace en la propuesta de la TCD y se compadece con sus tres niveles y las nociones de ORD, SIS y AMB. La lógica debe ser parte de una transformación o superación de la concepción descriptivista del fenómeno jurídico y tomar partida en una línea crítica y autoreflexiva.

Los conceptos dogmático-jurídicos

La Teoría Comunicacional entiende los conceptos jurídicos como palabras o términos que toman la forma de sustantivo que se encuentran en los textos jurídicos y adquieren su significado, por lo general, en ellos. Estos conceptos jurídicos, como se indicó anteriormente, pueden tener un significado natural o no natural y también pueden tener funciones distintas (informar, regular, describir, etc.).

⁷³⁴ ZULETA, E. *Lógica y crítica*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2003, pág. 22.

⁷³⁵ *Ídem*, pág. 27.

Existen tres tipos de conceptos en la TCD. En primer lugar, están los textos jurídicos ordinamentales (que aparecen en el ORD), luego están los conceptos jurídicos dogmáticos (los textos de autores que comentan los textos ordinamentales), y finalmente los conceptos jurídicos teóricos (pertenecientes a la teoría del Derecho). Es importante señalar que los textos jurídicos contienen conceptos jurídicos, se debe convenir que existen términos o palabras que son de carácter ordenador (título, libro, capítulo, etc.) que son indispensables para una estructuración del texto. Estos términos forman parte del co-texto y ordenen el material textual del ordenamiento (orden secuencial o numérico).

La TCD señala que en el escenario de los conceptos jurídicos se extiende un principio de relatividad y se traduce:

[...] en la idea de la relatividad de los conceptos jurídicos ordinamentales. Los términos que maneja el código civil español, y el sentido que les adscribe, son aspectos exclusivos del ordenamiento español. Ciertamente muchos de ellos poseen el mismo significado que, por ejemplo, el que puedan tener en el código civil francés. Esto se explica por razones históricas y de Derecho comparado. Los legisladores de ambos países trabajaron en la misma tradición de cultura jurídica, y además el legislador español se inspiró en gran parte del modelo francés. En otras ramas del Derecho español las coincidencias con el francés no son tantas, sino que los esquemas conceptuales se han podido inspirar en otras legislaciones.⁷³⁶

El anterior principio requiere la presuposición de cierta coherencia semántica, pues pese a que cada ordenamiento maneja sus propios conceptos, se necesita una tendencia a un orden homogéneo interno en el uso de las palabras, aunque esta pretensión no siempre se logra en los textos ordinamentales, una razón más para destacar la diferencia con el sistema y la función de éste último.

En la Dogmática jurídica, objeto de este capítulo, se encuentran los conceptos dogmáticos jurídicos, que son los verdaderos o auténticos términos

⁷³⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 519.

jurídicos en tanto realizan la conceptualización del texto ordinamental a partir del proceso de colonización, cosificación y codificación que se explicó antes. Sobre estos conceptos. Así las cosas, la finalidad de todo trabajo de Dogmática jurídica es la producción de conceptos dogmático-jurídicos que son parte del sistema jurídico, una totalidad textual que refleja y perfecciona el texto ordinamental, sobre este punto, Robles indica que:

Es en el seno de la Dogmática jurídica donde se elaboran y definen los conceptos jurídicos. Si el legislador, y en general, la autoridad “nombran” los conceptos, o al menos buena parte de ellos, el jurista científico se encarga de darles la forma definitiva, de profundizar en su significado y de revelar sus conexiones con los demás conceptos (“desvelamiento de la red de los conceptos dogmático-jurídicos”). [...] En efecto, sin conceptos no puede haber ciencia de ningún tipo, tampoco, por tanto, ciencia jurídica. [...] El legislador ordena, el jurista define.⁷³⁷

Los conceptos dogmático-jurídicos también tienen un grado de generalidad que permite una clasificación. El concepto de negocio jurídico, por ejemplo, es más general que el de contrato o de compraventa. Esto permite la creación de árboles genealógicos y el estudio de las partes generales y especiales de las áreas del Derecho. Esta idea de la TCD puede ser asociada con lo que Saul Kripke concibió como una debilidad o defecto de nuestro lenguaje y que implica, a la hora de nombrar –como verbo clave en la conceptualización– “algunas personas pueden dar un sentido al nombre ‘Aristóteles’; otras pueden darle otro.”⁷³⁸ Con esto se quiere indicar que esta falla o debilidad del lenguaje radica en que los nombres se asocian a familias de descripciones, algo que Wittgenstein señaló como parecidos de familia.

Considera este ejemplo: Si se dice “Moisés no existió”, eso puede significar las cosas más diversas. Puede querer decir los israelitas no tuvieron sólo un caudillo cuando salieron de Egipto, o: su caudillo no se llamaba Moisés, o: no existió ninguna persona que haya realizado todo lo que la biblia relata de Moisés, o etc., etc. Según Russell podríamos decir: el nombre “Moisés” puede ser definido mediante diversas descripciones. Por ejemplo, como: “el hombre que

⁷³⁷ *Ídem*, pág. 522.

⁷³⁸ KRIPKE, S. *El nombrar y la necesidad*. México: UNAM, 2005, pág. 35.

condujo a los israelitas a través del desierto”, “el hombre que vivió en ese tiempo y en ese lugar y que fue llamado entonces Moisés”, “el hombre que de niño fue sacado del Nilo por la hija del faraón”, etc. Y según asumamos una u otra definición la proposición “Moisés existió” recibe un sentido distinto y lo mismo toda otra proposición que trate de Moisés. Y si se nos dice “N no existió”, preguntamos también: “¿Qué quieres decir?”.⁷³⁹

Finalmente, se debe hacer una precisión, la distinción entre los conceptos dogmático-jurídicos y los conceptos teórico-jurídicos es que los primeros hacen parte del entramado de la dogmática jurídica y poseen diversos grados de generalización, estos conceptos tienen una referencia hermenéutica a un determinado texto ordinamental. Por el contrario, los conceptos teórico-jurídicos no están referidos, en principio, a un ordenamiento jurídico determinado, sino que tienen una pretensión de universalidad (en tanto se presentan en la Teoría del Derecho que es más generalista y abstracta). Un ejemplo de estos conceptos es el que hace la TCD con los términos ordenamiento, sistema y ámbito. Finalmente, los conceptos teórico-jurídicos provienen de la propia estructura del lenguaje humano como resultado de la necesidad de comunicación, de esta manera, todo fenómeno que afecta el lenguaje humano, afectará el lenguaje jurídico, sus textos y conceptos, en esto ha sido clara e insistente la TCD:

Los misterios del Derecho son los mismos misterios del lenguaje El lenguaje se adquiere mediante un largo proceso de aprendizaje que, en verdad, no acaba nunca. Dicho aprendizaje se lleva a cabo en una lengua (o en varias lenguas simultáneamente), y es un proceso que va de lo simple a lo complejo. Se realiza mediante el uso. Una persona puede usar correctamente una lengua sin saber nada de gramática, ni de lingüística, ni de semiótica. Cuando un individuo se pone a aprender esas cosas es porque posee una lengua en uso. [...] Vivimos inmersos en un mundo de representaciones simbólicas y de actos y procesos comunicacionales, en un mundo de significados: vivimos inmersos en el lenguaje, y eso sucede bajo alguna de sus formas, esto es bajo alguna de las lenguas o idiomas.⁷⁴⁰

⁷³⁹ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones Filosóficas*, 4ª edición. Barcelona: Crítica, 2008, pág. 99.

⁷⁴⁰ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 542.

La posición ontológica débil en la relación Derecho y lenguaje, que implica que primero se manifiesta a través del segundo, es posible porque la esencia del fenómeno jurídico es su pretensión comunicacional y forma parte de un mundo simbólico. Así como se estudia la estructura del lenguaje por medio de la gramática, la sintáctica o la semiótica, se estudian los textos jurídicos para obtener conceptos jurídicos.

El Sistema Jurídico: Sistema Didáctico-expositivo y Sistema Jurídico propiamente dicho

Cuando se utiliza el término sistema, suele referirse a diversos significados, por ello es importante diferenciarlos de palabras como conjunto y orden. De esta manera, el conjunto se caracteriza porque es una cantidad plural de elementos identificables por unas características determinadas, en las matemáticas suele tratarse el tema de la teoría de los conjuntos y posee una gran carga lógica y analítica. La idea de conjunto se toma de la planteada por Georg Cantor que lo considera como una colección en un todo de determinados y distintos objetos que hacen parte de nuestra percepción o nuestro pensamiento.

Conjunto es una pluralidad determinada de objetos bien definidos y bien distinguidos, tales como se presentan a nuestra observación o a nuestro pensar; estos objetos se llaman elementos del conjunto. Tales objetos bien pueden ser objetos físicos, materiales, o puras ideas, abstracciones matemáticas, por ejemplo, los números. El conjunto puede ser limitado a cierta cantidad de elementos, como los números enteros entre 1 y 100, pero también pueden contener elementos como todos los números enteros, cuya cantidad se llama comúnmente infinita, porque a cualquier elemento, tan grande como sea, se puede siempre añadir otro, aún más grande, sin que se pueda descubrir un fin para tal proceso.⁷⁴¹

En el campo jurídico suele también plantearse la idea de conjunto, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin⁷⁴² al señalar el carácter reduccionista de la

⁷⁴¹ BELLON, W. Cantor, el conquistador del infinito. En *Revista de la Universidad Nacional* (1944-1992), N°3. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1945, pág. 355.

⁷⁴² ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Normative Systems*. New York: Springer, 1971, pág.98 y ss.

teoría kelseniana indican que es mejor definir los sistemas jurídicos dejando abierta la discusión acerca de la clase de enunciados que lo integran a partir de la definición de Tarski de sistema deductivo entendido como un conjunto lógico de enunciados que abarca todas sus implicaciones lógicas. De esta manera los sistemas jurídicos son sistemas deductivos que llevan a concluir, al menos la existencia de una norma.

Por su parte, cuando se habla de orden se suele indicar que es un conjunto organizado de acuerdo con ciertos criterios, por ejemplo, alfabéticamente, este orden da forma al conjunto. Cuando se habla de orden de los elementos en un conjunto, esta característica no afecta su número de elementos, igualmente, el orden puede ser variable, es decir, atender a varios criterios y adoptar diversas formas (es vacilante), finalmente, el orden es necesario para asignar un cardinal y así poder separar los elementos y distinguir cada uno de los otros y no contarlos dos veces. No todo conjunto está ordenado.

La TCD, haciendo uso de las nociones precedentes, considera que el ORD es un conjunto de textos cuyo marco de referencia es el texto constitucional y al que lo acompañan los textos que son resultados de decisiones intraordinamentales; estos textos pertenecen al conjunto textual intraordinamental, que puede ser descrito como un conjunto de disposiciones o preceptos que se han generado a lo largo del tiempo. A la pregunta de si dicho conjunto es un conjunto ordenado, la respuesta es que no. Lo único que se podría identificar es una sucesión de textos que se dan a lo largo del tiempo, y si bien la codificación significó un paso enorme a la hora de presentar los textos y sus proposiciones, ello no significa que exista un orden en estricto sentido, pues, tal y como se ha sostenido, el texto ordinamental tiene una pretensión de orden, pero no implica que sea ordenado en sí mismo; de hecho, afirmar que existe orden en el ordenamiento jurídico es más un discurso romántico o ideal que real.

¿Podemos afirmar sin más que dicha materia textual “bruta” forma un conjunto ordenado? Creo que no.

Antes, al contrario, hay que convenir que no existe un ordenamiento jurídico que se presente como un conjunto ordenado. La realidad es que la materia textual “bruta” produce siempre la impresión (certera, sin duda alguna) de cierto caos, y en ocasiones un caos completo.⁷⁴³

La palabra caos aparece de nuevo aquí y resulta familiar, ¿la razón? La visión optimista de la hermenéutica, que pretendo atribuir a la TCD de Gregorio Robles parte de una lucha contra la arbitraria interpretación y la mala comprensión, es decir, busca combatir ese caos textual al ordenarlo y aclararlo. Así, la hermenéutica no es la responsable del caos que supone la multiplicidad de interpretaciones y que sacrifica el concepto de verdad, es, al contrario, aquella que va a eliminar dicho escenario caótico.

Lo que existe, entonces, es una tendencia al orden, o, en otras palabras, puede ser pensado obligatoriamente como un orden. El ordenamiento jurídico recibe ese nombre (que supone orden) no porque en realidad se presente y concrete como una estructura ordenada acabada, sino porque debe ser considerada de esa manera, es decir, tiene tendencia al orden. Esta explicación resuelve la cuestión de por qué autores como Hart o Kelsen consideran que el ordenamiento jurídico es efectivamente un orden dejando de lado una reflexión epistemológica más profunda (crítica al modelo positivista descriptivista).

La realidad enseña que no existe un ordenamiento jurídico estrictamente ordenado, el orden es una aspiración más que una realidad, la idea de ordenamiento jurídico puede entonces asimilarse a la de un rizoma, un concepto filosófico desarrollado por Deleuze y Guattari que surge análogamente del concepto biológico de rizoma (un tallo subterráneo con varias yemas o extensiones que crecen de forma horizontal emitiendo raíces y brotes herbáceos de sus nudos). Así, se designa como rizoma a una imagen del pensamiento el cual carece de una forma definida y un orden de expansión

⁷⁴³ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 550.

determinado en el cual las partes viejas mueran dando paso a partes nuevas. De esta manera, el rizoma es un modelo descriptivo epistemológico que calza en la idea de ordenamiento jurídico como estructura sin orden real, bajo este modelo la organización de los elementos no sigue líneas de subordinación jerárquica, sino que, por el contrario, cualquier elemento puede afectar o incidir en cualquier otro, lo que lleva a una imagen caótica.

Un rizoma como tallo subterráneo se distingue radicalmente de las raíces y de las raicillas. Los bulbos, los tubérculos son rizomas. Pero hay plantas con raíz o raicilla que desde otros puntos de vista también pueden ser considerados rizomorfas. Cabría pues preguntarse si la botánica, en su especificidad, no es enteramente rizomorfa. Hasta los animales lo son cuando van en manada, las ratas son rizomas. Las madrigueras lo son en todas sus funciones de hábitat, de provisión, de desplazamiento, de guarida y de ruptura. En sí mismo, el rizoma tiene formas muy diversas, desde su extensión superficial ramificada en todos los sentidos, hasta sus concesiones en bulbos y tubérculos: cuando las ratas corren unas por encima de otras. En un rizoma hay lo mejor y lo peor: la patata y la grama, la mala hierba.⁷⁴⁴

El concepto de rizoma, así entendido, se adopta de la estructura de algunas plantas subterráneas y de eje horizontal en el cual sus elementos no siguen una línea jerárquica como se indicó, es decir, puede funcionar como raíz o como tallo sin importar su posición. Esto en oposición al modelo arborescente en el cual la metáfora del árbol como una planta vertical que denota organización jerárquica y dicotómica dando más importancia a lo que está y se ve arriba. Este modelo de pensamiento rizomático tiene unas características o principios⁷⁴⁵ que bien pueden ser compartidas por la idea de ordenamiento jurídico:

- a. Principio de conexión y heterogeneidad: según el cual el rizoma es una unidad heterogénea que puede conectar un punto con otro.
- b. Principio de multiplicidad: el rizoma no se redujo ni a lo uno ni a lo múltiple, no empieza ni acaba, siempre está en el medio y expandiéndose.

⁷⁴⁴ DELEUZE, G y GUATTARI, F. *Mil mesetas...*, 2008, *op. cit.*, pág. 13.

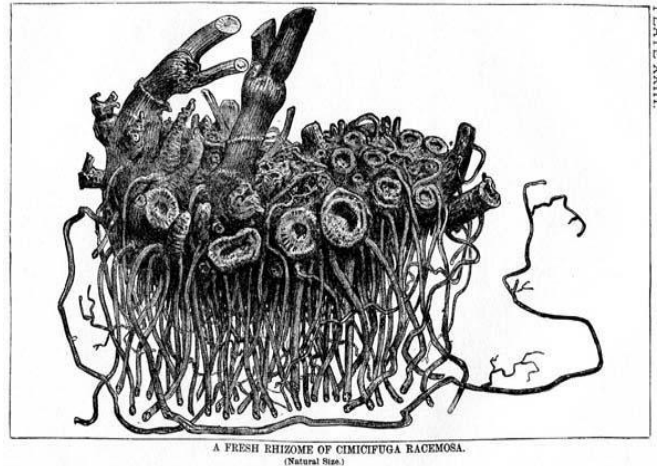
⁷⁴⁵ VASQUES, I. La axiomática estética: esquizoanálisis y rizoma. *En Revista Praxis Filosófica*, N° 27, julio-diciembre. Cali: Universidad del Valle, 2008, pág. 261.

c. Principio de rupturas significantes: un rizoma está sujeto a líneas de fuga que apuntan a direcciones nuevas en lugares vacíos.

d. Principio de cartografía o calcomanía: el rizoma no reproduce una estructura de calco sino cartográfica o de mapa, es decir, está abierto a recibir modificaciones, a ser alterado y adaptado.

Pensar el ordenamiento jurídico como un rizoma no resulta descabellado. Se trata de un conjunto que no está ordenado y se presenta de forma vertical desplegando raicillas (textos parciales) que se desprenden de una raíz (texto constitucional) pero sin una jerarquía clara en su desarrollo ni una forma precisa, sólo expandiéndose y reconocible quizás por su producción cronológica que genera una imagen enredada en la que poco a poco mueren y nacen nuevos textos parciales y se pierde de vista su origen y destino. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico existen textos que se conectan unos con otros y tratan de un mismo tema: el Derecho (principio de conexión), además estos textos se multiplican y reproducen sin que se pueda identificar claramente un origen y un fin (principio de multiplicidad), presentan líneas de fuga que se traduce en la colonización de espacios no cubiertos por el fenómeno jurídico o que contradicen posiciones hegemónicas situando nuevas posiciones (principio de ruptura significativa) y, finalmente, están abiertos a modificaciones o adaptaciones (principio de cartografía).

Imagen 18. Rizoma fresco de una *cimicifuga racemosa*.



Fuente: imagen del archivo de *Bulletin of the Lloyd Library*.⁷⁴⁶

Ante la idea rizomática del ordenamiento jurídico, la TCD indica que lo que existe es cierta tendencia al orden (aún en el rizoma hay una raíz principal de la que se desprenden raicillas), por lo que la tarea principal de la ciencia de los juristas es presentar un conjunto ordenado de materiales textuales que componen un ordenamiento jurídico puntual, en tanto:

Tenemos materiales, pero no edificio, es necesaria la aplicación de la Ciencia de los juristas a ese material disperso. [...] La primera tarea de los juristas teóricos es precisamente presentar en el orden adecuado el material textual “bruto”; esto es, hacer de un conjunto ordinamental un orden ordinamental.⁷⁴⁷

El Derecho no se manifiesta como un orden coherente y claro, de nuevo, tiene esa pretensión, por lo tanto, hay que construir dicho orden y coherencia con el material que se tiene proveniente de las decisiones de las autoridades. El esfuerzo histórico por construir el orden del ordenamiento jurídico ha mostrado diferentes teorías e intentos, desde la tópica en el imperio romano hasta los desarrollos de la posteriores a la segunda guerra mundial. A la par con esta evolución, las necesidades de la enseñanza del Derecho contribuyeron para que fuese necesario presentar una estructura ordenada,

⁷⁴⁶ LLOYD, U. *Fresh rhizome of a cimicifuga racemosa* [imagen JPEG], 1898. Recuperada de: https://www.henriettes-herb.com/eclectic/kings/pics/kings-cimicifuga_root.html

⁷⁴⁷ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 551.

clara y comprensible de ese ordenamiento, surgió así lo que la TCD denomina *orden expositivo* o también sistemático (que no es igual al sistema).

Este concepto de “orden sistemático” no es equivalente al concepto de sistema (SIS), tal como lo usamos en esta obra. Aquel es meramente expositivo, mientras que éste, además de que pueda responder también a las exigencias de una exposición didáctica del Derecho, representa la mejor versión del ordenamiento jurídico de referencia.⁷⁴⁸

En otras palabras, el hecho de que una obra de Dogmática jurídica presente un orden, necesario para su exposición y comprensión (como la de un tratado de derecho mercantil) no implica que dicha obra sea parte del sistema, el orden expositivo se trata entonces de una característica común. Orden sistemático no es lo mismo que sistema jurídico. Todo orden sigue los lineamientos de un sistema por lo que, al final, todo orden es necesariamente sistemático, pero no sistémico; por tanto, diferenciar entre orden sistemático y sistema jurídico es diferenciar lo sistemático de lo sistémico.

Hecha la anterior reflexión, la TCD permite analizar tres niveles: i) el material textual en bruto que lo proporciona el ordenamiento jurídico, ii) el orden sistemático o expositivo de dicho material ordinamental en bruto y iii) el sistema propiamente dicho SIS. Cada uno de estos niveles tiene un tipo de texto correspondiente. Los del ordenamiento jurídico son originarios de las decisiones de autoridades jurídicas, por su parte, los textos del orden expositivo del Derecho provienen de las obras de los juristas que comentan y sistematizan los textos del ordenamiento.

Finalmente, los textos del sistema propiamente dicho (SIS) contienen normas, principios y doctrinas aplicables en un determinado caso, en este último caso, los textos del sistema (SIS) se originan en los juristas que tienen un orden sistemático (de exposición) pero que se evidencian en las propuestas normativas que reflejan el ordenamiento, otra forma de decirlo, el orden sistemático es visible en los libros de Derecho (bastaría con leer su tabla de

⁷⁴⁸ *Ídem*, pág. 54.

contenido o índice), por el contrario, el sistema no es perceptible tan fácilmente pues requiere de un análisis del Derecho vigente y la forma de aplicación del juez o tribunal. La siguiente tabla lo puede ilustrar de una forma más clara.

Tabla 2. Diferencias entre ordenamiento ORD, orden sistemático y sistema SIS.

Nivel	Origen	Contenido
Ordenamiento Jurídico (ORD)	Decisiones de autoridades jurídicas (Constitución, Ley, Sentencia judicial, etc.).	Decisión con pretensión de orden y claridad.
Orden Sistemático	Obras de juristas estudiosos del Derecho (tratados, teorías, libros).	Exposición sistemática de un determinado tema del Derecho.
Sistema Jurídico (SIS)	Trabajos de juristas visibles en propuestas normativas concretas (normas).	Normas jurídicas.

Fuente: elaboración propia.

El concepto de SIS supone, en palabras de Robles, “la máxima racionalización del ordenamiento jurídico”⁷⁴⁹, pero no en un sentido axiológico o en términos de justicia, sino en un plano operativo principalmente que prepara o procesa el material jurídico para ser aplicado posteriormente a un caso concreto. De esta manera, el SIS permite un mejor conocimiento del ORD pues permite que despliegue su potencialidad semántica en tanto entre ORD y SIS hay una constante tensión que se desarrolla y resuelve con en análisis que ofrece el espiral hermenéutico a la hora de indagar por cómo se crea y aplica el Derecho, este espiral es una especie de juego “que no es estático, sino dinámico, ya que se prolonga necesariamente a lo largo del tiempo.”⁷⁵⁰

Lo anterior, en un análisis textual, implica diferenciar, comparar y relacionar el texto que se origina en las autoridades (ordenamiento), el texto que se origina en el trabajo de los juristas estudiosos del Derecho (orden sistemático) y el texto que recoge las propuestas normativas y doctrinales que

⁷⁴⁹ *Ídem*, pág. 555.

⁷⁵⁰ *Ídem*, pág. 556.

en un momento reflejan de mejor manera los contenidos semánticos del ordenamiento (sistema).

La Teoría comunicacional al diferenciar entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico en los términos explicados a lo largo de esta tesis acerca argumentos para asestar una crítica al modelo positivista y su matiz realista que se fundamenta en la realidad de las cosas y no en su pretensión de concepciones platónicas o irrealizables. La crítica de Robles es clara aquí:

El positivismo se empeña en que la realidad misma es sistémica porque parte del supuesto de que la ciencia se limita a describir su objeto. Si la ciencia sólo describe su objeto, es evidente que no se puede añadir nada que no esté en el objeto. Y si la ciencia presenta los resultados de su investigación en sistema, también es evidente que el objeto mismo tiene que poseer esa característica: el ser sistema. Me parece que ninguna ciencia es meramente descriptiva, ni siquiera las ciencias naturales, ni tampoco las matemáticas. Pero mucho menos lo son las Ciencias sociales y humanas.⁷⁵¹

La anterior posición radica en la pretensión empirista de calidad objetiva de las observaciones contenidas en las proposiciones básicas, en otras palabras, el conocimiento válido o legítimo debe ser accesible a partir de lo evidente y sin intervención de la subjetividad del observador. De esta manera, el empirismo asume una teoría del conocimiento como una relación cognitiva entre el sujeto y el objeto en la que cree que los enunciados científicos son

[...] reflejos de los hechos en sí; (pero) más bien traen a expresión éxitos y fracasos en nuestras operaciones. [...] los hechos de experiencias científicas relevantes se constituyen como tales, merced a una organización previa de nuestra experiencia en el círculo de funciones de la acción instrumental.⁷⁵²

Así las cosas, los enunciados de ciencias de carácter empírico y deductivas captan hechos y relaciones, pero no se puede olvidar que detrás de todo ello existe toda una experiencia previa que nos permite realizar procesos de comprensión, al final, todos los enunciados descriptivos que podemos usar (incluyendo leyes científicas) existen y se pueden usar porque

⁷⁵¹ *Ídem.*

⁷⁵² HABERMAS, J. *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos, 1984, pág. 169.

podemos interpretar nuestra experiencia de acuerdo con ciertas categorías. Es decir, nuestros enunciados descriptivos, entre los que se encuentran las leyes científicas, son posibles porque nuestra experiencia es interpretada o construida de acuerdo a ciertas categorías.

La realidad social no es una realidad a secas, sino una realidad percibida desde un determinado punto de vista. Podemos percibir solamente aquella realidad que nos aparece mediante las categorías teóricas usadas. Sólo dentro de ese marco, los fenómenos llegan a tener sentido, y sólo podemos percibir los fenómenos a los cuales podemos dar cierto sentido.⁷⁵³

Las ciencias histórico-hermenéuticas reúnen un conjunto de autores y posiciones que cuestionan la idea positivista del Derecho vista antes y su pretensión de constituir un único discurso y método científico universal. Esta tradición hermenéutica e histórica en la epistemología encuentra sus orígenes en Aristóteles y su idea de que se deben investigar el sentido, la orientación, las causas finales, el para qué de los fenómenos, en suma, un proceso más amplio que el simple describir. Recientemente, la filosofía de autores como Hegel, Ranke, Windelband, Ricket, Schleiermacher, Dilthey, Gadamer, Ricoeur, entre otros, nos acercan a la idea de que las ciencias sociales, del espíritu o humanas no se pueden abordar del mismo modo que las naturales en tanto se tratan de objetos diferentes, y requieren un estatuto epistemológico diferente. De esta manera se renuncia a las explicaciones de tipo general y fundamentadas en leyes universales e infalibles para lograr así conocimiento objetivo y preciso.

Si algo caracteriza a estas ciencias hermenéuticas es su desacuerdo con que las ciencias sociales se deban explicar a leyes generales, pues éstas se comprenden en busca de su sentido, aun teniendo concepciones diversas sobre éste. No se trata entonces de desconocer la racionalidad científica que es de carácter empírico deductiva, se trata de cuestionar el reduccionismo para poder crear un estatuto epistemológico propio de las ciencias sociales.

⁷⁵³ HINKELAMMERT, F. *Las armas ideológicas de la muerte*. Salamanca: Sígueme, 1978, pág. 9.

Bajo lo anterior, la validación de los enunciados no se realiza “en el sistema de referencia de control de las disposiciones técnicas.”⁷⁵⁴ La constatación de los hechos ya no se sustenta por la observación y la experimentación sino por la comprensión de los sentidos. En el caso de la interpretación de textos se cambia la contrastación de una hipótesis basada en leyes científicas universales por las reglas de la hermenéutica que le es aplicable a las ciencias del espíritu en tanto tienen como objeto obras de creación humana, sobre este punto, Habermas afirma que los textos:

[...] deben ser dados como evidentes, [a esto] ha anudado el historicismo la ilusión objetivista de la teoría pura, y parece como si el intérprete se situase en el horizonte del mundo o del lenguaje, horizonte del cual extrae su sentido un hecho histórico transmitido. También aquí se constituyen los hechos sólo en relación a sus patrones de contrastación.⁷⁵⁵

Por lo anterior, la función del intérprete, el observador del fenómeno social intérprete debe situarse en el mundo del lenguaje del cual se extrae el significado de las proposiciones, pues al final, el lenguaje es la expresión, mediante signos y símbolos, de las vivencias, experiencias y deseos de un autor.

[...] en el horizonte del mundo o del lenguaje del cual extrae su sentido un hecho histórico transmitido". Es decir, el sentido de los hechos espirituales residiría en sí mismo y en la relación establece con una realidad "objetiva" la cual sería "el horizonte del mundo o del lenguaje."⁷⁵⁶

Esta explicación transmite la idea de una hermenéutica como aquella que sustenta la pretensión de verdad de las ciencias sociales, sería el equivalente de la lógica en las ciencias naturales, pero además con una ventaja: una actitud crítica que se resiste a someterse a la hegemonía del método científico a la que sucumbió el modelo positivista jurídico en su afán por lograr la cientificidad propia de las ciencias exactas. En este orden de ideas

⁷⁵⁴ HABERMAS, J. *Ciencia y técnica...*, 1984, *op. cit.*, pág. 170.

⁷⁵⁵ *Ídem*, pág. 171.

⁷⁵⁶ *Ídem*.

puede notarse que la TCD es un esfuerzo crítico de emancipación fiel a las ciencias histórico-hermenéuticas.

Según Habermas, las ciencias sociales críticas son autorreflexivas, es decir constituyen procesos cognoscitivos abiertos de aprendizaje social, mediante los cuales se busca superar los discursos de dependencia a los poderes hipostasiados: la Ley, la Economía, el Mercado, el Orden Social, el Estado y otros. Las ciencias críticas emancipatorias constituyen discursos de cuestionamiento a toda forma de poder de las minorías que organizadas en instituciones sacralizadas buscan conservar sus poderes y privilegios, en nombre de un discurso científico que pretenden irrefutable y definitivo.⁷⁵⁷

Esta línea, como se indicó, es seguida por la Teoría comunicacional. Ante la obsesión descriptivista del positivismo la TCD busca que como exigencia metódica se aplique el constructivismo hermenéutico. En el caso del fenómeno jurídico resulta claro que el concepto de sistema jurídico (SIS) no es el resultado de la mera descripción del ordenamiento jurídico (ORD) sino “de la construcción de sus significados potenciales, construcción que conlleva necesariamente una carga de creatividad.”⁷⁵⁸ La tesis positivista que equipara ordenamiento con sistema se cae cuando los mismos autores que la sostienen (con o sin intención) realizan trabajos de dogmática jurídica y critican o cuestionan lo establecido en el ordenamiento, es decir, crean orden sistemático y sistema sin ser conscientes de ello, asumen pues, una contradictoria e ilusoria noción de lo que es una descripción en la que incluyen “propuestas interpretativas, llegando incluso –si les parece oportuno- a corregir al mismo legislador.”⁷⁵⁹

Características del sistema jurídico

La TCD muestra que el sistema jurídico –SIS– tiene las siguientes características⁷⁶⁰:

⁷⁵⁷ VERGARA, J. La crítica de las ciencias y de la modernidad. En *Revista Polisemia*, N°10, julio-diciembre. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2010, pág. 44.

⁷⁵⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 556.

⁷⁵⁹ *Ídem*.

⁷⁶⁰ *Ídem*, pág. 559 y ss.

- A. El SIS refleja el ORD de referencia.
- B. El SIS influye en la elaboración del ORD en sus fases de su desarrollo.
- C. El SIS tiene carácter doctrinal.
- D. El SIS tiene un carácter práctico.
- E. El SIS es el resultado de un proceso de construcción hermenéutica.
- F. En el SIS se encuentran las normas jurídicas propiamente dichas.
- G. El SIS es dinámico y variable.
- H. El SIS es compatible con el procedimiento tópico.
- I. El SIS no es lo mismo que el orden sistemático (ciencia expositiva de los juristas).
- J. El SIS se reconoce por la opinión dominante o hegemónica aceptada por los tribunales en la jurisprudencia.
- K. El SIS no es un sistema axiomático.
- L. El SIS no es un sistema social.
- M. El SIS presenta el sentido actual de las instituciones jurídicas.

Cuando se afirma que el SIS refleja el ORD se indica que cada ordenamiento va acompañado de un sistema, lo que supone, como se ha dicho antes, cierto grado de organización de la comunidad (en especial la presencia de escritura). Esa consideración es relevante pues permite entender que no existe un sistema jurídico universal (posición defendida por el iusnaturalismo), sino que cada sistema es el reflejo de un ordenamiento puntual y está conformado por una totalidad textual (texto sistémico) que se construye mirando constantemente, en un camino de ida y vuelta, el texto ordinamental, por lo tanto, el sistema no puede jamás perder de vista el objeto que refleja, este es el ORD.

La metáfora del reflejo es adecuada, para, entre otras cosas, reforzar la crítica al positivismo que hace la TCD. Parte de que la mente humana es impresionable a la hora de relacionarse con los objetos que la rodean al igual que un espejo, dicho esto, para el positivismo la ciencia (natural o social) refleja

la realidad que investiga al igual que lo hace un espejo lo hace con la realidad física. Con esto, la descripción positivista se presenta como objetiva y verdadera al no admitir juicios de valor (distorsiones) sobre la realidad y verdadera en tanto existe correspondencia entre el objeto y su reflejo.

Pues bien, cuando desde la Teoría Comunicacional del Derecho afirmamos que el sistema jurídico refleja el ordenamiento jurídico no estamos diciendo que lo refleja de modo similar a como refleja un espejo. La Teoría Comunicacional no es positivista. El reflejo significa en ella que el todo textual que es el sistema se construye siempre y en todo momento con la vista puesta en el todo textual que es el ordenamiento. El sistema no pretende otra cosa que reflejar en cada momento el “verdadero” sentido del texto fundamental.⁷⁶¹

El texto ordinamental es el punto de partida para la construcción del sistema, pero no se queda simplemente en la contemplación, implica la profundización para encontrar el verdadero significado de las disposiciones de los textos ordinamentales (Constitución, leyes, *rationes decidendi*, etc.), significado que no es perceptible por la simple lectura del texto del ordenamiento. Esta función de reflexión propia del sistema respecto del ordenamiento también implica que se hacen visibles en aquel todos los textos parciales de éste. El reflejo se puede evidenciar en la jurisprudencia que acoge la tesis del jurista y la convierte en una “tesis interpretativa sistémica.”⁷⁶² El reflejo sistémico es equiparable entonces a los comentarios que se realizan sobre una obra literaria en tanto ambos desentrañan el sentido de un determinado texto para ordenarlo y darle claridad.

Pero también la TCD insiste en que el sistema influye en la elaboración del ordenamiento y sus sucesivas fases de su desarrollo. Esto debido a que la relación entre ORD y SIS no es estática y permite que el legislador o cualquier autoridad jurídica conozca, se apropie y aplique las enseñanzas y teorías de los textos expositivos sistemáticos y los sistémicos. Para nadie es un secreto que, entre las jurisprudencias, por ejemplo, existe un vínculo estrecho entre

⁷⁶¹ *Ídem*, pág. 561.

⁷⁶² *Ídem*, pág. 562.

doctrina y decisión, lo mismo podría decirse del pensamiento del legislador que sustenta una determinada decisión legislativa. Por esta razón es que el sistema didáctico expositivo cambia al unísono con el ordenamiento en virtud del concepto de Derecho vigente (como resultado hermenéutico). Esta es una forma de ver el Derecho en armonía con una función holística que enseñe a leer y argumentar textos jurídicos con una sólida base comunicacional.

Las facultades de Derecho no son espacios para aprender sólo sobre doctrina jurídica. Más importante aún, son espacios para aprender cómo ir y venir entre los hechos y el Derecho, de manera que cada uno informe al otro. [...] Un abogado necesita saber cuándo parar de leer y empezar a argumentar. [...] Las sentencias no pueden enseñar nada de esto si se leen sólo por las posiciones doctrinales que presentan. [...] Aprender Derecho es casi como aprender un nuevo lenguaje: los dos exigen involucrarse en la práctica misma. [...] Todo el Derecho es contextual.⁷⁶³

Otra característica del sistema jurídico es su carácter doctrinal en tanto se encuentra en textos que pueden explicar la creación y aplicación del Derecho a partir de estudios rigurosos hechos por juristas. Esta doctrina jurídica se presenta en tres dimensiones: la primera es conocer y dar a conocer un ordenamiento jurídico determinado, en segundo lugar, va dirigida a unos destinatarios concretos, por lo general operadores jurídicos y comunidad en general dado que tiene una función comunicacional-pedagógica. Finalmente tiene una pretensión de aplicación práctica para la resolución de problemas concretos. La TCD asume una idea de doctrina jurídica de carácter hermenéutico tal como la planteada por Mark Van Hoecke:

[...] voy a definir la doctrina jurídica como una “disciplina empírico-hermenéutica”. En efecto, tiene aspectos empíricos que la hacen perfectamente comparable con todas las disciplinas empíricas, pero el núcleo principal de la doctrina jurídica es la interpretación, y esto es algo que tiene en común con otras disciplinas (la teología o los estudios literarios).⁷⁶⁴

⁷⁶³ KAHN, P. *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2017, pág. 49-52.

⁷⁶⁴ VAN HOECKE, M. Doctrina jurídica ¿qué método(s) para qué tipo de disciplina? En *Revista Ciencia Jurídica*, año 3, N°6. Ciudad de Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 2014, pág. 130.

La doctrina jurídica es una disciplina hermenéutica, como la literatura y la historia, cuyo objeto de investigación son los textos jurídicos, pero también es argumentativa en tanto este escenario amplía el espectro interpretativo ofreciendo razones en favor de una interpretación sobre otras para ser aplicada a un caso concreto.

Lo que se enfatiza aquí es la argumentación para defender alguna interpretación o solución jurídica, más que la interpretación en sí misma. El enfoque argumentativo tiene la ventaja de situar las cosas en una perspectiva más amplia. Nos permite dar un paso atrás en el texto interpretado o cualquier otro documento.⁷⁶⁵

Continuando con las características del sistema jurídico nos encontramos con su carácter práctico que busca aclarar y ordenar el contenido del ordenamiento jurídico para su mejor comprensión y así extraer el Derecho vigente. Por esta razón la Ciencia de los juristas es una ciencia práctica dado que su objetivo es el conocimiento para poder ser aplicado y casos concretos, en este orden de ideas, la Ciencia de los juristas es un “tipo de conocimiento que puede ser considerado teórico-práctico. El texto sistémico reúne estas dos cualidades.”⁷⁶⁶ por lo que no es posible la idea de sistema jurídico y su construcción “sin referencia alguna al contexto práctico de su operación (aplicación concreta como marco o contexto de interpretación.”⁷⁶⁷ Esto coincide con la famosa postura de Alf Ross sobre la importancia de la pragmática para determinar con contenido del Derecho vigente:

Tenemos que analizar, por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. [...] Al igual que la doctrina de las fuentes, una doctrina del método que se proponga servir como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ *Ídem*, pág. 131.

