HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA: FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y DE LA COMPRENSIÓN JURÍDICA

Juan Pablo STERLING CASAS¹

RESUMEN:

El presente trabajo busca realizar una propuesta para el mejoramiento de las competencias hermenéuticas, lógicas y argumentativas en la enseñanza del derecho a partir de una filosofía del lenguaje como eje. Dicha propuesta gira sobre cuatro pilares: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

PALABRAS CLAVE:

Derecho.- Lenguaje.- Hermenéutica.- Lógica jurídica.- Argumentación Jurídica.- Enseñanza del derecho.- Filosofía del derecho.-

ABSTRACT:

This article tries to make a proposal for improving the skills in hermeneutic, logic and argumentation in legal education from a philosophy of language as its centerpiece. The proposal hinges on four

Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en resolución de conflictos con énfasis en procesos de mediación (Harvard University Law School, EE.UU.), especialista en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante, España), docente investigador visitante (Duke University Law School, EE.UU.), magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho en la Universidad Industrial de Santander. Docente titular de la Universidad Cooperativa de Colombia en Bucaramanga, catedrático de la Universidad Industrial de Santander, Universidad Santo Tomás y Universidad Pontificia Bolivariana en la misma ciudad, correo electrónico: jsterling@unicauca.edu.co Página web: http://razonjuridica.blogspot.com

pillars: 1) a proper training and analysis of theories of language, 2) a clear difference between hermeneutics and interpretation, 3) recognition of non-traditional logic, and 4) recognition of the importance of law as discursive exercise.

It is important for contemporary law closer link with the theories and philosophy of language, to understand that the legal phenomenon is not an isolated issue but subordinate to the language and with a relative autonomy in front of it thereby eliminating a false pretense of specialty an alleged "legal language".

KEY WORDS:

Law.- Language.- Hermeneutics.- Legal Logic.- Legal Argumentation.- Legal Education.- Law Philosophy.-

SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- Primer Elemento: Importancia del lenguaje.- I.1.- La falsa especialidad del "lenguaje jurídico".- III.- Segundo Elemento: Una clara diferencia entre HER-MENÉUTICA E INTERPRETACIÓN.- IV.- Tercer Elemento: Reconocimiento de lógicas no tradicionales.- V.- Cuarto Elemento: La importancia del derecho como un ejercicio discursivo.- VI.- Bibliografía y Webgrafía.-

I. Introducción.-

En primer lugar quiero agradecer al profesor y buen amigo Jorge Baquerizo y a la Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil por su amable invitación a participar en esta publicación y por darme la oportunidad de expresar algunas ideas sobre el quehacer en el derecho contemporáneo.

En este escrito² se pretende desarrollar una estructura filosófica aplicada al derecho. Dicha filosofía busca un mejoramiento de la ense-

² Este texto constituye una parte -capítulo final- (revisada y con nuevos elementos) de mi tesis de maestría titulada: "La formación argumentativa en "casos difíciles" de los

ñanza y transmisión de competencias argumentativas principal-mente, pero sin dejar de lado desde luego las competencias interpretativas y lógicas de los estudiantes de derecho. La constitución de una filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica se edificaría sobre cuatro elementos: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

Una filosofía del lenguaje y la comprensión jurídica tiene como principal objetivo la rehabilitación de las capacidades hermenéuticas, lógicas y argumentativas de un estudiante de pregrado en derecho.

Tradicionalmente la enseñanza del derecho ha dividido en varios cursos o asignaturas los temas relacionados con la hermenéutica, la interpretación, argumentación y lógica jurídica. Muchas veces sin un nexo claro o sin una relación palpable.

El problema no parece ser de diseño de la malla curricular de los programas de derecho, el problema parece ser el contenido y enfoque que se da a cada una de esas materias o cursos. Quizás se comete una falacia del tipo *audiatur est altera pars* y se asume que los estudiantes ya conocen conceptos previos y básicos, lo que supone obviarlos para iniciar de inmediato un estudio de la hermenéutica, argumentación y lógica jurídicas sin mayor relación con una base más general (como pretender enseñar derecho penal especial sin haber visto una parte general). Se está enseñando hermenéutica jurídica sin proporcionar una buena teoría de la

estudiantes de pregrado de la escuela de derecho de la Universidad Industrial de Santander: primer y último semestre", Dirigida por el profesor Pedro Antonio García Obando. En ella básicamente se ilustra la importancia de asumir el derecho como un fenómeno del lenguaje y netamente discursivo, ilustrando a través de un proceso histórico nacional, las falencias en la transmisión de competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas de los estudiantes de pregrado en derecho. La investigación demandó la realización de trabajo de campo para comprobar la siguiente hipótesis de trabajo: Las concepciones de derecho que van construyendo los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander a lo largo de su formación académica, en tanto concepciones normativas, determinan, no sólo su concepto de derecho sino también su práctica argumentativa frente a los denominados "casos difíciles"

hermenéutica general; se tratan de explicar teorías de la argumentación jurídica sin exponer las nociones más elementales de teorías del lenguaje y la comunicación; y en el caso de la lógica, lamentablemente se presenta un estancamiento que conlleva al desconocimiento de lógicas no tradicionales que son una opción muy adecuada para el derecho en reemplazo de la lógica clásica o aristotélica. Entonces, el objetivo de la filosofía mencionada antes será entonces la construcción de capacidades hermenéuticas, lógicas y argumentativas a estudiantes de pregrado en derecho a partir de una sólida filosofía del lenguaje que abarque los problemas básicos de la comunicación, la intención y la comprensión para luego aplicarlos en el campo del derecho y su "lenguaje jurídico".

II. Primer Elemento: Importancia del lenguaje.-

Para iniciar analicemos el siguiente ejemplo del profesor Enrique Cáceres Nieto, llamado "la crónica marciana":

"¡Bloop! ¡Bloop! …la textura gelatinosa de la habitación había sido traspasada por dos entes fluorescentes tan amorfos como un malvavisco a medio derretir. Una vez ahí, comenzaron a perseguirse y traspasarse uno al otro produciendo una réplica de sí mismos después de cada cruce. Cuando hubieron completado un número de réplicas idénticas para cada uno en un total de 20, comenzaron a gravitar y se fusionaron a media distancia entre el suelo y el techo de tal suerte que, a pesar de estar unidos, podían distinguirse unos de los otros; acto seguido empezaron a emitir al unísono una serie de sonidos en un rango de decibeles imposible de ser percibido por los humanos, cuya traducción es más o menos la siguiente:

Lo que encontramos en la Tierra fueron dos grupos de replicados que sumaban 22, que al parecer no podían gravitar ni fusionarse y que por más que intentaban traspasarse lo único que lograban era descargar su frustración golpeando un cuerpo rodante de un extremo al otro del espacio de concentración en el que se encontraban.