⁷⁶⁶ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 570.

⁷⁶⁷ TWINNING, W. *Blackstone's Tower: The English Law School*. Londres: Sweet & Maxwell, 1994, pág. 134.

⁷⁶⁸ ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia...*, 2005, *op. cit.*, pág. 40.

El sistema jurídico es resultado de una construcción hermenéutica, esta es otra de sus características. Su materia prima es el texto ordinamental en bruto que se termina con un texto elaborado (sistémico). En este apartado, la TCD ha sostenido que no se puede identificar el Derecho con ordenamiento jurídico (aunque su totalidad textual es el punto de partida y marco de referencia de todos los procesos comunicacionales). Ahora, el sistema jurídico de cada momento es el resultado de la construcción hermenéutica en la que hay varios participantes y que, dependiendo de los procesos comunicativos del ámbito jurídico, se concretara con técnicas y métodos de interpretación puntuales. Así pues, encontrar el texto sistémico no es una tarea simple pues ella requiere de la existencia de algunos criterios para su búsqueda. En palabras de Robles esto tiene que ver con los términos alemanes *Rechtsfindung* y *Rechtswinnung* (hallazgo y obtención del Derecho):

El término "*Rechtsfindung*" significa literalmente el acto de encontrar o hallar el Derecho; acto que supone necesariamente la búsqueda del mismo. La idea es sugerente. El Derecho no se nos da ya acabado en los códigos y las leyes; si así fuese, la tarea de encontrarlo no sería demasiado compleja: bastaría con consultar los textos legales, y punto.

"*Rechtswinnung*" sugiere que es preciso ir un poco más allá. Se puede traducir como el acto de obtener el Derecho. "*Gewinnen*" es un verbo que significa ganar, obtener, conseguir, se supone que después de una determinada tensión y cierto recorrido más o menos fatigoso para alcanzar una finalidad propuesta.⁷⁶⁹

La TCD construye su concepto de sistema jurídico a partir de esta explicación. El sistema se encuentra después de un arduo trabajo de obtención que utiliza las herramientas de la hermenéutica para crear un nuevo texto (sistémico) a partir de uno de referencia (ordinamental). De esta manera, la concepción propia de la TCD es defensora de la tesis de que la construcción hermenéutica del sistema opera sobre el texto ordinamental, por lo tanto, el Derecho es:

⁷⁶⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 572.

[...] una disciplina fundamentalmente hermenéutica; una disciplina que cuenta también con elementos empíricos, argumentativos, lógicos y normativos. La descripción en el Derecho está estrechamente vinculada a su interpretación y, cuando describe el Derecho, el jurista está formulando hipótesis sobre su existencia, validez y significado. El nivel de sistematización y conceptualización es el nivel de la construcción de teorías en la doctrina jurídica.⁷⁷⁰

Otra de las características indicadas del sistema es que en él se encuentran las normas jurídicas. Análogamente puede pensarse en la construcción de un edificio (el sistema), y para ello se quiere, inicialmente de unos planos que equivaldrían a la Teoría formal del Derecho, en especial la teoría de las normas jurídicas, es decir, “sin un modelo teórico de las normas jurídicas no sería posible construir el sistema jurídico.”⁷⁷¹ Sobre esta tesis según la cual las normas jurídicas y el sistema son el resultado de una construcción y que dichas normas se encuentran en aquel, ya en 1980 la defendía Robles.⁷⁷²

El ordenamiento jurídico, como se ha indicado innumerables veces, proporciona el material textual bruto y potencialmente normativo. Para construir el sistema se parte de las proposiciones del texto ordinamental para trascender y hallar las normas jurídicas presentes en éste, pero no detectables a simple vista o un primer análisis. Dichas normas jurídicas, como se explicó anteriormente, pueden ser directas (establecen acciones en sí mismas consideradas) e indirectas (regulan fuentes y elementos espaciales, temporales y de competencia) de la acción. Este modelo propuesto por la TCD es la plantilla o plano para construir las normas jurídicas.

Sumado a lo anterior, el sistema jurídico es variable y dinámico y cambia al compás del ordenamiento en tanto los textos que lo componen se modifican cada cierto tiempo. De esta manera el sistema expositivo que presenta de

⁷⁷⁰ VAN HOECKE, M. *Doctrina jurídica...*, 2014, *op. cit.*, pág. 144.

⁷⁷¹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 574.

⁷⁷² Cfr. ROBLES, G. Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº. 60, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 47-64. Recogido en ROBLES, *Epistemología y Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1982, pág. 131-149.

manera ordenada la materia textual del ordenamiento se convierte en función esencial de la Dogmática jurídica. Robles, recordando la obra de W. Wilburg, dice:

No sólo cambia el sistema expositivo o didáctico. También está sujeto a esta ley el sistema jurídico en sentido propio. Por eso *Wilburg* ha dado nombre a esta realidad: habla de “*bewegliches System*” –que suele traducirse como “sistema móvil-. Este autor sostiene que la idea de que hay partes del ordenamiento jurídico-él se refiere al Derecho alemán- que son rígidas, esto es, que no cambian y también parte que cambian con cierta fluidez.⁷⁷³

Una característica más es la compatibilidad del sistema jurídico con la Tópica. El concepto de tópica alude a una forma de pensamiento orientada a la resolución de problemas (originada con la filosofía aristotélica y en el Derecho ilustrada por Viehweg). Se entiende como el conjunto de lugares comunes (topoi) que sirven de base para ofrecer razones o argumentos a la hora de resolver un problema. Theodor Viehweg, el pensador más reconocido en materia de tópica jurídica, plantea que el pensamiento jurídico es tópico y no sistemático.

[...] no podemos desconocer los serios aportes efectuados por Viehweg en la reactivación de la tópica en el saber jurídico. Su doctrina, que ayudó a cimentar el nacimiento de la llamada Escuela de Maguncia, se estructuró en torno a tres ejes centrales: En primer término, al rol otorgado a los conceptos de “problema” y “aporía”; en segundo término, al papel de la tópica en la orientación antisistemática y antilogicista; y, en tercer término, a la relevancia del concepto de topos o tópico. Respecto de los conceptos de “problema” y “aporía”, Viehweg arranca de la descripción del modo de pensar a la tópica en el Derecho como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema. De ahí que la defina como “técnica del pensamiento de problemas o del pensamiento problemático”. El punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida real, un estado de cosas que configura lo que Viehweg llama una “aporía”. Una aporía significa, para aquél, una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. Y es esa cuestión la que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina “tópica o arte de la invención”. Así, pues, la tópica es,

⁷⁷³ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 592.

de acuerdo con la distinción de Cicerón a que antes se aludió y que Viehweg hace suya, un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas –de tópicos– que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional y elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas³³. De este modo, Viehweg define “problema” como “toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución.”⁷⁷⁴

Lo anterior parece sugerir que la tónica es incompatible con la idea de sistema. Esto a partir de que la Ciencia (cuyo modelo es la matemática) recurre a procesos deductivos, esto a diferencia de la Jurisprudencia (una disciplina prudencial y tónica) que ofrece una estructura opuesta: va de lo concreto o particular a lo general. Pero Viehweg presenta una situación problemática cuando menos, ya que:

Supone un desenfoque porque, al referirse al sistema está pensando en el sistema axiomático o deductivo que es propio de las Ciencias Matemáticas. Es evidente, por ejemplo, que por mucho que en determinadas épocas algunos pensadores hayan soñado con matematizar el Derecho haciendo posible un sistema deductivo; la realidad ha demostrado en todo momento que eso no es posible. Si fuera posible sobrarían los jueces y todos los demás operadores jurídicos.⁷⁷⁵

En este sentido, la tesis de la TCD es de defensa a la idea de sistema en tanto en referencia al sistema expositivo o didáctico como en referencia al sistema jurídico propiamente dicho. Esto porque al ser un sistema de construcción hermenéutica presenta una totalidad textual ordenada conforme a ciertos criterios que la tradición ha mostrado útiles para comprender el sentido de los textos y ofrecer soluciones a los problemas concretos. Por esta razón no hablamos de un sistema deductivo sino hermenéutico, y ello no

⁷⁷⁴ BELTRÁN, R. La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, segundo semestre. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012, pág. 594-595.

⁷⁷⁵ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 594.

significa que no se puedan hacer deducciones al interior del proceso, sólo que esa no es su esencia, recordemos la posición de Habermas: la hermenéutica es a las ciencias sociales lo que la lógica es a las ciencias naturales. El pensamiento jurídico, en esto coinciden la TCD y la tópica, no puede estar amarrado o sometido a un proceso deductivo. “En suma, aunque un razonamiento tenga forma deductiva, en cuanto a su estructura general, tanto antes como durante su transcurso estará condicionado por las decisiones de quien interpreta y/o aplica.”⁷⁷⁶

Otra de las características es que el sistema jurídico (SIS) no es equiparable o identificable con el sistema didáctico o expositivo. Pese a que ambos pueden verse en las obras de los juristas, el sistema didáctico es el conjunto que conforma el índice con su contenido y cada autor tiene uno propio; por su parte, el sistema jurídico propiamente dicho está conformado por las interpretaciones, que sobre la materia ordinamental, permite averiguar el contenido concreto de las normas jurídicas que sustentan el Derecho vigente.

Una característica más, no hay una regla general para establecer los criterios que se usan en un ámbito jurídico permiten identificar el sistema jurídico; lo que se puede afirmar es que en cada ámbito existen unos criterios hegemónicos o predominantes que permiten conocer el sistema. El SIS es una construcción en la que intervienen diversos operadores jurídicos, pero no hay un operador que tenga esa función en exclusiva, sin embargo, existen órganos cuyas decisiones e interpretaciones tienen más peso, en este orden de ideas, la jurisprudencia de tribunales constitucionales, por ejemplo, es una muestra de decisiones de gran fuerza y contenido que usualmente no están sometidas a revisiones ulteriores. Se trata de la figura del precedente, que garantiza que a casos similares se actué de la misma manera, convirtiendo así la

⁷⁷⁶ *Ídem*, pág. 597.

jurisprudencia en un límite y criterio de interpretación y argumentación para casos futuros, en palabras de Sierra:

Por “precedente” entiendo: aquellas razones (que hacen parte de la sentencia) que expone un juez para sustentar la decisión judicial (la *ratio decidendi*), que son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de lo que se discute.⁷⁷⁷

También se indicó como característica aquella que muestra que el sistema jurídico no es un sistema axiomático. Los sistemas axiomáticos están diseñados para proporcionar un conocimiento preciso, seguro y objetivo en tanto se trata de estructuras científicas, por ello tienen el respaldo y el valor que otorga la matemática y la geometría que les permite ofertar soluciones válidas y útiles; el sustento de este modelo está en la lógica formal. El sistema axiológico se despliega a partir de las leyes de la lógica por eso no es posible asumir que el sistema jurídico es uno de ellos; se ha explicado antes que no se trata de un sistema lógico deductivo (ver la crítica de Robles a Viehweg).

Tampoco el sistema jurídico es un sistema social. Si se asume la noción de sistema con una estructura biológica, que ha sido adoptado por la sociología mayoritariamente, se debe recurrir a la diferenciación que se ha trazado entre Sociología jurídica y Teoría del Derecho en tanto tienen objetos de estudios diferentes, mientras la primera analiza el Derecho desde una perspectiva externa, la segunda lo hace desde un punto de vista interno. En palabras de Robles: “Para la sociología el Derecho es un subsistema social. Para la Teoría del Derecho es un sistema hermenéuticamente construido sobre la base del texto ordinamental.”⁷⁷⁸

Finalmente, como última característica se tiene que el sistema jurídico representa el sentido actual de las instituciones jurídicas. La TCD plantea que

⁷⁷⁷ SIERRA, D. El precedente: un concepto. *En Revista Derecho del Estado*, N° 36, enero-junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 254.

⁷⁷⁸ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos...*, vol. II, 2015, *op. cit.* pág. 611.

Derecho es un nombre que se utiliza para designar un conjunto heterogéneo de ámbitos jurídicos que han existido y existen. El ámbito jurídico:

[...] constituye una especie de realidad virtual que engloba en su seno, además del eje hermenéutico básico, esto es, del eje ordenamiento-sistema (ORD/SIS), toda una variedad de procesos comunicacionales –entre los que hay también acciones o actos- que adquieren su significado jurídico merced a su puesta en relación con el eje básico ordenamiento-sistema.⁷⁷⁹

La organización de la Ciencia de los juristas se desenvuelve dentro de una tradición que a su vez se ha construido bajo uno criterios, la TCD ha establecido que uno de los criterios es el estudio del fenómeno jurídico en instituciones. Este criterio institucional es esencial para la comprensión del sistema y dependerá del análisis institucional que se haga. El concepto de institución aquí juega un doble papel, por una parte, enseña la estructura de la materia del sistema didáctico o expositivo, y por otra, permite la comprensión de los textos particulares que componen el ordenamiento jurídico y así organizar el sistema. Así, la TCD concibe a la institución jurídica como “una unidad orgánica formada por normas cuya comprensión sólo es posible en su conexión recíproca.”⁷⁸⁰

Bajo las anteriores consideraciones, la Teoría comunicacional propone que a la hora de analizar las instituciones jurídicas se tengan en cuenta estos aspectos: i) la decisión que crea la institución, ii) las normas jurídicas que la componen, iii) su vida real y funcionalidad social, y finalmente iv) las condiciones para su modificación o supresión. “Como puede verse, este análisis dogmático va más allá de la simple exposición de los contenidos sistemáticos de la institución e incorpora la perspectiva sociológica como paso previo a la propuesta *lege ferenda*.”⁷⁸¹ Esta es la esencia del análisis institucional que propone la TCD.

⁷⁷⁹ *Ídem*, pág. 613.

⁷⁸⁰ *Ídem*.

⁷⁸¹ *Ídem*, pág. 615.

La Crítica al Concepto de Dogmática Jurídica de la TCD

La TCD ofrece una interpretación del concepto de norma jurídica, que, a juicio de muchos críticos, resulta problemática y confusa. El profesor chileno Donald Bello Hutt sostiene esta crítica al indicar que, a la luz de la distinción entre norma y proposición normativa, la TCD fracasa en la noción de norma desde su relación entre Dogmática jurídica, el ordenamiento y el sistema. En sus palabras:

Esto, incluso, a pesar de que la TCD desarrolla dichos conceptos de manera internamente coherente y de un modo empíricamente atractivo. No obstante, la distinción norma/proposición normativa tiene la virtud de recordarnos que ambos dominios han de mantenerse en planos analíticos distintos. La TCD, sin embargo, los confunde y, por ese motivo, llega a conclusiones problemáticas.⁷⁸²

Por otro lado, autores como Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca⁷⁸³ han sugerido que una norma es una prescripción emitida por un agente humano, o varios, que obliga, permite, prohíbe determinadas acciones o estados de cosas. Lo que la caracteriza es el uso prescriptivo de las palabras u otros símbolos. Por su parte, las proposiciones normativas serían las oraciones compuestas por palabras típicamente normativas, por ejemplo “obligatorio”, “permitido” o “prohibido” pero que son sistemáticamente ambiguas en tanto pueden denotar normas o proposiciones normativas. Así las cosas, ante la expresión: “prohibido fumar” hay, por lo menos, dos posibilidades interpretativas: una es comunicar la intención de prohibir el acto de fumar; o puede ser que se trate de una expresión informativa con la cual alguien quiso informar a otro u otros que en ese lugar existía una prohibición. En este caso, tanto una función como la otra “pueden ser expresadas por las mismas palabras, pero sus propiedades son claramente diferentes.”⁷⁸⁴

⁷⁸² BELLO, D. Dogmática y norma en la Teoría Comunicacional del Derecho: una crítica. En ROBLES, G. et al (eds.). *Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*. Bogotá: Universidad Libre, 2020, pág. 337.

⁷⁸³ BULYGIN, E. y MENDOCA, D. *Normas y Sistemas Normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pág. 15.

⁷⁸⁴ *Ídem*, pág. 19.

Lo anterior significa que la TCD presenta una estructura problemática a la hora de elaborar su concepto de norma jurídica debido a que no hace una distinción entre normas y proposiciones normativas. Esta distinción hace necesario revisar la idea presente en la teoría de Robles según la cual la existencia de una norma jurídica se establece independientemente del ordenamiento (ORD), por lo tanto, la norma jurídica dependerá, conceptualmente, de la tarea de la Dogmática y su resultado, esto es, el sistema.

Se ha indicado en la TCD que el ORD es el punto de partida para llegar al SIS, éste último es el Derecho. Las anteriores consideraciones constituyen una teoría de lo que es la práctica jurídica y de la relación de los juristas con ella y los materiales que usan. Así, el Derecho es lenguaje, y concretamente lenguaje especializado o de juristas.

Este razonamiento, asegura Bello, presenta problemas a la hora de abordar la relación entre Teoría del Derecho y razonamiento jurídico. La primera da cuenta del ámbito dentro del cual se puede afirmar que se está frente a un grupo de normas autoritativas respaldadas por el monopolio estatal de la fuerza y que, además, pueden ser diferenciadas de otros grupos normativos como la moral o los convencionalismos sociales. Para la adopción de decisiones, los operadores jurídicos hacen uso de estándares que son compartidos por la comunidad jurídica a partir de hechos sociales significativos para los ciudadanos. Sin embargo:

Respecto de esto último, la TCD plantea un argumento polémico y, creo, problemático. Si la TCD argumenta que el rol del sistema es el de completar el ordenamiento y dar vida a la norma jurídica; si la norma no existe fuera del SIS, se debe a que la dogmática tiene un papel normativo en un sentido fuerte en la construcción de la norma. Estas conclusiones deben ser rechazadas. Para ello, me serviré de la distinción entre normas y proposiciones normativas.⁷⁸⁵

⁷⁸⁵ BELLO, D. *Dogmática y norma...*, 2020, *op. cit.*, pág. 324.

Está distinción es planteada, entre otros, por el profesor italiano Ricardo Guastini bajo este criterio:

Una norma es (el significado de) un enunciado del discurso prescriptivo. Por ejemplo: “los asesinos deben ser castigados”. [...] Una proposición normativa es una proposición que recae sobre una norma y afirma su existencia (entendida como relación de pertenencia a un determinado ordenamiento), o su validez o efectividad. Por ejemplo: “La norma “los asesinos deben ser castigados” es válida.”.⁷⁸⁶

Por lo anterior, los juicios deónticos que se ven en el Derecho pueden adquirir dos caras: una que los presenta como proposiciones respecto de la existencia o inexistencia de una norma, o como proposiciones sobre las cuales no es posible aplicar un valor de verdad o falsedad sino otros como justa o injusta, útil o inútil, etc. Pese a la diferenciación, los juristas a veces no reparan en ella, así, los enunciados deónticos pueden resultar ambiguos y:

[...] pueden expresar, según el contexto y las circunstancias, normas o proposiciones normativas. Por ejemplo, expresan normas cuando son formulados por un legislador, expresan proposiciones normativas cuando son formulados por un jurista al describir el derecho vigente.⁷⁸⁷

Un ejemplo de lo anterior es el principio de prohibición (a la hora de establecer si un sistema jurídico es completo o incompleto en virtud de la presencia de vacíos o lagunas). La versión más conocida y simple de este principio se concreta en la fórmula según la cual aquello que no está prohibido se encuentra permitido. Por lo tanto, los sistemas jurídicos no poseen lagunas, esto porque si se asume que aquello que no está prohibido se entiende que está permitido, no es posible observar vacío alguno en tanto si nada dice el sistema sobre un caso en particular, debe entenderse que ese caso no hace parte de los contemplados por el derecho, así, por sustracción de materia, no habría chances para lagunas, entonces, en caso de que un juez se enfrente a

⁷⁸⁶ GUASTINI, R. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pág. 235.

⁷⁸⁷ *Ídem*, pág. 241.

un caso para el cual no exista norma, mal haría él en aceptar la demanda sobre una cuestión que no hace parte del sistema.

De lo anterior surge la pregunta “¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa?”⁷⁸⁸ El principio de prohibición puede entonces asumirse como una proposición normativa en un sentido fuerte, es decir un permiso positivo expresado en una norma jurídica y en este caso dicho principio resultaría falso pues no se puede inferir una norma de carácter permisivo de una ausencia de prohibición, esto porque “no es posible una norma de clausura a partir del principio de prohibición.”⁷⁸⁹ Ahora, si se hace una interpretación del principio en un sentido débil (como ausencia de prohibición) la formulación del mismo sería tautológica: lo que no está prohibido, está prohibido y nada dice sobre la existencia o inexistencia de lagunas.

Por las anteriores razones no es posible demostrar bajo este principio la existencia de lagunas o vacíos en el sistema jurídico, y esto es consecuencia de no prestar atención entre normas y proposiciones normativas.

Lo anterior ha dado para construcciones interesantes que permiten ahondar más en la diferencia entre normas y proposiciones normativas, una de ellas el famoso dilema de Jørgensen⁷⁹⁰ y que puede sintetizarse de la siguiente manera:

A. En el lenguaje ordinario se utilizan contextos normativos con términos lógicos comunes como “no”, “y”, “o”, si, entonces” aplicados a discursos descriptivos, se trata de conectores lógicos típicos del cálculo proposicional que permiten la realización de inferencias en las que las normas son las premisas y conclusiones. De ahí se concluye que existe una lógica de las normas.

⁷⁸⁸ BELLO, D. *Dogmática y norma...*, 2020, *op. cit.*, pág. 326.

⁷⁸⁹ *Ídem*, pág. 326.

⁷⁹⁰ JØRGENSEN, J. Imperatives and Logic. *En Erkenntnis an International Journal of Scientific Philosophy*, 7. Netherlands: Springer 1937, pág. 288 y ss.

B. La tradición lógica (desde Aristóteles) muestra que las relaciones de implicación lógica (consecuencia lógica) y contradicción, siempre son definidos en términos de verdad, esto es igual con los conectores proposicionales. Por lo tanto, sólo expresiones verdaderas o falsas pueden ser objeto de la lógica.

C. Las normas jurídicas (y en general) carecen de valores de verdad.

D. No hay relaciones lógicas entre normas jurídicas (y en general), por lo tanto, no hay una lógica de las normas.

Como se puede apreciar, la tesis D se infiere de la B y C, pero además contradice la tesis A. Entonces, si se quiere evitar la tesis D se debe abandonar la tesis B o la C. En cambio, si se acepta la tesis D se debe crear una teoría que sustituya la lógica de las normas para explicar lo contenido en la tesis A. Esto ha constituido el motor de lo que la lógica deóntica ha pretendido ser.

Aplicado lo anterior a la TCD en especial con referencia al sistema en tanto es parte esencial del concepto de norma jurídica se tiene que el ordenamiento jurídico está compuesto por un grupo de textos que tienen una pretensión de orden; para ordenarlos está la Dogmática jurídica. Surge entonces un cuestionamiento acerca de si esa Dogmática jurídica es un recurso necesario para completar y construir el sistema jurídico. La posición de Bello y de muchos críticos, es que no, “precisamente porque lo contrario supone no distinguir de forma apropiada entre normas y proposiciones normativas.”⁷⁹¹

En primer lugar, la aplicación y práctica del Derecho ha mostrado que no existe una vinculación necesaria, y mucho menos de obligatoriedad, entre la función jurisdiccional y la doctrinal. En otras palabras, los jueces en su función no están obligados a usar autores o citarlos para resolver casos concretos; esto no puede confundirse con lo que se suele denominar doctrina del tribunal o que se siga a un grupo de autores. La opinión o pensamiento de

⁷⁹¹ BELLO, D. *Dogmática y norma...*, 2020, *op. cit.*, pág. 327.

los autores sobre el ordenamiento no son normas en sentido fuerte, son proposiciones normativas.

Si bien es cierto, la dogmática presenta las falacias, ambigüedades o defectos con la intención de que sean aplicados por los jueces en sus fallos, sin embargo, por más esfuerzo y solidez que un jurista coloque en su trabajo, esto no garantiza que su trabajo sea recolectado y aplicado por el juez o tribunal.

En el fondo de esta discusión hay una evaluación normativa sobre el papel que le corresponde a la doctrina en el fenómeno jurídico. Creo que este rol es uno de carácter paradójico, puesto que la ciencia del Derecho debe plantearse a sí misma la tarea de sistematizar e influenciar la práctica jurídica, pero dicha pretensión debe detenerse y llegar justo antes de considerarse como parte necesaria del concepto de norma.⁷⁹²

Cuando la TCD afirma que la dogmática no se queda solamente en la contemplación del ordenamiento, sino que da un paso más al reflejarlo en forma de sistema como resultado de un proceso hermenéutico, que permite incluso cuestionar o criticar el derecho vigente, esto es distinto a decir que las opiniones presentes en el SIS son normas, precisamente porque son opiniones y comentario, no normas. Por lo tanto, las opiniones de los juristas en sus trabajos dogmáticos, teniendo en cuenta la distinción entre norma y proposición normativa, no pueden ser consideradas normas, en tanto de aquellas se espera es únicamente cierta influencia. La norma como tal sólo es evidenciable en la sentencia y únicamente allí en tanto “el valor normativo de la Dogmática jurídica es reclamable sólo al interior de ésta y no fuera de ella, además de que no puede ser utilizado para definir y conceptualizar la norma jurídica.”⁷⁹³

Finalmente, la distinción entre normas y proposiciones normativas permite una crítica adicional, y es que el concepto de norma en la TCD plantea un problema relativo a la noción de jurista. Piénsese por ejemplo en los aportes

⁷⁹² *Ídem*, pág. 328.

⁷⁹³ *Ídem*, pág. 332.

que autores como Marx, Weber, Wittgenstein o Hegel han dado a la ciencia del Derecho y cuántos de sus trabajos han servido como referencia para textos que construyen el sistema jurídico, pero, ¿puede considerarse como jurista a cada uno de estos pensadores? O mejor aún ¿han tenido la intención dichos autores de contribuir con una construcción propia del Derecho? En este último caso se trataría de una especie de juristas por accidente o a la fuerza.

La pregunta es ¿quién es un jurista? y, en consecuencia ¿quién integra el sistema y quién coadyuva en la generación de la norma? Creo que otra de las consecuencias de confundir una norma con una proposición normativa es que la TCD pierde capacidad discriminadora en lo que se refiere a la determinación de quiénes cuentan como juristas. Dicha confusión nos conduce a conclusiones contraintuitivas respecto de qué sujetos ha de ser considerados como parte del gremio.⁷⁹⁴

Ante las críticas manifestadas, Robles plantea los siguientes contraargumentos (*Pro Manuscripto*):

En primer lugar, la crítica formulada (no hacer la tradicional distinción entre norma y proposición normativa) establece que la norma es un enunciado propio del discurso descriptivo como el que hace el legislador, por su parte, una proposición normativa es aquella que se predica de una norma y es la que formulan los juristas al describir el Derecho vigente.

Robles ha planteado que la distinción entre estos dos términos se origina en la traducción de la edición francesa de la Teoría Pura del Derecho de las palabras “*Rechtsnorm*” (norma jurídica) y “*Rechssatz*” (regla de Derecho), algo que ha contribuido a la confusión. Una traducción más adecuada sería la de norma jurídica y proposición jurídica y esto no supone un mayor cambio. Toda expresión sobre una norma jurídica es también una proposición normativa (por ejemplo, la norma X es válida, la norma X es inválida).

Pero, como se dijo antes, una proposición normativa puede ocuparse tanto de describir normas como de atribuirles cualidades jurídicas y no jurídicas (la norma X es clara o la norma X resulta perjudicial para el modelo

⁷⁹⁴ *Ídem*, pág. 334.

económico). Por lo tanto, las proposiciones normativas pueden ser de dos clases: i) aquellas que describen normas jurídicas preexistentes y ii) aquellas que expresan juicios de valor sobre las normas jurídicas. Sin embargo, este esquema olvida las proposiciones constructivas o reconstructivas que son el resultado de una interpretación y no describen ni evalúan. Por lo anterior, la crítica formulada a la TCD encaja dentro del pensamiento positivista que plantea un falso dilema consistente en que o se evalúa o se describe a la hora de analizar el concepto de norma jurídica.

Se puede describir o evaluar la norma a discreción de quien lo hace, eso es claro, pero hay que recordar, como se ha indicado a lo largo de esta tesis, que la función descriptiva es problemática en tanto la función del jurista no es la de describir normas. Lo anterior lleva a la pregunta ¿se puede describir una norma? Está claro que se pueden describir paisajes, objetos como una lámpara o un barco, figuras geométricas, etc.; por lo tanto, describir una norma sería el equivalente a enumerar sus cualidades externas: tipo, color y tamaño de letra, cantidad de palabras, líneas y caracteres, título y sección a la que corresponde, etc. En otras palabras, describir una norma es similar a repetirla, pero acudiendo a una función descriptiva. Miremos este ejemplo: El artículo 103 del código penal colombiano establece “El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.” Entonces preguntémonos ¿cómo se describe esta norma? La única respuesta posible sería decir que el código penal colombiano contenido en la ley válida número 599 de 2000, expresa en su artículo 103 una proposición de 17 palabras que indica que el que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses. El tipo de letra usado es helvética, tamaño 12, color negro y está en la sección de delitos contra la integridad física, etc.

Lo anterior no es distinto a lo que la teoría kelseniana indicó respecto del aspecto característico de la norma, el *sollen*, que puede ser prescriptivo y normativo y así, si bien no se puede aplicar la lógica a las normas ni determinar

su verdad o falsedad, sí se puede aplicar a proposiciones jurídicas; se debe aclarar que esta postura de Kelsen fue eliminada posteriormente.

En oposición a las posturas ilustradas anteriormente, la TCD es clara al sostener que las normas no pueden ser descritas salvo para expresar aquello que es visible, es decir, aspectos que no son relevantes para el Derecho. Los preceptos que se encuentran en los textos jurídicos se interpretan y construyen para que el jurista pueda conocer su verdadero significado, como se ha dicho, la TCD es constructivista, por lo que la tarea de los juristas no es la de describir preceptos, es construir normas con ellos y así se llega al sistema.

La crítica plantea como errónea la tesis de la TCD que sostiene que las normas jurídicas se encuentran en el sistema jurídico. Sin embargo, desde 1980 en la obra *Epistemología y Derecho*, Robles expresa:

El sistema es lo que nosotros, juristas, tenemos que hacer de toda esa materia jurídica (proporcionada por el ordenamiento jurídico, añadido ahora algo implícito) ordenándola en un todo coherente y armonioso, de modo tal que de ser caos inorganizado devenga construcción total y unitaria inteligible. El sistema no es, pues, lo que encontramos (obviamente, me refiero al ordenamiento jurídico: Constitución, leyes, reglamento, jurisprudencia, etc.), sino, muy al contrario, el resultado de un proceso intelectual, es el resultado de un proceso intelectual de construcción.⁷⁹⁵

Como el sistema es un resultado de una construcción hermenéutica, la norma jurídica como unidad fundamental del mismo es también producto de dicho proceso constructivo, por lo tanto, la norma jurídica no es preexistente a la labor de construcción, es resultado de él. Con el material en bruto que ofrece el ordenamiento (que no es ordenado y claro) “el jurista ha de construir las normas jurídicas independientes y completos.”⁷⁹⁶

Sobre el sistema didáctico-expositivo y el sistema jurídico en sentido propio y la crítica formulada sobre el primero, la TCD indica que no se puede sostener un cuestionamiento sobre éste alejado de su relación (dualidad) con el sistema jurídico en estricto sentido.

⁷⁹⁵ ROBLES, G. *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide, pág. 148.

⁷⁹⁶ *Ídem*, pág. 148.

La crítica indica que la opinión de un jurista sobre determinado tema no es una norma jurídica sino una opinión que puede ser tomada o no por un tribunal a la hora de su decisión. Pero esta afirmación no es sostenida por la Teoría comunicacional, en tanto todo trabajo realizado por juristas (doctrina) pertenece al sistema didáctico-expositivo y no al sistema jurídico (SIS). Ahora, cuando la crítica indica que la sentencia refleja la norma, y sólo la sentencia, esto no es nada distinto a lo que la TCD ha sostenido y definido como sistema jurídico en estricto sentido.

El sistema didáctico-expositivo es aquel que construye un autor a la hora de publicar un tratado sobre un tema puntual. En mi caso, y en gran parte de la formación jurídica colombiana en materia de derecho civil, por ejemplo, se usan los tratados magistrales de Arturo Valencia Zea; desde los estudiantes de los primeros años de Derecho hasta magistrados de las altas Cortes asumen las construcciones teóricas y textos de este doctrinante como elementos que usan en la práctica para resolver casos concretos, en otras palabras, este sistema didáctico-expositivo está presente en la decisión, se haga referencia a su autor o no, y esto se debe a que los jueces o quienes toman decisiones jurídicas tienen unas influencias y unos autores o teorías que siguen, que las hagan explícitas en el texto es otro asunto, pero no explicitarlo no invalida su origen. Al existir una pluralidad de autores con teorías diversas existirán múltiples sistemas didáctico-expositivos, pero ello no es óbice para analizarlos y al final determinar o elegir el más conveniente.

La formación del jurista no se limita únicamente a conocer normas para posteriormente describirlas, en su cotidianidad, tanto jueces como abogados utilizan teorías de doctrinantes en sus conversaciones (sean formales o informales) para al final determinar el sentido de una norma y su alcance. En estas conversaciones están presentes (nombrados o no) autores como Kelsen, Hart, Dworkin, etc. que han aportado en las ideas y argumentos; sumado a ello hay todo un contexto cultural, social, político y económico que

nos recuerdan que la norma jurídica es el resultado de un proceso de construcción.

No todas las disciplinas descansan en la inferencia descriptiva o causal para pasar de observaciones sobre hechos singulares a proposiciones generales. En la dogmática del derecho, por ejemplo, la norma positiva no es identificada y analizada para que revele, vía inferencia, propiedades de normas no conocidas. La norma se estudia por el interés intrínseco que tiene precisar su sentido, su alcance, su forma de participación en el edificio sistemático de las normas de su clase, etc. Todo esto es, efectivamente, sólo del interés de los juristas del país. Pero en tal caso, la relevancia científica –no ya sólo práctica– de las proposiciones que se formulan para la audiencia universal de la comunidad científica está dada por la conexión que se establece entre el fenómeno local y los problemas registrados en la literatura universal.⁷⁹⁷

La Teoría de las Decisiones Jurídicas

El tercer nivel de la TCD, junto con la Teoría formal del Derecho y la Dogmática jurídica, corresponde al escenario pragmático y se concreta en la Teoría de las decisiones jurídicas. Si bien es cierto no hay un volumen concreto (en este caso el tercero) publicado y dedicado a este tema –dicho sea de paso, está pronto a publicarse–, existe material suficiente para ilustrar los elementos centrales de su contenido.

La Teoría de las Decisiones jurídicas tiene un carácter pragmático en tanto estudia los fenómenos comunicacionales desde el punto de vista de su dinámica, los sujetos en el proceso de comunicación, las condiciones de éstos, los destinatarios (auditorio) y las modalidades de los actos comunicacionales, al respecto, Robles indica:

A la pragmática jurídica la denominamos, en la TCD, “Teoría de las decisiones Jurídicas”, debida a que estudia los mencionados fenómenos en relación con las decisiones que aparecen en el Derecho. Mientras que la Teoría formal del Derecho investiga las formas jurídicas y la estructura formal que las vincula, y la teoría de la Dogmática jurídica se centra en cómo los juristas construyen el sistema a partir del texto ordinamental, la Teoría de las decisiones jurídicas aborda los aspectos dinámicos del Derecho a partir de la

⁷⁹⁷ BERNASCONI, A. *El carácter científico...*, 2007, *op. cit.*, pág. 22-23.

concepción de éste como conjunto heterogéneo de procesos de comunicación que tienen en común su relación con las decisiones de los intervinientes en dichos procesos.⁷⁹⁸

Desde un punto de vista sociológico-jurídico (que como se ha indicado es otro amplio campo de estudio de Robles), el Derecho penetra o coloniza el mundo de la vida, y esto se logra a través de decisiones (del legislativo o del juez principalmente), por lo tanto, una decisión jurídica es concebida como “toda decisión generativa de elementos jurídicos, ya sean normas o instituciones (jurídicas), ya parte integrantes de normas o instituciones. Al ser el Derecho un sistema formalizado y verbalizado, las decisiones jurídicas poseen también ambos caracteres.”⁷⁹⁹

El papel de la Retórica

Dentro de la denominada Teoría de las Decisiones jurídicas, la Retórica juega un papel central y determinante, no sólo porque permite comprender todo el fenómeno comunicacional y argumentativo de esta parte de nuestro estudio, sino porque permite la revalorización de un área o herramienta que durante mucho tiempo fue olvidada y tratada de una manera injusta. Se trata de volver la mirada sobre una clásica área del conocimiento que es vital para la formación, sobre todo del jurista en tanto permite el desarrollo de un sinnúmero de habilidades.

En la antigua Roma, como en muchos otros momentos, en la educación de los jóvenes la retórica era parte de su formación, y considerada un elemento imprescindible para embellecer el alma. Interesante y curioso es el otro aspecto de la instrumentación de esta disciplina, según el cual los funcionarios de la administración del imperio concurrirían a las escuelas de retórica. El motivo no tiene un solo aspecto puesto que la nobleza de un hombre se manifestaba en su educación y el lenguaje cuidado era señal de buenas maneras.

⁷⁹⁸ ROBLES, G. *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik, pág. 23.

⁷⁹⁹ ROBLES, G. *Sociología del Derecho...*, 2018, *op. cit.*, pág. 151.

Por otro lado, había en el estudio de la retórica un motivo más instrumental que ligaba el lenguaje al poder.⁸⁰⁰

La Retórica a lo largo de la historia ha sido un área necesaria en todo proceso comunicacional, pero para su desarrollo se requiere de cierta preparación o experiencia que implica el dominio de ciertas técnicas y reglas. Todo proceso de comunicación es posible pero no tiene un éxito asegurado, todos podemos hablar, comunicar y argumentar, pero no por ello se ha de tener influencia en el auditorio y lograr su aceptabilidad, se requiere, como se indicó, de una preparación rigurosa.

En el centro de toda la discusión sobre la retórica está la convicción de que las palabras significan; tienen la capacidad de referenciar el mundo y de inventarlo; de decir en sentido recto y figurado; de decir la verdad y de mentir; de evadirse y comprometerse; de generar confiabilidad y desconfianza. De lo que no cabe duda es de su eficacia para comunicar, convencer, persuadir, argumentar y de expresar estéticamente. Visto así, la retórica es, como tantas veces se ha dicho, un instrumento comunicativo muy poderoso en las manos de los hombres. Y quien dice del discurso verbal, dice de todo tipo de discurso, ya sea verbal, audiovisual o digital; de función, ya sea informativo, histórico, ficcional, didáctico, publicitario; de medio comunicativo; de género; o de formato.⁸⁰¹

Sin embargo, la Retórica ha trasegado un largo camino que no ha sido fácil, ha sido tratada de forma peyorativa y acusada de ser un arma de seducción propia de aquellos que no poseen la suficiente lógica o razón para persuadir a través de argumentos. Sin embargo, para la TCD, cuyo centro de reflexión es el conjunto de procesos comunicacionales que se dan en los ámbitos jurídicos “la Retórica juega un papel fundamental, sobre todo en los procesos de decisión jurídica.”⁸⁰² Por lo tanto, si atendemos a la idea según la cual el Derecho está compuesto por comunicaciones en forma de discursos

⁸⁰⁰ CAMPAGNA, M. y LAZZERETTI, A. *Lógica, Argumentación y Retórica*. Buenos Aires: Biblos, 1998, pág. 135.

⁸⁰¹ GARCÍA, F. Una aproximación a la historia de la Retórica. En *Revista Icono* 14, N° 5. Madrid: Asociación Científica Icono, 2005, pág. 3.

⁸⁰² ROBLES, G. *Retórica para juristas...*, 2019, *op. cit.*, pág. 17.

(orales o escritos) que buscan la persuasión de un auditorio, la necesidad de abordar de forma seria y rigurosa la Retórica es evidente.

Es importante señalar que la Retórica se encarga de transmitir ideas a través del discurso que no siempre es una descripción objetiva de la realidad, sino de las opiniones o ideas que un determinado individuo tiene de ella con la pretensión de que sean consideradas verdaderas, algo que al final decide el auditorio.

[...] nos guardamos de cualquier postura ontológica. Lo que nos interesa aquí no es una descripción objetiva de lo real, sino la manera en que se presentan las opiniones que conciernen a lo real; estas últimas, además, las podemos tratar bien como hechos, bien como verdades, bien como presunciones.⁸⁰³

La Retórica, además, posee una conexión estrecha e innegable con la lingüística, el punto en común es la comunicación, por esto forma parte esencial de la TCD. En este orden de ideas, recordemos que al ser la Teoría comunicacional una teoría hermenéutica, la Retórica está ligada en la superación de los límites tradicionales de interpretación, en otras palabras, si atendemos a la definición de hermenéutica como inversión de la Retórica (Schleiermacher) el papel de ésta radica en ampliar el campo de la comprensión, esto supone una relación nueva con el texto.

La Retórica tiene una relación muy estrecha con la Lingüística, en la medida en la que ésta abarca, gracias al marco teórico de la Lingüística textual y de la Semiótica lingüística, un amplísimo espacio, que supera los límites estrictamente gramaticales. [...] es primordial la colaboración entre Retórica y Lingüística del texto, que ha sido señalada como uno de los fundamentos de una auténtica Retórica general.⁸⁰⁴

Desde el punto de vista epistemológico, la Retórica se centra en al discurso, el acto de ofrecer razones o argumentos que buscan la persuasión de un individuo o auditorio. Esto es, la comunicación de nuestros

⁸⁰³ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Madrid: Gredos, pág. 404.

⁸⁰⁴ ALBALADEJO, T. *Retórica*. Madrid: Síntesis, 1989, pág. 14.

pensamientos y deseos a través del lenguaje con la intención de que aquel que los reciba (de forma oral o escrita) los acepte y haga o deje de hacer algo. Es una forma de relacionarnos con el mundo a través del lenguaje y la racionalidad discursiva.

Cada vez que queremos obligar a alguien a que haga algo de acuerdo con nuestros deseos, y no podemos o no queremos valernos de la fuerza bruta, ofrecemos lo que afirmamos es un argumento racionalmente objetivo. Hacemos tal cosa bajo la pretensión implícita o explícita de que el otro no puede rechazar lo que nuestro argumento defiende porque su validez como tal descansa en su referencia a lo real. También lo hacemos bajo la pretensión adicional explícita o implícita de que lo real es universal y objetivamente válido porque es independiente de lo que hacemos. [...] Afirmamos que tenemos un acceso privilegiado a la realidad, que hace objetivamente válidos nuestros argumentos. [...] También afirmamos [...] que este acceso privilegiado a lo real es lo que nos permite hacer racionales nuestros argumentos.⁸⁰⁵

Los autores clásicos de la Retórica plantean el principio de lo conveniente o digno (*decorum*) como el conjunto de cualidades que debe poseer un discurso como acto comunicacional en su búsqueda de la persuasión o el logro de un acuerdo con el auditorio. En este sentido, la Retórica nos dice, sobre los procesos de argumentación, que éstos no recaen en algo abstracto, sino que se presentan ante un receptor concreto que es el auditorio que posee unas características definidas por una formación, ideología o intereses compartidos, al respecto Beuchot indica:

Una de las cosas más importantes en la innovación teórico-argumentativa de Perelman es que la argumentación no se da en abstracto, sino siempre ante un auditorio concreto, con intereses bien definidos, con determinadas inclinaciones epistémicas y aun psicológicas o emocionales. La misma filosofía aspira a una especie de "auditorio universal" que aceptara las propuestas doctrinales que se hacen con la suficiente racionalidad y fuerza persuasiva. Sólo que hay discrepancias en cuanto a cómo sería ese auditorio u oyente medio de ese mensaje, porque hay en realidad distintos auditorios a

⁸⁰⁵ MATURANA, H. La realidad: ¿objetiva o construida? II: Fundamentos biológicos del conocimiento. Barcelona: Anthopos, 1996, pág. 12.

los que uno pertenece, y tal parece que también hay, en consecuencia, distintos tipos de racionalidad.⁸⁰⁶

El auditorio es un elemento esencial dentro de la Ciencia de la Retórica, la cual debe ser consciente de que la composición de éste puede ser diversa y compuesta por seres razonables, lo que matizará la adherencia o aceptabilidad del discurso. Por lo general es el discurso el que debe adaptarse al auditorio, por lo que no es lo mismo el discurso usado, por ejemplo, en la defensa de una tesis doctoral, al usado en la explicación a un grupo de niños.

Una filosofía retórica constata no solamente la existencia de diversas concepciones del auditorio universal, sino también el hecho de que cada hombre razonable es no sólo miembro del auditorio universal, sino también de una pluralidad de auditorios particulares a las tesis a las que él se adhiere con una intensidad variable.⁸⁰⁷

Esta reflexión lleva al reconocimiento de la existencia de auditorios homogéneos y heterogéneos en virtud de la vinculación de sus integrantes respecto del tema que se va a tratar y presentar. Así, la homogeneidad está determinada por un interés común de sus integrantes, mientras que la heterogeneidad está referida a la diversidad de formación de éstos, aún si tienen intereses contrarios. Al final, tanto homogeneidad como heterogeneidad son dimensiones que van de la mano, pero una de las dos termina siendo hegemónica o predominante a la hora de establecer el discurso. Al final, el abordaje del auditorio no se limita únicamente a las expectativas previas de las condiciones de argumentación, éstas trascienden y se reflejan en todo el proceso: “el contacto que se produce entre el orador y su auditorio no se refiere únicamente a las condiciones previas a la argumentación: también es esencial para todo su desarrollo.”⁸⁰⁸

[...] cuando un orador se enfrenta ante un auditorio diverso o heterogéneo requiere de su pericia para agruparlos o incluirlos en categorías a fin de lograr la adhesión de la mayor parte del auditorio.

⁸⁰⁶ BEUCHOT, M. Filosofía y Retórica en Chaïm Perelman: El auditorio universal razonable. En *Revista Éndoxa: Series Filosóficas*, N°3. Madrid: UNED, 1994, pág. 304.

⁸⁰⁷ PERLEMAN, CH. Rhétorique et philosophie. En *Le champ de l'argumentation - Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*, XLIII. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, pág. 225-226.

⁸⁰⁸ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación...*, 1989, *op. cit.*, pág. 54.

Un buen orador, ante esta situación, debe desdoblarse o crear imágenes de diferentes auditorios para convencerlo. Una forma de clasificarlos puede estar determinada por organizar grupos sociales: políticos, profesionales, religiosos o establecer los valores que profesan. Si el orador quiere éxito en la argumentación debe tener en cuenta las circunstancias comunicativas porque éstas determinan la constitución del auditorio. Es así que, es obligatorio conocer las razones por las cuales se profiere un discurso, el marco contextual en el que se encuentra el orador sea éste una alocución oral o una publicación en revista, periódico, entre otros, ya que cada uno tiene exigencias propias del medio en el que aparecen, las características de los sujetos a quienes se dirige para sí adecuar el lenguaje. Siendo, así las cosas, es independiente de la actividad discursiva, es inevitable en la preparación del discurso por parte del orador, adaptarse a su auditorio. El discurso se construye en función del público en quienes pretende ejercer influencia.⁸⁰⁹

Perelman y Olbrechts-Tyteca plantean también que el auditorio es una creación del orador o expositor, esto implica que antes de la elaboración y presentación de cualquier discurso, el expositor debe hacer una representación y una construcción de su auditorio al analizar los aspectos personales, psicológicos, sociológicos, políticos, económicos, etc. que se han de manejar para una adecuada transmisión del mensaje y su posterior aceptabilidad. Sumado a esto, se debe analizar también el escenario físico donde se realizará la función discursiva y los recursos audiovisuales con que se cuente, en otras palabras, debe existir una preocupación por el auditorio y cuidar todos los detalles para su enfrentamiento.

La preocupación por el auditorio transforma ciertos capítulos de los antiguos tratados de retórica en verdaderos estudios de psicología. En la retórica, Aristóteles, al hablar de auditorios clasificados según la edad media y la fortuna, inserta varias descripciones, sutiles y siempre válidas, de psicología diferencial. Cicerón demuestra que es preciso hablar de manera distinta a la especie humana “ignorante y vulgar, que prefiere lo útil y lo honesto”, y a la otra, ilustrada y culta que pone la dignidad moral por encima de todo”. A su vez, Quintiliano estudia las diferencias de carácter, importantes para el orador. [...] el hombre apasionado cuando argumenta, lo hace sin prestar la atención suficiente a su auditorio al que se dirige: llevado por el

⁸⁰⁹ ROLDÁN, C. *El orador y su auditorio*, módulo de clase. Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009, pág. 25.

entusiasmo, imagina que el auditorio es sensible a los mismos argumentos que aquellos que lo han persuadido a él.⁸¹⁰

La noción de auditorio expuesta por Perelman, recae sobre un grupo de personas dotadas de razón sobre el cual el orador pretende la adhesión a su discurso, es decir, busca persuadir a través de la aceptación de sus tesis. En este proceso hay que diferenciar entre aquellos quienes aceptan los argumentos de tipo particular y quienes lo hacen de forma universal; en el primer caso se trata de un grupo especializado de personas conocedoras de un tema puntual, en el segundo, se trata de personas dotadas de razón a los que se les expone premisas universalizables y aceptadas por la humanidad.

Quien argumenta no se dirige a lo que se considera facultades tales como la razón, las emociones, la voluntad; el orador se dirige al hombre completo, pero, según los casos, la argumentación buscará efectos diferentes y utilizará cada vez métodos apropiados, tanto para el objeto de un discurso, como para el tipo de auditorio sobre el cual quiere actuar.⁸¹¹

Retórica y teoría de textos

Aunque inicialmente la retórica se asocia con la oralidad, a partir de cierto desarrollo de la civilización aparece aplicada a los textos escritos, textos que son, por general, de carácter científico o académico y se traduce en la exigencia de una rigurosidad discursiva que evidencia estructuras comunicacionales efectivas y aceptables por el auditorio, así: “La escritura tiene su propia Retórica. Dependiendo del género literario (escrito científico, y dentro de éste, sus diversas modalidades, novela, ensayo, poesía, etc.), las reglas retóricas exigirán una u otra cosa.”⁸¹²

La Retórica, pese a que fue olvidada en gran parte del siglo XX, fue una de las áreas que más se preocupó por el estudio de los textos escritos, de hecho, fue denominada por Van Dijk como el “precedente histórico de la

⁸¹⁰ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación...*, 1989, *op. cit.*, pág. 56 y 61.

⁸¹¹ PERELMAN, CH. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Editorial Norma, 1997, pág. 33.

⁸¹² ROBLES, G. *Retórica para juristas*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019, pág. 34.

ciencia del texto”⁸¹³, texto que puede tener también, al igual que el discurso oral, una vocación de persuasión y aceptabilidad. Como muchas otras áreas que se ocupan de los textos, la Retórica lo aborda en todos sus aspectos: pragmático, semántico, sintáctico y lingüístico, de esta manera, la denominada nueva Retórica se dimensiona en el arte de los textos encaminados a la persuasión, siendo el Derecho un campo fecundo, sin desconocer su utilidad en todas las áreas del conocimiento.

La nueva retórica como teoría de la argumentación viene a ser un complemento de la teoría de la demostración que estudia la lógica formal. La retórica se basa en la razón práctica y sirve de sostén para la aplicación al mundo de la acción, de la ética, de la justicia y, por qué no, a la política y los medios de comunicación.⁸¹⁴

Esta revalorizada concepción de Retórica (nueva Retórica) se enfocó en retomar los postulados clásicos de la antigua Grecia (incluyendo la dialéctica) con el fin de generar una ruptura y separación con la postura que se había asumido con lo que Descartes denominó la filosofía de occidente, esto es, una explicación de la razón humana que no se fundamentara sólo en las matemáticas y la lógica formal.

Sumado a lo anterior, los escenarios de esta nueva Retórica trascenderían el discurso oral con el que se la identificó en sus orígenes. Es posible ahora también tratar a los textos como un ejemplo de discurso dirigido a un auditorio, y éstos a su vez pueden ser evaluados en su construcción, calidad e impacto como piezas de comunicación.

Lo que conservamos de la retórica tradicional es la idea de auditorio, la cual aflora de inmediato en cuanto pensamos en un discurso. Todo discurso va dirigido a un auditorio, y con demasiada frecuencia olvidamos que sucede lo mismo con cualquier escrito. Mientras se concibe el discurso en función del auditorio, la ausencia material de los lectores puede hacerle creer al escritor que está solo en el mundo, aunque de hecho su texto esté siempre condicionado,

⁸¹³ VAN DIJK, T. A. *La ciencia del texto. Un enfoque interdisciplinario*. Barcelona: Paidós, 1983, pág. 19.

⁸¹⁴ CAMPAGNA, M. y LAZZERETTI, A. *Lógica, Argumentación...*, 1998, *op. cit.*, pág. 157.

consciente o inconscientemente por aquellos a quienes pretende dirigir.⁸¹⁵

La nueva Retórica, también tiene implicaciones en la forma de enseñanza del lenguaje en general. Además de la noción de auditorio, la Retórica no se limita, como se hacía en sus orígenes, al análisis formal del discurso, le interesa también su aceptabilidad y capacidad para trascender esa formalidad; agrega también un giro textual, al enfocarse en textos principalmente los cuales cumplen la misma función que un discurso oral y requieren un mayor análisis y cuidado.

Esta concepción de la Retórica tiene implicaciones para la enseñanza que, en opinión de De Beaugrande y Dressler, comparte con la Lingüística del texto:

- a. Las partes de la Retórica, *inventio, dispositio y elocutio*, están abiertas al control sistemático del que produce el texto.
- b. La calidad de los textos, y por tanto la eficacia, difiere de unos textos a otros,
- c. Los juicios sobre los textos pueden realizarse atendiendo a sus efectos sobre la audiencia.
- d. Los textos son vehículos de interacciones con una finalidad.⁸¹⁶

De esta manera, la nueva Retórica atiende a aspectos formales del texto y no sólo su naturaleza comunicadora de mensajes y sus estilos. El texto puede sumirse desde dos perspectivas: una como producto que puede ser estudiado de una forma sistemática y otra como proceso comunicacional. Igualmente, el texto presenta una unidad de textura (relaciones semánticas de las partes, tanto en su articulación léxica como gramatical, es decir, una estructura interna) y de estructura (la forma global en la que el mensaje se articulado). También existe una perspectiva procedimental que conciben al

⁸¹⁵ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación...*, 1989, *op. cit.*, pág. 38.

⁸¹⁶ GONZÁLEZ, C, et al. Los procesos de producción e interpretación del texto escrito: de la Retórica a la didáctica de la lengua. En *Revista Publicaciones*, vol. 32. Granada: Universidad de Granada, 2002, pág. 59.

texto como “el resultado de las operaciones que los hablantes realizan en las que manipulan las unidades lingüísticas y los patrones estructurales que transmiten los significados y las intenciones de los hablantes durante la comunicación.”⁸¹⁷ Así, el texto es un concepto que se está conformado no sólo por aspectos lingüísticos sino también extralingüísticos (concernientes a las fases del proceso de escritura como la planificación, redacción, textualización, revisión, etc.).

Sabemos que la escritura consiste en trasladar las ideas, la información producida en el subproceso de planificación, al papel. Pero antes de que esto ocurra (subproceso que se denomina textualización), tiene lugar la planificación en la que los escritores se forman una representación interna del conocimiento. A su vez, la planificación comprende otros subprocesos: la generación de ideas, que incluye la recuperación de la información relevante; la organización de las ideas generadas, donde el empleo de estrategias de diferente orden cobra especial importancia; un tercer subproceso es el establecimiento de objetivos, planteados por quien escribe y guían todo el proceso de composición escrita. Sucede así que la inventio de la Retórica clásica estaría relacionada con la generación de ideas y la dispositio con la organización de éstas previo a la escritura misma o elocutio.⁸¹⁸

Desde la perspectiva de la TCD, tanto los procesos de comunicación orales como escritos son susceptibles de textualización, de hecho, lo escrito está ya textualizado, es “texto de un modo directo.”⁸¹⁹ La textualización es entonces el puente entre la Retórica y la Teoría de textos y su núcleo es la adecuada unión de las palabras para producir un sentido global que permita un análisis exitoso del discurso. Esta textualización tiene como características las siguientes⁸²⁰:

a) La coherencia: busca la estabilidad del texto a partir de la estructuración de los significados subyacentes a él. Supone la organización de

⁸¹⁷ BEAUGRANDE, R. y DRESSLER, W. *Introducción a la lingüística del texto*. Barcelona: Ariel, 1997, pág. 71.

⁸¹⁸ GONZÁLEZ, C, et al. *Los procesos de producción...*, 2002, *op. cit.*, pág. 60.

⁸¹⁹ ROBLES, G. *Retórica para juristas...*, 2019, *op. cit.*, pág. 36.

⁸²⁰ CALSAMIGLIA, H. y TUSÓN. A. *Las cosas del decir: Manual de análisis del discurso*. Barcelona: Ariel, 1999, pág. 219-220.

los conceptos para que sean recibidos y comprendidos por el lector de forma clara.

b) La cohesión: demarcada por el orden gramatical que está presente en el texto. Se desarrolla con los elementos lingüísticos que soportan la coherencia textual y se evidencia en el correcto uso de pronombres, adjetivos, sustantivos, conectores, conjunciones, etc.

c) La adecuación: es el conjunto de estrategias textuales que permiten la recepción adecuada del texto, en otras palabras, estrategias para que el texto se presente en un orden natural con conectores que den comodidad al lector, evitando así la redundancia, los saltos de tiempo o la pérdida de atención.

Continuando con la concepción retórica de la TCD, debe decirse que ésta recae sobre el discurso jurídico, y lo entiende como “todo acto comunicacional propio de los juristas; y entendemos por “juristas” todos los profesionales del Derecho.”⁸²¹ Este discurso jurídico puede ser presentado de forma oral o escrita y contiene un mensaje que va dirigido a un destinatario o auditorio, usualmente también de juristas. En un sentido más amplio, puede denominarse discurso jurídico a todo discurso que tenga relación con el Derecho.

El objetivo del discurso jurídico es el de lograr la persuasión del auditorio y la aceptabilidad de las tesis o argumentos del expositor, esto no es lo mismo que demostrar (propio más del campo de las ciencias exactas). Para esto se vale de una funciones y herramientas de la Retórica que no sólo se quedan en los análisis lógico formales (lo que se dice) sino que trasciende a la aceptabilidad del discurso (cómo se dice), podría decirse que la palabra que engloba estos dos análisis es comunicación, el discurso como acto comunicativo.

[...] el objetivo del discurso jurídico es argumentar en el sentido de buscar la adhesión del auditorio a sus ideas, en oposición a

⁸²¹ ROBLES, G. *Retórica para juristas...*, 2019, *op. cit.*, pág. 49.

demostrar, no menos verdad es que ese discurso jurídico retórico solo será eficaz si construye y utiliza funciones retóricas —u objetivos retóricos—, como también se las puede denominar. Las funciones retóricas del discurso jurídico, para mí, son las acciones del lenguaje sobre el lenguaje que hacen posible que un auditorio jurisdiccional se adhiera a nuestros argumentos. Es decir —y esta es la diferencia con Perelman—, la fuerza de un argumento no radica en lo que dice (demuestra), sino que la fuerza de un argumento ante un auditorio jurisdiccional determinado radica en cómo dice lo que dice. Para Perelman el poder de un argumento se manifiesta tanto en la dificultad que supondría rechazarlo como en sus propias cualidades, mientras que para mí la fuerza de un argumento jurídico retórico radica en cómo se construyen las acciones del lenguaje sobre el lenguaje para presentarlas a auditorios judiciales, en función de la calidad de la información (prueba) de que se disponga y en función de los objetivos procesales que se persigan.⁸²²

Así vista, la relación entre discurso jurídico y Retórica se traduce en la función pragmática del primero. Cuando se ofrece un discurso no se ofrece una descripción más o menos acertada de la realidad, sino una interpretación de una visión sobre dicha realidad y que pretende ser mejor que otras interpretaciones, de esta manera el trasfondo no es la realidad, es la forma en la que se presenta el argumento, en otras palabras, no es un asunto de verdad o falsedad, es un asunto de validez y aceptabilidad.

Nuestra forma de hablar es correcta, no porque representa mejor o peor la realidad (esa es la confusión que según él provocó la controversia entre realistas e idealistas) sino porque “cumple su oficio”, funciona. No hay una visión verdadera, real, del mundo, sino distintas interpretaciones con fines también distintos. [...] No diremos, pues, que un acto lingüístico es verdadero o falso, sino que está bien o mal realizado, que el lenguaje se usa bien o mal en su contexto.⁸²³

Para finalizar, y siendo coherente con la estructura de la TCD, los principales tipos de discursos jurídicos serían i) aquellos relacionados con el proceso y la decisión constituyente, ii) los relacionados con las decisiones legislativas y las administraciones públicas, iii) los relacionados con las

⁸²² RIBEIRO, G. Las funciones retóricas del discurso jurídico. En *Revista de Derecho*, segunda época, Año 8, N° 8, noviembre. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2013, pág. 242.

⁸²³ CAMPS, V. *Pragmática del Lenguaje...*, 1976, *op. cit.*, pág. 127.

decisiones judiciales, iv) aquellos que se generan entre particulares (por ejemplo, a la hora de celebrar un contrato), y iv) aquellos de carácter doctrinal.

Retórica en la TCD: comunicación y argumentación

La TCD analiza el fenómeno jurídico desde una perspectiva amplia, esta es la comunicación humana que se concreta en procesos comunicaciones que se dan al interior del Derecho. Bajo la anterior estructura, se entiende por proceso comunicacional “una situación en la cual uno o varios sujetos transmiten, por algún medio o canal, un mensaje a otro u otros sujetos.”⁸²⁴ Es necesario indicar que esta transmisión de un mensaje no puede entenderse como una ejecución de la función informativa del lenguaje, pues, como se verá a continuación, esta transmisión tiene una intención de acción, es un acto de poder, por lo que hablamos de un escenario retórico y argumentativo; comunicación no es sólo informar, es argumentar, razonar, ofrecer razones.

Para empezar, se ilustrará cómo la TCD funciona con la idea de pragmática integrada. Los neopositivistas suelen presentar una oposición entre la semántica y la pragmática, especialmente entre los denominados semantistas que en los estudios de la lengua (bien sea natural o artificial) plantean tres fases sucesivas: i) un nivel sintáctico donde la clave está en la gramática que establece los signos y estructuras que permiten la construcción de frases; ii) un segundo nivel de carácter semántico que permite la relación de los términos con unos referentes para determinar su verdad o falsedad y desde allí realizar procesos lógicos de inferencia; y finalmente iii) un nivel pragmático en el que el empleo de una frase es un fenómeno interindividual, un acontecimiento histórico que busca la transformación de la realidad a partir de la comunicación de un mensaje para ejercer influencia sobre un destinatario o auditorio.⁸²⁵

⁸²⁴ ROBLES, G. *Retórica para juristas...*, 2019, *op. cit.*, pág. 66.

⁸²⁵ ANSCOMBRE, J.C. y DUCROT, O. *La argumentación en la lengua*. Madrid: Gredos, 1994, pág. 28-29.

Estos niveles también son abordados por la TCD. Pero surgen cuestionamientos acerca de si se debe seguir un orden para su estudio, así, algunos autores plantean que debe hacerse de una manera lineal, empezando por la sintaxis para pasar a la semántica y finalizar con la pragmática (que es el esquema elegido por Robles). Pero más allá de si existe un orden específico y las razones para seguirlo o no, es importante resaltar que todo el proceso de comunicación que se realiza a través de la Retórica puede ser explicado por la noción de Retórica integrada de Anscombe y Ducrot que apunta a una noción integral del proceso retórico con énfasis en la práctica y en los resultados del proceso comunicacional:

Consiste en plantear que, en el análisis de un enunciado, cada uno de los tres componentes puede trabajar a partir de los únicos resultados obtenidos por el precedente –reinterpretándolos según sus leyes propias-. En otras palabras, lo que entra en el análisis semántico sólo podrá formar un todo con lo que resulta del análisis sintáctico; del mismo modo, el “input” de la pragmática no sería más que el “output” de la semántica. Así tendríamos el esquema siguiente, destinado a ilustrar la idea de que cada componente “ignora” aquello sobre lo que el componente precedente ha trabajado, y “conoce” sólo los resultados del trabajo.⁸²⁶

Las frases que comportan enunciados no tienen un valor informativo *per se* en tanto nadie habla por hablar o escribe por escribir, de ahí que todo acto de habla o de escritura es un acto de poder que busca la persuasión del otro para que haga o no haga determinada cosa. Sin embargo, esto no va en contra de la función informativa del lenguaje, esto es, no se dice que no exista la posibilidad de transmitir información con un discurso, por lo que se tendría que afirmar que aún las informaciones son argumentos y tienen una finalidad, lo cual resulta expuesto en la TCD, pues pese a reconocer las funciones del lenguaje (entre ellas la informativa) se centra en un enfoque pragmático: la retórica y la argumentación.

Nunca hay valores informativos en el nivel de la frase. No sólo no hay frases puramente informativas, sino que ni siquiera hay, en la

⁸²⁶ *Ídem*, pág. 30.

significación de las frases componente informativo, lo que no significa que no haya usos informativos de las frases [...] tales usos (pseudo) informativos son derivados de un componente más “profundo” puramente argumentativo.⁸²⁷

Lo anterior, en consonancia con lo expuesto por la TCD, indica que los textos ordinamentales y sistémicos, así como los presentes en el ámbito jurídico, se centran en un trabajo precedente, los resultados de un proceso hermenéutico que se concretan en textos y decisiones, en otras palabras, la noción de Retórica integrada plantea que en todas las relaciones argumentativas entre enunciados no se deducen de su contenido informativo, de esta manera la lengua tiene una esencia argumentativa, esta teoría es útil para los fines de la teoría Comunicacional en tanto permite aplicar la misma posición ontológica débil que se usó respecto de la relación Derecho-Lenguaje, pero ahora sobre la relación Lenguaje-Argumentación. Las ideas de Anscombe y Ducrot en su Retórica integrada nos llevan a concluir que la lengua tiene una función argumentativa, pues bien, podemos usar esta tesis para decir que en el Derecho el lenguaje es potencialmente argumentativo, o mejor, que lo ideal es que el lenguaje jurídico sea argumentativo dada su vocación práctica, pero esto no es impedimento para reconocer que aparte de esta característica pueden presentarse otras (narrativas, retóricas, lógicas, etc.) Por lo tanto, la TCD asume una posición similar a la de la retórica integrada pero acepta (apelando a su naturaleza integradora) la posibilidad de concebir el discurso jurídico no sólo como un ejercicio argumentativo (principalmente lo es, pero no exclusivamente).

En ocasiones la lengua apunta hacia una conclusión, pero los connecteurs, incluyendo al famoso mais (pero), también pueden usarse con propósitos narrativos. Además, el análisis lingüístico requiere ser completado con el estudio de la interacción (dialéctica) la persuasión (retórica) y las operaciones de pensamiento (lógica).⁸²⁸

⁸²⁷ *Ídem*, pág. 214.

⁸²⁸ REYGADAS, P. y HAIDAR, J. Hacia una teoría integrada de la argumentación. En *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, vol. VII, N° 13, junio, Colima: Universidad de Colima, 2001, pág. 115.

De esta manera, la relación entre comunicación y argumentación debe matizarse para entender que no todo enunciado con una función informativa busca informar, puede estar orientado a una función esencial (no evidente) que es la de argumentar o persuadir a través de un proceso comunicacional, reiteramos: un acto de poder que busca ejercer influencia sobre otros a través del discurso.

Esta idea no se sostiene sobre la ecuación comunicación = argumentación, puesto que no se trata de que todo acto comunicativo, por ser colaborativo, implique al receptor y se destine a influir de alguna manera sobre él; lo que se defiende es que en cualquiera de las parcelas en que se puede dividir el análisis de la lengua está presente la argumentación: tanto en conectores o construcción discursiva (aspectos tradicionalmente privilegiados por la teoría de la argumentación) como en elección léxica o en flexión verbal, por ejemplo.⁸²⁹

Ahora bien, la TCD a la hora de abordar la relación entre Derecho, Retórica y argumentación tenemos que el aspecto constitutivo de todo acto comunicacional es su carácter retórico. Tanto el *logos* (las palabras), el *ethos* (el emisor y su relación con el destinatario) y el *pathos* (pasión y emotividad en el discurso) son elementos necesarios para construir hermenéuticamente el significado de cualquier frase. Por lo tanto, todas las expresiones comunicacionales o lingüísticas llevan inmerso un componente retórico con grados de complejidad variables. En el Derecho se dan procesos de comunicación con los cuales un emisor trata de persuadir a un destinatario a través de un mensaje: el legislador a la población, el juez a las partes y a la sociedad en su fallo, el abogado a los jueces, etc. De esta manera la teoría de la Retórica es una parte indispensable en cualquier teoría del Derecho, en el caso de la TCD, si bien es cierto afecta sus tres niveles, es más evidenciable en la Teoría de las Decisiones jurídicas.

Una mayor concreción del papel de la Retórica en la TCD se aprecia a la hora de abordar la temática propia de la argumentación, es decir, ofrecer

⁸²⁹ PONS, L. La aportación a la teoría de la argumentación. En *Revista Res diachronicae*, 2. Asociación de Jóvenes Investigadores de Historiografía e Historia de la Lengua Española, 2003, pág. 509.

razones para soportar una conclusión o tesis a defender, se espera, por lo general, que dicho proceso sea resultado de inferencias válidas, premisas sólidas y apunte, en el caso del Derecho, a un ideal de Justicia y bienestar social. Todo proceso argumentativo supone una preparación so pena de concluir con una mala práctica, en el campo jurídico no basta entonces conocer las bases de la lógica, la Retórica y la oratoria, se debe tener presente las fuentes del Derecho y los aportes que la Teoría y Filosofía del Derecho ofrecen. “La argumentación es una actividad verbal que se lleva a cabo mediante uso del indicador, una actividad social, que por lo general está dirigida a otras personas, y una actividad racional, que generalmente se basa en consideraciones intelectuales.”⁸³⁰

Cuando se entiende el argumentar como el acto de ofrecer razones para defender una tesis y así influenciar (persuadir) a una persona o grupo de personas (individuo), el proceso es mucho más complejo de lo que parece, numerosas teorías (jurídicas y no jurídicas) han profundizado en el arte de la argumentación mostrando sus elementos, problemáticas y prácticas. Más allá de los debates en torno a una teoría de la argumentación, existe un consenso en que todo acto argumentativo debe reflejarse en un discurso que no presente falacias, que no oculte información relevante y que siga una estructura racional y razonable.

Los teóricos de la argumentación están interesados en el producción oral y escrita de la argumentación, así como el análisis y la evaluación del discurso argumentativo. Los principales asuntos sobre los que recae su estudio se pueden lograr distinguiendo algunas áreas problemáticas centrales en el estudio de la argumentación: elementos no expresados en el discurso argumentativo, estructuras de argumentación, esquemas de argumentación y falacias.⁸³¹

Cuando se habla de argumentar generalmente se hace una separación respecto de la lógica, esto es, la demostración sería objeto del proceso lógico

⁸³⁰ VAN EEMEREN, F. y GROOTENDORST, R. *A Systematic Theory of Argumentation: The pragma-dialectical approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pág. 2.

⁸³¹ *Ídem*, pág. 3.

mientras que la comprensión sería propia del proceso argumentativo. Todos sabemos que la formación que recibe un ingeniero, por ejemplo, es distinta a la de un abogado, y ello es así porque mientras el primero usa fórmulas matemáticas y estructuras lógicas puras para demostrar algo de forma incuestionable, el segundo no puede realizar el mismo proceso dado la naturaleza de los objetos que trabajan ¿es posible demostrar lógicamente la injusticia?, o ¿cómo determinar de manera exacta si el aborto debe ser penalizado? Estas discusiones requieren otro abordaje más cercano a la explicación y la comprensión que a la demostración, lo anterior no significa que no exista la lógica en el proceso argumentativo, tan sólo que no todo puede resolverse con ella.

La denominada Teoría de la Argumentación jurídica surgió como un esfuerzo vigoroso por plasmar la realidad descrita en el párrafo anterior. Sus exposiciones se fundamentaron en la necesidad de abordar el proceso argumentativo o de justificación de las decisiones judiciales principalmente ante cierto tipo de casos (a esta versión se la puede llamar reduccionista en tanto sólo se ocupa de estudiar las sentencias judiciales en los denominados casos difíciles). La denominada crisis del silogismo judicial, que resultaba insuficiente (y no obsoleto como muchos afirmaron) ante nuevas propuestas jurídicas y sociales conllevó a un replanteamiento de las estructuras argumentativas con las que los jueces construían y justificaban sus discursos. Con un creciente auge en las etapas posteriores a la segunda guerra mundial, esta teoría reflejó:

El renovado interés por la argumentación en el campo jurídico hacia mediados del siglo XX, respondió a dos motivaciones. Por un lado, pese al agotamiento del modelo de razonamiento propuesto fundamentalmente por la exégesis francesa (silogístico o deductivista), éste se mantenía vigente, debido a la falta de una alternativa plausible. Por otra parte, el programa de investigación

kelseniano se había desentendido del razonamiento de los juristas prácticos, privilegiando el razonamiento de los juristas teóricos.⁸³²

La necesidad de completar aquellos escenarios donde la lógica jurídica (entendida desde un punto de vista formal –silogístico-) no podía ser usada en tanto ofrecía resultados contrarios a la idea de Justicia y bienestar (corrección) supuso una Teoría de la Argumentación que trascendiera aspectos formales y rígidos, esta teoría plantea cambiar la mentalidad lógica por una argumentativa bajo una nueva perspectiva de la Retórica para así darle un nuevo rol a la lógica jurídica (menos formal y más amplio), en palabras de Perelman:

El debate judicial y la lógica jurídica se refieren –no lo olvidemos- a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas. Esa aceptabilidad resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio. El juez debe efectuar el arbitraje de unos y otros para tomar una decisión y motivarla. [...] La lógica jurídica, especialmente la judicial que hemos tratado de obtener del razonamiento de los juristas y de las Cortes de apelación, se presenta no como una lógica formal sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del Derecho y su funcionamiento en la sociedad.⁸³³

La teoría de la Argumentación jurídica se preocupó entonces por la creación de discursos racionales (es decir, debidamente motivados o justificados desde el punto de vista lógico formal y meramente procedimental) pero también razonables (ajustados a los valores propios de un Estado Constitucional). La tensión entre los paradigmas positivista e iusnaturalista conllevó a la incorporación de la idea de justicia y valores en la esfera de la justificación racional, y ahora razonable, de las sentencias, este modelo, es una nueva vía o concepción desde la óptica de Perelman.

⁸³² SARLO, O. Tomando la argumentación jurídica en serio para una revisión de la teoría, la enseñanza y la práctica del Derecho. En ZULUAGA, R. (ed). *Interpretar y Argumentar: Nuevas perspectivas para el Derecho*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2004, pág. 143.

⁸³³ PERELMAN, CH. *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid: Civitas, 1979, pág. 232.

Esta es la característica de la nueva vía propuesta por Perelman: habiéndose hecho, además, impracticable la justificación teórico-práctica del derecho desde su mera dimensión positiva, era preciso recurrir a algo que ofreciera un status fundante suficiente para que la decisión jurídica no se transformara en simple y llana arbitrariedad, como algunos han llegado a pretender. En este sentido, nos parece que la teoría de Perelman sobre la razonabilidad del derecho no es otra cosa que un nuevo intento, ahora desde el interior de la propia postmodernidad, de poner coto al voluntarismo filosófico irrestricto abierto en el siglo XIX como consecuencia de la llamada falacia naturalista proclamada por el pensamiento empírico, al negar de plano el paso del ser al deber ser. Esto se ve reafirmado por el rescate que el jurista belga realiza del concepto de “justicia”, aun cuando le atribuye un contenido de naturaleza más bien imprecisa.⁸³⁴

Lo anterior es tomado por la TCD como una forma de corrección haciendo énfasis en que esta característica (lo correcto) puede tener diversos significados por lo que se debe medir con cuidado su uso. La corrección no se trata, en el caso del Derecho, de un rótulo que se etiqueta a un resultado acertado después de un proceso lógico o matemático en virtud de las reglas de validez de las estructuras silogísticas (y repito, no quiere decir que por ello sea inútil u obsoleto), a lo anterior se le puede denominar “justeza argumentativa”⁸³⁵, esto es, la adecuación a las reglas del discurso desde una arista analítica. Pero otra forma de ver la corrección es el grado de justicia que se puede predicar de la conclusión de un razonamiento (por eso se insiste en que la lógica formal no debe desecharse). Ahora, si bien es cierto el concepto de justicia es polivalente y ambiguo, éste resulta necesario en todo ejercicio de argumentación jurídica en tanto: “Se aplica de hecho a todos aquellos marcos vitales en los que existen relaciones humanas, sobre todo competitivas. La Justicia es el ideal del Derecho: esta idea constituye un lugar común, pero puede significar –y significa- cosas muy dispares.”⁸³⁶

El interrogante que surge entonces es ¿cómo resuelve la TCD este problema que genera la vaguedad del término Justicia? Para eso Robles

⁸³⁴ BAZÁN, J. y MADRID, R. Racionalidad y razonabilidad en el Derecho. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, N° 2. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991, pág. 185.