Lo que pretende poner de relieve esta pequeña historia, es que muchas de nuestras actividades pueden ser realizadas con un sentido coherente y ser comprendidas si y sólo sí contamos con el esquema de interpretación resultante de conocer las reglas que las rigen. Ante el desconocimiento de las reglas del futbol, los marcianos de nuestro ejemplo se encuentran tan imposibilitados de

comprender lo que hacían los 22 "replicados" pateando el cuerpo rodante, como nosotros para entender qué significado pudiera corresponder a su juego de los traspasos y las fusiones."³

Uno de los mayores exponentes del realismo jurídico escandinavo: Alf Ross ilustraba en su libro el ejemplo del "Tú-Tú" y la utilización "mágica" o "mística" –desde una perspectiva wittgesteiniana- del lenguaje para explicar los fenómenos más simples de la naturaleza: "De esta manera, hay que admitirlo nuestra terminología y nuestras ideas presentan una considerable semejanza estructural con el pensamiento mágico primitivo sobre la invocación de potencias sobrenaturales que a su vez son convertidas en efectos fácticos."⁴

La tendencia del hombre se muestra como una representación a través del lenguaje de sus pensamientos y creencias para evolucionar hacia un intento de explicación de fenómenos externos que condicionan e impactan su existencia. Esta situación es aplicable al derecho, donde una especie de nominalismo parece oponerse a lo que Ockham llamaba "el problema de los universales", es decir, no existen conceptos universales, lo que hay es una suma de conceptos individuales sujetos de un nombre y una característica determinada. De esta manera el derecho sería un concepto universal compuesto por palabras que lo integran, éstas a su vez explican fenómenos naturales o morales a través del lenguaje y la percepción de realidades. "Las normas jurídicas concernientes a la propiedad puede, sin duda, ser expresadas sin necesidad de usar esta palabra"5. De esta forma las nomas jurídicas que se expresan a través del lenguaje sólo tendrían sentido en cuanto se relaciones con otros elementos que soporten y den significado a dichas reglas: "Que esta área tiene el carácter de "territorio" per se, es un sinsentido. Esta caracterización tiene sentido sólo cuando se la toma conjuntamente con otro grupo de reglas que expresan consecuencias jurídicas que están ligadas al hecho de que un área tenga el carácter de territorio."6

³ Cáceres Nieto, Enrique (2000), Lenguaje y derecho: las normas jurídicas como sistema de enunciados, México, UNAM, p. 8

 $^{^4\,}$ Ross, Alf (1992), $T\acute{u}\text{-}T\acute{u}$, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 23

⁵ Íbid. p. 25

⁶ Íbid. p. 31

El derecho es un fenómeno del lenguaje desde esta perspectiva. Todas nuestras acciones en el mundo jurídico están limitadas por el lenguaje, interpretación y argumentación son tan sólo un ejemplo de la importancia capital de este concepto. En este sentido, muchos han tratado de comprender al derecho como una especie de literatura con unidad de texto y diversidad de significados: "... en la práctica parece que hay una fuerte similitud entre leer el "diccionario de los Khazars" y el Código Civil Francés; o los Reportes de Westlaw y los informes contenidos en un expediente judicial, entre los lectores de la literatura y los lectores de textos legales, hay entonces una significativa similitud. ¿La razón? Una sola: pronto nos vemos atrapados por la historia, los personajes, los hechos y consecuencias... Vamos y volvemos tratando de poner la piezas en su lugar y encontrar sentidos." Entonces el sentido de las palabras usadas en el derecho y la forma cómo éstas se utilizan para persuadir parece ser un elemento indispensable en la formación de juristas.

La fuerza del derecho escrito es resistente y en todas partes visible; sin duda la percepción de una seguridad jurídica material tiene prelación sobre la legitimidad, y desde hace mucho tiempo, y para la mayoría de personas, el textualismo, como forma de entender y aplicar las normas jurídicas, es el mayor logro de una dogmática seria.

En alguna ocasión Nikos Stavros dijo que: "Si te fijas, otra forma de contemplar el sistema es identificar en él las lagunas legales apropiadas. (...) Es increíble lo que se puede hacer y lo que se puede dejar de hacer en el mundo del Derecho." Quizás entonces, metodológicamente hablando, el avance actual del derecho necesite un abandono de la forma tradicional de interpretar y aplicarlo. Sobre todo lo escrito en el derecho ya se ha dicho todo lo que se puede decir, ¿qué de nuevo hay respecto de interpretaciones textualistas? Poco o nada, pues la estructura de ese tipo de interpretación impide análisis profundos sobre el contenido de las normas. Es coherente entonces pensar en acudir a una forma de análisis

⁷ Kristan, Andrej (2008), "Hyperliterature and Law: Unity of text, Diversity of Readings".
<u>En</u>: Gaakeer, Jeanne & Ost, François (eds), Crossing Borders: law, Language & Literature, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, p. 141 (traducción propia)

⁸ Stavros, Nikos, citado en Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998), The Common Place of Law: stories from everyday life. Chicago, IL. The University of Chicago Press. Esta obra, aborda cómo las situaciones de la vida diaria son marcadas por la variedad de las leyes tanto en su estructura como en su interpretación.

del derecho que amplíe la capacidad cognitiva de los actores jurídicos. Buscar y analizar o "colonizar" los "vacíos" que se pueden encontrar en el campo jurídico es una forma novedosa y altamente favorable de contribuir con el desarrollo de una teoría del derecho completa. Debemos entonces emigrar del "suelo sólido y conocido" que es el derecho escrito y claro (junto con su correspondiente método de interpretación textual) para descubrir nuevas formas en este camino de perfeccionamiento del mundo jurídico. Quizás las respuestas a muchos interrogantes respecto del derecho y la justicia se encuentren en lugares que creemos desiertos y por lo tanto están inexplorados: "La ley incorpora una gran variedad de reglas, muchas de ellas ambiguas. Ellas se refieren a actores y organizaciones que van en distintos rangos, desde la Suprema Corte de Justicia hasta simples inspectores locales de construcciones. Cada uno opera con diferentes propósitos con una vasta variedad de material y de recursos simbólicos. La ley también incluye una serie de procesos institucionalizados que van desde prácticas de juzgados hasta modelos racionales de estructuración de las prácticas forenses y recursos de argumentación retórica abstracta. Entonces no es extraño que muchas veces la ley aparezca ante nosotros de manera contradictoria."9

Estos lugares "oscuros", estos "vacíos" o "lagunas" al igual que las normas que los cubren son generalmente problemas del lenguaje: "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." 10 Los problemas generados por la ambigüedad son problemas

⁹ Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998) Ibid. p. 17 "The law incorporates countless, varied and often ambiguous rules. It refers to a host of official actors and organizations –ranging from the Supreme Court to the local building inspector- each operating with different purposes and with a vastly different material and symbolic resources. The law also includes institutionalized procedures that range from licensing practices and rational filing systems to forensic sciences and abstract rhetorical argumentation. So it is not surprising that the law appears to us in varied and sometimes contradictory ways". (traducción propia)

Aarnio, Aulis (2000), "Derecho, racionalidad y comunicación social", En: Ensayos sobre filosofía del derecho, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 12 (negrillas con intención)

a los que el derecho teme enfrentarse debido a la puesta en peligro esa percepción de seguridad jurídica. Y quizás para muchos de los abanderados de una escuela exegética abordar una teoría del lenguaje amplia es un riesgo innecesario y peligroso. Si bien es cierto aceptamos que aún el textualismo es una forma de interpretación que obtiene el significado de una norma a partir de su sentido y orden gramatical, los textualistas sólo acogen esta parte, pero poseen un escepticismo claro respecto de interpretaciones meta-jurídicas o "del espíritu de la ley". En este orden de ideas para una gran parte de la tradición jurídica de occidente (marcados por la escuela de la exégesis), abordar una teoría del lenguaje completa no es conveniente, no es necesario abandonar la seguridad del texto escrito para explorar, vía lenguaje, los "vacíos" y "lagunas", para ellos, explorar estos sitios comunes no es objeto del derecho, incluso para varios de ellos, dichos lugares no existen.