⁸³⁵ ROBLES, G. *Retórica para juristas...*, 2019, *op. cit.*, pág. 110.

⁸³⁶ *Ídem*, pág. 111.

plantea que se debe hacer una distinción del concepto de Justicia dentro del ámbito jurídico (AMB), es decir una justicia intra-ambiental, y un concepto de Justicia abstracto, es decir, fuera del AMB o extra-ambiental. Cada AMB tiene unos criterios orientadores para sus procesos comunicacionales, en especial aquellos que terminan en decisiones, por lo que el concepto de Justicia intra-ambiental se investiga en los textos jurídicos que componen el AMB (Constitución, leyes, sentencia, etc.) y de ellos se extraen las “esencias axiológicas o político morales”⁸³⁷ que se conforman esta idea de Justicia al interior del AMB. Por su parte, la Justicia extra-ambiental presenta un grado de generalidad que hace muy complejo un acuerdo de los individuos sobre qué es la Justicia y la ubica en un plano metafísico político-moral, un terreno propio de las ideologías. Por lo tanto, la idea de Retórica argumentativa de la TCD implica, separar los planos de la Justicia intra y extra ambiental.

Una clara delimitación de estos dos planos ayudará también al retórico a situar adecuadamente el discurso del contrario. Es posible que éste se atenga únicamente a los criterios internos del ámbito jurídico, pero es frecuente que no sea así: en las argumentaciones ante un tribunal suelen mezclarse argumentos de justicia intra-ambiental con argumentos extra-ambiental. Tener la capacidad analítica de distinguirlos de inmediato no es tarea fácil si no se está familiarizado con este tipo de ejercicios, y, sobre todo, si no se tiene en cuenta con suficiente claridad la distinción de la que tratamos. El “salto” desde la Justicia interna del ámbito jurídico a la externa de dicho ámbito, está permitido, pues las partes del proceso judicial pueden aducir lo que quieran, con las limitaciones formales y materiales que impongan las leyes. Pero, por muy permitido que esté dicho “salto”, una buena respuesta es la de señalar su carácter extra-ambiental y, por lo tanto, ideológico.⁸³⁸

Finalmente, la TCD establece una estructura argumentativa en la cual se explicitan aspectos de carácter tipológico y procedimentales respecto de los argumentos. En ella se pueden observar las distintas clases de argumentos con sus estructuras (a contrario, a fortiori, autoridad, moral, etc.) y un listado de falacias que permiten el ideal señalado anteriormente: el mejor discurso es

⁸³⁷ *Ídem*, pág. 112.

⁸³⁸ *Ídem*, pág. 113.

aquel que se encuentra bien construido, esto es, no incurre en la comisión de falacias⁸³⁹. La Retórica y la argumentación jurídica coinciden entonces en la necesidad de abordar el tema de las falacias como exigencia para el desarrollo y la evaluación de cualquier discurso dentro de un proceso comunicacional, por lo que, tener la capacidad de identificar argumentos falaces es fundamental en el jurista, un argumento puede ser muy útil, pero construido falazmente (y desconocido por el abogado y el estudioso del Derecho) puede hacer un daño enorme.

Sobre este asunto en particular (falacias y tipos de argumentos), existe abundante literatura, tanta que se convierte en un *topoi* o lugar común de las teorías de la argumentación formal y jurídica y sus estudiosos. Ahondar en ellas no es el objeto de esta tesis, además de que demandaría otro trabajo de monumentales proporciones, por ello me limito indicar que la TCD se ocupa de estos aspectos, como toda teoría de la argumentación rigurosa y seria.

⁸³⁹ *Ídem*, pág. 137 y ss.

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DE TEXTOS EN LA TCD: DERECHO, HIPERTEXTUALIDAD Y TEXTOS ESCRIBIBLES

En los capítulos anteriores se abordó todo lo relacionado con la Teoría Comunicacional del Derecho y sus tres niveles: sintáctico (teoría formal del Derecho), semántico (teoría de la Dogmática jurídica) y pragmático (teoría de las decisiones jurídicas). Aun así, como el lector recordará, en el primer capítulo se hizo una presentación de lo que, a mi juicio, constituye uno de los pilares de esta tesis: la teoría de textos trabajada en la TCD y su relación con la obra de Roland Barthes y Robert Landow. Hablamos de la teoría de los textos escribibles y del hipertexto como elementos presentes en la obra de Robles, que sumadas a la visión optimista de la hermenéutica (ilustrada ya ampliamente) sirven de base para otorgar la relevancia que merece la Teoría Comunicacional.

En este cuarto capítulo nos adentraremos en el estudio de la teoría de textos a partir de unas concepciones que pueden ser consideradas como no tradicionales en el Derecho, es pues, una invitación a repensar la noción de texto jurídico desde las teorías que trabajan la hipertextualidad, los textos escribibles y una serie de reflexiones afines a éstas. El objetivo es indicar cómo la TCD hace uso de estas nociones para ofrecer un panorama distinto en el análisis del fenómeno jurídico que irradia todas sus etapas, desde la enseñanza hasta su aplicación.

En primer lugar, se abordará el tema de la narración y el Derecho como elementos inseparables que se vinculan a través de la hermenéutica, posteriormente se indicarán los postulados básicos de lo que pretende una teoría de textos, finalmente se estudiarán las nociones de textos escribibles (Roland Barthes) e Hipertexto (Robert Landow) y su incidencia en la TCD.

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.⁸⁴⁰

A lo largo de este trabajo se ha sostenido que el Derecho es un ejercicio comunicacional que se traduce en que su objetivo es 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 entre ordenamiento y sistema 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,

⁸⁴⁰ 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, pág. 74.

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.”⁸⁴¹

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.⁸⁴²

⁸⁴¹ ROBLES, G. *Introducción a la teoría del Derecho*, 6ª edición (2003). Barcelona: Debate, 1988, pág. 19.

⁸⁴² STERLING, J. y 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, 2018, pág. 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.⁸⁴³

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

⁸⁴³ *Ídem*, pág. 244.

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.⁸⁴⁴

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.⁸⁴⁵

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

⁸⁴⁴ TARUFFO, M. Narrativas Judiciales. En: *Revista de Derecho*, vol. XX, julio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 2007, pág. 235.

⁸⁴⁵ SELDEN, R. Introducción. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, pág. 18.

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.⁸⁴⁶

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 (del cual se habló en el capítulo anterior). 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

⁸⁴⁶ TARUFFO, M. *Narrativas Judiciales...*, 2007, *op. cit.*, pág. 233.

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 *distingue frequenter* es válida también aquí: en efecto, es necesario distinguir para lograr una comprensión apropiada de las narrativas judiciales.⁸⁴⁷

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 Taruffo⁸⁴⁸ 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 *suspense* 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 redundará 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

⁸⁴⁷ *Ídem*, pág. 234.

⁸⁴⁸ *Ídem*, pág. 235 y ss.

Derecho es un ejercicio hermenéutico en tanto opera bajo la estructura: unidad de texto y diversidad de lecturas (capítulo primero); 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.⁸⁴⁹

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

⁸⁴⁹ *Ídem*, pág. 237.

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.⁸⁵⁰

La narratología

La narratología es la teoría de la narración. No se centra en narraciones concretas pues trata de ser una explicación general sobre las relaciones 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”⁸⁵¹, 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.⁸⁵²

Al igual que los postulados de la TCD, 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

⁸⁵⁰ *Ídem*, pág. 239 y 241.

⁸⁵¹ TODOROV, T. *Gramática del Decamerón*. Madrid: Taller Ediciones, 1973, pág. 10.

⁸⁵² PRINCE, G. Narratología. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, pág. 127.

tanto, se puede afirmar que la Teoría Comunicacional 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.⁸⁵³

⁸⁵³ *Ídem*, pág. 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.”⁸⁵⁴

La TCD 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. Cuando la obra de Robles se presenta como interpretativa y constructiva del sentido de los textos que componen el AMB 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.

⁸⁵⁴ GENETTE, G. El Discurso del relato: Ensayo de Método (orden, duración, frecuencia, modo). En *Figuras III*. Paris: Editions du Seuil, 1972, pág. 67.

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.⁸⁵⁵

La narración hermenéutica del ordenamiento y del sistema jurídico

Hablaremos aquí de la denominada tesis sobre la hermenéutica, la novela del Derecho y la Retórica⁸⁵⁶ para integrar el concepto de narrativa, expuesto líneas arriba, a la TCD.

Como se ha indicado, la hermenéutica y la analítica son el método que la Dogmática jurídica utiliza para construir el texto sistémico a partir del texto ordinamental. En su búsqueda de comprensión y aclaración de los elementos de los textos normativos, se ha concebido un análisis textual que resulta paradigmática en áreas como la teología y el Derecho al convertirlos en ejercicios interpretativos constructivos, que es la posición de la TCD. Estas consideraciones acercan al fenómeno jurídico a la filosofía del lenguaje y más a la crítica literaria y todas sus características, en especial la narratología, y de nuevo, se hace énfasis en que son similitudes mas no una identidad entre Derecho y Literatura. Esto supone un reto que implica asumir una posición crítica hacia los textos ordinamentales, no porque sean inservibles, sino por su pretensión de orden y racionalidad en virtud de la autoridad que los crea a golpe de decisión (el legislador y su racionalidad, por ejemplo), por lo tanto, al ser la TCD una teoría constructiva textual es a su vez crítica y comprometida con una transformación de los imaginarios jurídicos que dan por sentados postulados descriptivitas estáticos.

Como criminólogo siento cada vez más que mi función es similar a la de un crítico de libros o de pintura. El guion no es coherente y nunca va a poder serlo [...] La autoridad, y en los Estados democráticos los políticos, siempre tratan de dar la impresión de que la suya es una tarea racional que se enmarca en un campo en el que el pensamiento

⁸⁵⁵ PRINCE, G. *Narratología...*, 2010, *op. cit.*, pág. 149.

⁸⁵⁶ MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*. México DF: Ediciones Coyoacán, 2006, pág. 140 y ss.

utilitarista es obviamente importante. Nuestra oposición, como trabajadores de la cultura –o miembros de la *intelligentsia*, como dirían en Europa del este- consiste en demoler ese mito y traer toda la operación nuevamente al campo de la cultura.⁸⁵⁷

Esta película ya se ha visto: el dualismo entre naturaleza y cultura conlleva a la hermenéutica a presentar el fenómeno de la historicidad como un sinónimo de racionalidad, sobre todo a la hora de establecer las características del proceso de conocimiento. Lo anterior se traduce en la conocida oposición epistemológica entre la realidad mecánica/causal y la dimensión espiritual/valorativa, es decir, el choque entre las ciencias exactas y las del espíritu o “culturales” tal como las denominó Heinrich Rickert⁸⁵⁸ y que ocasionó sendas críticas del positivismo -en todas sus esferas de influencia- a la hora de proclamar la imposibilidad de un conocimiento racional en escenarios valorativos. Sobre la refundación de una hermenéutica optimista, que es predominante en la TCD, y la importancia dada a la comprensión de los sentidos de un texto en oposición a una estructura deductivista propia de una lógica formal y una concepción descriptivista del Derecho, se erige la teoría de textos en la obra de Robles.

La opacidad de cada cosa, palabra, término o exposición que contribuye a la formación de ese todo, conexo, pero no forzoso, que es la escena del sentido, explica por qué finalmente se trata de una escena de sentido y no de una racionalidad entendida como procedimiento mecánico y automático de implicación entre los elementos de un discurso; explica que se trata de un escenario de sentido y no del supuesto despliegue de una razón completamente aclarada.⁸⁵⁹

La posición anterior puede también encontrarse en los escritos de Ortega y Gasset, principalmente en su obra *Historia como sistema* en la que concibe al hombre como el resultado de una serie de condiciones que lo convierten en una novela en sí misma en la cual la toma de decisiones y las

⁸⁵⁷ CHRISTIE, N. *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1993, pág. 190.

⁸⁵⁸ RICKERT, E. *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*. Madrid: Espasa-Calpe.

⁸⁵⁹ GARGANI, A. La copia y el original. En VATTIMO, G. (comp.) *Hermenéutica y racionalidad*. Bogotá: Norma, 1994, pág. 91.

consecuencias de ello determinan la construcción del significado de la vida misma y de los textos con los que conocemos las vivencias de autores que ya no están entre nosotros.

Mal podía la razón físico-matemática, en su forma rasa de naturalismo, afrontar los problemas humanos. Por su misma constitución, no podía hacer más que buscar la naturaleza del hombre. Y, claro está, no la encontraba. Porque el hombre no tiene naturaleza. El hombre no es su cuerpo, que es una cosa; ni es su alma, psique, conciencia o espíritu, que también es una cosa. El hombre no es cosa ninguna, sino un drama –su vida, un puro y universal acontecimiento que acontece a cada cual, y en que cada cual no es, a su vez, sino un acontecimiento.

[...] En cada momento de mi vida se abren ante mí diversas posibilidades: puedo hacer esto o lo otro. Si hago esto, seré A en el instante próximo; si hago lo otro, seré B. En este instante puede el lector dejar de leerme o seguir leyéndome. Y, por escasa que sea la importancia de este ensayo, según que haga lo uno o lo otro, el lector será A o será B, habrá hecho de sí mismo un A o un B.⁸⁶⁰

Ahora bien, cuando la TCD se define como una teoría constructiva del sentido de los textos la importancia del constructor resalta en tanto es el relator de la historia y de él se espera cierta coherencia, cada texto cada norma o sentencia y cada decisión que las origina es un acto interpretativo que supone múltiples pasos y operaciones pero que nunca se agota totalmente dado que es producción constante, actualización permanente. De esta manera, la interpretación en el Derecho, como se dijo en el capítulo anterior, es un ejercicio de re-creación textual:

[...] será entendida como un acto múltiple no recorrido conscientemente en su plenitud. Cada actualización será una variación. Como en un proceso de traducción y de actuación, la ejecución es productiva. El Juez –y todo operador jurídico- será un intérprete de interpretaciones, su aprehensión del Derecho es recreativa, es una nueva *poiesis*.⁸⁶¹

Este panorama implica reconocer que se necesita de un criterio o una llave que permita encontrar la coherencia del ordenamiento normativo que se

⁸⁶⁰ ORTEGA Y GASSET, J. *Historia como sistema*. Madrid: Biblioteca Nueva, pág. 85.

⁸⁶¹ MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto...*, 2006, *op. cit.*, pág. 142.

refleja en el sistema, en el caso de Kelsen fue el concepto de norma fundamental. Este “paradigma de la llave”⁸⁶² sostiene la existencia de una norma positiva válida (objetivada) y que su conocimiento es el conocimiento del Derecho, una crítica que ha realizado constantemente la TCD, en tanto prescribir un enunciado como si éste fuese una norma jurídica implica conocer un criterio diferenciador entre aquellas expresiones que efectivamente son normas de Derecho y aquellas que no lo son (como por ejemplo la descripción de la norma). Por lo tanto, se requeriría de una metanorma, de carácter positivo o no que permitiese explicar el fenómeno de la unidad de un ordenamiento jurídico con las complicaciones que ello supone en tanto la obediencia a las normas jurídicas no puede asumirse sólo como una cuestión de causalidad a la hora de analizar conductas, en palabras de Chomsky: “Los problemas clásicos de la observancia de las reglas siguen sin solución; no tenemos nada que se parezca a una explicación ‘causal’ de la conducta ni ninguna razón para creer que exista.”⁸⁶³

Desde una perspectiva hermenéutica general, se acude muchas veces a la historia (o a la historicidad) como criterio para juzgar lo acontecido y dar sentido a la justificación de las acciones humanas. Esto no sólo supone un ejercicio descriptivo y explicativo, sino que trasciende a uno comprensivo y valorativo, de esta manera “el empleo de palabras como justificación, razón, razonable, argumento válido, verosimilitud, se definirá a partir de situaciones paradigmáticas en un contexto práctico-institucional.”⁸⁶⁴ La TCD ha planteado esta posición desde sus orígenes, abandonar la idea descriptivista del positivismo implica asumir un escenario más amplio que permita la comprensión de los procesos de comunicación del Derecho desde una perspectiva constructiva que depende del contexto y de la participación en todo ejercicio de comprensión, en este sentido la hermenéutico en su visión

⁸⁶² *Ídem*, pág. 143.

⁸⁶³ CHOMSKY, N. *El conocimiento del lenguaje*. Barcelona: Altaya, 1994, pág. 266.

⁸⁶⁴ MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto...*, 2006, *op. cit.*, pág. 144.

optimista se deja de concebir como un amarre metodológico sometido a las reglas lógico-formales de las ciencias exactas y su regularidad, que como se sabe son completamente distintas a las de las ciencias humanas o sociales.

Las reglas de la lógica determinan qué inferencias y afirmaciones son “posibles” (correctas, legítimas, permitidas) al pensar. Podemos llamar a estas reglas descriptivas, pero no en el mismo sentido inequívoco en el que las leyes de la naturaleza son descriptivas. También podemos llamarlas prescriptivas, pero en una forma algo diferente a aquella en que leyes del Estado son prescriptivas. La comparación de leyes de la lógica con las reglas de un juego sugería una nueva caracterización de estas leyes. De acuerdo con esta nueva caracterización, las leyes de la lógica no describen ni prescriben, sino que determinan algo.⁸⁶⁵

Aun así, cuando hablamos de determinación en la hermenéutica, ésta nunca será total a la hora de la toma de decisiones y las razones para ello. La presencia de conflictos de valores, de choques ideológicos y las dificultades propias del lenguaje hacen que el giro interpretativo se traslade a un escenario argumentativo y narrativo donde la demostración no tiene un rol central, cedido ahora a la retórica y la persuasión y aceptabilidad del discurso. Este panorama supone que las decisiones no se toman con absoluta libertad y determinación en tanto están condicionadas por la misma historia y ordenamiento, o en una sola palabra, la tradición. El error de las teorías positivistas al separar tajantemente la reflexión moral del fenómeno jurídico mermó elementos propios de la narración y el discurso, además, supuso el abandono del Derecho como una ciencia que se construye, que no se recibe dada, hecha de antemano, finalizada y sin posibilidad de crítica o debate; toda norma o decisión tiene que ser justificada y el esquema tradicional parece ser insuficiente dada su tendencia objetiva y reduccionista. Como lo indicó la TCD, la crisis del positivismo descriptivista es evidente y ha permitido una evolución que rompe con la tendencia minimalista hacia la lógica formal, y no porque se trate de un respaldo a las ideas iusnaturalistas en la relación Derecho-Moral,

⁸⁶⁵ VON WRIGHT, G.H. *Normas y Acción: Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1979, pág. 25.

sino porque el lenguaje (en la ya tratada posición ontológica débil) es indispensable para explicar, justificar y buscar la aceptación de tal relación, o cualquier otra; en el caso de la TCD es aquella que lo concibe como un fenómeno comunicacional con los rasgos ya estudiados y que se puede expresar diciendo que en el Derecho se requiere comunicar unas decisiones a través de normas porque esto es necesario –y bueno- para la convivencia. Sobre esta reflexión, y en palabras de Paul Lorenzen:

Es posible mostrar que ni la más estricta de todas las ciencias, es decir, la matemática, pueda prescindir para su fundamentación de los argumentos morales. Tampoco aquí es posible refugiarse en formalismos libres de toda valoración, ya que es necesario fundamentar la elección de estos formalismos. Esta polémica muestra, además, que el sentido de los formalismos sólo puede estar asegurado cuando se recurre a nuestras propias construcciones (comenzando por la construcción de los números). Pero las construcciones son acciones. Éstas tienen que estar establecidas por prescripciones con respecto a las construcciones, es decir mediante normas. Las normas tienen que ser justificadas. Hay que mostrar que es mejor seguir las normas que no obedecerlas. También aquí se llega, en última instancia, al campo de la moral, es decir a la cuestión acerca de lo bueno, o sea la cuestión acerca de lo mejor o lo peor.⁸⁶⁶

Esta crítica al positivismo motivó que autores como Dworkin concibieran el Derecho como un ejercicio de razonabilidad (al desaparecer esta muralla infranqueable entre lo jurídico y lo moral) en el que el juez carece de discrecionalidad dada la existencia de precedentes que limitan su capacidad de justificación y que implican que no es libre a la hora de escoger los principios a aplicar o el contenido de éstos en búsqueda de una filosofía socialdemócrata y una pretensión de certeza o seguridad. El papel de la hermenéutica bajo este escenario es el de justificación tanto en la elección de una interpretación (o en la teoría de Dworkin, la respuesta correcta) como en la forma en la que se presenta el discurso en tanto “existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función

⁸⁶⁶ LORENZEN, P. *Pensamiento metódico*. Buenos Aires: Sur, 1973, pág. 145.

de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios”⁸⁶⁷ De nuevo, se debe hacer énfasis no en la nueva relación Derecho-Moral sino en el papel que cumple el lenguaje en la narración y justificación de los discursos jurídicos.

Este contexto de justificación de normas y decisiones judiciales (que es distinto de la práctica social) refleja una filiación hermenéutica que da importancia al intérprete como un autor de textos que modifican realidades (textos escribibles). Para poder comprender, aquel que interpreta debe ser al menos un participante de la comunidad, sus prácticas y tradiciones si se quiere existo en esta empresa ya que “sin comprender lo que hacen los sujetos es imposible juzgarlos”⁸⁶⁸ además de conocer el ámbito jurídico en el que actúan.

Así las cosas, el Derecho –ahora como ejercicio hermenéutico– debe permitir los diversos puntos de vista de la comunidad acerca de ideas como la Justicia, la libertad, el poder, la fuerza, etc. En la TCD todo esto se resume en el concepto de institución jurídica, un concepto amplificador a la hora de realizar el análisis del fenómeno jurídico de forma dinámica e integral. De nuevo, el concepto de comprensión a través de una tradición cobra fuerza y resalta las virtudes hermenéuticas de la Teoría comunicacional.

Las anteriores consideraciones conllevaron a Dworkin a pensar la normatividad como una “narrativa política en desarrollo”⁸⁶⁹ en donde la pertenencia comunitaria, la comprensión como evaluación y elección de interpretaciones y la historicidad constituyen, metafóricamente, una novela en cadena, y todo esto bajo la observancia del lenguaje. Lo importante de esta reflexión es que al considerar al Derecho como una novela escrita a varias manos se le está dando un carácter constructivo a partir de procesos hermenéuticos, algo que siempre ha sostenido la TCD. El derecho no sólo se vuelve un ejercicio donde se interpreta para comprender, sino que construye,

⁸⁶⁷ DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Plantea, 1993, pág. 99.

⁸⁶⁸ MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto...*, 2006, *op. cit.*, pág. 148.

⁸⁶⁹ *Ídem*.

modifica o extingue realidades. Si algo nos mostró Dworkin fue la participación del operador jurídico en la construcción del Derecho a través de lenguaje y textos. Cuando las decisiones judiciales surgen, de sus análisis retóricos podemos identificar cómo los jueces narran o relatan sus concepciones sobre el ordenamiento y el sistema jurídico. La Teoría Formal del Derecho y la Dogmática jurídica se evidencia en las decisiones judiciales, por lo tanto, se narran, se relatan y buscan persuadir.

El Derecho pasa a ser ahora un ejercicio autoreflexivo que se enfoca en su discurso y su significado, que desde la TCD es hecho por juristas. La hermenéutica aporta a este escenario con el análisis del carácter dogmático normativo que apunta a la práctica interpretativa constructiva de los operadores jurídicos y de la comunidad en general, de nuevo, otra insignia de la obra de Robles. Esta idea se transformará en la noción de Derecho como hipertexto, una especie de discurso infinito, en crecimiento e invisible, y consecuentemente en una característica que es la hipertextualidad como marca analítica que permite la relación de un texto con otros. Sumado a lo anterior, el Derecho estará compuesto por textos escribibles, es decir, que no están hechos para ser consumidos, sino para ser producidos o contruidos por el lector o intérprete. La Dogmática jurídica, en consonancia con la idea de la TCD, se convierte en una herramienta que regula el proceso de producción del Derecho bajo las exigencias de determinados contextos en busca de la recepción de ciertos destinatarios. En palabras de Martyniuk:

Vista la dogmática jurídica desde la perspectiva kuhneana el contexto pedagógico-socializador que dota a los operadores de un lenguaje y de una tradición común en la representación jurídica de la realidad, dando forma a las competencias; sumado al sistema de autoridades aceptadas, pasa a ocupar un punto central en una teoría autoreflexiva del derecho donde van a ser entendidos también como fuentes del Derecho las directivas interpretativas establecidas por la comunidad jurídica; junto con los valores necesarios para evaluar los sentidos normativos.⁸⁷⁰

⁸⁷⁰ *Ídem*, pág. 150.

El análisis narrativo jurídico, como consecuencia de lo anterior, se centra en el estudio de elementos como el discurso, su coherencia, la posibilidad de debate, consenso, mayoría, aceptabilidad, etc. que lo sitúan en el paradigma de la razón práctica como elemento globalizante. Bajo este paradigma las reglas de la lógica formal se complementan con las del procedimiento discursivo y narrativo que se evidenciarán en las categorías de lo racional y lo razonable.

Es imposible entonces asumir que la justificación de decisiones a través del lenguaje y de los relatos o narraciones que las comunican está libres de prejuicios u opiniones, como lo establece Gadamer. Incluso Theodor Viehweg ha mostrado que incluso en el pensamiento dogmático tales elementos son indispensables:

Pues, si se quieren acciones y esquemas de acciones con una fundamentación (o justificación) racional, manifiestamente hay que presuponer un sistema que contenga afirmaciones dogmatizadas, es decir, que estén sustraídas a toda cuestionabilidad. Un sistema que, por el contrario, requiere que toda afirmación sea puesta en tela de juicio, es decir, un sistema cetético o de investigación, no serviría para estos fines.⁸⁷¹

De esta manera, la labor del jurista siempre es interpretativa, aun cuando determina en qué casos cierto enunciado o prescripción no requiere mayor interpretación (por ejemplo, porque la vaguedad lingüística es periférica). Lo importante es que el rol de la hermenéutica siempre está al servicio de una Dogmática y es una herramienta para la construcción de discursos y narraciones coherentes y persuasivas en el escenario pragmático, se trata entonces de una posición unificadora entre la el segundo y el tercer nivel de la TCD que estabiliza el cuerpo de normas y principios jurídicos presentes en el ORD, el SIS y el AMB para que sean interpretados y expuestos en discursos propios de la decisiones jurídicas (en especial las judiciales). Se evidencia aquí lo planteado por Robles en tanto que la TCD no es enemiga de

⁸⁷¹ VIEHWEG, T. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991, pág. 172.

la Tópica, es más bien un complemento en el que el Derecho es una especie de tópico abierto “dependiente del contexto comunicativo, en el cual la argumentación se torna dialógica, situacional y pragmática, sin posibles determinaciones sintácticas o semánticas”⁸⁷²

La distancia entre el creador y receptor de una norma o decisión está marcada por la figura del narrador, ficticio en el caso del legislador, en donde la voluntad es la coartada para proteger la norma de la arbitrariedad en la interpretación, pero aún el legislador o el juez, pueden cometer errores en la lectura o relato de sus propios textos, dado que “la máquina legal nunca funciona exactamente como había sido programada. Siempre produce algo menos o algo más que el aspecto teórico, original.”⁸⁷³ Por consiguiente, toda interpretación es construcción y el lenguaje normativo sería de carácter performativo en tanto al ser la acción el eje de las teorías normativas (como es el caso de la TCD) sería imposible concebirlas en términos de verdad salvo que se trate de teorías lógicas.

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

⁸⁷² MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto...*, 2006, *op. cit.*, pág. 158.

⁸⁷³ DE MAN, P. *Alegorías de la lectura*. Barcelona: Lumen, 1990, pág. 308.

textuales es también una categoría analítica que hace parte de nuestra conceptualización.⁸⁷⁴

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.⁸⁷⁵

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

⁸⁷⁴ 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, pág. 297.

⁸⁷⁵ HARTMAN, P. Texte als linguistisches Objekt. En STEMPEL, W.D. (ed.), *Beiträge zur Textlinguistik*. München: Fink, 1971, pág. 10 y ss.

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 dado que “sólo el lenguaje textual y el texto es el medio de comunicación entre personas.”⁸⁷⁶ 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.”⁸⁷⁷ 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.⁸⁷⁸

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.

⁸⁷⁶ *Ídem*, pág. 17.

⁸⁷⁷ SCHMIDT, J.S. Teoría del texto. Problemas de una lingüística de la comunicación verbal. Madrid: Cátedra, 1977, pág. 148.

⁸⁷⁸ *Ídem*, pág. 237.

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.⁸⁷⁹

Con todo lo anterior, so 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.⁸⁸⁰

Finalmente, los aportes de Beaugrande y Dressler⁸⁸¹ 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.

⁸⁷⁹ BERNÁNDEZ, E. *Introducción a la lingüística del texto*. Madrid: Espasa-Calpe, 1982, pág. 85.

⁸⁸⁰ VAN, DIJK, T. *La ciencia del texto. Un enfoque interdisciplinario*. Barcelona: Paidós, 1983, pág. 214.

⁸⁸¹ BEAUGRANDE, R. y DRESSLER, W. *Introducción a la lingüística del texto*. Barcelona: Ariel, 1997, pág. 35 y ss.

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.”⁸⁸² 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.”⁸⁸³ 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.”⁸⁸⁴ 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

⁸⁸² *Ídem*, pág. 43.

⁸⁸³ *Ídem*, pág. 44.

⁸⁸⁴ *Ídem*, pág. 45.

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.”⁸⁸⁵

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 (ver capítulo I). 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 no 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

⁸⁸⁵ VÉLEZ, M. Ricoeur y el concepto de texto. *En Revista Co-herencia*, vol. 7, N° 12, enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT, 2010, pág. 88.

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.⁸⁸⁶

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

⁸⁸⁶ *Ídem*, pág. 114-115.

positivista de una objetividad textual cerrada sobre sí misma e independiente de toda subjetividad de autor y de lector.⁸⁸⁷

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 Platón, 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.⁸⁸⁸

Por las anteriores consideraciones es que se requiere un abordaje textual en perspectiva que permita la total incorporación de una noción amplia de texto (y la lingüística textual) acorde con la TCD, lo veremos a continuación.

El perspectivismo textual

El perspectivismo suele ser asociado con una posición relativista según la cual el abordaje de un objeto o del conocimiento depende del ángulo o posición de desde donde se lo observe. Es generalmente identificable en la

⁸⁸⁷ 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, pág. 186.

⁸⁸⁸ PLATÓN. *Diálogos*, III. Madrid: Gredos, 1988, pág. 403.

filosofía de autores como Nietzsche en donde se hace referencia “a la vinculación constitutiva de la experiencia a una determinada apertura al mundo, lo cual implica su carácter necesariamente valorativo e interesado y la imposibilidad de un acceso objetivo, neutral, a la realidad.”⁸⁸⁹ Como se indicó anteriormente, este verbo nietzscheano potencia la existencia de una desconfianza hacia la hermenéutica en tanto todo es relativo al no existir hechos, sólo interpretaciones. Sin embargo, Nietzsche, que contempló la diversidad de pensamientos humanos, nunca negó la posibilidad de conocer el verdadero significado de los acontecimientos, sin duda hablaba de la figura del superhombre que “concibe la realidad tal como ella es: es suficientemente fuerte para hacerlo, no es una especie de hombre extrañada de la realidad, es la realidad misma, encierra todavía en sí todo lo terrible y problemático de ésta.”⁸⁹⁰ Además, cuando se aborda el Nietzsche de la Genealogía de la moral, ésta se presenta como una forma de conocimiento de la historia efectual que ha sido condicionada por la moral de la época, por lo tanto, no se trata de una posición relativista en esencia.

Nietzsche concibe la genealogía a partir de la mutua implicación de conocimiento y perspectivismo: su tesis es que sólo desde una determinada perspectiva y desde el diagnóstico del presente que ella realiza, cabe una aproximación al pasado capaz de efectuar un conocimiento del mismo con efectos de sentido en el plano práctico para los agentes en el presente.⁸⁹¹

José Ortega y Gasset explicó la noción de perspectivismo acudiendo a la escena bíblica del Génesis y la manzana que simboliza el pecado original al afirmar que “La manzana que ustedes ven no es la misma que yo veo, y sin embargo se trata de la misma manzana.”⁸⁹² La idea del gran pensador español no es otra que aquella que se ha sostenido desde los inicios de este trabajo:

⁸⁸⁹ ROMERO, J. Perspectivismo y crítica social. De Nietzsche a la Teoría Crítica. En *Revista Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 48. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015, pág. 142.

⁸⁹⁰ NIETZSCHE, F. *Ecce Homo*. Madrid: Alianza, 1971, pág. 128.

⁸⁹¹ ROMERO, J. Perspectivismo y crítica social..., 2015, op. cit., pág. 114.

⁸⁹² ORTEGA Y GASSET, J. El hombre y la gente. En *Obras Completas*, 7. Madrid: Alianza, pág. 117.

unidad de texto y diversidad de lecturas como sustento del concepto hermenéutico comunicacional del Derecho. Ante la existencia objetiva de un objeto que no depende del individuo, en este caso la manzana, debemos conformarnos con ver una de sus caras o aristas, pero no la integridad de ella. Ahora, trasladando este escenario al fenómeno jurídico, la discusión girará en torno al objeto de conocimiento del Derecho y cómo nos aproximamos a éste.

Si, como afirma José Ortega y Gasset, un elemento fundamental de la realidad es la perspectiva y, por lo tanto, el conocimiento de la verdad siempre es un problema de punto de vista, ¿qué significa esto para el derecho y sus mecanismos epistémicos?⁸⁹³

De esta manera, la perspectiva es un aspecto fundamental de la realidad, entendida como aquello que llega a nosotros a través de las sensaciones y en miles de formas o caras. Los hechos y objetos con los que interactuamos en la cotidianidad son revelados a partir de un determinado punto de vista el cual adoptamos por diferentes circunstancias culturales, ideológicas, políticas, empíricas, etc. Todos los detalles, matices, texturas, elementos y sensaciones estarán condicionadas por ese punto de vista adoptado. Lo anterior no significa (y tampoco lo quiso significar Ortega) caer en la mala interpretación de la filosofía de Nietzsche según la cual todo es relativo en tanto no hay hechos sino interpretaciones (hermenéutica pesimista), esto debido a que la realidad no es la simple y llana proyección del intelecto humano, las cosas y los hechos existen, están allí —como la manzana del mito bíblico— como resultado de su íntima objetividad; pero la esencia y consistencia de los o las cosas se organizan conforme son percibidas, percepción que ocurre desde una determinada y única posición del individuo en el mundo:

[...] el mundo exterior no existe sin mí pensarlo, pero el mundo exterior no es mi pensamiento, yo no soy teatro ni mundo —soy frente a este teatro, soy con el mundo—, somos el mundo y yo. Y

⁸⁹³ VIVARES, L. *Perspectivismo y Derecho: Articulación del concepto orteguiano de verdad con las formas cognitivas de la experiencia jurídica actual*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2017, pág. 11.

generalizando, diremos: el mundo no es una realidad subsistente en sí con independencia de mí —sino que es lo que es para mí o ante mí y, por lo pronto, nada más (...) como el mundo es solo lo que me parece que es, será solo ser aparente y no hay razón ninguna que obligue a buscarle una sustancia tras esa apariencia —ni a buscarla en un cosmos substancial como los antiguos ni hacer de mí mismo sustancia que lleve sobre sí como contenidos suyos o representaciones las cosas que veo y toco y huelo e imagino. Éste es el gran prejuicio antiguo que debe eliminar la ideología actual. Estamos este teatro y yo frente a frente el uno del otro, sin intermediario: él es porque yo lo veo y es indubitablemente, al menos, lo que de él veo, tal y como lo veo, agota su ser en su aparecerme. Pero no está en mí ni se confunde conmigo: nuestras relaciones son pulcras e inequívocas. Yo soy quien ahora lo ve, él es lo que ahora yo veo —sin él y otras cosas como él mi ver no existiría, es decir, no existiría yo. Sin objetos no hay sujeto.⁸⁹⁴

El abordaje y conocimiento de la realidad es entonces perspectivista y ello implica asumir una posición epistemológica desde un método específico. Al no existir una única y verdadera forma de comprender el mundo cada perspectiva ofrece un concepto de verdad distinto. Lo anterior, como se ha dicho, no es una invitación a abrir las puertas al relativismo epistemológico o valorativo, en palabras de Vivares:

Al sostener el perspectivismo que todo acto de aprehensión de la realidad se presenta siempre desde una perspectiva, desde un punto de vista particular que no puede soslayarse, dice también que no hay una forma de ver el mundo que pueda considerarse como exclusivamente verdadera. Cada perspectiva, cada punto de vista nos ofrece una cara distinta de la verdad. Esto, desde luego, no quiere decir que todas las perspectivas sean válidas por igual. El perspectivismo orteguiano, insisto, no es un relativismo ni epistémico ni valorativo; de su cuerpo conceptual no se extrae como conclusión que la realidad sea construida por el hombre hacia sus adentros, determinando, para sí mismo, lo que es y no es real.⁸⁹⁵

Por lo tanto, respecto de lo anterior, es claro que el perspectivismo de Ortega opta por resaltar la capacidad constructiva del individuo a la hora de adoptar una determinada perspectiva a la hora de configurar la realidad, así las cosas, la perspectiva es un atributo de la realidad, uno de sus elementos

⁸⁹⁴ ORTEGA Y GASSET, J. *Obras Completas*. Madrid: Santillana, 2008, pág. 342-343.

⁸⁹⁵ VIVARES, L. *Perspectivismo y Derecho...*, 2017, *op. cit.*, pág. 18.

que enseña que la verdad sólo se puede conocer en función de la perspectiva que se asuma, que se elige, pues al final la realidad es una construcción humana donde la elección de un punto de vista es necesario, punto de vista marcado por las vivencias, la historia.

El hombre, tal y como se ha dicho unas pocas líneas atrás, es el resultado de sus actuaciones, de sus comportamientos, de sus obras; el hombre es la historia que carga consigo y es a partir de ella que se sitúa para percibir el universo. Con menos palabras: la perspectiva de la cual depende la esencia de las cosas es siempre histórica. Por tal motivo, no hay peculiaridad de la razón humana más incuestionable, rotunda, axiomática que su carácter histórico. El hombre es historia y solo desde esa historia aborda, asume la perspectiva que le permite conocer verazmente la totalidad que lo circunda.⁸⁹⁶

El mundo de la vida, aquel que reúne los acontecimientos y hechos que experimenta el individuo, está limitado por el lenguaje, de este modo, las palabras y las expresiones del lenguaje que buscan comunicar el pensamiento están determinadas por el contenido que cada sistema moral o ideológico impone. Por esta razón el vivir está compuesto por el yo y sus circunstancias, un yo que está en eterna interacción con las circunstancias que lo rodean y condicionan sus perspectivas de acercamiento a la realidad. Al analizar el concepto del yo, es posible que se asuma una postura psicológica o biológica, igual ocurre con el concepto de circunstancia que puede ser abordado desde la física o incluso el Derecho; al final, ni el yo ni las circunstancias son construcciones relativas, vacías y sin respaldo, son elecciones fundadas.

No es verdad que radicalmente exista solo la conciencia, el pensamiento, el yo. La verdad es que existo yo con mi mundo y en mi mundo —y yo consisto en ocuparme con ese mi mundo, en verlo, imaginarlo, pensarlo, amarlo, odiarlo estar triste o alegre en él y por él, moverme en él, transformarlo y sufrirlo. Nada de esto podría hacerlo yo si el mundo no coexistiese conmigo, ante mí, en mi derredor, apretándome, manifestándose, entusiasmándome, acongojándome. Pero ¿qué es esto? ¿Con qué hemos topado indeliberadamente? Eso, ese hecho radical de alguien que ve y ama y odia y quiere un mundo y en él se mueve y por él sufre y en él se

⁸⁹⁶ *Ídem*, pág. 17.

esfuerzo, es lo que siempre se llama en el más humilde y universal vocabulario “mi vida”. ¿Qué es esto? Es sencillamente que la realidad primordial, el hecho de todos los hechos, el dato para el Universo, lo que me es dado es... “mi vida” —no mi yo solo, no mi conciencia hermética, estas cosas ya son interpretaciones, la interpretación idealista— me es dada “mi vida” y mi vida es ante todo un hallarme yo en el mundo —y no así vagamente, sino en este mundo, en el de ahora y no así vagamente en este teatro, en este instante, haciendo lo que estoy haciendo en él, en este pedazo teatral de mi mundo vital, estoy filosofando.⁸⁹⁷

Cuando hablamos de que al Derecho le interesan las acciones y la conducta humana, hablamos de que al Derecho le interesan las vivencias (tanto en su producción como en su aplicación), y al tomar el concepto de vivencia, Ortega recorre el mismo camino de los grandes teóricos de la hermenéutica como Dilthey y Gadamer; este último concibe la vivencia como el hecho de estar vivo cuando algo ocurre y como resultado permanente de aquello que se ha vivido, de algo que ha sucedido en la vida del individuo (*Erlebnis*).

Esta doble vertiente del significado de *erleben* puede ser el motivo de que la palabra *Erlebnis* se introdujese al principio en la literatura biográfica. La esencia de la biografía, en particular de artistas y poetas del siglo XIX, consiste en entender la obra desde la vida. Su objetivo es en realidad mediar entre las dos vertientes significativas que distinguimos en el término *Erlebnis*, o al menos reconocer su conexión como productiva: algo se convierte en una vivencia en cuanto que no solo es vivido, sino que el hecho de que lo haya sido ha tenido algún efecto particular que le ha conferido un significado duradero.⁸⁹⁸

Los juristas insisten en que el Derecho recae sobre las acciones y las conductas humanas en tanto están afectan a los demás pues impactan la realidad transformándola, es decir, es externa, y que sea externa quiere decir que tiene significado para el mundo. Por esta razón el Derecho se encarga de las acciones que efectivamente generan cambios o alteran la realidad, no

⁸⁹⁷ ORTEGA Y GASSET, J. *Obras Completas...*, 2008, *op. cit.*, pág. 344-345.

⁸⁹⁸ GADAMER, H.G. Texto e interpretación. En GÓMEZ, A. (coord.). *Cuaderno Gris*, época III, 3. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1998, pág. 96.

puede, por lo tanto, existir Derecho sin un objeto de estudio que esté sometido al cambio y a la ocurrencia de acontecimientos dotados de sentido.

Este acontecimiento que ocurre y cambia al mundo con el nuevo significado que le inyecta, este evento distinguible por su sentido, incrustado en la realidad con ánimo de permanencia, no es otra cosa que una vivencia (se insiste: en el significado expuesto por Gadamer).⁸⁹⁹

El fenómeno jurídico se involucra con el conocimiento y valoración de la conducta humana entendida como vivencia (es decir el resultado de una experiencia vital con un sentido específico que puede ser comprendida y expresada a través de signos externos). De esta manera, toda vivencia debe tener un impacto para el mundo, es decir, debe transformarlo para así obtener un significado que se descubre a través de una razón histórica a través de un juicio *ex ante*. De esta manera la idea de razón histórica no debe limitarse a la simple narración, sino a una reflexión sobre las vivencias del individuo, el hombre y sus circunstancias en términos de Ortega.

[...] en el derecho, el conocimiento de la realidad consiste en la apreciación de la conducta humana en cuanto ésta es una vivencia, una experiencia vital dotada de significado y persistencia. Esto supone advertir, en primer lugar, que la conducta cobra un significado para el mundo, que puede o no coincidir con las valoraciones, intereses y objetivos que motivaron el actuar por parte del agente de la conducta. Descubrir el significado del hecho vital implica la reconstrucción histórica del mismo. Solo así es posible vivir — virtualmente— la experiencia ajena, ponerse en los zapatos del prójimo.

Pero al arribar al concepto de historia, se advirtió que se corre el riesgo de entender por esta la simple recopilación de datos, como si la realidad estuviera conformada únicamente por fechas, lugares y nombre de personas, que son simplemente las unidades básicas de todo acontecimiento. Alcanzar un pleno conocimiento de la realidad implica, por el contrario, ir allende a los datos, trascenderlos y captar así su significado. Interpretarlos.⁹⁰⁰

⁸⁹⁹ VIVARES, L. *Perspectivismo y Derecho...*, 2017, *op. cit.*, pág. 123.

⁹⁰⁰ *Ídem*, pág. 128.

Es aquí donde el pensamiento orteguiano impacta directamente el concepto de interpretación -y por ende el de interpretación jurídica- y se fusiona con los postulados de la TCD. El acto de interpretar es buscar y unir un dato con todo el universo que lo rodea, es una tarea constructiva en espiral, tal como lo ha manifestado Robles a lo largo de sus trabajos. El hombre, sus acciones, sus circunstancias son un ínfimo fragmento de todo el universo, pero por pequeño que sea no está aislado, hace parte de la historia en tanto la crea y recrea. El significado o valor de las acciones dependerá entonces de las relaciones que entable con los otros elementos del universo que están marcadas por la perspectiva que se elija adoptar.

Pero ¿qué es una cosa? Un pedazo del universo: nada hay señero, nada hay solitario ni estanco. Cada cosa es un pedazo de otra mayor, hace referencia a las demás cosas, es lo que es merced a limitaciones y confines que éstas imponen. Cada cosa es una relación entre varias. Pintar bien una cosa no será, pues, según antes suponíamos, tan sencilla labor como copiarla: es preciso averiguar de antemano la fórmula de su relación con las demás, es decir, su significado, su valor.

La prueba de que las cosas no son sino valores, es obvia; tómese una cosa cualquiera, aplíquense a ellas distintos sistemas de valoración, y se tendrán cosas distintas en lugar de una sola. [...] No existe, por lo tanto, esa supuesta realidad inmutable y única con quien poder comparar los contenidos de las obras artísticas: hay tantas realidades como puntos de vista. El punto de vista crea el panorama. Hay una realidad de todos los días formada por un sistema de relaciones laxas, aproximativas, vagas, que basta para los usos del vivir cotidiano. Hay una realidad científica forjada por un sistema de relaciones exactas, impuesto por la necesidad de exactitud. Ver y tocar las cosas no son, al cabo, sino maneras de pensarlas.⁹⁰¹

Hecha la anterior presentación del perspectivismo desde la obra de Ortega y Gasset, puede decirse sin temores que la TCD aborda una mirada perspectivista de los textos, según la cual “toda percepción de aquello que nos rodea tiene lugar desde un determinado prisma o perspectiva”⁹⁰², una especie

⁹⁰¹ ORTEGA Y GASSET, J. *Obras Completas*. Madrid: Santillana, 2004, pág. 59-60.

⁹⁰² ROBLES, G. *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik, pág. 80.

de vínculo invisible entre el objeto y quien lo observa. Recordemos que en el capítulo 1 de esta tesis se habló de cómo se decepcionan formas o figuras a partir de los postulados de la *Gestalt*, una escuela también perspectivista en donde el todo es mucha más que la suma de las partes. Este postulado de la gestáltica es compartido por la TCD a la hora de hablar de un perspectivismo textual.

La percepción sensorial es, por su propia naturaleza, unilateral: siempre que miramos lo hacemos desde algún lado, desde algún lugar, desde una situación, desde unas coordenadas. El conocimiento humano es perspectivista. Conocemos en escorzo, al igual que el pintor pinta su cuadro en escorzo, respetando una cierta perspectiva.⁹⁰³

Siempre que se accede a la realidad se hace desde una posición o perspectiva dada, lo que puede influenciar en lo que se ve o se conoce (de nuevo, situémonos en las imágenes destacadas en el capítulo I). Esto ocurre también en las ciencias, incluyendo el Derecho, con la aplicación de diversos métodos en tanto son herramientas o perspectivas para acercarse al objeto de conocimiento. En este orden de ideas la TCD “como cualquier otra concepción, es asimismo perspectivista. Contempla su materia –el fenómeno jurídico– desde una perspectiva determinada: la comunicación humana.”⁹⁰⁴

La influencia del pensamiento de José Ortega y Gasset moldeó el perspectivismo epistemológico que servirá como base del textual según la cual los textos también tienen su propia perspectiva. 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

⁹⁰³ *Ídem.*

⁹⁰⁴ *Ídem*, pág. 81.

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.⁹⁰⁵

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 el 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.⁹⁰⁶

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

⁹⁰⁵ *Ídem*, pág. 83.

⁹⁰⁶ VIQUEIRA, J. Realismo y nominalismo en las ciencias sociales. En *Revista Relaciones*, 13. Michoacán: El Colegio de Michoacán, 1983, pág. 80.

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.⁹⁰⁷

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.).

⁹⁰⁷ DE LA SIERNA, A. Una filosofía nominalista. En *Revista Stoa*, vol. 1, N°1. Xalapa: Instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, 2009, pág. 83.

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 el 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.⁹⁰⁸

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

⁹⁰⁸ ROBLES, G. *Cinco estudios...*, 2018, *op. cit.*, pág. 85.

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”⁹⁰⁹ 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.⁹¹⁰

Desde la TCD se defiende la postura opuesta al monismo, es decir la pluralista⁹¹¹ 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

⁹⁰⁹ *Ídem*, pág. 87.

⁹¹⁰ LUZZATI, C. Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho Internacional. En *Revista DOXA*, N°22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999, pág. 143.

⁹¹¹ Ver: ROBLES, G. Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho. Navarra: Thomson-Civitas, Cizur menor.

constituye una perspectiva desde la cual es posible calificar y enjuiciar todos los elementos jurídicamente relevantes.⁹¹²

Sumado a lo anterior, el ordenamiento jurídico se autorregula, es decir, tiene un carácter autopoietico (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 autopoietica 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 autopoietico 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

⁹¹² ROBLES, G. *Cinco estudios...*, 2018, *op. cit.*, pág. 91.

juicio de juridicidad/antijuridicidad? Consiguientemente, clausura autopoietica no significa aislamiento.⁹¹³

Los textos escribibles: la teoría de Roland Barthes y la TCD

En el capítulo primero se había hecho un adelanto sobre la obra de Roland Barthes y su presencia en la obra de Gregorio Robles, ahora se tocará con mayor profundidad para plantear que la TCD tiene una profunda esencia barthesiana a la hora de elaborar una teoría de textos⁹¹⁴. Para llevar a cabo esta parte, central en el postulado de este trabajo, es necesario hacer una breve recapitulación entre la TCD, la hermenéutica y la teoría de textos.

Empecemos recordando que La hermenéutica filosófica se centra en el fenómeno de la comprensión entendida como una forma de *estar ahí* del sujeto (hermenéutica de la Facticidad en Heidegger) y por lo tanto implica una reflexión sobre todo el universo posible de comportamientos y acciones del ser humano en la realidad. Ese estar ahí (*Dasein*) implica potencialidad debido a que 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 le hermenéutica, en su giro existencial, busca remediar al zarandear al ser de este letargo. La TCD hace eco de esta posición hermenéutica a la hora de abordar el problema de la historicidad:

Toda experiencia hermenéutica tiene lugar sobre la base de la temporalidad del estar ahí (*Zeitlichkeit des Dasein*) 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.⁹¹⁵

⁹¹³ GARCÍA, J. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1ª reimpresión, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 135-136.

⁹¹⁴ STERLING, J. Teoría Comunicacional del Derecho y Hermenéutica: Gregorio Robles y su versión Barthesiana del texto. En MEDINA, D. el al (eds.). *La Teoría Comunicacional del Derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo: Libro homenaje al profesor Gregorio Robles Morchón*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 637 y ss.

⁹¹⁵ ROBLES, G. *Introducción a la teoría del Derecho*, 1ª ed. 1988, pág. 143; 6ª Edición de 2003. Barcelona: Debate, 1988, pág. 191.

Continuando con este repaso, Robles, acude a la obra de Gadamer no sin antes identificar que ésta 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 y esto traería como consecuencia 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.⁹¹⁶

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.”⁹¹⁷ 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.⁹¹⁸

Lo anterior será determinante para ofrecer una diferencia tangible entre dogmática jurídica e historia jurídica, y consecuentemente una diferencia entre

⁹¹⁶ *Ídem*, pág. 190

⁹¹⁷ *Ídem*.

⁹¹⁸ OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995, pág. 87

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.⁹¹⁹

Los juristas como jueces son siempre “intérpretes históricos del derecho”⁹²⁰ ya sea que éste se encuentre 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

⁹¹⁹ *Ídem*, pág. 88

⁹²⁰ *Ídem*.

que invita a pensar el fenómeno de la comprensión alejado de la gramática entendida como la única y exclusiva 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.”⁹²¹ En este orden de ideas, 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.

La TCD 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 al acudir a la metáfora de la analogía con la idea de biografía, de esta manera, Robles aborda la idea de Dilthey que 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.⁹²²

Partiendo de la idea de Derecho que se encuentra en la obra de Dilthey, hay una cercanía entre éste y la 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 se da dentro de un contexto existencial (histórico) que determina el modo de organización social y lucha de poder.

⁹²¹ ROBLES, G. *Introducción*, 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, *op. cit.* pág. 190.

⁹²² ROBLES, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, *op.cit.* 1ª ed. 1988, pág. 97; 6ª ed. 2003, pág. 136.

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 enfrente 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.⁹²³

Por otro lado, y retomando el hallazgo de que la lingüística subyace en todo proceso de comprensión (y todo conocimiento del tipo que sea), la TCD aporta otro argumento para poder sostener la universalidad del fenómeno hermenéutico. Robles indica que esta situación, se trata de la textualidad en un concepto amplio que puede ser interpretado y comprendido.

[...] 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,

⁹²³ DILTHEY, W. *Introducción a las ciencias del espíritu*. México DF: FCE, 1949, pág. 61-62.

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.⁹²⁴

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 por qué reducirlos necesariamente al ámbito de la ciencia, sino que pertenecen también a la experiencia humana del mundo.”⁹²⁵ 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. Esta idea también es desarrollada por Barthes a la hora de sugerir la existencia de un placer en la selección y lectura de un texto.

Si acepto juzgar un texto según el placer no puedo permitirme decir: éste es bueno, este otro es malo. Son imposibles entonces los premios, la crítica, pues ésta implica un punto de vista táctico, un uso

⁹²⁴ ROBLES, G. *Introducción*. 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, *op. cit.* pág. 190.

⁹²⁵ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 142; 6ª ed. 2003, pág. 191.

social y a menudo una garantía imaginaria. No puedo dosificar, imaginar que el texto sea perfectible, dispuesto a entrar en un juego de predicados normativos: es demasiado esto, no es suficientemente esto otro; el texto (ocurre lo mismo con la voz que canta) no puede sino arrancarme un juicio no adjetivo: ¡es esto! Y todavía más: ¡esto es para mí! Este para mí no es subjetivo ni existencial sino nietzscheano. En el fondo, ¿no es siempre la misma cuestión: qué significa para mí?⁹²⁶

Vemos entonces 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”⁹²⁷ 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”⁹²⁸ 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

⁹²⁶ BARTHES, R. *El placer del texto y lección inaugural*. México DF: Siglo XXI, pág. 21.

⁹²⁷ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 147; *op. cit.* 6ª ed. 2003, pág. 196.

⁹²⁸ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 147; 6ª ed. 2003, pág. 197.

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. 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'.⁹²⁹

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."⁹³⁰ La abstracción del lenguaje jurídico conlleva a vivir de espaldas a la realidad

⁹²⁹ GADAMER, H.G. *Verdad y método II*. Salamanca: Sígueme, 1996, pág. 41.

⁹³⁰ ROBLES, G. *Introducción...*, 1ª ed. 1988, pág. 148; 6ª ed. 2003, *op. cit.* pág. 199.

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.”⁹³¹

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”⁹³² en tanto la acción como fenómeno dotado de significado “es también un texto.”⁹³³

La TCD, como se analizó, presenta la relación entre dogmática jurídica y teoría de textos. La más reciente versión de la TDC habla del texto como toda obra humana 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

⁹³¹ *Ídem*, 1ª ed. 1988, pág. 149; 6ª ed. 2003, pág. 199.

⁹³² *Ídem*, 1ª ed. 1988, págs. 147-148; 6ª ed. 2003, pág. 197.

⁹³³ *Ídem*.

movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. Como sentido o significado que es, es susceptible de transmitirse mediante el lenguaje⁹³⁴, en últimas sobre ésta es que recae el Derecho.

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.

Ahora bien, para la comprensión de este gran texto se plantea la necesidad de presupuestos comunicacionales o marco hermenéutico de referencia 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. De esta manera, 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

⁹³⁴ Véase sobre la acción en la TCD: ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, 1ª ed. 1998, págs. 228-229; 230 y ss.; 236 y ss. 6ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas, 2015, págs. 271 y ss.

infinito), incluso la noción interesante de textos escribibles puede ser parte del derecho, dicha noción es ilustrado por el autor francés Roland Barthes.

Barthes es uno de los autores más reputados en materia de crítica y teoría literaria, pero trascendió también como analista de la sociedad, estas dos facetas “fueron rápidamente englobadas por Barthes bajo el común denominador de semiología –ciencia general de los signos.”⁹³⁵ En un escenario donde la escritura había sido poco estudiada y la obra barthesiana, consciente de este hecho, la aborda de una manera novedosa, especialmente con su noción de textos escribibles. La génesis de esta idea nace en la nueva forma cómo se aborda la literatura, forma que debe enfatizar más en la relación entre el lector y el texto para generar una especie de emancipación metodológica, postura que es propia del positivismo al amarrar el fenómeno de la comprensión textual racionalista, en pocas palabras: la literatura no tiene por qué convertirse en una especie de gramática endiosada.⁹³⁶

A lo largo de siglos, la cultura occidental ha concebido la literatura, no a través de una práctica de las obras, los autores y las escuelas —como hoy en día se hace— sino a través de una auténtica teoría del lenguaje. Teoría que tenía un nombre: la Retórica, y que ha reinado en Occidente desde Gorgias hasta el Renacimiento, o sea, durante dos milenios aproximadamente. La retórica, amenazada desde el siglo XVI por el advenimiento del racionalismo moderno, acabó de arruinarse por completo al transformarse el racionalismo en positivismo, a finales del siglo XIX. En esos momentos puede decirse que entre la literatura y el lenguaje no queda ya ninguna zona común de reflexión: la literatura va no se siente lenguaje, excepto por lo que respecta a algunos escritores precursores, como Mallarmé, y la lingüística reconoce no tener sobre la literatura más que algunos derechos, muy limitados, encerrados en una disciplina filológica secundaria, la estilística, cuyo estatuto, por otra parte, resulta incierto.⁹³⁷

Bajo la denominación de semiocrítica, Barthes asume la escritura, en un primer momento como la exposición de un sistema de signos (una

⁹³⁵ LAVERS, A. Roland Barthes. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, pág. 151.

⁹³⁶ BARTHES, R. *Image, music, text*. New York: Hill and Wang, 1977, pág. 155 y ss.

⁹³⁷ BARTHES, R. *El susurro del lenguaje: Más allá de la palabra y de la escritura*. Barcelona: Paidós, 1994, pág. 21.

aproximación externa) que no es equiparable al estilo literario y su evaluación, es, por el contrario, una forma de ver y repensar la relación entre el lector y el texto más allá de reglas gramaticales (insuficientes más no innecesarias), se trata de relaciones de deseo y emoción frente al texto que se pretende abordar, muy similar a la idea de Gadamer.

A esta nueva conjunción de la literatura y la lingüística a la que acabo de referirme se la podría llamar, provisionalmente, semiocrítica, desde el momento en que implica que la escritura es un sistema de signos. Pero no hay que confundir la semiocrítica con la estilística, ni siquiera con su renovación, o al menos la estilística está lejos de agotarla. Se trata de una perspectiva de muy distinto alcance, cuyo objeto no puede estar constituido por simples accidentes de forma, sino por las propias relaciones entre el escritor y la lengua. Lo que implica que si uno se coloca en semejante perspectiva no se desinteresa de lo que es el lenguaje, sino que, por el contrario, no para de volverse hacia las “verdades”, por provisionales que sean, de la antropología lingüística. Algunas de estas verdades aún tienen la fuerza de una provocación frente a una determinada idea habitual de lo que son la literatura y el lenguaje, y, por esta razón, no hay que dejar de repetirlos.⁹³⁸

En su obra *El susurro del lenguaje: Más allá de la palabra y de la escritura*, Barthes da las puntadas iniciales para lo que nos convoca en este trabajo, la noción de textos escribibles, textos que cambiarán la forma cómo se estructura la relación entre lector y al autor, dando importancia al primero. Es el análisis del receptor de la obra que triunfa ante la posición tradicional de explicar el texto desde su creador. El texto y la obra son considerados propiedad exclusiva de quien las crea y por lo tanto es un producto hecho para ser consumido por el destinatario, sin más derechos que ese, la preocupación ha caído en lo que al autor ha querido decir, pero no en lo que el lector ha comprendido. Barthes presenta aquí un compromiso hermenéutico serio al analizar el fenómeno de la comprensión de forma trascendente, si bien es cierto se busca el sentido del texto o las expresiones en lo que el autor quiso

⁹³⁸ *Ídem*, pág. 22.

decir, es importante darle peso a lo que el lector comprendió, pues en últimas, esto es en muchas ocasiones lo que realmente impacta o se conoce.

Ese texto, que convendría denominar con una sola palabra: un texto-lectura, es poco conocido porque desde hace siglos nos hemos estado interesando desmesuradamente por el autor y nada en absoluto por el lector; la mayor parte de las teorías críticas tratan de explicar por qué el escritor ha escrito su obra, cuáles han sido sus pulsiones, sus constricciones, sus límites. Este exorbitante privilegio concedido al punto de partida de la obra (persona o Historia), esta censura ejercida sobre el punto al que va a parar y donde se dispersa (la lectura), determinan una economía muy particular (aunque anticuada ya): el autor está considerado como eterno propietario de su obra, y nosotros, los lectores, como simples usufructuarios: esta economía implica evidentemente un tema de autoridad: el autor, según se piensa, tiene derechos sobre el lector, lo obliga a captar un determinado sentido de la obra, y este sentido, naturalmente, es el bueno, el verdadero: de ahí procede una moral crítica del recto sentido (y de su correspondiente pecado, el “contrasentido”): lo que se trata de establecer es siempre lo que el autor ha querido decir, y en ningún caso lo que el lector entiende.⁹³⁹

Además del concepto de hipertexto (que se abordará más adelante), está el de texto escribible como oposición al de texto legible. 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 cambien 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.

Me imagino muy bien el relato legible (aquel que podemos leer sin declararlo “ilegible”: ¿quién no comprende a Balzac?) bajo la forma de una de esas figurillas sutil y elegantemente articuladas que los pintores utilizan (o utilizaban) para aprender a hacer croquis de las diferentes posturas del cuerpo humano; al leer imprimimos también una determinada postura al texto, y es por eso por lo que está vivo; pero esta postura, que es invención nuestra, sólo es posible porque entre los elementos del texto hay una relación sujeta a reglas, es decir, una proporción: lo que yo he intentado es analizar esta

⁹³⁹ *Ídem*, pág. 36.

proporción, describir la disposición topológica que proporciona a la lectura del texto clásico su trazado y su libertad, al mismo tiempo.⁹⁴⁰

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 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.⁹⁴¹

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

⁹⁴⁰ *Ídem*, pág. 38.

⁹⁴¹ BARTHES, R. s/z. México DF: Siglo XXI, 2011, pág. 14.

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.⁹⁴²

La diferencia entre textos legibles y escribibles radica entonces en la aproximación que del texto se hace bajo la óptica de la relación autor/lector. En primer lugar, como se indicó, se trata de dar más peso a las impresiones del lector valorando e incorporando al análisis textual su trabajo; en segundo lugar –y como consecuencia de lo anterior, el lector debe abandonar una pasividad receptiva, propia de un consumidor o cliente, para asumir una posición crítica y constructiva, un productor del texto.

Lo que la evaluación encuentres es precisamente ese valor: lo que hoy puede ser escrito (re-escrito), lo escribible. ¿Por qué es lo escribible nuestro valor? Porque lo que está en juego en el trabajo literario (en la literatura como trabajo) es hacer del lector no ya un consumidor sino un productor del texto. Nuestra literatura está marcada por el despiadado divorcio que la institución literaria mantiene entre el fabricante y el usuario del texto, su propietario y su cliente, su autor y su lector. Este lector está sumergido en una especie de ocio, de intransitividad, y, ¿por qué no decirlo?, de seriedad.⁹⁴³

⁹⁴² *Ídem*, pág. 15.

⁹⁴³ *Ídem*, pág. 14.

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 concibe estructuralista y 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”.⁹⁴⁴

De esta manera todo ejercicio de interpretación implica crear y 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

⁹⁴⁴ REVIGLIO, M. La emergencia del sujeto en la re-escritura de los textos. En *La trama de la Comunicación*, vol. 13. Rosario: Universidad Nacional de Rosario, 1998, pág. 184.

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. 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.⁹⁴⁵

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

⁹⁴⁵ *Ídem*, pág. 183-184.

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.⁹⁴⁶

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.⁹⁴⁷

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

⁹⁴⁶ BARTHES, R. *El susurro del lenguaje...*, 1994, *op. cit.*, pág. 37-38.

⁹⁴⁷ *Ídem*, pág. 41.

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 irradian un determinado número de códigos del saber que están empleados en ellos.⁹⁴⁸

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

⁹⁴⁸ *Ídem*, pág. 57-58.

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.⁹⁴⁹

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.).⁹⁵⁰

En su obra *Verdad y Crítica*, Barthes 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

⁹⁴⁹ *Ídem*, pág. 67.

⁹⁵⁰ *Ídem*, pág. 76.

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.⁹⁵¹

En *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 así 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).

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.⁹⁵²

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

⁹⁵¹ BARTHES, R. *Crítica y verdad*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1972, pág. 82.

⁹⁵² BARTHES, R. *El placer del texto y lección inaugural*. México DF: Siglo XXI, 2011, pág. 22.

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.⁹⁵³

Esta idea de texto barthesiana 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.⁹⁵⁴

⁹⁵³ *Ídem*, pág. 26.

⁹⁵⁴ *Ídem*, pág. 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.⁹⁵⁵

La coincidencia entre la postura barthesiana y la expuesta por Robles en la TCD es evidente. La concepción amplia de textos, la genuina preocupación hermenéutica por la construcción del significado a partir de esta

⁹⁵⁵ BARTHES, R. s/z..., 2011, *op.cit.*, pág. 24.

noción amplia de texto, la idea de interpretación textual como estructura constructiva (con el concepto de textos escribibles), el peso de la historia y las vivencias en la producción y comprensión de textos, la intención de poder en los ejercicios comunicacionales y textuales, y, finalmente, una posición emancipadora de las visiones tradicionales y reduccionistas (de la Literatura y el Derecho) son los puntos en común que permiten una estrecha relación entre la obra de Barthes y Robles.

Por lo tanto, 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 hipertexto

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 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.⁹⁵⁶

⁹⁵⁶ VEGA, M. Literatura hipertextual y teoría literaria. En VEGA, M. (ed.). *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, pág. 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.⁹⁵⁷

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.⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ 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, pág. 52.

⁹⁵⁸ 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, pág. 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.⁹⁵⁹

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.”⁹⁶⁰ 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.⁹⁶¹

⁹⁵⁹ 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, pág. 122.

⁹⁶⁰ AARSETH, E. No linealidad y teoría literaria. En LANDOW, G. (comp.). En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, pág. 106.

⁹⁶¹ LIESTØL, G. Wittgenstein, Genette y la narrativa del lector en el hipertexto. En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, pág. 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 enterañadas en él o símbolos especiales.⁹⁶²

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.

⁹⁶² MOULTHROP, S. El hipertexto y la política de la interpretación. En VEGA, J. *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, pág. 23.

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.⁹⁶³

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 lexía en un hipertexto se parece a la del sabio en la época victoriana.”⁹⁶⁴ 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.⁹⁶⁵

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

⁹⁶³ LANDOW, G.P. *Hipertexto 3.0. La teoría crítica y los nuevos medios en una época de globalización*. Barcelona: Paidós, 2009, pág. 345.

⁹⁶⁴ LANDOW, G.P. *Hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1995, pág. 92.

⁹⁶⁵ MENDOZA, A. *Leer hipertextos...*, 2012, *op. cit.*, pág. 76.

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.⁹⁶⁶

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 texto⁹⁶⁷. 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

⁹⁶⁶ BARTHES, R. *El susurro del lenguaje...*, 1994, *op. cit.*, pág. 69.

⁹⁶⁷ LOTMAN, I. *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia, 1996, pág. 86 y ss.

más exacta: “el consumidor trata con el texto”. Entra en contacto con él.⁹⁶⁸

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, en palabras de Lampis:

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.⁹⁶⁹

En su crítica semiótica, Lotman 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

⁹⁶⁸ *Ídem*, pág. 82.

⁹⁶⁹ 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, pág. 399.

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.⁹⁷⁰

Siguiendo con los postulados lotmanianos, debe indicarse 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).⁹⁷¹

Finalmente, uno de los aportes de Lotman indica que existen dos modelos de comunicación: el primero implica la presencia de un destinatario del mensaje que lo recibe a través de un sistema lingüístico que le permite decodificar el contenido del mensaje, como resultado de esto “aparece en un texto pasivo que llega a un destinatario. Éste lo decodifica mediante el mismo sistema lingüístico y recibe el sentido inicial del texto (la entrada es igual a la salida).”⁹⁷² Bajo esta descripción, el texto es generado y determinado por el lenguaje bajo un modelo Yo-Él. Por su parte, el segundo modelo implica partir de un texto inicial (T1) que es previo al lenguaje y propicia su aparición,

[...] así, el emisor lleva a cabo lo que Lotman llama un bloque de traducción no trivial (BTN) para generar una representación de ese texto (T1') que hace llegar al receptor, quien a su vez lo decodifica (lee ese BTN) y crea un segundo texto (T2). A la par, este último servirá como generador de nuevos mensajes y lenguajes (poliglotismo), de nuevo sentido, pues a través de él circulan

⁹⁷⁰ LOTMAN, I. *La semiosfera I...*, 1996, *op. cit.*, pág. 22.

⁹⁷¹ LAMPIS, M. *La teoría semiótica de Lotman...*, 2015, *op. cit.*, pág. 398.

⁹⁷² MOSQUERA, A. *La semiótica de Lotman como teoría del conocimiento*. En *Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Año 6, N° 3, septiembre-diciembre. Zulia: Universidad del Zulia, 2009, pág. 65.

mensajes externos y establece una relación entre lo sistémico y lo extrasistémico. Es lo que el investigador ruso llama un modelo de comunicación “YO-YO”.⁹⁷³

Este nuevo texto (T2) termina siendo un dispositivo inteligente i pensante en tanto interactúe con el lector gracias a que posee ciertas características: i) Tiene memoria dada su capacidad de almacenar y relacionar conceptos o teoría previas; ii) es creador de nuevos mensajes en su incorporación a la cadena comunicacional; iii) crece por sí mismo; iv) su mecanismo de inicio es un texto que puede provenir del interior o del exterior y que motiva la conciencia individual del lector; v) la inclusión de textos externos al sistema debe estar mediada por la capacidad de éste de determinar cuáles pueden ingresar y cuáles no (autopoiesis); vi) existe un intercambio de pensamiento y vii) el texto no surge por generación espontánea.

Ahora, si analizamos las características descritas en el párrafo anterior, podremos ver las coincidencias entre la obra de Lotman y la TCD. En primer lugar, por el carácter constructivo de su método al usar la figura de la espiral hermenéutica; sumado a ello tenemos la capacidad de memoria textual que se adquiere bajo el modelo institucional de la TCD y el papel de la tradición en ésta, así las cosas, todo texto jurídico conserva las tradiciones jurídicas y condiciona la producción de nuevos textos a esta memoria colectiva del ordenamiento y sistema jurídico. Como tercer elemento de coincidencia, tenemos que la apertura del Derecho a la incorporación de textos de otros sistemas (en términos de Luhmann) se da por una estructura autopoietica, que no significa aislamiento, algo también sostenido por la Teoría Comunicacional.

También se observa como la generación o creación de un texto no es algo espontáneo, requiere de unas condiciones previas, que en el caso de la TCD es la decisión, sin duda motivada por elementos de carácter social, político y jurídico. Pero quizás el elemento más importante es la concepción

⁹⁷³ *Ídem.*

amplia del texto como elemento que conserva, organiza y estructura el conocimiento jurídico de tal manera que su concepción como totalidad textual sobre valor en la práctica. El documento hipertextual, de la manera presentada anteriormente, conserva, transmite, realiza operaciones y forma nuevos mensajes a partir de ciertas reglas (tradiciones) y hacen dinámico el proceso hermenéutico de la comprensión. Por lo tanto, el hipertexto:

Conserva y transmite información (tiene mecanismos de comunicación y memoria, y un lenguaje para formar mensajes correctos). Los cambios en el texto obedecen a la expresión, mientras que la codificación y la decodificación son simétricas.

Realiza operaciones algoritmizadas de transformación correcta de los mensajes (transformaciones regulares que no son nuevos mensajes; es el mismo texto). Obedece a reglas. Las transformaciones son reversibles (se puede llegar al texto inicial).

Forma nuevos mensajes (son textos no regulares, no obedecen a reglas, son imprevisibles o impredecibles, pero útiles y necesarios). Originan reglas y nuevos sentidos (nuevo texto). Son irreversibles.⁹⁷⁴

Dejando de lado los aportes de Lotman, y retomando los aportes de G.P. Landow sobre el concepto de hipertexto, que además de tratar la ya conocida idea de que éste se refiere a un texto que remite a otros (hipervínculos), plantea además 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

⁹⁷⁴ *Ídem*, pág. 68.

mucho mayor que la imprenta; la misma facilidad en comparación con que puede añadirse este material fomenta su inclusión.⁹⁷⁵

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.⁹⁷⁶

Desde el punto de vista de la Retórica, el hipertexto supone ampliar el campo de acción de ésta. Dada la relación que existe entre el autor del texto y el lector se hace necesario pensar una teoría retórica centrada en la textualidad (teoría del texto) interdisciplinaria (para poder relacionar los textos jurídicos entre sí y entre los propios de otras áreas del conocimiento), por lo demás, la hipertextualidad no es excluyente ni riñe con el concepto de retórica que se aplica a los textos impresos o unitarios.

⁹⁷⁵ LANDOW, G.P. *Hipertexto...*, 1995, *op. cit.*, pág. 61.

⁹⁷⁶ *Ídem*, pág. 51.

Una descripción y explicación teórico-retórica de la construcción narrativa hipertextual como la que acabamos de realizar no solo no debilita el papel y la responsabilidad del autor en el proceso de la creación artística, sino que los aumenta y refuerza enormemente, hasta hacerlo responsable de las posibilidades de libertad lectora, interpretativa y valorativa que aquél -el autor- le otorga conscientemente al lector.⁹⁷⁷

Hechas las anteriores reflexiones sobre la hipertextualidad, puede concluirse que el hipertexto 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 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.

⁹⁷⁷ CHICO, F. Teoría retórica como teoría del texto y narración digital como narración hipertextual. Perspectivas de estudio entre la tradición y la modernidad. En *Cuadernos de Literatura*, 12, (23), julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pág. 69.

Teoría de Textos en la TCD: visión revisada

Así como el paradigma iusnaturalista se centró en la idea de justicia, el positivismo jurídico en la de norma y coerción y el realismo jurídico en el hecho y la eficacia, la Teoría Comunicacional del Derecho hace de la comunicación su perspectiva de conocimiento al contemplar los procesos de comunicación que se dan entre el Estado y los ciudadanos, entre los mismos órganos estatales, entre Estados y entre los individuos entre sí. Lo anterior significa que la TCD tiene como punto de partida el lenguaje (recordemos, en una posición ontológica débil) y por esta razón puede denominarse también como un análisis del lenguaje de los juristas. De igual manera, el método que define la TCD es el hermenéutico-analítico que adopta un concepto amplio de texto.

Cuando se afirma que la TCD tiene como punto de partida el lenguaje, en su arista pragmática, debe prestarse atención al concepto de texto, ya que el lenguaje jurídico se concreta en textos, obras humanas susceptibles de interpretación y comprensión. Bajo esta primera reflexión se construye un postulado de la teoría de textos en la obra de Robles: la inevitabilidad interpretativa y comprensiva de los textos jurídicos. Como se observó líneas arriba con los postulados de Beaugrande y Dressler⁹⁷⁸, el texto posee la característica ser diseñado para ser interpretado y comprendido. Un adagio popular sostiene que una persona es dueña de lo que dice mas no de lo que se interpreta, pues bien, aquí parece cobrar vigencia. Más allá de si la voluntad del creador o autor del texto es que su obra sea objeto de interpretación para develar su verdadero sentido, no se puede cuestionar que dicho análisis hermenéutico se hará en tanto el deseo de transmitir un mensaje puede llevar a la comprensión o a la ausencia de ella; como lo planteó Schleiermacher en su momento: puede que el mensaje se entienda o no, esas son las dos únicas posibilidades que existen, ahora bien, una práctica laxa o estricta de la hermenéutica será determinada por la asunción inicial del lector o receptor

⁹⁷⁸ BEAUGRANDE, R. y DRESSLER, W. *Introducción...*, 1997, *op. cit.*, pág. 35 y ss.

acerca de si la comprensión o la incomprensión es la regla general. De esta manera, la TCD entiende el concepto de texto bajo una finalidad comprensiva, en tanto éste abarca:

[...] todo lo que nos rodea [...] incluida la naturaleza, pues respecto de todo realizamos la función de observar (mirar, oír, etc.), interpretar lo observado y, por fin, construir la realidad objeto de nuestra observación, entonces estaríamos manejando un concepto amplísimo de texto. Todo lo que nos rodea -independientemente de la realidad que fuese- sería texto.⁹⁷⁹

Los problemas de la hermenéutica, o mejor, los problemas que la hermenéutica busca resolver, tienen su origen en la aclaración de mensajes. Desde el mito hermético hasta la necesidad de conciliar los testamentos bíblicos, el quehacer hermenéutico ha trabajado sobre el lenguaje, los textos y las citas. De ahí que es innegable desentenderse de la inevitabilidad interpretativa textual. Ya Gadamer se refirió a esta dualidad entre texto e interpretación al plantear la misma idea que asume la TCD un concepto amplio de texto.