Como sostiene el profesor Roberto Vernengo: "El pensamiento teórico jurídico ha recurrido desde una ingenua identificación entre lenguaje y derecho, hasta relaciones mucho más complejas. Ya en Savigny aparece la idea de la analogía entre derecho y lenguaje en cuanto productos de la conciencia del pueblo; en su elaboración teórica, la ciencia jurídica se asemejaría a las gramáticas elaboradas por los lingüistas para explicar los lenguajes desarrollados espontáneamente por la conciencia popular. Hume había destacado que los lenguajes y los derechos positivos son producidos por convenciones humanas y examinado ciertas funciones rituales del lenguaje semejante a los usos jurídicos del lenguaje para constituir fenómenos jurídicos específicos. Es sólo con los desarrollos de la filosofía analítica del lenguaje que se postula la tesis de la identificación del derecho con un lenguaje, propuesta tempranamente por un discípulo de Kelsen, F. Oppenheim. Pero es la aparición y desarrollo de las lógicas normativas, a partir del ensayo sobre Deontic logic (1951) de G. von Wrigth, lo que da pie a una toma de conciencia de los problemas lingüísticos de los discursos normativos." 11

En este orden de ideas, los aportes de la teoría y la filosofía del lenguaje, son necesarios para abordar una nueva metodología de la interpretación jurídica basada en los "vacíos" que presenta el sistema jurídico. Elementos como la intención, la emotividad, la polifonía de la

¹¹ Vernengo, Roberto (1996), "El discurso del derecho y el lenguaje normativo". <u>En</u>: Revista Isonomía, Nº 4, Abril, p.87-95

enunciación, y los contextos lingüísticos, entre otros, son componentes poco tratados pero muy utilizados en la realidad jurídica. "La filosofía es una praxis analítica y crítica del lenguaje, un estilo de vida y de pensar, no una doctrina." 12

La filosofía quizás así entendida es emancipadora en el campo de la interpretación jurídica, y va en contra de toda dogmática rígida. Contrario a una ciencia del derecho, una filosofía de la interpretación del derecho vía lenguaje debe sustentarse en aquello que está por descubrir así ello implique desechar preciados dogmas algunas veces inútiles y absurdos: "La filosofía quiere salvar el infinito dándole consistencia: ella traza un plano de inmanencia que lleva al infinito los acontecimientos o conceptos consistentes bajo la acción de personajes conceptuales. La ciencia, al contrario, renuncia desde esta perspectiva al infinito para ganar la referencia: ella traza un plano de coordenadas que define estados de cosas, de funciones o de proposiciones referenciales, bajo la acción de observadores parciales." 13

La filosofía de la interpretación que pretendo ilustrar aquí, se asemeja entonces a una hermenéutica de la existencia similar a la propuesta por Heidegger. En ella el sentido de la existencia, del "ser" es un elemento necesario para una filosofía universal de la comprensión, no sólo de textos sagrados o de "ciencias del espíritu", sino de la vida misma; de esta manera el intérprete construiré él mismo las beses metodológicas de su proceder interpretativo con resultados más serios, éticos y productivos. Como lo sostiene Kalinowski: "De hecho, las cosas no son de otra manera en la filosofía de la interpretación que en la filosofía del ser y en la lógica de la interpretación que en la lógica en sí misma. De la misma manera que el más humilde de los entes, por el hecho de que es él precisamente un ente, basta para construir el punto de partida de la filosofía y el más simple de los razonamientos, el punto de partida de la lógica, asimismo la más modesta de la interpretaciones, ofrece a la filosofía y a la lógica, que toman por objeto, un punto de partida suficiente." ¹⁴

Wittgenstein, Ludwig (1998). En: Valdés García, Félix, El panorama de la filosofía analítica latinoamericana, La Habana, Ed. Félix Varela, p. 339 - 369

¹³ Deleuze, Gilles y Guattari, Felix (1991) ¿Qu'est-ce que la philosophie? Paris, Minuit, Paris, p. 186 (traducción propia)

¹⁴ Kalinowski, Georges (1982), Concepto, fundamento y concreción del derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.494

Interpretar, al igual que el hablar "es combatir, en el sentido de jugar" 15, es una cuestión de estrategia, y por ende se toman elementos del mundo de la vida y la cotidianidad. La interpretación jurídica entonces plasma situaciones históricas, políticas, sociológicas y emotivas para así estructurar un mejor esclarecimiento de los conceptos oscuros que el derecho presenta. La interpretación vista de esta manera amplia es la llamada a integrar el derecho, a unificarlo y a darle el dinamismo que requiere dese una perspectiva de filosofía del lenguaje que recoge fenómenos diversos y permite una interacción del derecho con otras áreas del conocimiento. En palabras de Marcuse: "La filosofía analítica contemporánea se propone exorcizar o "mitos" o "fantasmas" metafísicos tales como el espíritu, la conciencia, la voluntad, el alma, el Yo, disolviendo la intención de estos conceptos en afirmaciones sobre operaciones, actuaciones, poderes, disposiciones, propensiones, habilidades, etc., particularmente identificables. El resultado muestra, de una manera extraña, la impotencia de la destrucción: el fantasma sigue persiguiéndonos. Aunque cada interpretación o traducción puede describir adecuadamente un proceso mental particular el acto de imaginar lo que quiero decir cuando digo "yo" o lo que quiere decir el cura cuando dice que María es una "buena chica", ni una sola de estas reformulaciones, ni su suma total, parecen captar o incluso circunscribir el significado total de términos como el Espíritu, la Voluntad, el Yo, el Bien. Estos universales siguen persistiendo tanto en el uso común como en el poético."16

La interpretación jurídica vía lenguaje apunta entonces a una hermenéutica de la existencia (haciendo referencia Heidegger de nuevo) pero sin dejar las características normativas propias de la hermenéutica jurídica y busca trabajar el significado de los pasajes oscuros del derecho a través de una compleja red de relaciones históricas, políticas, económicas y sociales entendidas desde un perspectiva del lenguaje como producto social (algo a lo que Habermas denominó: "el modelo sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia" 17). En palabras de Elias: "No es ningún prejuicio teórico, sino simplemente la experiencia, la que nos obliga a buscar

¹⁵ Lyotard, Jean-François (1991), La condición posmoderna, Buenos Aires, Editorial REI, 2ª edición, p. 12

¹⁶ Marcuse, Herbert (1993), El Hombre Unidimensional: Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada, Barcelona, Planeta-De Agostini, p. 231

¹⁷ Habermas, Jürgen (1987), Teoría de la Acción Comunicativa, T. II: Crítica de la razón funcionalista, Madrid, Taurus, p. 9 y ss.

interpretaciones y caminos que orienten a nuestra conciencia entre la Escila de este "estatismo", que trata de expresar todo lo histórico como inmóvil y no motivado, y el Caribdis de ese "relativismo histórico" que solamente ve en la historia un cambio continuo, sin penetrar en la ordenación de ese cambio y en la regularidad de las formaciones históricas." ¹⁸

El lenguaje es un producto social, si bien es cierto responde a necesidades naturales "instintivas" por así llamarlas, su desarrollo permite una funcionalidad social racional. En este apartado acudiré a Wittgenstein, quien acude a las Confesiones de San Agustín, obra imprescindible en la hermenéutica clásica, y aún en la contemporánea para explicar el origen de los conceptos y su función en el lenguaje, desde una posición originaria. Es decir una teoría del conocimiento a partir de los más básicos elementos de la formación de las palabras y su articulación en un discurso, desde luego, sin desconocer intenciones y problemas posteriores de interpretación.

Wittgenstein, retomando a san Agustín, sostiene que: "Las palabras del lenguaje nombran objetos —las oraciones son combinaciones de esas denominaciones.— En esta figura del lenguaje encontramos las raíces de la idea: cada palabra tiene un significado. Este significado está coordinado con la palabra. Es el objeto por el que está la palabra." 19

Agustín, marcado profundamente por la retórica de Cicerón, estableció un estudio previo a su proceso de interpretación (enmarcado dentro de la hermenéutica patrística) sobre las prácticas generales del