En el marco de esta problemática general, el concepto de «texto» constituye un desafío peculiar. Se trata de un asunto que nos vincula, nuevamente, con nuestros colegas franceses o que, tal vez, nos separa de ellos. En todo caso, fue lo que me impulsó a replantear el tema “texto e interpretación”. ¿Qué relación guarda el texto con el lenguaje?, ¿qué elemento del lenguaje puede pasar al texto?, ¿qué es el entendimiento (*Verständigung*) entre los hablantes y qué significa que podamos coincidir sobre unos textos o incluso que el entendimiento dé como resultado un texto común e idéntico para todos?, ¿cómo ha podido alcanzar el concepto de “texto” un ámbito tan universal? Para todo el que tenga en cuenta las tendencias filosóficas de nuestro siglo, resulta evidente que este tema significa algo más que una reflexión sobre la metodología de las ciencias filológicas. El texto es algo más que el título de un campo de objetos de la investigación literaria. La interpretación es algo más que la técnica de la exposición científica de los textos. Ambos conceptos han modificado radicalmente durante el siglo XX su rango en nuestros esquemas mentales y en nuestra concepción del mundo.⁹⁸⁰

⁹⁷⁹ ROBLES, G. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas, 2015, pág. 265.

⁹⁸⁰ GADAMER, H.G. *Texto e interpretación...*, 1998, *op. cit.*, pág. 22.

La hermenéutica y el texto coinciden entonces en el fenómeno de la lingüística, idea que la TCD comparte para no caer en errores con la historicidad. La necesidad hermenéutica (interpretar y comprender) es esencial en la lingüística textual en tanto todo texto se analiza y entiende desde un determinado contexto. En el caso de la TCD, tanto las nociones de ORD, SIS y AMB son totalidades textuales y contextuales para la obtención de significado. Así, cada interpretación es una creación de realidad que también rige los asuntos propios del escenario discursivo.

En todo caso, hay que señalar que sólo al plantearse el concepto de “interpretación” se presenta el de “texto” como algo central en la estructura de la lingüística; lo propio del texto consiste en que sólo se presenta a la comprensión en el contexto de la interpretación, apareciendo a su luz como una realidad dada. Lo cual rige incluso en el entendimiento dialógico.⁹⁸¹

Sumado a lo anterior, al sostener que los actos jurídicos son textualizables, es decir, susceptibles de ser expresados o transformados en textos, éstos también pueden ser actuados, de esta manera “la acción, para la TCD, es texto, ya que es el significado de un movimiento o conjunto de movimientos de carácter físico-psíquico, significado sólo desentrañable desde la perspectiva del marco de referencia elegido para calificar el movimiento.”⁹⁸² Por lo tanto, no sólo existen los textos escritos (que son los que predominan en el Derecho moderno) sino también actos con significado jurídico, textos también vistos desde la filosofía hermenéutica tal como lo exhibe Laura Bertone⁹⁸³ al señalar que cuando los estudiosos del lenguaje hablan del concepto de sentido, no siempre lo hacen desde el punto final de un texto impreso, el ejercicio de interpretación y comprensión inicia incluso en la exposición del discurso por parte del autor.

⁹⁸¹ *Ídem*, pág. 24.

⁹⁸² ROBLES, G. *Cinco estudios...*, 2018, *op. cit.*, pág. 104.

⁹⁸³ BERTONE, L. *En torno de Babel: estrategias de la interpretación simultánea*. Buenos Aires: Hachette, 1989, pág. 90.

Lo anterior permite un acercamiento, hecho por la TCD, entre el Derecho y la literatura, sobre todo en lo atinente a la obtención del significado textual. Dado que tanto la obra literaria como la obra jurídica son generadoras de conocimiento sobre la lengua y sus usos, pueden hallarse en ellas valiosos elementos sobre la actividad lingüística en todo nivel, sobre todo el pragmático-discursivo en el caso del Derecho. Por esta razón los textos jurídicos son ricos en experiencias narrativas que proporcionan la voz de un narrador con voz propia que interpreta y construye contextos a partir de “un acercamiento a realidades difícilmente observables con las técnicas de obtención de datos que no sean el método etnográfico de la observación participante del investigador inserto en la comunidad que quiere estudiar.”⁹⁸⁴ Robles, es claro al mencionar que si bien los textos literarios, como la novela, son distintos de los jurídicos (que son prescriptivos), pero coinciden en una estructura narrativa que busca la trasmisión de un significado en donde autor y lector tienen un papel principal, no pasivo sino constructivo.

Una novela es un universo cerrado. Empieza y acaba en sí misma. Es un todo dotado de sentido propio. Cuando leemos las aventuras del Caballero de la Triste Figura nos sumergimos en un mundo (el de la ficción) que se agota en sí mismo, que adquiere sentido desde sí mismo, que es comprensible desde sí mismo. La obra es una unidad y al mismo tiempo una complejidad. Los elementos múltiples que configuran la obra dotan al conjunto de ésta de su sentido pleno. La obra es un conjunto cuyos elementos actúan como partes integrantes, no de modo mecánico, como superpuestos, sino enlazándose unos con los otros para constituir la totalidad dotada de sentido. Una obra literaria es una totalidad de sentido.⁹⁸⁵

Otro aspecto que surge como consecuencia de las anteriores reflexiones y que marca la teoría de textos en la TCD es la tesis de que el ORD es un conjunto textual, una totalidad que resulta de las decisiones de los órganos de poder; así, por ejemplo, la decisión constituyente genera el texto

⁹⁸⁴ ZAMORA, F. Actividades de imagen en textos narrativos (ficción y no ficción). En *Pragmática Sociocultural SOPRAG*, 2 (1). Berlín: De Gruyter, 2014, pág. 79.

⁹⁸⁵ ROBLES, G. El Derecho como texto. En torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del Derecho. En *Revista Derecho y Persona*, N°35. Navarra: Universidad de Navarra, pág. 200.

constitucional, la decisión legislativa la norma jurídica y la decisión judicial la sentencia. Entonces, el texto jurídico es expresión de un acto de poder, de un acto que busca determinar o crear condiciones y realidades, tal y como se explicó con la teoría de Deleuze y Guattari. Como se sabe, estos textos del ORD no son claros o coherentes por naturaleza, tienen esa pretensión, eso sí, pero deben ser interpretados y comprendidos para develar su verdadero significado ya que el contenido de textos ordinamentales:

[...] no es fácilmente comprensible en su totalidad, presenta lagunas y contradicciones, el lenguaje no siempre es el adecuado, presupone conceptos no explicitados los autores de dichos textos son diferentes y cambian con frecuencia, los tiempos y las circunstancias en que fueron elaborados y generados también están sujetos a los avatares de los tiempos.⁹⁸⁶

En resumen, los textos ordinamentales requieren interpretación para ser comprendidos, cumpliendo así con el postulado ilustrado arriba. La ciencia de los juristas o Dogmática jurídica es la encargada de esta tarea, al generar texto sistémico que aclara, ordena y complementa el ordinamental y permite su inserción en el ámbito jurídico. Estas reflexiones, ya explicadas a lo largo de este trabajo, han llevado a la idea -aceptada por la doctrina y la comunidad jurídica internacional- de que el Derecho es básicamente texto con las condiciones ya indicadas, en otras palabras, el Derecho como texto.

La idea del derecho como texto ha sido defendida por el español Gregorio Robles quien ha señalado que la norma jurídica es una proposición lingüística de carácter prescriptivo perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico y dirigida directa o indirectamente a orientar la acción humana.⁹⁸⁷

El texto jurídico tiene una característica organizadora de la conducta humana, recordemos la posición textual amplia de Lotman, que establece la existencia de ciertos textos que poseen memoria, preservan instituciones, conectan con otros textos y adecúan conductas a ciertos fines. Bajo estas

⁹⁸⁶ ROBLES, G. *Cinco estudios...*, 2018, *op. cit.*, pág. 104.

⁹⁸⁷ COAGUILA, J. El análisis discursivo del Derecho. En *Revista Isonomía*, N°23, octubre. México DF: ITAM, 2005, pág. 166.

circunstancias, el texto jurídico, con similitudes al literario o histórico, pero con una esencia distinta (prescriptiva) busca una verdad que se encuentra a través de un proceso analítico-hermenéutico para revelarse a los miembros de una comunidad y lograr organización y convivencia.

El texto jurídico. A diferencia de la novela y de la historia, el texto jurídico es un texto no narrativo, sino prescriptivo. En ello se parece al texto bíblico, pero sólo parcialmente, pues en éste también se manifiesta la verdad. Mediante el texto jurídico el grupo humano (pensemos en el Estado como prototípico) se constituye y revela a sí mismo, comunicándose con los miembros para imponerles organización y conductas.⁹⁸⁸

A su vez, el texto jurídico es dinámico, crece constantemente y no tiene fin, por eso puede asimilarse con el concepto de hipertexto. Se trata de un texto de naturaleza abierta, que, según la TCD, implica que está en constante construcción a partir de un proceso hermenéutico, como consecuencia, no tiene un fin determinado ya que está abierto a adiciones, sustracciones o modificaciones de la autoridad (el autor). De esta manera, se genera y regenera como un texto escribible (Barthes) y autopoietico (Luhmann), es decir, determina por sí mismo las condiciones de apertura e incorporación de los elementos de otros sistemas como la moral o la política.

El texto jurídico es un texto abierto. No es, por tanto, una "obra" (aunque es posible el análisis literario o histórico de una porción del texto jurídico, como puede ser por ejemplo el Código Civil). La apertura del texto consiste en que no se da de una vez por todas (como sucede con la novela), sino que se va generando y regenerando progresivamente como mecanismo autopoietico que es. El ser textual del Derecho es un ser *in fieri*, nunca acabado, sino permanentemente en transformación. Se autogenera mediante decisiones diarias, que toman cuerpo en nuevas leyes, en nuevas normas de distinto tipo, en nuevas sentencias judiciales, etc.⁹⁸⁹

La esencia del texto jurídico es que es prescriptivo, tiene una funcionalidad pragmática compuesta por una serie de mensajes que buscan impactar la realidad a través de la influencia en la conducta humana y sus

⁹⁸⁸ ROBLES, G. *El Derecho como texto...*, 1996, *op. cit.*, pág. 206.

⁹⁸⁹ *Ídem*, pág. 207.

acciones. Esto permite distinguir aquellas situaciones que se pueden denominar jurídicas y aquellas que no lo son a partir de un proceso de codificación que presenta dos etapas previas: la colonización del mundo de la vida y la cosificación con el nominalismo. Este proceso se rige, también, por una estructura autopoietica que determina de manera autónoma las condiciones de existencia de un sistema y la apertura hacia otros (recordemos, igualmente, que autopoiesis no significa aislamiento). Todas las acciones y conductas que se recogen en textos, se interpretan.

El texto jurídico es un texto prescriptivo. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir sobre todo que el texto jurídico está dotado, como una totalidad, de una función pragmática determinada que le hace ser un conjunto de mensajes cuyo sentido inmanente es dirigir, orientar o regular las acciones humanas. Es más, el propio texto crea aquellas acciones que pueden ser consideradas como jurídicas, y por ello el regular la acción no significa que la acción jurídica exista antes que el texto, sino que es el texto el que la constituye. Por extraño que pueda parecer, el asesinato como acción jurídica no existe como tal antes que el texto jurídico determine prescriptivamente qué ha de entenderse por asesinato. La acción física de matar a otra persona existirá con independencia del texto, pero la acción "jurídica" calificable como asesinato sólo es posible merced a la preexistencia del texto jurídico.⁹⁹⁰

Finalmente, el texto jurídico, dentro de la teoría de textos esbozada por la TCD, al poseer un carácter prescriptivo se aleja del ideal positivista legalista de corte descriptivista. El jurista no es un analista de textos automático que deje de lado su capacidad creadora, interpretativa y crítica. De hecho, la noción de comprensión (desde una hermenéutica optimista) permite asumir que existen interpretaciones mejores que otras y esto es una rehabilitación de la razón crítica e histórica del intérprete. El respaldo de la hermenéutica brinda al jurista esta capacidad crítica que supera la tarea de describir una realidad dada e inmodificable.

Lo cierto es que los juristas hermeneutas se insertan en la estela de críticos del positivismo legalista que había aparecido ya en el siglo XIX; de ahí que no conciben al derecho como un conjunto de reglas

⁹⁹⁰ *Ídem*, pág. 208.

completamente perfiladas que el jurista estudie y aplique más o menos automáticamente. Estos juristas encontraron apoyo en la Hermenéutica porque, como señala Gregorio Robles, esta filosofía ofrece una comprensión ontológica superadora del modelo ontológico descriptivista del positivismo dedicado a reflejar una realidad previamente dada.

[...] Debido a esta característica, la interpretación no es una tarea subsidiaria, sino central, porque el Derecho sólo aparece mediante la interpretación reiterada de los textos jurídicos ante nuevos casos; esta apertura a problemas renovados y de contornos frecuentemente variables impide ceñir la actividad interpretativa con un método estricto. Por ese motivo.⁹⁹¹

La teoría de textos que presenta la Teoría Comunicacional del Derecho resulta adecuada y está a tono con los desarrollos más estrictos en materia de lingüística textual, sobre todo a la hora de abordar fenómenos como la lingüisticidad, el carácter pragmático de los textos, las nociones de textos escribibles e hipertexto y la inevitabilidad de la interpretación textual para el logro de la comprensión –fiel a la idea optimista de la hermenéutica–. De esta manera, la TCD logra trascender la visión tradicional, no sólo de la hermenéutica, sino de la concepción y tipología de textos, incorporando elementos de la lingüística textual de alto vuelo intelectual que permiten un análisis y una comprensión del fenómeno jurídico que se compadece con toda la estructura a la que denominamos Teoría Comunicacional del Derecho.

⁹⁹¹ RODRÍGUEZ-PUERTO, M. Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural. En *Revista Dikaion*, año 24, vol. 19 N° 2. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2010, pág. 324.

CAPÍTULO V

REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han podido establecer los lineamientos generales de lo que es la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) creada por el profesor español Gregorio Robles Morchón. a continuación, se ilustrarán los aspectos más relevantes y las conclusiones que se han extraído del análisis de la TCD y su relación con la visión optimista de la hermenéutica y la teoría de textos.

Caracterización general de la TCD

El nombre de Teoría Comunicacional del Derecho 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, situaciones, relaciones, sujetos jurídicos, etc. 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.

Ilustrado lo anterior, tenemos que la relación existente y derivada de la dualidad ORD/SIS es el eje hermenéutico básico de la TCD desde el cual se clasifica, califica y valora cualquier aspecto del mundo de la vida que sea relevante para el Derecho, en otras palabras, que algo sea significativo para el derecho, es decir, que le importe, depende del resultado del análisis hecho con el prisma de la dualidad ORD/SIS. El SIS es un reflejo del ORD en el cual se hace una construcción en espiral de conceptos como homicidio, contrato de compraventa, tratado internacional, etc., es decir, actos que tienen relevancia jurídica en tanto existen textos que así lo disponen y conforman el AMB.

Otro elemento característico de la TCD es su carácter nominalista, que, junto con el perspectivismo textual y la pluralidad de ordenamientos jurídicos, soporta su lingüística textual. Como resultado de este carácter, la TCD no se compromete con una definición puntual del derecho, sino con indicar que el Derecho es un nombre que se puede asignar al conjunto de ámbitos jurídicos existentes, que han existido y que pueden existir. Así pues, el Derecho es una pluralidad de ámbitos jurídicos.

El estudio de la TCD se hace desde tres niveles dada su inspiración en la lingüística y su estructura tripartita: sintaxis, semántica y pragmática. A la sintaxis correspondería el primer nivel, que en la TCD es la Teoría formal del Derecho (capítulo II); a la semántica correspondería la Dogmática jurídica (capítulo II); y, finalmente, a la pragmática correspondería la Teoría de las Decisiones jurídicas (capítulo III). El objeto de la Teoría formal del Derecho es la norma, el de la Dogmática es la institución, y el de la pragmática es la decisión; norma, institución y decisión son entonces los tres pilares conceptuales de la Teoría Comunicacional del Derecho. En la siguiente tabla se puede apreciar lo dicho:

Tabla 3: Niveles de análisis de la TCD.

Nivel (lingüístico)	Componente TCD	Objeto
Sintaxis	Teoría Formal del Derecho	Norma jurídica
Semántica	Teoría de la Dogmática Jurídica	Institución
Pragmática	Teoría de las Decisiones jurídicas	Decisión

Fuente: elaboración propia.

La Teoría formal del Derecho analiza el concepto de norma jurídica y tipología. Construye conceptos jurídicos formales y universales como el de validez, acción, omisión, conducta, sanción, etc. Por su parte, la Dogmática jurídica investiga la construcción del SIS, tanto el sistema didáctico-expositivo como el sistema jurídico propiamente dicho y sus relaciones con el ORD. En la Dogmática jurídica se estudia la teoría de textos y su relación con la construcción de las instituciones jurídicas (unidades operativas del sistema) al igual que la teoría de los conceptos dogmáticos y la teoría de la interpretación. Finalmente, la Teoría de las decisiones jurídicas analiza los tipos de decisiones y todas las implicaciones que trae el ejercicio discursivo del Derecho bajo las premisas de la Retórica. Abarca también una noción de teoría de la justicia como guía a la hora de tomar y justificar decisiones a través del discurso.

Para finalizar, debe indicarse que la TCD es una teoría compleja dada su evolución, estructura y tamaño. Es el resultado del análisis de diversas posturas en el mundo del Derecho (Escuela de Viena, Realismo Jurídico escandinavo y norteamericano, iusnaturalismo) por lo que posee una concepción abierta que ha sido objeto de investigación por muchos estudiosos del Derecho en los últimos años, prueba de esto es el presente trabajo académico de tesis doctoral.

Punto de partida: La necesidad del cambio de enfoque. Por qué la TCD

El objetivo de esta tesis siempre fue la necesidad de presentar la fundamentación hermenéutica optimista de la TCD sumada a su aporte en materia de lingüística textual. Por esta razón se empezó con una reflexión acerca de cómo se ha caído en un fenómeno reduccionista a la hora de la enseñanza y es estudio del Derecho en los programas de pregrado en Colombia, sin que ello signifique que no ocurra en otros lugares.

El estudio de áreas como la filosofía, la lógica y la hermenéutica se ha caracterizado por un desconocimiento de los lineamientos generales, es decir, se pretende hablar de filosofía del Derecho si conocer aspectos básicos de la filosofía, pues bien, lo mismo ocurre con la hermenéutica jurídica, que se ha convertido en un feudo exclusivo de los abogados, pero sin una conexión clara con los postulados de la hermenéutica filosófica. Esta situación ha generado inconvenientes al ofrecer una visión limitada del fenómeno hermenéutico omitiendo el estudio de teorías fundamentales como la de Gadamer, por citar un ejemplo. Lo anterior no quiere decir que los abogados necesariamente deban ser filósofos para comprender cabalmente las implicaciones de la filosofía y la hermenéutica, significa que es necesario un acercamiento con los postulados generales de estas áreas, por lo menos para una mejor comprensión de su uso en el mundo jurídico.

Puede decirse entonces que el origen del problema tiene relación con una posición pedagógica, en tanto se necesita abandonar el contenido de muchos programas de Derecho que asumen la posición reduccionista descrita arriba para así abrirse a teorías más amplias, críticas e incluyentes con la fundamentación general que se demanda. Esta es la razón por la cual la TCD es una candidata idónea para tal tarea.

En líneas generales, puede decirse que la TCD responde a la necesidad de un cambio de paradigma en la enseñanza del Derecho porque revaloriza la utilidad de la hermenéutica y la concilia con la filosofía del lenguaje. Su origen crítico hacia el positivismo jurídico es la respuesta a la necesidad de abordar

el fenómeno jurídico más allá de posiciones descriptivas y alejadas de la realidad. Recordemos que frente a la hermenéutica y su relación con el Derecho el positivismo se caracterizó por una postura pesimista que se concretará en la exclusión de aquellas formas de comprensión que no fuesen gramaticales o ajustadas al método científico a través de un análisis lógico formal, posición que descarta de plano la obra de Robles.

Lo anterior significó, por ejemplo, abandonar la noción tradicional de texto y sus formas de interpretación. La necesidad de edificar una noción de hermenéutica como herramienta para la comprensión a través del análisis, evaluación y selección de interpretaciones supone, en primer lugar, distinguir entre interpretación y comprensión como dos conceptos ligados pero distintos, y, en segundo lugar, desarrollar postulados para lograr una correcta comprensión a partir de los lineamientos de la hermenéutica filosófica, especialmente con las obras de autores como Schleiermacher, Dilthey, Ricoeur y especialmente Gadamer. La TCD cumple la expectativa propuesta pues acoge lo descrito anteriormente; es entonces una teoría que hace uso de una visión optimista de la hermenéutica al centrarse en el proceso de comprensión y el proceso para su logro. Es difícil encontrar teorías jurídicas que se ocupen de esta distinción esencial. Por lo tanto, la TCD es una verdadera teoría hermenéutica del Derecho, no son sólo palabras, a lo largo de su voluminosa producción el concepto de comprensión y sus derivados está presente de manera constante, central y rigurosa.

El Derecho como ejercicio hermenéutico en la TCD: *La Gestalt*

La TCD establece una idea de Derecho como ejercicio hermenéutico que es coherente con su visión amplia y opuesta al reduccionismo propio del positivismo jurídico. Esta aserción se puede fundamentar a partir de la premisa, según la cual en el Derecho existe una unidad de textos y diversidad de lecturas a partir de los postulados de la escuela de la *Gestalt* que plantea que 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 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.

De acuerdo con la anterior reflexión, la interpretación de los fenómenos sensoriales responde a una idea de organización más que a la de una simple suma de partes o agregados de datos, por lo tanto, el todo no es simplemente la suma de las partes. Cuando se acude a la teoría de la gestáltica se asume que no existe una configuración reducida de la superposición de elementos que configuran una imagen, sino que existen consideraciones subjetivas que pueden modificar lo que se observa. 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), sino que se trata múltiples realidades alternativas y que se alteran controladamente por la conciencia.

El ejercicio mental que se propone para comprobar los postulados de la Gestalt y su relación con la idea del Derecho como ejercicio hermenéutico se traduce en la afirmación según la cual un mismo objeto o imagen puede tener diferentes visiones dependiendo de la perspectiva desde donde se observe. Las ilusiones ópticas son el claro ejemplo de este ejercicio que también ocurre en el Derecho cuando de un mismo texto (objeto) pueden darse diferentes lecturas (imágenes), varias de ellas viables o coherentes al mismo tiempo.

Esta situación activa la necesidad de una visión optimista de la hermenéutica en tanto se requiere combatir el exceso y la arbitrariedad en las lecturas que se obtienen. Recordemos que, al hacer una diferencia entre interpretar y comprender, la TCD se compromete con una visión hermenéutica que implica con eliminar el caos que supone la multiplicidad de interpretaciones, algo que, como se ha dicho, es propio de una posición pesimista.

La Posición optimista de la hermenéutica en la TCD

Diferenciar interpretar de comprender es un rasgo propio de lo que denominamos visión optimista de la hermenéutica, pero ¿en qué consiste concretamente esta posición? En primer lugar, se habla de una posición optimista de la hermenéutica bajo el entendido de que existen dos posibles acercamientos del individuo al concepto, función y método de ella, es decir, puede verse a la hermenéutica como una herramienta útil y deseable (posición optimista), o bien como un fenómeno indeseable dada su tendencia al desorden, caos e imposibilidad de aportar conocimiento fiable y objetivo.

La posición pesimista, para muchos, es el resultado de la expresión nietzscheana según la cual no existen hechos, tan sólo interpretaciones. Asumir esta posición implica que no es posible un conocimiento objetivo, real y científico de la realidad en tanto todo obedecería a cuestiones subjetivas del intérprete. Bajo esa posición, la hermenéutica se identifica con los postulados del relativismo (sostenido por muchos filósofos posmodernistas) y por lo tanto la desconfianza hacia ella es inevitable. La hermenéutica se concibe como una multiplicadora de interpretaciones y como consecuencia se sacrifica el concepto de verdad que se reemplaza por el de interpretación, ya no habrá verdad, sino “verdades” que, al final, son juicios de valor de quien interpreta. Como consecuencia de este escenario, la hermenéutica debe ser evitada pues genera caos y desorden al ofrecer multiplicidad de interpretaciones. No es extraño entonces que se vea con pesimismo el quehacer hermenéutico.

Pero la hermenéutica, lejos de ser un agente multiplicador de interpretaciones y generador de caos es una herramienta útil que debe mirarse con optimismo. El fundamento de esta posición está en que la arbitrariedad de la interpretación no es el objetivo de la hermenéutica, es precisamente el fenómeno a combatir. La hermenéutica, así vista, es aquella herramienta que permite eliminar el caos que la posición pesimista denuncia, así las cosas, no es multiplicar interpretaciones el fin hermenéutico, por el contrario, es corregir la arbitraria producción interpretativa. Y esto lo logra empezando por la diferenciación de interpretar y comprender, lo cual supone que existen mejores interpretaciones que otras de acuerdo con ciertos parámetros; interpretar es algo que cualquier persona puede hacer por lo que los resultados son infinitos dado que existen innumerables factores que afectan la interpretación; pero no toda interpretación abarca la comprensión del mensaje dado por el autor, por lo que es necesario decantar aquellas interpretaciones deseables de las que no tienen sentido. Determinar el sentido para elegir una interpretación correcta y así lograr la comprensión, es la verdadera función de la hermenéutica, sin duda, una posición optimista frente a ella.

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. 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.

La TCD es receptora y desarrolladora de los postulados de la hermenéutica en su visión optimista, ello se evidencia en su crítica a la epistemología positivista, epistemología que se encuentra en crisis.

Crisis epistemológica del positivismo jurídico: denuncia de la TCD

La TCD 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 punto de partida para la anterior reflexión es la crisis epistemológica del positivismo.

La obra de Robles pone el acento en su método hermenéutico-analítico, por lo que el papel del lenguaje cobra un rol fundamental en todo el análisis del Derecho, sumado a esto, el derecho es un conjunto de textos y acciones referidas a dichos textos. Este escenario no es abordado de forma completa por las teorías positivistas, de hecho es casi inexistente alguna reflexión, desde el positivismo, que se tome en serio y de forma rigurosa el papel del lenguaje, los textos y la hermenéutica por lo dicho anteriormente: asume una posición pesimista.

Sumado a lo dicho, la crisis enunciada surge por 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 de lo racional *per se*. 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, y se traducen en la pregunta de si es posible hablar de un conocimiento científico del Derecho tal y cómo lo hacen las ciencias exactas. De esta manera, el positivismo se torna en una estructura conservadora en tanto sólo pretende eternizar una imagen de la realidad, lo cual, supone una visión estática de la misma. La fotografía tan sólo retrata,

pero no agrega nada a lo ya descrito (retratado). Esta situación conlleva a una anulación de cualquier actitud interpretativa ya que no se puede representar (imaginar o interpretar) aquello que se está viendo.

Para superar esta crisis, Robles propone un giro hacia la lingüística, este giro lingüístico tendrá un respaldo en la hermenéutica filosófica, fiel al método elegido por la TCD, y propone el retorno los postulados filosóficos del pensamiento hermenéutico sustentados en la tradición humanista que se podía entrever en autores como 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. ¿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.

De esta manera la TCD se adentra en los postulados más básicos de la hermenéutica filosófica, sobre todo los conceptos de historia, tradición, construcción, vivencias y comprensión; todo esto apuntando a una versión más humanista del fenómeno jurídico y superar así la posición positivista. Dicha formación humanista, explica Robles, se centra en el concepto de formación (*Ausbildung*) que apunta a la comprensión basada en la experiencia vital del autor. De esta manera, todo acto comprensivo implica una singularidad representada en un acontecimiento individual que se incrusta en una generalidad (se trata del círculo hermenéutico que ilustra Gadamer, en el cual la comprensión del todo sólo es posible a partir de la parte y viceversa).

Sin embargo, la TCD no es una teoría historicista o una reconstrucción del Derecho a partir de la filosofía de la historia, esto sería desconocer el carácter lingüístico y comunicacional de su esencia. Para evitar esta confusión Robles plantea que, a diferencia de la historicidad, es la lingüística la que subyace a todo fenómeno de comprensión, es el medio y éste a su vez es el marco dentro del cual necesariamente se inserta todo conocimiento, del tipo

que sea. 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. Lo anterior, como se indicará más adelante, supone asumir una lingüística textual diferente, como efectivamente hizo la TCD.

TCD y enfoque comunicacional de la lengua

La Teoría Comunicacional es el producto final que se obtiene de realizar una diferenciación entre semántica (significado de las expresiones lingüísticas), sintaxis (organización de las frases en función de los verbos) y pragmática (reglas que condicionan el uso del lenguaje), pero sin desconocer que la relación entre ellas es determinante para un adecuado proceso de conocimiento del Derecho. Lo anterior permite, por ejemplo, un correcto análisis del acto comunicativo a partir de la funcionalidad de las estructuras gramaticales lo cual redundará en un empleo adecuado de éstas en la comunicación oral y escrita. Esta ilustración coincide con el enfoque comunicativo funcional de la lengua, un abordaje que resalta la indivisible relación entre el aprendizaje de fenómenos y la comunicación. Para lo que nos interesa aquí, basta con decir que el enfoque se centra en la comprensión y la transmisión de significados por medio de la lectura, la escritura y la expresión oral bajo los criterios de una lengua determinada.

Visto lo anterior, puede decirse que el enfoque lingüístico textual comparte con la TCD un elemento indispensable: el reconocimiento del texto como unidad lingüística máxima. Esto ha permitido del desarrollo de diferentes teorías que parten del texto como elemento fundamental, modelos que han estado sometidos a un enriquecimiento hasta el punto de terminar elaborando una noción de texto como un ámbito lingüístico comunicativo. La pretensión y

el logro de la obra de Robles debe admirarse entonces desde esta capacidad de concebir el fenómeno jurídico como algo más que un simple análisis tradicional. Sin dejar de lado que se trata de un análisis desde y para el Derecho, se introduce en sus elementos más esenciales, para, a partir de allí, construir una teoría coherente, pero, de nuevo, jurídica.

Teoría Formal del Derecho (primer nivel: sintáctico)

La primera parte de la TCD (que en la lingüística correspondería a la sintaxis) consiste en la creación de una obra explicativa que ilustre los conceptos jurídicos formales o universales, una especie de Teoría Pura, pero con tintes diferentes a los de la obra de Kelsen, uno de ellos, por ejemplo, es que el Derecho es un concepto poroso, como lo sostuvo Hart, que no se agota con una definición exacta, puede incluso ser una muestra de los juegos del lenguaje de Wittgenstein.

El punto de partida para crear un concepto de Derecho es el conflicto, que, junto con los conceptos de orden y paz están entrelazados y perfilan al Derecho como la herramienta que lo soluciona imponiendo el orden en un grupo social para la obtención de la paz, se crea así la categoría de conflicto jurídico. La forma en la que el Derecho soluciona los conflictos es la génesis de la reflexión de la TCD en su nivel de Teoría Formal del Derecho.

La respuesta a cómo soluciona los conflictos el Derecho está en la toma de una decisión por parte de una autoridad que detenta el poder, dicha decisión comunica, o transmite un mensaje de las condiciones para hacer algo o no hacerlo. Este proceso, básico por demás, va generando –a partir de un análisis circular y en espiral- otros elementos que van dando más complejidad al modelo básico inicial, así pues, se agrega el concepto de organización, poder, acción, entre otros. Por lo anterior, se tiene que la creación de una norma siempre es resultado de una decisión que se convierte en pauta o antecedente para resolver conflictos. Aquí la TCD adopta el modelo de una jerarquía escalonada de las normas para garantizar la unidad y coherencia del

ordenamiento jurídico: una totalidad unitaria a la que se denomina Derecho y que no debe ser confundido con el término sistema jurídico. Para finalizar, se está ante un nuevo ordenamiento cuando en una comunidad se determina quién es el que tiene el poder de decidir, esto es, quién manda u ordena pues a partir de ese momento se desborda en desarrollo el ordenamiento con un carácter perspectivista ya que contempla el fenómeno jurídico desde una especial perspectiva: la comunicación.

TCD y el Análisis Crítico del Discurso (ACD)

La Teoría de Teun Van Dijk, conocida como Análisis Crítico del Discurso –ACD– y la TCD son construcciones con un común denominador: permiten entender la relación existente entre lenguaje y poder, que será a su vez determinante en la relación lenguaje y Derecho. 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 acuerdo con esto, existe una pertenencia del individuo a un determinado grupo tan sólo por compartir las estructuras lingüísticas que dicho grupo adopta, transmite y ordena.

Bajo esta perspectiva, 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, este esquema obedece a un proceso de tres etapas: colonización, cosificación y codificación.

Colonización, cosificación y codificación en el Derecho

El Derecho es evidenciable a través de los códigos, estructuras textuales que contienen normas jurídicas escritas. Pero para poder llegar a la codificación, que es una característica del Derecho moderno, se pasa primero por dos etapas previas: la cosificación y la colonización.

El Derecho es un elemento colonizador del mundo de la vida, por ello, en la primera etapa de este proceso se asume que el Derecho llega para, por medio de la fuerza, definir y ordenar aquello que se debe hacer. Piénsese, análogamente en un colonizador que al llegar a un lugar desconocido impone su voluntad, inicialmente, con la fuerza para someter a la población. Así ocurre con el Derecho en una primera instancia, con la voluntad y el poder de quien toma las decisiones, determina cómo se harán las cosas de ahora en adelante.

Una segunda etapa es la cosificación, pero no en los términos marxistas sino en términos de lenguaje. En este escenario el nominalismo (idea que rescata la TCD a lo largo de su desarrollo) cobra un papel determinante. La sola fuerza no basta para legitimar el poder, se necesita entonces un proceso para que los grupos colonizados o dominados consciente y voluntariamente acepten las órdenes y así dejar el uso de la fuerza como único respaldo de la obediencia. Por lo tanto, la cosificación es un escenario lingüístico y comunicacional en donde se enseña un nuevo lenguaje cosificando o nombrando objetos, el que manda nombra es la premisa aquí, y de esta manera se genera un proceso de aceptación por la introducción de creencias y valores a través del nuevo lenguaje. El Derecho otorga nombres a situaciones que previamente ha colonizado: compraventa, matrimonio, homicidio, son nombres dados a diferentes acciones, recordemos el ejemplo de Alf Ross en el "Tú-Tú". En esto siempre ha sido clara la TCD.

Finalmente, una vez se ha colonizado por medio de la fuerza y se ha colocado nombres a las distintas situaciones, estos nombres o códigos son insertados en textos y se numeran en un orden, para así generar una relación de pertenencia que permite identificar qué es jurídico y que no lo es, en otras

palabras, Derecho será aquello que se encuentre en el código, consecuentemente, aquello que no esté codificado, no será Derecho.

Con este proceso vemos que los textos jurídicos son el resultado de un proceso complejo donde el mismo Derecho establece que le interesa y que no, es, en últimas, una muestra del texto jurídico y su gramática como marcador de poder.

El texto jurídico como marcador de poder

En la TCD el texto jurídico 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, es un acto de poder, este rasgo obedece a las reglas de la gramática como marcadores de poder, teoría desarrollada por los pensadores franceses Gilles Deleuze y Félix Guattari y consiste en asumir que todo acto lingüístico de comunicación textual contiene la voluntad de su creador para que se haga algo o se omita, nadie se comunica por comunicarse simplemente, detrás de todo acto comunicacional hay una intención de ordenar y lograr la acción u omisión del agente al que va dirigido el mensaje.

Sin embargo, a diferencia de la obra de Deleuze y Guattari, la TCD plantea, cuando se habla del Derecho como construcción que se crea a golpe de decisión de una autoridad con poder, esto es una orden, dicha orden debe estar relacionada con significaciones o unidades distintivas previas para evitar hacer 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. Pese a esta diferencia, 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.

Los caracteres del texto jurídico

El Derecho es un texto prescriptivo/práctico dado que se refiere a la acción o al conjunto de acciones humanas, se conciben de esta manera en tanto tiene una relación con la acción. Por lo anterior el texto jurídico, desde la TCD presenta las siguientes características: i) es organizativo en tanto refleja un orden institucional; ii) es regulativo-institucional en tanto buscar regular la conducta para una estabilidad social a partir de instituciones jurídicas y democráticas (se acoge la tesis institucional de Schmitt); iii) es resultado de un proceso decisional dada la necesidad de elección y exclusión de soluciones a conflictos jurídicos;

Desde la TCD la relación entre decisiones, normas e instituciones radica en que las primeras configuran el aspecto dinámico del ordenamiento, mientras que las normas e instituciones forman el aspecto estático. Al ser las normas los elementos más básicos en que se descompone el ordenamiento, las instituciones serán las normas, pero relacionadas con otras de una forma más amplia y con una función organizadora que reflejan órdenes concretos dentro de un orden total o global (la institución del matrimonio es un orden concreto que pertenece a un orden global más amplio como el derecho colombiano o argentino). Por lo anterior, considerar el ordenamiento sólo como normas genera una visión estática en tanto se asume que no puede existir nada más que éstas y por lo tanto se está ante un texto acabado sin posibilidades de expansión. De la misma manera, considerar reducir el ordenamiento a instituciones implica una visión, además de estática, sintética dado que se acude tan sólo a una arista organizacional. Finalmente, si el ordenamiento es contemplado como decisiones, se accede a una realidad

dinámica del Derecho a partir de su creación de normas e instituciones en el día a día.

La relación ORD/SIS

La Teoría Comunicacional concibe el Derecho a partir de la diferencia entre Ordenamiento –ORD– y Sistema –SIS–, a diferencia de autores y abogados que los tratan como sinónimos y los usan indistintamente en sus escritos y reflexiones. La obra de Robles, apalancada en la postura ampliamente difundida de Austin, coincide en que es imposible hacer una descripción de las normas. Describir el contenido de una disposición normativa implica, para su comprensión, trascender o sobrepasar lo propio del acto de describir, y debe internarse en una tarea hermenéutica que no se quede tan solo en la superficialidad externa de la estructura descriptivista.

Así se tiene que entre ORD y SIS existe una relación en espiral que se desarrolla a lo largo del tiempo. Tomando como partida el ORD, sobre éste se elabora el SIS inicial, que a su vez influye en la construcción posterior del ORD que se re-elabora aplicando las mejoras hechas por el SIS y así de una forma en espiral. De un ORD1 surge un SIS1, de ese SIS1 surge un ORD2 (mejorado o corregido); de ese ORD2 surge un SIS2 y así sucesivamente hasta llegar a un ORDn y SISn, es decir los actuales. Este modelo en espiral recoge las pautas dadas por Hans Georg Gadamer y las presenta como regla hermenéutica (círculo hermenéutico) que asume que la comprensión es posible cuando se analiza el todo desde las partes y viceversa.