¹⁸ Elias, Norbert (1987), El proceso de la civilización, Madrid, FCE, p. 50

Wittgenstein, Ludwig (1988), Investigaciones filosóficas, Barcelona, Crítica, p. 17. Wittgenstein quiere resaltar el proceso de formación de conceptos a partir de los conceptos agustinianos de res y signa para posteriormente realizar una crítica. Esta posición se resume en un proceso de formación de conceptos a partir de dos fases. Una auditiva y otra visual, y, a través de la representación y la memoria se obtienen los conceptos: "El que enseña el lenguaje muestra al aprendiz determinadas cosas. Éste las percibe, principalmente de manera visual. A la vez que las está percibiendo, el que enseña emite palabras, es decir sonidos articulados. De esta manera el aprendiz no sólo ve ciertas cosas, sino que a la vez oye determinados sonidos". Castañeda, Felipe, "Ver un pato y ver un pato como liebre: Wittgenstein y la interpretación". En: Botero, Juan J. (ed.) (2001), El pensamiento de L. Wittgenstein, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p.128

lenguaje, en especial su origen. Básicamente se ocupo del análisis de las Epístolas y el Génesis. En su propuesta sobre la interpretación de textos sagrados retoma las enseñanzas de Orígenes y Filón de Alejandría en el sentido de establecer un cuádruple sentido en la escritura sagrada: "En todos los libros santos, conviene inquirir qué cosas eternas (aeterna) se insinúen allí, qué hechos (facta) se narren, qué cosas futuras (futura) se anuncien, y qué preceptos se manda o amonesta deban cumplirse (agenda)".²⁰

Lo anterior supone el establecimiento de ciertas reglas (hermenéutica en un sentido normativo) para así poder obtener un mejor análisis de aquello que ha ocurrido, ocurre, está por venir y además obtener las máximas para la acción. Estas reglas son reglas de interpretación (praecepta interpretatione). Dichas reglas sustentan que toda ciencia trata bien o de cosas (res) o de signos (signa). Pero existe una supremacía de la cosa sobre el signo, pues para poder conocer los signos es necesario tener una referencia objetiva, una imagen, una representación ("es el objeto por el que está la palabra"²¹). Entonces para que una palabra en principio se significativa, debe tenerse una imagen de ella. Es así como se puede obtener un origen de los conceptos y una explicación del origen del lenguaje.

La pregunta es ¿se está preparando a los estudiante de derecho con estas concepciones previas y básicas sobre el lenguaje? Desde la experiencia que poseo en la ciudad de Bucaramanga, donde enseño hace poco más de un año en diversas facultades de derecho, incluyendo la Universidad Industrial de Santander la respuesta es no.

I.1.La falsa especialidad del "lenguaje jurídico".-

Sostiene el profesor Diego Eduardo López Medina: "Pero mucha agua ha corrido desde el auge de los proyectos pos-revolucionarios de legalidad radical, ilustrada y populista. Desde entonces el derecho ha recorrido un camino de crecientes especializaciones, automatización y tecnificación de la mano de una élite profesional que lo domina. Por ese camino el derecho se ha elevado de nuevo a las pretensiones (que quizás nunca abandonó) de poseer un lenguaje de

²⁰ Agustín (1957), Del Génesis a la letra (Obras, vol. XV), Madrid, Biblioteca de Autores cristianos, p. 19

²¹ Botero, Juan J. (2001). Op. Cit. p. 128

especialización con protocolos interpretativos igualmente especializados (los métodos). Tanto el lenguaje como el método técnico-lógico permitirán el despliegue de formas de razonamiento jurídico que justificarán su calificativo de ciencia y, además, que posibilitarán la objetividad epistémica como forma previa y necesaria de la neutralidad valorativa entre intereses encontrados. El derecho contemporáneo, por tanto, parece estar dirigido a los profesionales que lo producen y lo interpretan y no a los ciudadanos que forman la mayoría de quienes se ven (directa o indirectamente) regulados por el mismo." ²²

La falsa especificidad del "lenguaje jurídico" es evidente. Al parecer los que de alguna u otra manera tienen que ver con el derecho (estudiantes, profesores, abogados, jueces) se sienten orgullosos de pertenecer a una élite en la cual el dominio de cierta jerga da estatus y parece ser una comunicación en clave que pone al derecho en un círculo especial alejado de un lenguaje "natural". Para un abogado un "auto" es todo menos lo que ello significa para la comunidad en general, digamos, retomando a Ross, que un "auto" es un Tú-Tú. Desde luego ¿es esto conveniente para una idea racional y cooperativa de comunicación?

López Medina acude al *Principio de Cooperación* de Paul Grice en estos términos: "Hacer la contribución requerida, dentro del contexto en el cual acontece, por el propósito o la dirección aceptada del intercambio de la charla en la cual se está involucrado".²³ Con una similitud a las reglas del discurso ideal de Habermas, la idea de una comunicación contextual serviría para neutralizar la falsa especialidad del "lenguaje jurídico" y sus problemas. Es decir sólo en la medida en que se ayude mutuamente a un entendimiento en la comunicación es posible superar diferencias conceptuales, ello implicaría un descendimiento: explicar desde el lenguaje "natural" y "cotidiano" los términos que el derecho eleva para que sólo sean entendidos por unos pocos. El argumento de Grice busca corregir el imaginario lingüístico de los abogados que utiliza falsos recursos del lenguaje técnico o especializado jurídico, para demostrar que el derecho no es otra cosa que lenguaje corriente y ordinario y que así es más asequible y accesible a la comunidad en general.

²² López Medina, Diego E. (2008), La letra y el espíritu de la Ley, Bogotá, Temis-Uniandes, p. 11-12 (negrillas y subrayado con intención)

²³ Íbid. P. 65

Siguiendo las ideas del profesor López Medina habría algo así como una *jurística de la interpretación* como elemento intermedio (entre la filosofía de la interpretación y las prácticas interpretativas comunes) que hace más plausible la interpretación jurídica a partir del discurso que realizan los abogados.

La interpretación es un término ambiguo y que debe superarse la posición asumida bajo el axioma *in claris non fit interpretatio*, que básicamente ha sido usado para resolver "casos fáciles" entendidos estos como una mera subsunción legal producto de una especie de teoría del silogismo judicial (esto criticado por autores como Larenz o Dworkin, por ejemplo).

La importancia del papel de la filosofía del lenguaje en la reflexión jurídica con el estudio del concepto de "significado". La lógica y el positivismo sirvieron a Kelsen en su empresa de mostrar al derecho como una ciencia y de ahí su escepticismo hermenéutico (como resultado de la influencia Kantiana y el círculo de Viena). En este apartado las teorías sobre el lenguaje tratadas son muy similares a las desarrolladas por Wittgenstein. El lenguaje y sus implicaciones son determinantes en el derecho, recordemos el ejemplo del Tú-Tú de Alf Ross para denotar los conceptos de significado e interpretación dentro de un determinado contexto prestando atención a los mecanismos particulares y cotidianos de habla. Debemos recordar que el lenguaje (tanto natural como jurídico²4) tiene funciones y que dichas funciones se usan dependiendo del contexto.

Se debe realizar entonces un análisis pragmático del significado (múltiple). El derecho es un medio regulador y al igual que su teoría, a su vez es también poli-funcional, lo cual pone en duda su coherencia pues muchas veces se desconoce el contexto (regional por ejemplo) y esto genera traumatismos y dificultades. No basta entonces hablar sólo de disposiciones y normas sino de asumir el derecho como una praxis compleja del lenguaje.

²⁴ Un ejemplo claro de estas funciones y sus diferencias se puede apreciar en el trabajo del Profesor Luís E. García Restrepo "Elementos de Lógica para el derecho" (2003), Bogotá, Editorial Temis, p. 6-7

Generalmente se referencia "un solo lenguaje jurídico", éste desde luego artificial, y es aquel utilizado en las ritualidades y formas propias de los procesos judiciales y sus elementos. Pero en un sistema jurídico especifico respecto a la estructura del Estado, el lenguaje de una autoridad administrativa que reglamenta, difiere del usado por quien lo regula y otro por quien lo aplica.

Las ramas del derecho también asumen su propio lenguaje en la interpretación; los civilistas suelen amarrarse a la exégesis, los penalistas son políticos, más que entrar en lo explicito le juegan al discurso para hacer valer lo implícito del modelo de Estado, los administrativistas al tecnicismo jurídico (a las formas) y los constitucionalistas a la utopía del derecho, pero a una utopía probable y trascendente.

De ahí que el significado y sus implicaciones conversacionales otorguen una buena dinámica para su confrontación en el campo que nos ocupa en esta reflexión y en donde las facultades de derecho resultan insidiosas en mayor o menor grado en las formas de hablar y escribir el lenguaje jurídico.

Hasta aquí hemos visto tan sólo una parte de lo que la teoría y filosofía del lenguaje puede ofrecer en el campo jurídico. Si se pudiese explorar aquellas partes "oscuras" y aparentemente "insignificantes" del sistema jurídico con las herramientas del lenguaje sin duda se puede lograr una mejor transmisión de competencias hermenéuticas, argumentativas y lógicas a los estudiantes de derecho.

III. Segundo Elemento: Una clara diferencia entre HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN.-

Se habla de hermenéutica jurídica y se confunde con interpretación jurídica. ¿Son conceptos iguales? ¿En qué radica la diferencia? –Si es que lo son-. Este es uno de los problemas se debe enfrentar a la hora de buscar una adecuada formación de competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas en los estudiantes de derecho. Pero aparte de ilustrar una clara línea divisoria entre estos dos conceptos, se requiere además acudir a una filosofía de la hermenéutica entendida como una filosofía universal de la interpretación. Se desconoce, lamentablemente, que la hermenéutica es una parte de la filosofía, y no es exclusiva del

derecho. Se retorna al problema del *audiatur est altera pars* y la falsa creencia de especialidad del derecho. Es imposible hablar de hermenéutica jurídica si antes no se tiene una correcta formación en las distintas concepciones de hermenéutica como método o forma existencial de comprensión.

Se debe hacer una distinción de entrada: la hermenéutica es un método que usa la interpretación, ahora bien, la interpretación se convierte entonces en una implicación, una forma de proceder que trae consecuencias. En este sentido la interpretación acude a la hermenéutica. En pocas palabras, la hermenéutica puede ser un método para explicar textos, y su éxito dependerá de las consecuencias surgidas de las posibles interpretaciones.

La hermenéutica, pese a ser diferente al concepto de interpretación también tiene diferentes concepciones, tres²5, a saber: una primera concepción restringida en el sentido de interpretar textos, aquí le hermenéutica es normativa (impone reglas para una correcta interpretación) y su función es auxiliar y limitada a ciertas ciencias: teología, derecho, filología. Una segunda concepción amplia en la cual la hermenéutica se asemeja a una filosofía universal de la interpretación y es aplicable, en tanto método para comprender, a todas las denominadas "ciencias del espíritu", hoy ciencias sociales. Y una tercera concepción existencial (de la mano del último Dilthey y principalmente Heidegger) en la cual la hermenéutica es una cuestión de la propia existencia humana y busca entender el sentido del ser y sus implicaciones, en este sentido: "la comprensión y la interpretación no son únicamente métodos que es posible encontrar en las ciencias del espíritu, sino procesos fundamentales que hallamos en el corazón de la vida misma"26.

Para entender mejor el concepto de hermenéutica es necesario diferenciar dos etapas de ella: una hermenéutica clásica que responde a la pregunta ¿qué es la hermenéutica? Y la responde sosteniendo que es comprender. Y ora etapa llamada hermenéutica filosófica que se cuestiona ¿qué es comprender?

 $^{^{25}\,}$ Ver: Grondin, Jean (2008), ¿Qué es la hermenéutica?, Barcelona, Herder, p. 16 y ss.

²⁶ Ibid. P. 18

La hermenéutica clásica se puede abarcar en tres periodos: la antigua Grecia, la Patrística y la Reforma Protestante. La hermenéutica filosófica con cuatro autores: Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martín Heidegger y Hans Georg Gadamer.

En la antigua Grecia la hermenéutica tenía un gran contenido simbólico y mitológico. Recordemos que las palabras griegas tienen polisemia. La hermenéutica hace referencia al Dios Hermes, el "mensajero de los Dioses" y al mensaje que éste trae, un mensaje fundamental. La función es hacer comprensible lo que en principio es ininteligible, de ahí la importancia del Dios Hermes pues va a ser un "mediador" entre el lenguaje de los Dioses y los humanos. Se empieza a ver aquí entonces algunos rasgos básicos de la hermenéutica: la mediación de una persona para "traducir" lo que determinadas personas no entienden; además la importancia del mensaje es notable, pues no se trata de "cualquier información", sino de algo verdaderamente importante. Por lo tanto la hermenéutica para los griegos era un ejercicio de traducción, que pretendía dilucidar un mensaje "en otro lenguaje superior" a través de un mediador.

En la fase de la *Patrística*, se avanza en el sentido de que hay un texto sagrado para interpretar (los griegos al no tener un texto sagrado en principio no realizaban ejercicios sobre textos), en este caso es la Biblia. Los padres de la Iglesia acuden a la alegoría como forma de interpretación, con el objetivo de "ir más allá". Desde luego la alegoría se opone totalmente a la interpretación literal de un texto. Las Alegorías buscaban conciliar el Antiguo y el Nuevo Testamento. Pues eran evidentes las diferencias entre uno y otro texto apareciendo así lagunas, que debían ser llenadas por los Padres de la Iglesia a través de las figuras antes mencionadas. Aunque se mantiene el carácter fundamental y divino del mensaje, al igual que en Grecia, en esta época se vislumbra una metodología debido a que ya hay un texto sagrado, y el mediador sería la Iglesia. Se presenta aquí lo que podemos denominar una "hermenéutica fuerte" pues el problema de la interpretación del mensaje es fundamental, trascendental para la vida de las personas.

Durante la *Reforma Protestante* se trata de romper con la Patrística. Los reformistas se oponen a la alegoría como forma de explicación pues según ellos la Biblia no presenta "lagunas" y por ende no se requiere de un "mediador" para entender el mensaje de Dios. Por ello se indica regresar a la *sola scriptura*, es decir entender el mensaje tal y como está escrito en el texto (recordemos que Lutero tradujo la Biblia del Latín al "vulgar" alemán con la idea de que todos las personas conocieran directamente la palabra de Dios). Se mantiene la idea de un texto sagrado, al igual que en la Patrística, pero se cambia el concepto de alegoría por el de dogma al ser la literalidad un elemento fundamental para la comprensión del texto sagrado.

La *Hermenéutica Filosófica* se puede analizar con tres autores: Schleiermacher, Dilthey y Heidegger. En esta etapa se plantea la pregónta sobre ¿qué es comprender? Dejando de lado aquella sobre ¿qué es hermenéutica?

Friedrich Schleiermacher (un pastor protestante del S. XIX, considerado por muchos el padre de la Hermenéutica), nos dice que la hermenéutica consistiría en "meterse en la cabeza y los pensamientos del autor". En este caso no se proponen sólo normas para entender, sino que también se cuestiona acerca de qué es comprender en sí mismo, comprender en la lengua y comprender en la persona que habla diría el autor. Schleiermacher sostendría que: "... todo acto de comprensión es la inversión de un acto de discurso en virtud de la cual ha de hacerse presente a la conciencia aquel pensamiento que se encuentra en la base del discurso"²⁷.

La concepción de Schleiermacher es romántica, y bajo esta idea se forma, es decir, la concepción de que toda obra sublime proviene de un sujeto genial, y la idea es lograr una fusión con la mente de ese sujeto creador, una "fusión congenial" para así entender lo que éste quiso transmitir, algo casi intuitivo, adivinatorio. Entonces, lo que el intérprete de lograr es identificar las ideas del creador o autor, lo que suponía un alto grado de compenetración, casi que "estar al mismo nivel de quien produjo la obra"

Por su parte *Wilhelm Dilthey* no plantea la idea de fundirse con la mente del autor, sino la idea de analizar en contextos de acuerdo con las vivencias de éste. Dilthey sostiene que la naturaleza se puede explicar por medio de reglas (aplicando las ideas del positivismo). Pero entonces,

²⁷ Schleiermacher, Friedrich (1987), Herméneutique, Ginebra, Labor & Fides, p. 76

no todo puede aclararse con leyes naturales, ya que existen áreas como el derecho, la poesía o la historia que son actos propios del hombre y merecen una explicación especial.