El círculo hermenéutico que implica este procedimiento es espiral resulta acertado en tanto permite que el fenómeno de la comprensión se logre a partir de procesos interpretativos que van de círculos grandes a unos más pequeños y viceversa, esto siempre apuntando a no perder de vista que todo texto pertenece a un contexto histórico, político y económico que condiciona a su autor y sus deseos.

El concepto de acción y su papel en la TCD

Como se indicó, la TCD se construye a partir del concepto y la relación existente entre ORD y SIS como totalidades textuales. Pero para completar el cuadro se necesita de un tercer concepto: la acción. Alrededor de la acción se organizan los diversos textos jurídicos pues éstos van encaminados hacia ella. En torno al concepto de acción se organizan los textos jurídicos, por lo que Robles ilustra un concepto comunicacional de ésta al considerarla como la genuina forma de comunicación y definirla como aquella que tiene el significado unitario otorgado a los movimientos físico-psíquicos. Por lo anterior, el lenguaje, que es la manifestación originaria o primaria de todo lo jurídico, es el resultado de una acción, es resultado de los actos de habla.

La TCD se centra en estudio de las acciones jurídicas bajo una visión autopoietica. Con estas condiciones, la acción es texto debido a que es el resultado de una interpretación que se hace de gestos o movimientos físicos o psíquicos que la originan. Este proceso interpretativo está sometido a reglas que permiten determinar con mayor precisión cuál es la acción de que se trata para posteriormente establecerlas como debidas, prohibidas, autorizadas o facultativas. Al final, la obra de Robles concibe el Derecho como un conjunto de mensajes establecidos de forma convencional que crean acciones (procedimientos) y guían la actividad de valoración de aquellas.

La TCD plantea que la conexión entre norma jurídica y acción puede ser directa (cuando la norma jurídica contempla en sí misma una acción determinada) o indirecta (lo que hace es contemplar algún elemento que es previo o condicionante de la acción). De igual manera, Para la TCD hace una distinción necesaria entre acción y conducta. El primero es más amplio que el segundo (toda conducta implica una acción o la omisión de una acción, pero no toda acción genera una conducta). Así, la conducta implica una acción (o conjunto de ellas) que se analizan desde la existencia de un deber, por lo tanto, puede hablarse estrictamente de conducta cuando se la enfrenta al concepto

de deber, de allí que existen conductas buenas y malas dependiendo del ordenamiento desde donde se las mire.

Adicional a lo anterior, Robles concibe la acción como un concepto hermenéutico-analítico o comunicacional que supone abandonar la idea de acción como un concepto natural (posición propia del positivismo) por lo que la descripción de actos externos no sería como tal el hallazgo del significado de la acción, sería tan sólo eso, su aspecto externo (movimiento) sin ahondar en su intencionalidad, esto, por sí mismo, no conforma una acción. Al final, una acción no es otra cosa que un procedimiento (aunque acción también se usa para designar un procedimiento ya acabado) y si éste no existe aquella.

Finalmente, la realización de una acción viene expresada a través de una norma, que a su vez es la expresión verbalizada del procedimiento por lo que la norma dice en qué consiste el procedimiento. Toda acción es expresable en términos lingüísticos mediante una regla que indica el procedimiento para la acción. La TCD asume que el significado de la acción es social ya que no depende de una valoración exclusivamente subjetiva que es introducida por el observador o agente externo que realiza o describe la acción. Por el contrario, los movimientos que constituyen la acción están condicionados por su significado social, que a su vez genera una aceptación social. Por lo tanto, una práctica interpretativa es necesaria para alcanzar la comprensión.

Sin embargo, la TCD es clara en afirmar que la ley causal no agota el campo de la necesidad en tanto es sólo una parte de ella. Además de la necesidad causal, existe la lógica y la convencional, y por tanto tres tipos de normas o reglas procedimentales: norma procedimental causal, norma procedimental lógica y norma procedimental convencional.

La noción de Ámbito Jurídico –AMB–

El concepto de ámbito jurídico –AMB– es otra de las construcciones fundamentales de la TCD, se trata de una noción que los juristas no utilizan conscientemente pero que, sin embargo, presuponen todos sus razonamientos.

La Teoría Comunicacional asume que el Derecho es un nombre que se usa para designar los diversos ámbitos jurídicos que existen, han existido y existirán a lo largo del tiempo; el objeto central de tratamiento del AMB es el ORD. La construcción del concepto de AMB en la Teoría Comunicacional se da a partir de la pregunta ¿qué entiende una persona por Derecho? La respuesta a este interrogante será diversa desde luego (dependiendo de si se pregunta a una persona sin formación jurídica a una que la tiene), en otras palabras, el término Derecho puede asociarse con diversas imágenes que amarran diversos conceptos: poder, litigio, códigos, documentos, prisiones, contratos, fuerza, etc. La cuestión radica entonces en encontrar un común denominador a esta serie de imágenes y conceptos, ese común denominador es el núcleo de la relación entre todas las respuestas que podemos encontrar. Ese común denominador es que todas esas respuestas remiten a procesos interactivos de comunicación entre agentes diversos, se debe indicar que el AMB también es texto.

EL AMB comprende, entonces el ORD y el SIS. Además, comprende también un conjunto de actos comunicacionales que se pueden traducir en textos concretos que se producen o puedan producirse en relación con aquellos. Igualmente, también comprende aquellos actos que en sí no son generadores de texto en sentido estricto pero que adquieren su sentido desde la lectura que se hace de ellos a partir del ordenamiento/sistema. Por lo anterior, La TCD se encarga de todos los procesos comunicacionales asumiendo que el AMB es una amalgama bajo la cual se unen todos los procesos comunicativos de forma ordenada y coherente. Es la herramienta necesaria para conectar el eje ORD/SIS con el lenguaje jurídico que llega a la

comunidad, el texto del AMB es la clave para determinar el significado de cualquier elemento perteneciente a él. Por último, Las relaciones jurídicas y las personas que en ellas intervienen no se pueden considerar texto como tal, pero aun así pueden ser parte del AMB en tanto se habla de la titularidad de deberes y derechos, así como de derechos subjetivos, potestades y facultades. De esta manera, el AMB es un espacio virtual comunicacional en donde se manejan los conceptos que los juristas usan para denotar las relaciones sociales de las personas, su mundo de la vida que se traducen en situaciones jurídicas, relaciones jurídicas, conceptos que la TCD abarca de forma integral pero que no son objeto central de esta tesis.

Hermenéutica optimista en la Teoría Formal del Derecho

Hecha ya la precisión sobre las posiciones que pueden asumirse frente a la hermenéutica: pesimista/optimista, la Teoría Formal del Derecho de la TCD asume una postura que revaloriza el papel de la hermenéutica y resalta su utilidad. Ello se evidencia, por ejemplo, con la gran influencia que tiene la obra de Gadamer en la construcción de Robles.

La TCD siempre ha considerado al Derecho como resultado de las ciencias del espíritu, es decir, de aquellas ciencias que han sido el resultado de una creación humana, y, por lo tanto, al ser distintas de las ciencias naturales (que son resultado del análisis de fenómenos de la naturaleza) no pueden explicarse a través de un método científico gobernado por la lógica formal sino de uno hermenéutico que lleve a la comprensión. Esto se refleja al señalar la crisis epistemológica del positivismo y su visión reducida del fenómeno jurídico que también carece de una reflexión profunda del lenguaje, la historia y la filosofía como elementos que permiten comprender íntegramente el concepto de Derecho. En análisis hermenéutico-analítico que hace la TCD de conceptos como acción, relación, situación, institución, etc., es la prueba de que la construcción del concepto de Derecho es un acto de

comprensión antes que, de explicación lógica deductiva, una característica propia de la hermenéutica gadameriana.

Otro elemento de la teoría gadameriana en la TCD es el reconocimiento de la escritura textual como un proceso complejo que no se agota con un análisis simple y reduccionista, denuncia que se hace a lo largo de la TCD. A diferencia de los mensajes que se dan en una conversación entre dos personas (en vivo, por así decirlo) y que se caracteriza por la inmediatez en la recepción del mensaje y la consecuente posibilidad de solicitar una aclaración en caso de un malentendido (caso en el cual la hermenéutica cumple una función auxiliar si no se cuestiona el mensaje); la escritura ocurre cuando se da una distancia entre emisor y receptor en donde no es posible esta apelación inmediata del segundo hacia el primero.

Un concepto de la teoría de Gadamer presente en la TCD es la noción de intertextualidad. La obra de Robles es clara al mostrar que el concepto de Derecho es una construcción que se da a partir de un análisis de los conceptos que lo componen y su relación con una totalidad. Lo mismo ocurre con la relación ORD/SIS y el AMB, donde la premisa central es que toda norma debe analizarse en el contexto, es decir en relación con otras. A su vez, todas las proposiciones que conforman las normas jurídicas, no son sólo frases, son unidades que dependen y están conectadas con otras, de tal manera que para encontrar su significado se precisa ser capaz de entender esas conexiones, más que la norma, se analiza el contexto.

La noción de diálogo es otro común denominador entre estas dos teorías. El diálogo ayuda a comprender la crítica a la lógica proposicional que infiere el proceso de comprensión como resultado de operaciones silogísticas que conllevan a un análisis estático, algo ya dado, acabado y sin posibilidades de crítica, cuestionamiento también asestado por Robles a los modelos positivistas.

La esencia hermenéutica, de acuerdo con lo anterior, está en la intertextualidad y el dialogo, es decir, la posibilidad de conectar las proposiciones para encontrar su puesto en los procesos comunicacionales.

La Teoría de la Dogmática Jurídica (segundo nivel: semántico)

La TCD en su segundo nivel de análisis se refiere a la Dogmática Jurídica o Ciencia de los juristas rechazando la postura que la ve de forma peyorativa (la confunde con dogmatismo). La Teoría Comunicacional asume la Dogmática Jurídica no sólo en su fase descriptiva, la concibe además como una forma de hacer ciencia jurídica (es una práctica) que implica una verdadera actitud científica que es la base de cualquier construcción teórica en el Derecho, lo anterior. constituye la verdadera esencia de ser dogmático, a saber, una actitud científica rigurosa para la elaboración de teorías y su puesta en práctica a la hora de resolver problemas concretos, es decir, apunta a la práctica.

La noción de Dogmática jurídica de la TCD es abierta dado que incorpora elementos de teorías jurídicas que se centran en conceptos, hechos y valores, elementos que permiten una adecuada interpretación de los textos ordinamentales y la creación sistémica de normas jurídicas. Así, la Dogmática jurídica en el seno de la TCD es una disciplina comunicacional o hermenéutico analítica que está relacionada con la noción de texto jurídico y que no se ocupa del estudio universal del Derecho sino de un determinado ORD (el Derecho colombiano vigente, por ejemplo) formulando teorías para su adecuada comprensión y aplicación para así construir el SIS que no es otra cosa que los textos elaborados o contruidos por la labor científica de los juristas y que explican el significado del texto en bruto que es el ORD.

Los caracteres metódicos de la Dogmática Jurídica en la TCD son los siguientes: i) es una disciplina interpretativa (hermenéutica), ii) conceptualizante (analítica), iii) sistematizante (constructiva e institucional) y iv) aplicativa (práctica). Desde el punto de vista del objeto de estudio, la

Dogmática es textual en tanto recae sobre textos jurídicos potencialmente normativos.

Características de la Dogmática jurídica

En primer lugar, su objeto de estudio está conformado por el conjunto de frases o expresiones de lenguaje que hacen parte de un ordenamiento jurídico, lo que refuerza la idea expuesta con anterioridad de que el Derecho es traducible a texto. Como segunda característica, tenemos que las disposiciones o expresiones jurídicas se manifiestan siempre en el lenguaje, principalmente escrito, pero que pueden tener su origen en actos de habla o simbólicos.

Otra característica de la Dogmática jurídica es que se centra siempre en un ordenamiento jurídico determinado, buscando desentrañar el significado de los textos que lo componen; de esta manera, la Dogmática se centra en un objeto más concreto, esto es, en los textos jurídicos parciales, de allí que se la pueda considerar como una especie de semántica jurídica. La cuarta característica que Robles indica sobre la Dogmática jurídica reside en que la TCD pretende una reflexión sobre la Teoría de la Dogmática y no sobre la Dogmática, en tanto la primera presupone la existencia de una Teoría formal del Derecho.

Como quinta característica se tiene que el objetivo de la Dogmática jurídica es la de construir un sistema (SIS) que refleje el ordenamiento (ORD). Otra más es que tiene como objeto central el SIS y busca averiguar en qué consiste y cuál es el método más adecuado para construirlo. Además, otra característica radica en que hay que diferenciar entre el sistema expositivo didáctico y el sistema jurídico propiamente dicho. Una característica final, la Dogmática jurídica es una disciplina orientada de forma mediata a la práctica, es decir, se refleja en los procesos de decisión jurídica

La TCD aborda el estudio de la Dogmática desde su perspectiva comunicacional en 4 escenarios: i) el primero apunta a la función

comunicacional de la Dogmática jurídica, ii) la conexión entre Dogmática y teoría de textos (incluyendo el texto jurídico), iii) el análisis del método hermenéutico-analítico, y iv) la sistematización de la Dogmática jurídica.

Dogmática jurídica y el comentario de textos literarios

La Dogmática jurídica implica un nivel de análisis semántico, es decir, investiga el significado de las palabras y su conjunción a la hora de formar frases. Todo elemento de relevancia jurídica puede ser expresado mediante palabras (verbalizable), que a su vez pueden ser escritas (textualizable) y codificado para ser puesto por escrito. Sin embargo, no todo texto escrito puede ser objeto de la Dogmática jurídica, sólo aquellos relevantes para el Derecho. La Dogmática jurídica realiza la construcción del SIS, algo que al final no es nada distinto a un comentario de textos con ciertos requisitos, esta función comentadora es la que ocurre en la literatura, por lo que la relación de ésta con el Derecho cobra relevancia.

La TCD es asumida por su creador como una manifestación más del movimiento Derecho y Literatura (*Law and Literature*) en tanto se define como una teoría de textos que transmiten un mensaje y están organizados para un propósito determinado. La característica más importante de la Teoría Comunicacional en relación con el mundo literario está marcada, en primer lugar, por las condiciones que se requieren para realizar un comentario sobre un texto, a saber: 1. La denominación del texto. 2. El análisis sintáctico del texto. 3. El examen semántico. 4. La concreción del tema del texto. 5. La investigación de la intención del autor. 6. La comprensión del texto en cuestión. 7. La relación del texto en concreto con toda la obra del autor. 8. La conexión del autor con la literatura en general. 9. La comprensión del autor en un contexto histórico. 10. La historia efectual (Gadamer), es decir la influencia de la cultura en la obra.

En segundo lugar, la Teoría Comunicacional puede entenderse como un dispositivo amplificador de una visión tradicional y reducida del Derecho y

de su Dogmática al incluir la idea de historia efectual, una clásica idea de la hermenéutica gadameriana que se utiliza para analizar la obra del autor de un texto y que se refiere. Introduciendo la noción de co-texto con la cual se denomina al texto amplio que rodea al texto específico y que contiene la obra total del autor, sus características, condiciones y relación con la literatura en general y la historia efectual, la TCD incorpora este esquema de comentario de textos literarios a los jurídicos, textos sobre los cuales la Dogmática ejerce sus funciones.

El método hermenéutico-analítico de la TCD

La TCD es en esencia un proceso enteramente comunicacional, la clara tendencia reduccionista que supuso la filosofía analítica en el mundo del Derecho implicó buscar por otro método que permitiera mayor amplitud y superar el modelo del positivismo que se caracterizó por la reducción del concepto de Derecho a una exclusiva noción de norma positiva (ausencia de una visión perspectivística). Por lo tanto, es necesario adoptar la idea de 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.

Por las anteriores razones 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.

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 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. Este método hermenéutico-analítico que se realiza en el seno de la Dogmática jurídica, presenta las siguientes operaciones: 1) Interpretación del texto ordinamental para la construcción del sistema. 2) Construcción del sistema, instituciones y normas jurídicas que lo componen. 3) 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. 4) Creación de normas jurídicas que no se encuentran explícitas en el ordenamiento jurídico por parte de la Dogmática jurídica como ejercicio de re-creación; y 5) Tratamiento analítico de los conceptos jurídico-dogmáticos y de los intereses protegidos a través de principios.

Sistema didáctico-expositivo y sistema jurídico en estricto sentido

Como se ha indicado, el ORD no siempre está ordenado y es coherente, análogamente puede representarse con el concepto de rizoma (una estructura sin orden, jerarquía o inicio y final aparente, similar a las raíces de una planta, usado para explicar estructuras sin una forma definida). Se trata de un conjunto que no está ordenado y se presenta de forma vertical desplegando raicillas (textos parciales) que se desprenden de una raíz (texto constitucional) pero sin una jerarquía clara en su desarrollo ni una forma precisa, sólo expandiéndose y reconocible quizás por su producción cronológica que genera una imagen enredada en la que poco a poco mueren y nacen nuevos textos parciales y se pierde de vista su origen y destino. Ante la analogía rizomática del ordenamiento jurídico, la TCD indica que lo que existe es cierta tendencia al orden (aún en el rizoma hay una raíz principal de la que se desprenden

raicillas), por lo que la tarea principal de la ciencia de los juristas es presentar un conjunto ordenado de materiales textuales que componen un ordenamiento jurídico puntual.

Como respuesta a lo anterior, el esfuerzo histórico por construir el orden del ORD ha mostrado diferentes teorías e intentos. A la par con esta evolución, las necesidades de la enseñanza del Derecho contribuyeron para que fuese necesario presentar una estructura ordenada, clara y comprensible del ORD, surgió así lo que la TCD denomina *orden expositivo* o también sistemático (que no se debe confundir con sistémico).

Así las cosas, la TCD en este apartado reconoce tres niveles:

- a) El ORD cuyo origen son las decisiones de autoridades (Constitución, Ley, sentencia) y cuyo contenido es una decisión aparentemente clara y ordenada (o por lo menos con esa pretensión).
- b) El orden sistemático o sistema didáctico-expositivo cuyo origen son las obras de los estudiosos del Derecho que se traducen en tratados o manuales y cuyo contenido es la exposición sistemática de un determinado tema del Derecho.
- c) El Sistema jurídico en estricto sentido cuyo origen son los trabajos de juristas evidenciables en normas jurídicas concretas o sentencias judiciales; su contenido son normas jurídicas.

La Teoría de las decisiones jurídicas

El tercer nivel de la TCD, corresponde al escenario pragmático y se concreta en la Teoría de las decisiones jurídicas. Este nivel tiene un carácter pragmático en tanto estudia los fenómenos comunicacionales desde el punto de vista de su dinámica, los sujetos en el proceso de comunicación, las condiciones de éstos, los destinatarios (auditorio) y las modalidades de los actos comunicacionales.

Dentro de la denominada Teoría de las Decisiones jurídicas, la Retórica juega un papel central y determinante, no sólo porque permite comprender

todo el fenómeno comunicacional y argumentativo de esta parte de nuestro estudio, sino porque permite la revalorización de un área o herramienta que durante mucho tiempo fue olvidada y tratada de una manera injusta.

Desde la perspectiva de la TCD, tanto los procesos de comunicación orales como escritos son susceptibles de textualización, de hecho, lo escrito está ya textualizado. La textualización es entonces el puente entre la Retórica y la Teoría de textos y su núcleo es la adecuada unión de las palabras para producir un sentido global que permita un análisis exitoso del discurso.

La evidencia del papel de la Retórica en la TCD se aprecia a la hora de abordar la temática propia de la argumentación, es decir, ofrecer razones para soportar una conclusión o tesis a defender, se espera, por lo general, que dicho proceso sea resultado de inferencias válidas, premisas sólidas y apunte, en el caso del Derecho, a un ideal de Justicia y bienestar social. Todo proceso argumentativo supone una preparación so pena de concluir con una mala práctica, en el campo jurídico no basta entonces conocer las bases de la lógica, la Retórica y la oratoria, se debe tener presente las fuentes del Derecho y los aportes que la Teoría y Filosofía del Derecho ofrecen.

Finalmente, la TCD establece una estructura argumentativa en la cual se explicitan aspectos de carácter tipológico y procedimentales respecto de los argumentos. En ella se pueden observar las distintas clases de argumentos con sus estructuras (a contrario, a fortiori, autoridad, moral, etc.) y un listado de falacias que permiten el ideal señalado anteriormente: el mejor discurso es aquel que se encuentra bien construido, esto es, no incurre en la comisión de falacias. La Retórica y la argumentación jurídica coinciden entonces en la necesidad de abordar el tema de las falacias como exigencia para el desarrollo y la evaluación de cualquier discurso dentro de un proceso comunicacional, por lo que, tener la capacidad de identificar argumentos falaces es fundamental en el jurista, un argumento puede ser muy útil, pero construido falazmente (y desconocido por el abogado y el estudioso del Derecho) puede hacer un daño enorme.

Narración, hermenéutica y Derecho

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, de ahí que el fenómeno jurídico 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. Todo lo anterior se centra en los relatos judiciales, especialmente presentes en la jurisprudencia.

Los textos jurídicos, en especial las sentencias judiciales, pueden ser analizados como una novela, en donde el análisis del texto está definido por varias condiciones y ellas marcadas por su cercanía con el poder, y las consecuencias que éstas le generan. De esta manera, 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, cómo, cuándo se desarrolla el relato 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.

La narración del ORD y el SIS

Existe un dualismo entre naturaleza y cultura conlleva a la hermenéutica a presentar el fenómeno de la historicidad como un sinónimo de racionalidad, sobre todo a la hora de establecer las características del proceso de conocimiento. Lo anterior se traduce en la conocida oposición epistemológica entre la realidad mecánica/causal y la dimensión espiritual/valorativa, es decir, el choque entre las ciencias exactas y las del espíritu o culturales tal como y que ocasionó sendas críticas del positivismo -en todas sus esferas de influencia- a la hora de proclamar la imposibilidad de un conocimiento racional en escenarios valorativos. Sobre la refundación de una hermenéutica optimista, que es predominante en la TCD, y la importancia dada a la comprensión de los sentidos de un texto en oposición a una estructura deductivista propia de una lógica formal y una concepción descriptivista del Derecho, se erige la teoría de textos en la obra de Robles.

La labor del jurista siempre es interpretativa pues cuando hablamos de determinación en la hermenéutica, ésta nunca será total a la hora de la toma de decisiones y las razones para ello. La presencia de conflictos de valores, de choques ideológicos y las dificultades propias del lenguaje hacen que el giro interpretativo se traslade a un escenario argumentativo y narrativo donde

la demostración no tiene un rol central, cedido ahora a la retórica y la persuasión y aceptabilidad del discurso. Este panorama supone que las decisiones no se toman con absoluta libertad y determinación en tanto están condicionadas por la misma historia y ordenamiento, o en una sola palabra, la tradición. El error de las teorías positivistas al separar tajantemente la reflexión moral del fenómeno jurídico mermó elementos propios de la narración y el discurso, además, supuso el abandono del Derecho como una ciencia que se construye, que no se recibe dada, hecha de antemano, finalizada y sin posibilidad de crítica o debate; toda norma o decisión tiene que ser justificada y el esquema tradicional parece ser insuficiente dada su tendencia objetiva y reduccionista.

Lo anterior, generó un rompimiento con la tendencia minimalista hacia la lógica formal a la hora de justificar decisiones, y no porque se trate de un respaldo a las ideas iusnaturalistas en la relación Derecho-Moral, sino porque el lenguaje (en la ya tratada posición ontológica débil) es indispensable para explicar, justificar y buscar la aceptación de tal relación, o cualquier otra; en el caso de la TCD es aquella que lo concibe como un fenómeno comunicacional con los rasgos ya estudiados y que se puede expresar diciendo que en el Derecho se requiere comunicar unas decisiones a través de normas porque esto es necesario –y bueno- para la convivencia.

De esta manera, la labor del jurista siempre es interpretativa, aun cuando determina en qué casos cierto enunciado o prescripción no requiere mayor interpretación (por ejemplo, porque la vaguedad lingüística es periférica). Lo importante es que el rol de la hermenéutica siempre está al servicio de una Dogmática y es una herramienta para la construcción de discursos y narraciones coherentes y persuasivas en el escenario pragmático, se trata entonces de una posición unificadora entre la el segundo y el tercer nivel de la TCD que estabiliza el cuerpo de normas y principios jurídicos presentes en el ORD, el SIS y el AMB para que sean interpretados y expuestos en discursos propios de la decisiones jurídicas (en especial las judiciales).

La Teoría de textos en la TCD

La Teoría de textos en la TCD 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.

El aporte en este escenario de la obra de Paul Ricoeur es interesante al plantear tres tesis que permiten asumir el concepto de texto desde una perspectiva hermenéutica: 1) el texto es aquello que está escrito; 2) dicho texto está construido para que el lector realice una interpretación de él; y 3) el texto puede ser comprendido por el lector (proceso eminentemente hermenéutico). En este juego la interpretación y la comprensión son determinantes en tanto todo texto es interpretable y comprensible 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.

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.

El Perspectivismo textual de la TCD

El perspectivismo suele ser asociado con una posición relativista, según la cual, el abordaje de un objeto o del conocimiento depende del ángulo o posición de desde donde se lo observe. Sin embargo, el perspectivismo que adopta la TCD no es similar a las posiciones relativistas, y ello se evidencia en la incorporación que hace de la filosofía de José Ortega y Gasset que explicó

la noción de perspectivismo que permitió identificar uno de los postulados de este trabajo: el Derecho como ejercicio hermenéutico a partir de la premisa unidad de texto y diversidad de lecturas como sustento de la TCD. Ante la existencia objetiva de un objeto que no depende del individuo, en este caso la manzana, debemos conformarnos con ver una de sus caras o aristas, pero no la integridad de ella. Ahora, trasladando este escenario al fenómeno jurídico, la discusión girará en torno al objeto de conocimiento del Derecho y cómo nos aproximamos a éste.

Es aquí donde el pensamiento orteguiano impacta directamente el concepto de interpretación -y por ende el de interpretación jurídica- y se fusiona con los postulados de la TCD. El acto de interpretar es buscar y unir un dato con todo el universo que lo rodea, es una tarea constructiva en espiral, tal como lo ha manifestado Robles a lo largo de sus trabajos. El hombre, sus acciones, sus circunstancias son un ínfimo fragmento de todo el universo, pero por pequeño que sea no está aislado, hace parte de la historia en tanto la crea y recrea. El significado o valor de las acciones dependerá entonces de las relaciones que entable con los otros elementos del universo que están marcadas por la perspectiva que se elija adoptar. Por lo tanto, y de acuerdo con lo anterior, todo ORD 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, según la cual la palabra Derecho es un rótulo que se aplica a determinadas situaciones, y la tesis de pluralidad de ordenamientos jurídicos que indica que no puede concebirse un ORD universal y general, existen varios pues recaen sobre diferentes decisiones y normas.

Los textos escribibles

Los textos jurídicos son escribibles, es decir, son diseñados para ser producidos y no consumidos, a diferencia de los legibles. Esta característica

es de suma importancia pues es la noción de texto que asume la TCD. En estos textos escribibles el lector interpreta y se involucra directamente con el texto siendo determinante de su resultado. Puede pensarse entonces que la norma y la jurisprudencia son muestras de este tipo de textos.

El pensador francés Roland Barthes es el creador de esta categoría textual. En un escenario donde la escritura había sido poco estudiada y la obra barthesiana, consciente de este hecho, la aborda de una manera novedosa., especialmente con su noción de textos escribibles. La génesis de esta idea nace en la nueva forma cómo se aborda la literatura, forma que debe enfatizar más en la relación entre el lector y el texto para generar una especie de emancipación metodológica, postura que es propia del positivismo al amarrar el fenómeno de la comprensión textual racionalista.

Barthes asume la noción de textos escribibles como aquellos que cambiarán la forma cómo se estructura la relación entre lector y al autor, dando importancia al primero. Es el análisis del receptor de la obra que triunfa ante la posición tradicional de explicar el texto desde su creador. El texto y la obra son considerados propiedad exclusiva de quien las crea y por lo tanto es un producto hecho para ser consumido por el destinatario, sin más derechos que ese, la preocupación ha caído en lo que al autor ha querido decir, pero no en lo que el lector ha comprendido. Barthes presenta aquí un compromiso hermenéutico serio al analizar el fenómeno de la comprensión de forma trascendente, si bien es cierto se busca el sentido del texto o las expresiones en lo que el autor quiso decir, es importante darle peso a lo que el lector comprendió, pues en últimas, esto es en muchas ocasiones lo que realmente impacta o se conoce.

El Hipertexto

La noción de hipertexto también resulta de gran utilidad en la lingüística textual que ofrece la TCD. Inicialmente, este concepto suele 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).

El concepto de hipertexto y su relación con la hermenéutica es entonces uno de los logros de la TCD, 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. 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.

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. 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.

Los hipertextos, como resultado de un nuevo proceso de comunicación textual presentan estas características que son útiles para entender una nueva visión del texto jurídico: 1) Tiene memoria dada su capacidad de almacenar y relacionar conceptos o teoría previas; 2) es creador de nuevos mensajes en su incorporación a la cadena comunicacional; 3) crece por sí mismo; 4) su mecanismo de inicio es un texto que puede provenir del interior o del exterior y que motiva la conciencia individual del lector; 5) la inclusión de textos externos al sistema debe estar mediada por la capacidad de éste de determinar cuáles pueden ingresar y cuáles no (autopoiesis); 6) existe un intercambio de pensamiento, y 7) el texto no surge por generación espontánea.

Las anteriores características permiten acoplar la noción de hipertexto con los postulados textuales de la TCD. En primer lugar, por el carácter constructivo de su método al usar la figura de la espiral hermenéutica; sumado a ello tenemos la capacidad de memoria textual que se adquiere bajo el modelo institucional de la TCD y el papel de la tradición en ésta, así las cosas, todo texto jurídico conserva las tradiciones jurídicas y condiciona la producción de nuevos textos a esta memoria colectiva del ordenamiento y sistema jurídico. Como tercer elemento de coincidencia, tenemos que la apertura del Derecho a la incorporación de textos de otros sistemas se da por una estructura autopoietica, que no significa aislamiento, algo también sostenido por la Teoría Comunicacional. También se observa como la generación o creación de un texto no es algo espontáneo, requiere de unas condiciones previas, que en el caso de la TCD es la decisión, sin duda motivada por elementos de carácter social, político y jurídico. Pero quizás el elemento más importante es la concepción amplia del texto como elemento que conserva, organiza y estructura el conocimiento jurídico de tal manera que su concepción como totalidad textual sobre valor en la práctica. El documento hipertextual, de la manera presentada anteriormente, conserva, transmite, realiza operaciones y forma nuevos mensajes a partir de ciertas reglas (tradiciones) y hacen dinámico el proceso hermenéutico de la comprensión.

Teoría de textos en la TCD: reflexión final

Cuando se afirma que la TCD tiene como punto de partida el lenguaje, debe prestarse atención al concepto de texto, ya que el lenguaje jurídico se concreta en textos, obras humanas susceptibles de interpretación y comprensión. Bajo esta reflexión se construye un postulado de la teoría de textos en la obra de Robles y que se evidencia en la inevitabilidad interpretativa y comprensiva de los textos jurídicos. El texto posee la característica ser diseñado para ser interpretado y comprendido, y más allá de si la voluntad del creador o autor del texto es que su obra sea objeto de interpretación para develar su verdadero sentido, no se puede cuestionar que dicho análisis hermenéutico se hará en tanto el deseo de transmitir un mensaje puede llevar a la comprensión o a la ausencia de ella.

La hermenéutica y el texto coinciden entonces en el fenómeno de la lingüisticidad, idea que la TCD comparte para no caer en errores con la historicidad. La necesidad hermenéutica (interpretar y comprender) es esencial en la lingüística textual en tanto todo texto se analiza y entiende desde un determinado contexto. En el caso de la TCD, tanto las nociones de ORD, SIS y AMB son totalidades textuales y contextuales para la obtención de significado. Así, cada interpretación es una creación de realidad que también rige los asuntos propios del escenario discursivo.

El texto jurídico es dinámico, crece constantemente y no tiene fin, por eso puede asimilarse con el concepto de hipertexto. Se trata de un texto de naturaleza abierta, que, según la TCD, implica que está en constante construcción a partir de un proceso hermenéutico, como consecuencia, no tiene un fin determinado ya que está abierto a adiciones, sustracciones o modificaciones de la autoridad (el autor). De esta manera, se genera y regenera como un texto escribible y autopoiético, es decir, determina por sí mismo las condiciones de apertura e incorporación de los elementos de otros sistemas como la moral o la política.

REFERENCIAS

- AARNIO, A. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. México DF: Fontamara, 2002.
- AARSETH, E. No linealidad y teoría literaria. En LANDOW, G. (comp.). En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, págs. 71-108.
- AGUILAR, M. *Presentación*, en: AGUILAR, M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, págs. 11-23.
- AGUILÓ, J. Positivismo y Pospositivismo: Dos Paradigmas jurídicos en pocas palabras. En *Revista Doxa*, N° 30. Alicante: Universidad de Alicante, 2007, págs. 666-675.
- AGUSTÍN. *La Ciudad de Dios*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1977
- ALBALADEJO, T. *Retórica*. Madrid: Síntesis, 1989.
- ALBADALEJO, T. *et al*. La lingüística del texto. En ABAD, F. *et al* (eds.). *Introducción a la lingüística*, Madrid: Alhambra, 1983, págs. 217-272.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Normative Systems*. New York: Springer, 1971.
- ALESSO, M. Los Dioses griegos en el S.I: Hermes. En *Revista Cirse*, N° 6. Santa Rosa: Universidad Nacional de la Pampa, 2001, págs. 13-29.
- ALEXY, R.
- (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
 - (2008). *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ANSCOMBRE, J.C. y DUCROT, O. *La argumentación en la lengua*. Madrid: Gredos, 1994.
- ARENDT, H. *What is Authority?* London: Penguin, 1977.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Medellín: Editorial Bedout, 1981.
- ATIENZA, M. La Dogmática jurídica como Tecno-Praxis. En. CARBONELL, M. *et al* (eds.). *Estado constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida*

universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Estado Constitucional, tomo IV, vol.1 México DF: UNAM, 2015, págs. 169-197.

ATIENZA, M.

- (1997). 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, págs. 7-30.
- (2000). *Introducción al Derecho*, 2ª edición. México DF: Fontamara.
- (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel

ATIENZA, M. y RUÍZ, J. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En *Revista Isonomía*, N° 27, octubre. México DF: ITAM, 2007, págs. 7-28.

ASSIER-ANDRIEU, L. *Le Droit dans les Sociétés Humaines*. París: Nathan, 1996.

AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971

BARTHES, R.

- (1972). *Crítica y verdad*. 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.
- (1977). *Image, music, text*. New York: Hill and Wang.
- (2011a). *El placer del texto y lección inaugural*. México DF: Siglo XXI.
- (2011b). *s/z*. México DF: Siglo XXI.

BASTIDA, X. *El Derecho como creencia: una concepción de la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

BASTIDA, X. *El silencio del emperador: un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

BASSOLS, M. y TORRENT, A. *Modelos textuales. Teoría y práctica*. Barcelona: Eumo-Octaedro, 1997.

- BAZÁN, J. y MADRID, R. Racionalidad y razonabilidad en el Derecho. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, N° 2. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1991, págs.. 179-188.
- BEAUGRANDE, R. y DRESSLER, W. *Introducción a la lingüística del texto*. Barcelona: Ariel, 1997.
- BELTRÁN, R. La tópic jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, segundo semestre. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012, págs. 587-606.
- 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, págs. 33-55.
- BELLO, D.
- Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución. En *REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33. Liubliana: Klub Revus, 2017, págs. 83-106.
 - Dogmática y norma en la Teoría Comunicacional del Derecho: una crítica. En ROBLES, G. et al (eds.). *Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*. Bogotá: Universidad Libre, 2020, págs. 319-339.
- BELLON, W. Cantor, el conquistador del infinito. En *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, N° 3. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1945, págs. 353-373.
- 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
- BENTGOETXEA, J. Teoría Institucional del Derecho. En FABRA, J. et al. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen uno. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 2015, págs. 207-223.
- BERISTÁIN, H. *Diccionario de Retórica y Poética*. México DF: Porrúa, 1995.
- BERNÁRDEZ, E. *Introducción a la lingüística del texto*. Madrid: Espasa-Calpe, 1982.

- BERNASCONI, A. El carácter científico de la Dogmática Jurídica. En *Revista de Derecho*, vol. XX, N°1, julio. Valdivia: Universidad Austral de Chile, 2007, págs. 9-37.
- BERNAL, C. Estructura y límites de la ponderación. En *Revista Doxa*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, págs. 225-238.
- BERNSTEIN, R. *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis*. Oxford: Blackwell, 1981.
- BERTONE, L. *En torno de Babel: estrategias de la interpretación simultánea*. Buenos Aires: Hachette, 1989.
- BEUCHOT, M.
- (1994). Filosofía y Retórica en Chaïm Perelman: El auditorio universal razonable. En *Revista Éndoxa: Series Filosóficas*, N°3. Madrid: UNED, págs. 301-316.
 - (1998). *Hermenéutica de la encrucijada*. Barcelona: Anthropos, 1988.
 - (2015). La filosofía de la educación desde una hermenéutica analógico-icónica. En IRAZEMA, E. et al, (comp.). *Voces de la Filosofía de la Educación*. México DF: Ediciones Del Lirio, págs. 21-37.
- BIRUS, H. Einleitung. En *VVAA, Hermeneutischen Positionen*. Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982, págs. 5-15.
- BOLETÍN DE BIBLIOGRAFÍA SPINOZISTA N° 14. En *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 30 (1). Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2013, págs. 265-293, 265.
- BONO, M. La ciencia del Derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto. En *Revista Isonomía*, N° 13, octubre. México DF: ITAM, 2000, págs. 159-175.
- BONORINO, P. El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin. Madrid: Dykinson, 2003.
- BORRAS C. De la estética de la recepción a la estética de la interactividad: Notas para una hermenéutica de la lectura hipertextual. En MURO, M. (coord.). *Arte y nuevas tecnologías: X Congreso de la Asociación Española de Semiótica*. Logroño: Universidad de La Rioja - Fundación San Millán de la Cogolla, 2004, págs. 272-287.