Estas ciencias "humanas" o "del espíritu" no explicarían algo general, explica algo único, por lo tanto en vez de explicar (ciencias naturales) se debe comprender (ciencias "humanas"). La comprensión [verstehen] se nutre de las vivencias [erleben] y entre ellas se da una conexión [zusammenhang] para así llegar a la vivencia misma.

Directamente Dilthey ve en la psicología una ventaja respecto del conocimiento natural, pues su objeto no es un fenómeno dado en los sentidos, sino que se presenta desde dentro como una conexión internamente vivida y no ya como un mero reflejo en la conciencia de la realidad exterior. Entonces el paradigma de la apercepción interna es, sin duda, la vivencia [erleben] que podría caracterizarse por estos puntos: a) La vivencia es una realidad que se presenta como tal de un modo inmediato, de la que nos percatamos interiormente sin recorte alguno no dada ni tampoco pensada. La vivencia se halla demarcada de otras porque constituye un todo, b) La vivencia es un modo característico distinto en el que la realidad está ahí para mí y c) La vivencia está ahí para nosotros, en el pensamiento es cuando luego se hace objeto. Dilthey concluiría diciendo que el papel de la hermenéutica básicamente es: "Fundar teóricamente la validez universal de la interpretación sobre la que descansa toda la seguridad de la historia" 28.

Si Schleiermacher planteaba "entrar en la cabeza del autor", Dilthey va a plantear la idea de "entrar en el contexto del autor". La hermenéutica de Schleiermacher no es sólo interpretación filológica, externa, sino que interpretar es "reconstruir un discurso dentro de un contexto de vida". ²⁹ Esta idea de Schleiermacher la tomó también Dilthey y la pondrán en cuestión otros (Gadamer).

Martin Heidegger plantea un paso de lo metodológico a lo ontológico. La hermenéutica consiste entonces en un ejercicio de revelación de "sacar

²⁸ Dilthey, Wilhelm (1944), "Orígenes de la hermenéutica". <u>En</u>: El mundo histórico, México, FCE, p. 321

²⁹ Dilthey, Wilhelm (1978), Obras. Vol. VII, El mundo histórico, México, FCE, p. 337

a la luz" algo que se encuentra oculto. Si en Dilthey el tema era la vida y las vivencias, en Heidegger el asunto ya no es de método, sino es lo que nosotros mismos somos, esto es lo que se denomina un giro ontológico en la hermenéutica.

Con Heidegger hay un giro existencial en la hermenéutica. Él fue el primero en otorgar a la hermenéutica el rótulo de filosofía, una "hermenéutica de la facticidad". Dicha facticidad designa la existencia concreta e individual que no es un objeto para nosotros sino "una aventura a la que hemos sido lanzados" una experiencia de vida. Se trata de: "El tema de la investigación hermenéutica es, en cada ocasión, el existir propio, cuestionado, justamente, por ser hermenéutico, acerca de su carácter de ser con vistas a configurar una atención a sí mismo bien arraigada"³⁰.

Heidegger se pregunta ¿qué significa <u>ser</u> hombre? Y esa palabra "ser" significa "ser algo", "estar ahí". Entones esa idea de "estar ahí" es una posibilidad pues nada está dado en la existencia, nuestra vida no está dada, es un constante devenir. Entonces, lo humano tiene la característica de "no estar dado", por lo tanto debe pasar por un proceso, una constante auto-proyección de hacia dónde se dirige el hombre y en que situaciones se visualiza. Lo anterior es el concepto de "comprender" para Heidegger, es decir proyectar un sentido que no está dado, pues si éste ya se encontrara dado, no tendríamos que comprender un texto o una acción.

Comprender entonces, desde la perspectiva de Heidegger, consistiría en evaluar si el sentido en el que un hombre se proyecta es acertado o no, y cambiar la proyección si es necesario. Heidegger nos dice: "el presente es un mal pasado". La historia no la tenemos, la somos. "Pues bien, al llamar hermenéutica a la investigación que sigue, no estamos utilizando la palabra en su sentido moderno, ni tampoco con el significado de una teoría de la interpretación, tomada en sentido tan amplio. [En nuestro contexto] el término, conectando con su significado original, significa más bien o va a significar más bien: una determinada unidad en la ejecución del hermeneuein, es decir, en la ejecución del comunicar, del declarar, es decir, en la ejecución de una

³⁰ Heidegger, Martín (1999), Ontología: hermenéutica de la facticidad, Madrid, Alianza, p. 33

interpretación de la facticidad."³¹ Comprender pues para Heidegger es "poder algo"³² y la interpretación no es más que la explicación de la comprensión [Auslegung]. En este sentido Heidegger sostiene que la interpretación ya no es un procedimiento sino una explicitación autocrítica.

Por su parte *Hans Georg Gadamer* sostiene que "comprender" no el algo subjetivo (en ataque a Schleiermacher) ni algo histórico (en ataque a Dilthey).

Gadamer sostiene que se parte de un diálogo, de una conversación, es decir, de ponerse en contacto con otro: "El modelo básico de cualquier consenso es el diálogo, la conversación. La conversación no es posible si uno de los interlocutores cree absolutamente en una tesis superior a las otras, hasta afirmar que posee un saber previo sobre los prejuicios que atenazan al otro. El mismo se implica así en sus propios prejuicios. El consenso dialogal es imposible en principio si uno de los interlocutores no se libera realmente para la conversación. Tal es el caso, por ejemplo, cuando alguien hace de psicólogo o de psicoanalista en el trato social y no toma en serio los enunciados de otro en su propio sentido, sino que pretende comprenderles al modo psicoanalítico. En tal caso queda destruido el compañerismo, que es la base de la vida social."33

Este diálogo desde luego supone un reconocimiento mutuo entre las partes t también un acuerdo entre el tema debatido (cuestiones que más adelante expondrían Haberlas y Alexy).

Es el tema entonces lo que se pretende comprender, ese tema es algo propio de la concepción humana, como por ejemplo leer un libro del pasado. Cuando leemos obras del pasado, como en el ejemplo precedente, no lo hacemos sólo por curiosidad, sino que en verdad nos interesa lo que nos dice el autor, y más específicamente, que nos dice sobre "algo", ya que ese "algo" nos interesa.

³¹ Heidegger, Martin (1923), Hermenéutica de la facticidad, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, Curso de doctorado. "El discurso filosófico de la modernidad", curso 1998-99. URL: http://www.heideggeriana.com.ar/ hermeneutica/ indice.htm

³² Grondin, Jean (2008), *Op. Cit.* p. 55

³³ Gadamer, Hans Georg (1996), Verdad y Método, Salamanca, Sígueme, p. 95-121

Es entonces en ese diálogo cuando se intenta comprender que dice alguien sobre algo que a mí también me implica. Aquí se ponen en juego nuestros prejuicios o preconcepciones que al final van a ser preservados o modificados.

Se puede decir entonces que alguien proyecta o trata de decir algo, pero en la respuesta de la otra parte (un lector por ejemplo) se recibe algo que a veces no se espera, haciendo que se modifiquen los puntos de vista.

Gadamer da gran importancia al concepto de autoridad, pues ella reside en el tema, mas no en una persona. Esta se reconoce cuando hay capacidad de una persona para hablar con propiedad sobre el tema. Igualmente sostiene que en todo comprender hay una aplicación (por un lado "yo me aplico a mí mismo algo", y por otro "como me aplico algo frente a la tradición y los valores impuestos").

En el caso de la hermenéutica jurídica, los casos son únicos, cada caso es "un caso único" y no una generalidad, por lo tanto cada caso hay que resolverlo en concreto, es decir resolver "ese" caso por medio de las leyes que se necesitan y que dicen las leyes seleccionadas.

Por lo anterior la hermenéutica jurídica para Gadamer es paradigmática, pues tenemos leyes y además se puede mediar para descubrir su significado. Cuando se entiende (y no en el sentido de "meterse en la cabeza del legislador") la ley podemos resolver un caso concreto gracias al contenido de una disposición legal, además le ley es vigente y actual, alejada de conceptos históricos y subjetivos (esto último en clara concordancia con el positivismo). Dice Gadamer: "No se puede negar, en cualquier caso, que la hermenéutica es una disciplina normativa y ejerce la función dogmática de complementación jurídica. Desempeña como tal una tarea imprescindible, porque ha de colmar el hiato entre la generalidad del derecho establecido y la concreción del caso individual."³⁴

Como se puede apreciar el desarrollo mismo de la hermenéutica hace honor a su significado, algo hermético. ¿Y qué se puede esperar de algo hermético? Se pueden encontrar evoluciones complejas, juegos del

³⁴ Gadamer, Hans Georg (1996), Op. Cit. p .102

lenguaje, oscuros pasajes de entendimiento develado sólo por unos pocos, y aún así ¿cuál es el criterio de corrección de la comprensión?

La hermenéutica deber ser entendida en conjunto, es decir, con las implicaciones que trae concebirla de tres formas distintas, quizás se puede llegar a la conclusión de que ésta es un espacio intelectual donde no se puede hallar la verdad (en contradicción con aquellos que sostienen qué es el método para encontrar dicha verdad en las ciencias sociales – Dilthey por ejemplo-) ya que todo es cuestión del tipo de interpretaciones: "No existen hechos, sólo interpretaciones" 35 dijo Nietzsche.

Resulta claro entonces sostener que hay una deficiencia en el contenido y forma en la que se manejan las competencias hermenéuticas de los estudiantes de derecho. En primer lugar por la asunción de una hermenéutica jurídica única y el consecuente desconocimiento de su desarrollo en un contexto más amplio (hermenéutica como filosofía), y en segundo lugar por la debilidad conceptual que radica en desconocer las posibles acepciones de la hermenéutica.

Una adecuada enseñanza de la hermenéutica deberá entonces abarcar su concepto partiendo de que es una filosofía metodológica de la comprensión (y de ahí su diferencia con la interpretación) que se puede aplicar al derecho, y además usando sus diferentes concepciones para reforzar el análisis crítico. "La interpretación apela a la hermenéutica, pero esto no significa que sean lo mismo".³⁶

IV. Tercer Elemento: Reconocimiento de lógicas no tradicionales.-

Los paradigmas lógicos han cambiado también. La aplicación de los silogismos judiciales ya no permite dar cuenta de los denominados "casos difíciles" y la apreciación de lógicas no tradiciones como la lógica difusa y la lógica ambivalente son une herramienta fundamental en la formación de las competencias argumentativas, hermenéuticas y lógicas de los estudiantes.

³⁵ Nietzsche, Friedrich, Voluntad de poder, nº 41, Madrid, EDAF.

³⁶ Dueñas Ruiz, Oscar José (2005), Hermenéutica Jurídica, Bogotá, Universidad del Rosario, 2ª Edición, p. 14

Abandonar el concepto de silogismo judicial tradicional como una forma de ideología³⁷ es no sólo necesario, sino útil para poder entender que el desarrollo del derecho y sus paradigmas ha ido de la mano con el desarrollo de lógicas que explican de una manera más razonable fenómenos de filosofía de derecho. Carlos Alchourrón sostiene respecto de la lógica clásica como fuente principal de aplicación del derecho que: "El papel de la lógica en el derecho ha sido a veces sobrestimado y a veces subestimado. Hay diversas razones que pueden explicar estas equivocaciones. Una deriva de la idea de que la lógica se ocupa de las leyes del pensamiento y su propósito es describir y guiar el modo en que la gente argumenta sobre distintos tópicos. Desde esta perspectiva, la función de la lógica en el derecho consistiría en la descripción de diferentes formas de argumentación desarrolladas para justificar posturas jurídicas a fin de descubrir cómo perfeccionarlas. Ésta sería una tarea maravillosa, pero desafortunadamente la lógica no es capaz de llevarla a cabo"³⁸.

Por ejemplo la utilización de la denominada "lógica difusa"³⁹ o "borrosa", aquella que utiliza expresiones que no son ni totalmente ciertas ni completamente falsas, es decir, es la lógica aplicada a conceptos que pueden tomar un valor cualquiera de veracidad dentro de un conjunto de valores que oscilan entre dos extremos, la verdad absoluta y la falsedad total es muy útil para el análisis de responsabilidad y permite un rango de justificación e interpretación mayor a la lógica tradicional (es conveniente aclarar que lo que es difuso, borroso, impreciso o vago no es la lógica en sí, sino el objeto que estudia: expresa la falta de definición del concepto al que se aplica. Esto último importante cuando se habla en el

³⁷ Ver: Atienza, Manuel (2004), Cuestiones Judiciales, Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez, México, Fontamara

³⁸ Alchourrón, Carlos (1996), "On Law and Logic". <u>En</u>: Ratio Juris 9, Vol. 4, Diciembre, p. 331

³⁹ La lógica difusa fue investigada, por primera vez, a mediados de los años sesenta en la Universidad de Berkeley (California) por el ingeniero Lotfy A. Zadeh con la concepción de lo que él llamó principio de incompatibilidad: "Conforme la complejidad de un sistema aumenta, nuestra capacidad para ser precisos y construir instrucciones sobre su comportamiento disminuye hasta el umbral más allá del cual, la precisión y el significado son características excluyentes". Introdujo entonces el concepto de conjunto difuso (Fuzzy Set) bajo el que reside la idea de que los elementos sobre los que se construye el pensamiento humano no son números sino etiquetas lingüísticas."

derecho de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados", que, obedeciendo a una vaguedad ya sea periférica o central del lenguaje, no permiten establecer su definición de manera clara, como por ejemplo: "trato degradante", "abuso del derecho", "mediana calidad", entre otros o normas del siguiente estilo: "Aquel hombre que, en público o privado, cometa, o participe en la comisión de (...) cualquier acto de <u>indecencia grave</u> con otro hombre (...) será condenado a una pena máxima de dos años."⁴⁰

Otro ejemplo de lógica no tradicional muy útil es la denominada "lógica de las normas" o lógica deóntica, particularmente impulsada por George Henrik von Wright y los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. A partir de una lógica de la acción y operadores deónticos se pretende explicar el funcionamiento del derecho entendido como un sistema de normas en el cual se pueden presentar lagunas, incoherencias y redundancias. Sobre esta norma nos dice Von Wright:

"La lógica deóntica, nacida en su forma moderna a principios de los cincuenta, ha sido en cierto sentido un hijo problemático en la familia de las teorías lógicas. Sus aspectos problemáticos son, brevemente, los tres siguientes:

- a) Dado que generalmente se considera que las normas carecen de valores de verdad o falsedad, ¿cómo puede haber relaciones lógicas como la de contradicción e implicación (consecuencia lógica) entre las normas? Los críticos de la posibilidad de una lógica de las normas suelen llamar a éstas "alógicas". Se ha dicho también que las normas son verdaderas o falsas. Esta tesis quizá pueda ser defendida satisfactoriamente a propósito de algún(os) tipo(s) de normas (el concepto de norma no es fácil de delinear). Sin embargo, las normas como prescripciones de la conducta humana pueden ser consideradas como razonables o irrazonables, justas o injustas, válidas o inválidas a partir de algunos estándares que a, su vez, son también normativos, pero no verdaderas o falsas. Y en buena medida, quizá en su mayoría, las normas son prescripciones.
- b) La representación de la estructura conceptual de las normas en un lenguaje formalizado es difícil y controvertida. La mayor parte de los "sistemas" de lógica deóntica se contentan con representaciones muy primitivas y esquemáticas, como es el caso también de este trabajo. Estas represen-