- 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, págs. 33-53.
- 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, págs. 209-278.
- BOTTOMORE, T. *Interdiscipliniedad y ciencias humanas*. Madrid: Tecnos-Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 1983.
- BOURDIEU, P. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. En *Jueces para la democracia*, No. 47, julio. Madrid: Asociación de Pensamiento Penal, 2003, págs. 3-5.
- BOYD, J. *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. New York: Wolters Kluwer, 2018.
- BRENTANO, F. *Psychology from an empirical standpoint*. London: Routledge, 2009.
- BRUNER, J. y WEISSER, S. La invención del yo: la autobiografía y sus formas. En: OLSON, D. et al (eds.). *Cultura escrita y oralidad*. Barcelona: Gedisa, 1995, págs. 177-202.
- BULYGIN, E. y MENDOCA, D. *Normas y Sistemas Normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- BURGOS, J. *Historia de la Psicología*. Madrid: Palabra, 2014.
- BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México DF: Distribuciones Fontamara, 2006.
- CÁCERES, E. *¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México: Cámara de Diputados, LVIII legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CÁCERES, E. *¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México UNAM, 2000.
- CALDERÓN, P. y BASTIDAS, P. El derecho como texto: cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho” (reseña). En: *Revista Advocatus*, Vol. 14, N° 27, Barranquilla: Universidad Libre, 2016, págs. 227-236.

- CALSAMIGLIA, A. Pospositivismo. En: *Revista Doxa*, N° 21-1. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, págs. 209-220.
- CALSAMIGLIA, H. y TUSÓN, A. *Las cosas del decir: Manual de análisis del discurso*. Barcelona: Ariel, 1999.
- CAMPAGNA, M. y LAZZERETTI, A. *Lógica, Argumentación y Retórica*. Buenos Aires: Biblos, 1998.
- CAMPO, O. (1991), *Pan de muertos*, [Imagen JPEG], recuperada de: https://www.1stdibs.com/art/prints-works-on-paper/figurative-prints-works-on-paper/octavio-ocampo-pan-de-muertos/id-a_2259373/
- CAMPS, V. *Pragmática del Lenguaje y filosofía analítica*. Barcelona: Península, 1976.
- CARDOZO, B, Law and Literature. En *The Yale Review*, N° 14. New Haven CT: Yale University, 1925, págs. 699-706.
- CARROLL, L. *Alicia a través del Espejo*. Córdoba: Ediciones del Sur, 2004.
- CARONI, P. *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson, 2012.
- CARRÍO, G. Introducción. En AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971, págs. 9-35.
- 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, págs. 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, págs. 127-152.
- CASTRILLÓN, J. La instrumentalización de la hermenéutica. En: CUARTAS, J. (comp.). *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, págs. 51-63.
- CASTRO, P. *et al.* Antropología de los procesos políticos y de poder. En *Alteridades*, (19), 38. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, 2009, págs. 100-127.
- CATALÁN, J. y ZABALA, S. ¿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, págs. 26-29.
- CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- CHICO, F. Teoría retórica como teoría del texto y narración digital como narración hipertextual. Perspectivas de estudio entre la tradición y la modernidad. En *Cuadernos de Literatura*, 12, (23), julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, págs. 54-74.
- 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, págs. 63-98.
- CHOMSKY, N. *El conocimiento del lenguaje*. Barcelona: Altaya, 1994.
- CHRISTIE, N. *La industria del control del delito ¿La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1993.
- 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
- COAGUILA, J. El análisis discursivo del Derecho. En *Revista Isonomía*, N°23, octubre. México DF: ITAM, 2005, págs. 166-177.
- COFRÉ-LAGOS, J. Kelsen, el formalismo y el Círculo de Viena. En *Revista de Derecho*, Vol. VI, N°6, junio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 1995, págs. 29-37.
- COI. (1972), *Logotipo de XX. Juegos Olímpicos de Verano Múnich 1972*, [Imagen PNG], recuperada de: https://de.wikipedia.org/wiki/Datei:Muenchen1972_logo.svg
- COING, H. Historia del Derecho y Dogmática Jurídica. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, N° 2, mayo- agosto. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1982, págs. 245-257.
- COLLINGWOOD, G. *La idea de Historia*. México DF: FCE, 1972.
- COSTA, L. Entrevista a Michel Foucault. En FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- CUESTA, J. Introducción. En *Introducción a la hermenéutica Literaria de Peter Szondi*. Madrid: Abada Editores, 2006.

- DAROS, W. La concepción de la educación según el pragmatismo posmoderno de R. Rorty. En: *Revista Invenio*, N° 9, noviembre. Buenos Aires: Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2002, págs. 49-69.
- DAVIDSON, D. A Nice Derangement of Epitaphs. En: LEPORE, E. (ed.). *Truth and Interpretation: Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Oxford: Blackwell, 1986, págs. 433-446.
- DEFEZ, A. Dogma, Dogmatismo y Escepticismo. En MUÑOZ, J. et al (eds.). *Compendio de Epistemología*. Madrid: Trotta, 2000, págs.188-191.
- DELEUZE, G y GUATTARI, F. *Mil mesetas*. Madrid: Pre-Textos, 2008.
- DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos, 2008.
- DE LA SIERNA, A. Una filosofía nominalista. En *Revista Stoa*, vol. 1, N°1. Xalapa: Instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, 2009, págs. 77-97.
- DE MAN, P. *Alegorías de la lectura*. Barcelona: Lumen, 1990.
- DEMMERLING, C. *Sprache und Verdinglichung*, Frankfurt Am Main: Suhrkamp Verlag, 1994.
- 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
- DE SANTIAGO, L. Los fantasmas del relativismo en la hermenéutica de H.G. Gadamer. En *Gadamer y las Humanidades*, vol. I: Ontología, lenguaje y estética. México, UNAM, 2007, págs. 69-81.
- DIEZ, A. Sobre la interpretación. Teoría de la acción (I). En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 33, N° 117. Madrid: AEN, 2013, págs. 47-66.
- 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.

DURKHEIM, E. *L'éducation morale*, 2a ed. París: Presses Universitaires de France, 1992.

DWORKIN, R.

- (1977) 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, págs. 58-84.
- (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- (1990). Retorno al Derecho natural. En BETEGÓN, J. Et al (eds.). *Derecho y Moral*. Barcelona: Ariel, págs. 23-46.
- (1992). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- (1993). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Plantea.
- (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- (2010) ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser Filósofos? En *Revista Isonomía*, N° 32, abril. México DF: ITAM, 2010, págs. 8-29

ECO, U. *Kant y el ornitorrinco*. Barcelona: Lumen, 1999.

ELENA, P. Bases para la comprensión organizativa del texto. *En Revista de Lingüística y Lenguas Aplicadas*, vol. 6. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2011, págs.125-137.

ENDICOTT, T. *Palabras y Reglas: Ensayos en filosofía del Derecho*. México DF: Fontamara, 2004.

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

FABRIS, A. *El giro lingüístico: hermenéutica y análisis del lenguaje*. Madrid: Akal, 2001.

FARRELL, M. ¿Discusión entre el Derecho natural y el Positismo jurídico? En *Revista Doxa*, N° 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, págs. 121-128.

FERNÁNDEZ, J. aspectos cognitivos y constructivos de la evolución semántica del verbo tocar. En *Anuari de filologia. Estudis de lingüística*, núm. 4. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2014, págs. 93-118.

FERNÁNDEZ, M. Frente al imposible espejo de la naturaleza: Rorty y Habermas. En *Revista Daimon*, N° 65. Murcia: Universidad de Murcia, 2015, págs. 35-50

FERRARIS, M. *Historia de la Hermenéutica*. Madrid: Akal, 2005.

FIBONACCI. *Ilusión de Zollner*, [Imagen PNG], 2007, recuperada de: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Zollner_illusion.svg

FINNIS, J. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FOUCAULT, M.

- (1979). *La Arqueología del saber*, 6ª edición. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

FOUREZ, G. *La construcción del conocimiento científico*. Madrid: Narcea, 1994.

FREGE, G. Aufzeichnungen für Ludwig Darmstädter. En GOTTFRIED, G. Et al (eds.). *Nachgelassene Schriften*, vol. 1, 2ª edición. Hamburgo: Meiner, 1983.

FRIES, C. Meaning and linguistic Analysis. En LEHRER, K. et al (eds.). *Theory of Meaning*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1970, págs. 159-175.

GARCÍA, L. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas: una aproximación desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy. En OBANDO, A. (comp.). *Problemas de Filosofía del Derecho: Hermenéutica y Argumentación*. Bogotá: Universidad Libre, 2005, págs. 48-83.

GADAMER, H.G.

- (1972). Hermeneutik als praktische Philosophie. En: RIEDEL, M. (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. Freiburg: Rombach Verlag KG, págs. 325-344.
- (1986) *Verdad y Método I*. Salamanca: Sígueme.
- (1991). *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Paidós.

- (1997). Hermenéutica de la sospecha. En ARANZUEQUE, G. (coord.). *Cuaderno Gris*, Época III, 2. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, págs. 127-135.
 - (1998). Texto e interpretación. En GÓMEZ, A. (coord.). *Cuaderno Gris*, época III, 3. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, págs. 17-41.
 - (1998). *El giro hermenéutico*. Madrid: Cátedra.
 - (2002). *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid: Trotta.
 - (2006). *Verdad y Método II*. Salamanca: Sígueme.
- GALLEGO, D. Hacia una hermenéutica atractiva. En CUARTAS, J. (comp.) *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, págs. 65-71.
- GARCÍA, C. La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano. En *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 2. La Coruña: Universidad de la Coruña, 1998, págs. 287-298
- GARCÍA, F. Una aproximación a la historia de la Retórica. En *Revista Icono* 14, Nº 5. Madrid: Asociación Científica Icono, 2005, págs. 1-28.
- GARCÍA, J. *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1ª reimpresión, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- GARCÍA, L. *Elementos de lógica para el Derecho*, edición. Bogotá: Temis, 2003.
- GARCÍA, L. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas: una aproximación desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy. En OBANDO, A. (comp.) *Problemas de Filosofía del Derecho: Hermenéutica y Argumentación*. Bogotá: Universidad Libre, 2005, págs. 48-83.
- GARCÍA, M. *Filosofía de la educación. Cuestiones de hoy y siempre*. Madrid: Narcea, 2012.
- GARGANI, A. La copia y el original. En VATTIMO, G. (comp.) *Hermenéutica y racionalidad*. Bogotá: Norma, 1994.
- GARGARELLA, R. y MARTÍ, J. Estudio Preliminar: La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos. En WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GARZONE, G. F. *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*. Milano: Giuffré, 2008.

GENETTE, G. El Discurso del relato: Ensayo de Método (orden, duración, frecuencia, modo). En *Figuras III*. Paris: Editions du Seuil, 1972, págs. 65-224.

GONZÁLEZ, C, et al. Los procesos de producción e interpretación del texto escrito: de la Retórica a la didáctica de la lengua. En *Revista Publicaciones*, vol. 32. Granada: Universidad de Granada, 2002, págs. 55-69.

GRICE, P. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970.

GRONDIN, J.

- (1990). Hermeneutics and relativism. En: WRIGHT, K. (ed.). *Festivals of Interpretation*. Albany: University of New York Press, pág. 42-62.
- (1995). *El legado de la hermenéutica*. Cali: Universidad del Valle.
- (2002). Introducción a la hermenéutica filosófica. Barcelona: Herder.
- (2007). La fusión de horizontes: la versión gadameriana de la *adaequatio rei et intellectus*. En AGUILAR, M. et al (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, págs. 23-43.
- (2008). *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder.

GUASTINI, R.

- (1992). *Dalle fonti alie norme*. Torino: Ed. Giappichelli.
- (2001). *Il diritto come linguaggio. Lezioni*. Torino: Giappichelli.
- (2016). *La sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GUERRERO, G. La lingüística del texto y la pragmática lingüística. En *Revista ELUA: Estudios de Lingüística*, [S.l.], n° 10, dic. Alicante: Universidad de Alicante, 1995, págs. 443-446.

GUIBOURG, R. Interpretación del Derecho desde el punto de vista analítico. En VIGO, R., et al (eds.). Madrid: Marcial Pons, 2011, págs. 227-239.

GUILLAUME, P. *Psicología de la forma*. Buenos Aires: Psiqué, 1976.

- GUTIÉRREZ, B. La ciencia empieza en la palabra: análisis e historia del lenguaje científico. Barcelona: Península, 1998.
- GÓMEZ, S. El Derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales. En *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXVI. Nº 147, junio. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, 2009, págs. 105-135.
- GREPPI, A. Derecho, poder, estructura y función. En *Anuario de Filosofía del Derecho XII*. Madrid: Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1995, págs. 547-568.
- GURGAON, O. *Panda*, [Imagen JPEG], 2013, recuperada de: <https://www.coloribus.com/adsarchive/prints/wwf-panda-17602905/>
- GUTIÉRREZ, C. Gadamer y Nietzsche. En *Revista Ideas y Valores*, Nº127, abril. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, págs. 55-71.
- HAGE, J. y PECZENIK, A. Conocimiento jurídico ¿sobre qué? En *DOGMA: cuadernos de filosofía del Derecho*, Nº 22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999, págs. 25-48.
- HAGE, J. The limited role of hermeneutics in law. En DUARTE, D. et al (eds.). *Legal Interpretation and Scientific Knowledge*. Cham: Springer 2019, págs. 1-11.
- HABERMAS, J.
- (1984). *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos.
 - (2002). *Teoría de la acción comunicativa*, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus.
 - (2009). *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.
- HARRIS, M. *El materialismo cultural*. Madrid: Alianza, 1982.
- HART, H. *El concepto de Derecho*, 3ª edición, traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HARTMAN, P. Texte als linguistisches Objekt. En STEMPEL, W.D. (ed.), *Beiträge zur Textlinguistik*. Múnich: Fink, 1971, págs. 9-29.
- HASSEMER, W. Hermenéutica y Derecho. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº25. Granada: Universidad de Granada 1985, págs. 63-85.
- HAURIOU, M. *Précis de droit constitutionnel*. Larose: Paris, 1923.

- HEIDEGGER, M. *El ser y el tiempo*. México DF: FCE, 1951.
- HERMANUS, J. La hermenéutica según Hans-Georg Gadamer y su aporte a la educación. En *Revista Sophia, Colección de Filosofía de la Educación*, Vol., N° 15. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2013, págs. 33-84.
- HINKELAMMERT, F. *Las armas ideológicas de la muerte*. Salamanca: Sígueme, 1978.
- 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
- 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, 2010, págs. 183-187.
- 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.
- JAUSS, H. *Experiencia estética y hermenéutica literaria: Ensayos en el campo de la experiencia estética*. Madrid: Taurus, 1986.
- JIMÉNEZ, 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, págs. 47-75.
- JØRGENSEN, J. Imperatives and Logic. *En Erkenntnis An International Journal of Scientific Philosophy*, 7. Netherlands: Springer 1937, págs. 288-296.
- KAHN, P. *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2017.
- KALINOWSKI, G. *Lógica de las normas y lógica deóntica*. México DF: Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, 2003.
- 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, págs. 168-172.

KAUFMANN, A. Teoría de la justicia: Un ensayo histórico problemático. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N°25. Granada: Universidad de Granada, 1985, págs. 37-62.

KENNEDY, D. Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen. En *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 2. México DF: Universidad Autónoma Nacional de México, 2008, págs. 363-385.

KLINKENBERG, J. *Manual de semiótica general*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2006.

KRIPKE, S. *El nombrar y la necesidad*. México: UNAM, 2005.

KRISTAN, A.

- (2009). Hiperliteratura y Derecho: Unidad de texto y diversidad de lecturas. En *Revista DIXI*, N°12, abril, traducción de Juan Pablo Sterling Casas. Bucaramanga: Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Bucaramanga, 2009, págs. 13-24.
- (2017). *Derecho y otros enigmas*. Madrid: Marcial Pons.

KROTZ, P. Antropología y derecho. En *México Indígena*, año IV, núm. 25. México DF: Instituto Nacional Indigenista, 1988, págs. 6-14.

KUHN, T. *Estructura de las revoluciones científicas*, 4ª edición. México DF: FCE, 2013.

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, págs. 393-404.

LANDOW, G.

- (1995). *Hipertexto*. Barcelona: Paidós.
- (2009). *Hipertexto 3.0. La teoría crítica y los nuevos medios en una época de globalización*. Barcelona: Paidós.

LA TORRE, M. Teorías institucionales del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia). En *Revista Derechos y Deberes*, N° 14, época 2, enero. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2006, págs. 103-112.

- LAVERS, A. Roland Barthes. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, págs. 151-190.
- LEVORATTI, A. La hermenéutica de Schleiermacher. En *Revista Bíblica*, año 59. Quito: Consejo latinoamericano de Iglesias, 1997, págs. 77-115.
- LIESTØL, G. Wittgenstein, Genette y la narrativa del lector en el hipertexto. En LANDOW, G. (comp.). *Teoría del hipertexto*. Barcelona: Paidós, 1997, págs. 109-145.
- LLOYD, U. *Fresh rhizome of a cimicifuga racemosa* [imagen JPEG], 1898. Recuperada de: https://www.henriettes-herb.com/eclectic/kings/pics/kings-cimicifuga_root.html
- LONDON, E. *The World of Law*. New York: Simon and Schuster, 1960.
- LÓPEZ, A. Retórica antigua y Retórica moderna. En *Revista Hvmánitas*, vol. XLVII. Santiago de Chile: Pontificia Universidad católica de Chile, 1995, págs. 871-907.
- LÓPEZ, A. La teoría de la acción en Weber, Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas. En *Revista Foro, Nueva época*, N°1. Madrid: Universidad Complutense, 2005, págs. 179-201.
- LÓPEZ, D. *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Temis, 2008.
- LÓPEZ, F. Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa. En *Revista Derechos y Libertades*, año 1, N°2. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1994. págs. 245-256.
- LÓPEZ, F. El giro lingüístico de la filosofía y la historiografía contemporánea. En *Revista Mañongo*, N° 37, Vol. XIX, julio-diciembre. Carabobo: Universidad de Carabobo, 2011, págs. 189-213.
- LÓPEZ, J. El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° XXI, enero. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004, págs. 313-336.
- LÓPEZ, M. Verdad o Interpretaciones: Gadamer versus Nietzsche. En *Eikasia Revista de filosofía*, N° 56, mayo. Oviedo: Eikasia Ediciones, 2014, págs. 107-126.
- LORENZEN, P. *Pensamiento metódico*. Buenos Aires: Sur, 1973.

LOTMAN, I. *La semiosfera I*. Madrid: Forensis-Cátedra Universitat de Valencia, 1996.

LUHMANN, N.

- (1997) *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp,
- (2014) *Sociología política*. Madrid: Trotta,

LUZZATI, C. Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho Internacional. En *Revista DOXA*, N°22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999, págs. 135-170.

LYOTARD, J. *La posmodernidad (explicada a los niños)*. Barcelona: Gedisa, 1994.

MAAS, F. *It's the hat*, [Imagen JPEG], 2008, recuperada de: <https://adland.tv/ooh/hut-weber-hats-hitler-vs-chaplin-its-hat>

MANSILLA, F. El sentido de la historia entre el optimismo doctrinario y el pesimismo relativista: apuntes introductorios. En *Revista Signos Filosóficos*, vol. XI, N° 21, enero-junio. México DF: UAM, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades, 2009, págs. 147-168.

MARTÍNEZ-BUJÁN, C. La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. En ARROYO, L. et al (coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 1. Universidad de Castilla la Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2001, págs. 1141-1178.

MARMOR, A. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

MARTYNIUK, C. *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*. México DF: Ediciones Coyoacán, 2006.

MATLIN, M. W. y FOLEY, H. J. *Sensación y percepción*. México DF: Prentice Hall, 1996.

MATURANA, H. *La realidad: ¿objetiva o construida? II: Fundamentos biológicos del conocimiento*. Barcelona: Anthropos, 1996.

- MATHEUS, C. Sobre el concepto de acción. En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 16, N°3. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, págs. 787-799.
- 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, págs. 205-243.
- MAYER, H. La teoría de la construcción jurídica escalonada. En WALTER, R. (ed.) *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, págs.61-75.
- Mc CORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MEHROTA, A. Law and the "Other": Karl N. Llewellyn, Cultural Anthropology, and the Legacy of the Cheyenne Way. En *Articles by Maurer Faculty*, 2530. Maurer School of Law: Indiana University, 2001, págs. 741-775.
- 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, págs. 63-80.
- MEJÍA, O. Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho. Bogotá: Temis, 2005.
- 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, págs. 73-99.
- MONTOLÍO, E. Manual práctico de escritura académica II. Barcelona: Ariel, 2003.
- MORAVCSIK, J. On understanding. En *International Workshop on the cognitive viewpoint (24-26 march 1977)*. Gent: University of Ghent, 1977, págs. 73-82.
- MOSCOVICI, S. *Psicología Social I*. Barcelona: Paidós, 1984.
- MOSQUERA, A. La semiótica de Lotman como teoría del conocimiento. En *Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Año 6, N° 3, septiembre-diciembre. Zulia: Universidad del Zulia, 2009, págs. 63-78.

MOULTHROP, S. El hipertexto y la política de la interpretación. En VEGA, J. *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, págs. 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, págs. 185-202.

NAGEL, T. El absurdo. En *the Journal of Philosophy*, Vol. 68, N° 20, Sixty-Eighth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division, oct. 21. 1971, págs. 716-727.

NIETZSCHE, F.

- (1967). *La voluntad de Poder*, traducción de Eduardo Ovejero. Buenos Aires: Aguilar
- (1971). *Ecce Homo*. Madrid: Alianza.
- (1972). *Más allá del bien y del mal*, Andrés Sánchez Pascual (trad.) Madrid: Alianza.
- (1978). *El Anticristo*, Andrés Sánchez Pascual (trad.). Madrid: Alianza.
- (1981). *La voluntad del poderío*. Madrid: EDAF.
- (1987). *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.
- (2002). *La gaya ciencia*. Madrid: EDAF.
- (2007). *El crepúsculo de los ídolos*. Barcelona: Folio.

NOVELLA, J. Introducción. En ORTEGA Y GASSET, J. *Historia como sistema*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

NÚÑEZ, A. Dogmática Jurídica. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 6, marzo-agosto. Madrid: Universidad Carlos III, 2014, págs. 245-260.

NUSSBAUM, M.

- (1997). *Justicia Poética*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- (2005). *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*. Madrid: Antonio Machado Libros.

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

ONG, W. J. *Oralidad y escritura: tecnologías de la palabra*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2004.

OÑATE, T. Gadamer y Aristóteles: la actualidad de la hermenéutica. En AGUILAR M. *et al* (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, págs. 43-68.

ORTÍZ, L. Epistemología y Hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho. En ROBLES, G. *et al* (eds.). *Comunicación, Lenguaje y Derecho: Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid-Cali: Aranzadi-PUJ Cali, 2018, págs. 71-90.

ORTEGA Y GASSET, J.

- (1983). El hombre y la gente. En *Obras Completas*, 7. Madrid: Alianza.
- (1983). Meditaciones del Quijote. En *Obras Completas*, I. Madrid: Alianza.
- (2004). *Obras Completas*. Madrid: Santillana.
- (2007). *Historia como sistema*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- (2008). *Obras Completas*. Madrid: Santillana.

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

OSUNA, A. *El debate filosófico sobre Hermenéutica Jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1995.

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, págs. 89-96.

PEGORARO, L. Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional. En *Revista de Derecho Político*, N.º 104, enero-abril. Madrid: UNED, 2019, págs. 13-57.

PERELMAN, C. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.

PERELMAN, Ch.

- (1970). Rhétorique et philosophie. En *Le champ de l'argumentation - Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*, XLIII. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles.
- (1979). *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*. Madrid: Civitas.
- (1989). Con OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- (1997). *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Editorial Norma.

PIKE, K. Language in relation to a unified theory of structure of human behavior. The Hague: Mouton, 1967.

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

PONS, L. La aportación a la teoría de la argumentación. En *Revista Res diachronicae*, 2. Asociación de Jóvenes Investigadores de Historiografía e Historia de la Lengua Española, 2003, págs. 508-516.

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

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, págs. 353-377.

PRIETO, L. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 5, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2001, págs. 201-228.

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

RÄLL, D. Sobre la poética de Hans George Gadamer. En AGUILAR, M. et al (coord.). *Gadamer y las Humanidades I*. México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2007, págs. 243-250.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAZ, J.

- (1991) *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruíz Manero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- (1996). Por qué interpretar. En *Revista Isonomía*, N°5, octubre. México DF: ITAM, págs. 25-40.
- (2006) The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception. *En Minnesota Law Review*, 90, págs. 1003-1044.

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

REYGADAS, P. y HAIDAR, J. Hacia una teoría integrada de la argumentación. En *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, vol. VII, N° 13, junio, Colima: Universidad de Colima, 2001, págs. 107-139.

RIBEIRO, G. Las funciones retóricas del discurso jurídico. En *Revista de Derecho*, segunda época, Año 8, N° 8, noviembre. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2013, págs. 235-256.

RICOEUR, P.

- (1996). *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI.
- (2004). *Tiempo y Narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2003). Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido. México DF: Siglo XXI.

RICKERT, E. *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*. Madrid: Espasa-Calpe, 1965.

ROBLES, G.

- (1977). El Origen de la Sociología del Conocimiento. En *Revista Derecho, Razón Práctica e Ideología*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N°17. Granada: Universidad de Granada, págs. 91-102.
- (1980). Consideraciones sobre la teoría de la norma jurídica en Kelsen. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. 60, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, págs. 47-64.
- (1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide.
- (1983). La decisión en el Derecho y la Tópica Jurídica. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N°. 6. Mallorca: Universidad de Palma de Mallorca, 1983, págs. 101-138.
- (1984). Problemas abiertos en la filosofía del Derecho. *En Revista DOXA*, N°1. Alicante: Universidad de Alicante, págs. 203-208.

- (1984). Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho. Palma de Mallorca: Editorial Facultad de Derecho de Palma de Mallorca.
- (1985). Tres tipos de reglas en el Derecho. *En Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Palma: Universidad de las Islas Baleares, N° 11. 1985, págs. 113-128.
- (1988). *Introducción a la teoría del derecho*, 1ª ed. 1988; 6ª Edición de 2003. Barcelona: Debate.
- (1988/2003). *Introducción a la teoría del Derecho*, 1ª ed. 1988; 6ª Edición de 2003. Barcelona: Debate
- (1996). El Derecho como texto: en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del Derecho. En *Revista persona y Derecho*, N° 35. Navarra: Universidad de Navarra, págs. 195-226.
- (1998/2015). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 1ª ed. 1998; 6ª edición, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas, 2015.
- (2014). *Hans Kelsen*. Vida y obra, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas.
- (2015). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas.
- (1993/2018). *Sociología del Derecho*. 1ª ed. Civitas, Madrid, 1993. 3ª ed., Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2018.
- (1998/2015). *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, 1ª ed. 1998; 6ª edición, Navarra: Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor.
- (2007). Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas.
- (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

- (2015). *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, 1ª edición. Navarra: Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor.
- (2015b). *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Vol. II. Navarra.
- (2018). *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik.
- (2018). Teoría comunicacional de las decisiones jurídicas. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, fascículo 1. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, págs. 291-316.
- (2018). *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Santiago de Chile: Olejnik
- (2019). *Retórica para juristas*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- (2021). *Teoría Del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. III, 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters – Civitas, 2021.

RODRÍGUEZ-PUERTO, M. Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural. En *Revista Dikaion*, año 24, vol. 19 N°. 2. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2010, págs. 319-347.

ROLDÁN, C. *El orador y su auditorio*, módulo de clase. Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2009.

ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos: Madrid, 1963

ROMERO, J. Perspectivismo y crítica social. De Nietzsche a la Teoría Crítica. En *Revista Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 48. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015, págs. 141-163.

ROMÉU, A. *Aplicación del enfoque comunicativo: comprensión, análisis y construcción de texto*. La Habana: Instituto Pedagógico Latinoamericano y caribeño, 1992.

RORTY, R.

- (1990). *El Giro Lingüístico*. Barcelona: Paidós.
- (1998). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Paidós.

- (2007). *Philosophy as Cultural Politics*. Philosophical Papers. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2010). *La Filosofía y el Espejo de la Naturaleza*, 2ª Edición. Madrid: Cátedra.

ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3ª edición. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

RUÍZ, A. Texto, testimonio y metatexto: El análisis de contenido en la investigación en educación. En *La práctica investigativa en ciencias sociales*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, 2004, págs. 44-59.

ROSS, A. *Tú-Tú*, traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

RUEDA, D. Acción e intención: el silogismo práctico según Von Wright. En *Factótum*, N° 14. Asociación Cultural de España, 2015, pág. 88. Recuperado de: http://www.revistafactotum.com/revista/f_14/articulos/Factotum_14_6_Daniel_Rueda.pdf

SÁNCHEZ, F. La teoría formal del derecho como primera etapa en el viaje de la teoría comunicacional del derecho. En *Sin Fundamento: Revista Colombiana de Filosofía*, N° 21. Bogotá Universidad Libre, 2015, págs. 9-28.

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, págs. 161-185.

SANTOS, J. A. Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho CEFD*, Número 35. Valencia: Institut de Drets Humans de la Universitat de València, 2007, pág. 160. Rescatado de: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/9895/pdf>

SARLO, O. Tomando la argumentación jurídica en serio para una revisión de la teoría, la enseñanza y la práctica del Derecho. En ZULUAGA, R. (ed.). *Interpretar y Argumentar: Nuevas perspectivas para el Derecho*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2004, págs. 139-156.

SASSON, M. (2012), *Bauhaus Shapes*, [Imagen JPEG], recuperada de: <https://adrianasassoon.me/2012/05/19/sassoon-architecture/bauhaus-shapes/>

SCHAUER, F. *Positivismo Constitucional*. Lima: Palestra, 2016.

SCHLEIERMACHER, F.

- (1977). *Hermeneutik und Kritik*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1999). *Los discursos sobre hermenéutica*, edición de Lourdes Flamarique. En Cuadernos de Anuario Filosófico. Navarra: Universidad de Navarra, 1999.

SCHMIDT, J.S. *Teoría del texto. Problemas de una lingüística de la comunicación verbal*. Madrid: Cátedra, 1977.

SCHOPENHAUER, A. *El mundo como voluntad y representación*, tomo I. Madrid: Fondo de Cultura, 2003.

SCHUTZ, A. y LUCKMANN, T. *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires: Amorrortu, 1977.

SEARLE, J.

- (1977). Actos de habla indirectos. En *Teorema Revista Internacional de Filosofía*, vol. 7, N°1. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, págs. 23-53.
- (1980). *Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra.
- (1994) *Actos de habla; ensayo de filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1994.

SELDEN, R. *Historia de la crítica literaria del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010.

SELDEN, R. Introducción. En SELDEN, R. (ed.) *Historia de la Literatura del siglo XX*. Madrid: AKAL, 2010, págs. 9-21.

SERNA, P. *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos: De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México DF: Editorial Porrúa, 2006.

SERRANO, E. Derecho y razón práctica. En *Revista Signos Filosóficos*, vol. VI, N° 11, enero-junio. México DF: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, 2004, págs. 9-45.

SIERRA, J. Del giro lingüístico al giro narrativo: Rorty, la contingencia del lenguaje y la filosofía como narrativa. En *Revista Graffía*, vol. 9, enero-

- diciembre. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013, págs. 125-140.
- SIERRA, W. Cosificación: avatares de una categoría crítica. En *Revista de Filosofía Sophia*, N° 1. Quito: Universidad Politécnica Salesiana, 2007, págs. 1-16.
- SIERRA, D. El precedente: un concepto. En *Revista Derecho del Estado*, N° 36, enero-junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, págs. 249-269.
- SILVA, G. La Teoría del Conflicto: Un marco teórico necesario. En *Prolegómenos: Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2008, págs. 29-43.
- SHORE, C. De la política pública: reflexiones sobre la "formulación" de las políticas. En *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, Núm. 10, enero-junio, Bogotá: Universidad de los Andes, 2010, págs. 21-49.
- SPINOZA, B. *Ética*. Introducción, traducción y notas de A. Domínguez, Madrid: Trotta, 2000.
- STANGE, I, et al. Conceptos básicos de la psicoterapia Gestalt. En *Eureka*, (11), 1. Asunción: Centro de documentación, investigación y difusión en psicología clínica, 2014, págs. 106-117.
- STEINER, G. *Los Logócratas*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- STERLING, J.
- (2010). Wittgenstein and the Law: Toward a claim for correction to language. En: *Revista Ambiente Jurídico*, N° 12. Manizales: Universidad de Manizales, págs. 207-228.
 - (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, págs. 131-169.
 - (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, 2018, págs. 219-246.
 - (2018). y 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, 2018, págs. 243-269.

- (2019). 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, págs. 127-143.
- (2020). Derecho y hermenéutica: Gregorio Robles y su visión barthesiana del texto. En HERMIDA, C. et al (eds.), *La Teoría Comunicacional del Derecho y Otras Direcciones del Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 637-659.
- (2020). Teoría Comunicacional del Derecho y Hermenéutica: Gregorio Robles y su versión Barthesiana del texto. En MEDINA, D. et al (eds.). *La Teoría Comunicacional del Derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo: Libro homenaje al profesor Gregorio Robles Morchón*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 637-659.

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, págs. 121-134.

TARUFFO, M. Narrativas Judiciales. En: *Revista de Derecho*, vol. XX, julio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, 2007, págs. 231-270.

TODOROV, T. *Gramática del Decamerón*. Madrid: Taller Ediciones, 1973.

TORRES, N. et al. De la antigua a la nueva retórica. En *Cuadernos de Lingüística Hispánica*, N° 11, enero-junio. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2008, págs. 119-130.

TOURAINÉ, A. *La sociología de la acción*. Barcelona: Ariel, 1969.

TWINNING, W. *Blackstone's Tower: The English Law School*. Londres: Sweet & Maxwell, 1994.

TWINNING, W. Two Works of Karl Llewellyn. En *Modern Law Review*, vol. 30, I. 5, September. London: London School of Economics, 1967, págs. 165-182.

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, págs. 295-313.

- URIBE, L. Hermenéutica, posmodernidad y ética. En *Revista Chilena de Temas Sociológicos*, N°8. Santiago de Chile: Escuela de Sociología de la Universidad Católica Silva Henríquez UCSH, 2002, págs. 41-55.
- UPEGUI, M. Ricoeur y el concepto de texto. En *Revista Co-herencia*, vol. 7, N°12, enero-junio. Medellín: EAFIT, 2010, págs. 85-116.
- 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, págs. 19-45.
- VALENCIA, G. De la escritura: punto de partida de la hermenéutica. En CUARTAS, J. (comp.) *Hermenéutica en acción*. Cali: Universidad del Valle, 2010, págs. 35-42.
- 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, págs. 5-28.
- VAN DIJK, T. A. *La ciencia del texto. Un enfoque interdisciplinario*. Barcelona: Paidós, 1983.
- VAN EEMEREN, F. y GROOTENDORST, R. *A Systematic Theory of Argumentation: The pragma-dialectical approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- VAN HOECKE, M. Doctrina jurídica ¿qué método(s) para qué tipo de disciplina? En *Revista Ciencia Jurídica*, año 3, N°6. Ciudad de Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 2014, págs. 127-148.
- VARGAS, C. La función creadora del Tribunal Constitucional. En *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol.32, N° 92, junio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, págs. 13-33.
- VATTIMO, G.
- (1992). *Ética de la Interpretación*. Buenos Aires: Paidós.
 - (1995). *Más allá de la interpretación*. Barcelona: Paidós.
 - (1995). *El pensamiento débil*. Madrid: Cátedra.
- VASQUES, I. La axiomática estética: esquizoanálisis y rizoma. En *Revista Praxis Filosófica*, N° 27, julio-diciembre. Cali: Universidad del Valle, 2008, págs. 245-267.

- VEGA, M. Literatura hipertextual y teoría literaria. En EVEGA, M. (ed.). *Literatura hipertextual y teoría literaria*. Madrid: Mare Nostrum Comunicación, 2003, págs. 9-19.
- VÉLEZ, M. Ricoeur y el concepto de texto. *En Revista Co-herencia*, vol. 7, N° 12, enero-junio. Medellín: Universidad EAFIT, 2010, págs. 85-116.
- VERGARA, A. Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica. *En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV, primer semestre. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2015, págs. 623-660.
- VERGARA, J. La crítica de las ciencias y de la modernidad. *En Revista Polisemia*, N°10, julio-diciembre. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios, 2010, págs. 38-52.
- VERNANT, J. *El hombre griego*. Madrid: Alianza, 1993.
- VIEHWEG, T. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991.
- VIQUEIRA, J. Realismo y nominalismo en las ciencias sociales. *En Revista Relaciones*, 13. Michoacán: El Colegio de Michoacán, 1983, págs. 79-95.
- VIRMOND, W. F. Schleiermachers 'Allgemeine Hermeneutik' von 1808/1810. *En Apuntes compilados en Schleiermacher*. Archiv I, Berlín, 1985, págs. 1269-1310.
- VIOLA, F. *et al. Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Editore Laterza, 2001.
- VIVARES, L. *Perspectivismo y Derecho: Articulación del concepto orteguiano de verdad con las formas cognoscitivas de la experiencia jurídica actual*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2017.
- VIVES, T. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- VON WRIGHT, G.H. *Normas y Acción: Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1979.
- VON WRIGHT, G.H. ¿Hay una lógica de las normas? *En Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, págs. 31-52.
- WALDRON, J. *Contra el Gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.

- WARAT, L. Sobre la Dogmática Jurídica. En *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, año 1, 2º Semestre. Florianopolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1980 págs. 33-55.
- WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México DF: FCE, 1981.
- WEBER, M. *Economía y Sociedad*. México DF: FCE, 1996.
- 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, págs. 1-67.
- WELLMER, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Barcelona: Anthropos, 1994.
- WIGMORE, J. A List of Legal Novels. En *Illinois Law Review*, N° 3. Champaign IL: University of Illinois College of Law, 1908, págs. 574-596.
- WITTGENSTEIN, L.
- (1993). *Tractatus Logico Philosophicus*. Madrid: Alianza.
 - (2008). *Investigaciones Filosóficas*, 4ª edición. Barcelona: Crítica.
- YANKELOVICH, N. et al. *Reading and Writing the Electronic Book*. IEEE Computer, vol. 18, octubre, 1985, págs. 15-30.
- YELA, M. El problema del método científico en la psicología. En *Anuario de Psicología*, N° 60, Barcelona: Facultat de Psicologia Universitat de Barcelona, 1994, págs. 3-12.
- ZABALA, S. ¿Qué significa pensar tras el giro lingüístico? La filosofía de Ernst Tugendhat. En *Revista Éndoxa: Series Filosóficas*, N° 20. Madrid: UNED, 2005, págs. 619-637.
- ZAMORA, F. Actividades de imagen en textos narrativos (ficción y no ficción). En *Pragmática Sociocultural SOPRAG*, 2 (1). Berlín: De Gruyter, 2014, págs. 76-115.
- ZENGOTITA, A. Nietzsche: El poder táctico del lenguaje. En *Praxis Filosófica*, N° 47, julio-diciembre. Cali: Universidad del Valle, 2018, págs. 91-111.
- ZIMMERMANN, J. *Hermeneutics. A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- ZULETA, E. *Lógica y crítica*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2003.

ZULUAGA, R. *De la Expectativa al desconcierto: El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.