⁴⁰ Criminal Amendment Act, 1885

taciones son incapaces de reflejar ciertas distinciones relativas a la noción de acción humana, que a su vez pueden ser relevantes para establecer ciertas diferencias entre normas. Por ejemplo, la distinción entre no hacer una cierta acción y hacer lo opuesto a esa acción. Una representación correcta de la estructura conceptual de las normas debe basarse en una representación correcta de la estructura conceptual de las acciones (de la conducta). Otra dificultad desconcertante en este ámbito es la cuestión de cómo representar correctamente en un lenguaje formal a las normas condicionales, esto es, las normas que prescriben qué debe, puede o no debe ser hecho dadas ciertas condiciones.

c) Una tercera controversia acerca de la lógica deóntica es la relativa a su aplicabilidad y utilidad como un instrumento para clarificar y describir la estructura de los sistemas normativos reales, tales como, por ejemplo, un ordenamiento jurídico. ¿Qué papel puede cumplir -si es que cumple alguno un sistema de lógica deóntica en la clarificación de cuestiones tan relevantes como las "lagunas" y las "contradicciones" en el Derecho? Los problemas del epígrafe (a) pueden ser considerados filosóficos o pertenecientes a la filosofía de la lógica; los del epígrafe (b), por su parte, pueden considerarse problemas lógicos o pertenecientes a la lógica formal. Los problemas del tercer grupo son, fundamentalmente, problemas de filosofía moral o jurídica, particularmente de la primera. Las cuestiones discutidas en este trabajo pertenecen fundamentalmente al grupo (a) y, en menor medida, al (c). El objetivo de este artículo es discutir si es posible -y en qué medida- una lógica de las normas". 41

Vemos tan sólo dos ejemplos de lógicas no tradicionales que pueden ayudar en el campo del derecho y superar así el silogismo judicial ideológico que permite respuestas e ocasiones absurdas y que no van encaminadas al ideal de justicia propia del derecho.

La rehabilitación de las capacidades lógicas de los estudiantes del derecho a partir del reconocimiento de lógicas no tradicionales es un elemento indispensable en la propuesta que se presenta. Esta rehabi-

⁴¹ Von Wright, Georg Henrik (1996), "Is there a Logic of Norms?" en Six Essays in Philosophical Logic, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, p. 35-53. Traducción de Daniel González Lagier, en castellano: "¿Hay una lógica de las normas?", En: Revista DOXA 26 (2003) p. 31 y ss.

litación debe sustentarse en lo que algunos llaman una escuela de "Law and Logic": "En la concepción interpretativa de "Law and Logic", en contraste, estos principios representan un ideal regulativo que guía la organización del material jurídico. La reconstrucción del derecho como un sistema implica, en la concepción de "Law and Logic", que se debe distinguir, por una parte, lo que puede llamarse el "material jurídico" —los textos en los que el derecho se expresa, leyes, decretos, sentencias, etc., (que Alchourrón llama el "Master Book")— y, por otra parte, el derecho como un sistema o un conjunto de sistemas que pueden obtenerse de ese material (que Alchourrón llama el "Master System")" 42.

Algunos consideran también que este nuevo paradigma lógico puede ser sintetizado por los trabajos de Chaim Perelman y su "nueva retórica" que se centra en el estudio de las técnicas argumentativas para persuadir a un auditorio determinado usando conceptos como lo racional y lo razonable: "El primer aspecto se refiere a lo que hay de necesario, de demostrable; el segundo se refiere a lo que hay de argumentativo y de no necesario en la razón" ⁴³.

Perelman sostiene que: "Puesto que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, el auditorio, a que se dirige, para que exista argumentación se necesitan ciertas condiciones previas, como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación. En la argumentación se pueden distinguir tres elementos: el discurso, el orador y el auditorio; pero este último — como ya se indicó — juega un papel predominante y se define como "el conjunto de todos aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación." 44

Se puede apreciar entonces que existen importantes lógicas no tradicionales que pueden dar cuenta de casos que serían imposibles de resolver aplicando una lógica tradicional sustenta en el silogismo judicial ideológico. Son muchos otros los aspectos que pueden trabajarse por lógicas no tradicionales y se pueden nombrar algunos sólo para ilustrar:

⁴² Redondo, Cristina (2000), "Lógica y concepciones del derecho". En: Revista Isonomía, nº 13, octubre, p. 40

⁴³ Perelman, Chaim (1974), "L'idéal de rationalité et la règle de justice" <u>En</u>: *Le champ de l'argumentation,Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*, P.U. Brussels, Bruselas, p. 294

⁴⁴ Perelman Chaim & Olbrecht-Tyteca, Lucie (1989), Tratado de la argumentación, la nueva retórica, Madrid, Gredos, p. 55

la "tesis del derecho positivo verdadero"⁴⁵ de Kalinowski, o la distinción entre normas y enunciados jurídicos⁴⁶ de Ulrich Klug, Schreiber y la "tesis de la descripción"⁴⁷, o Neumann y la "concepción tarskaina de la verdad"⁴⁸, entre otros.

V. Cuarto Elemento: La importancia del derecho como un ejercicio discursivo.-

Situándonos en la Europa de la segunda posguerra, es necesario reconocer el trabajo pionero de Theodor Viehweg con la revitalización de

⁴⁵ Kalinowski presenta como central una cuestión que formula diciendo: "¿existen una moral y un derecho verdaderos y -en caso afirmativo- cómo se verifican los juicios que los integran?". El problema reviste, a juicio del autor, especial significación tratándose de "las normas sancionadas por el hombre en virtud del poder legislativo autónomo que le ha sido delegado por la ley natural". Kalinowski, Georges (1979), El problema de la verdad y la moral en el derecho, Buenos Aires, EUDEBA, p. 151-152

⁴⁶ Klug se pregunta si es posible encontrar una verdad en las normas: "La legitimidad de la cuestión sobre la verdad de las normas, que aquí defendemos se fundamenta en el hecho de que aceptamos el concepto de proposición verdadera, tal como fue definido metalingüísticamente ya por Tarski para los lenguajes formalizados. Según ese concepto, la proposición 'nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas' será entonces y sólo entonces verdadera cuando nadie pueda ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas". Klug. Ulrich (1990) Lógica Jurídica, Bogotá, Temis, p. 260

⁴⁷ Schreiber formula una «tesis de descripción». "La tesis de descripción". Sostiene Schreiber: "Las proposiciones normativas pueden ser reducidas a proposiciones indicativas... El contenido de la tesis de descripción afirma que las proposiciones normativas del lenguaje jurídico pueden ser traducidas a proposiciones indicativas..." Tomemos como ejemplo una proposición del derecho civil: "Es debido que Maier pague a Huber 20 DM". La validez de esta proposición significa que si Maier no paga a Huber los 20 DM, este último puede recurrir a la vía judicial... Pero no podemos limitar las consecuencias de una proposición normativa individual a la actividad de los órganos de la administración de justicia. Esta proposición provoca también consecuencias económicas". Schreiber, Rupert (1967), Lógica del derecho, Buenos Aires, Sur, p. 100-101

⁴⁸ A diferencia de la teoría tradicional de la correspondencia, Tarski define la "verdad" no como la concordancia entre la oración expresada y el estado de cosas real, sino como la relación entre proposiciones de distintos niveles: "El enunciado "la nieve es blanca" es verdadero si y sólo si la nieve es Blanca". La cuestión de lo que signifique realmente que la nieve es blanca puede quedar abierta sin respuesta, puesto que no se presupone la existencia del estado de cosas real aludido por la proposición lingüística que se refiere al objeto" Neumann, Ulfrid (1992), "Lógica jurídica". En: Kaufmann, A & Hassemer W. (eds.) El pensamiento jurídico contemporáneo, Debate, Madrid, p. 249-250

la tópica, Chaim Perelman y su nueva retórica, y Jürgen Habermas con la teoría de la acción comunicativa y la ética del discurso. Como forjadores de lo que en adelante se conocería como una Teoría de la Argumentación Jurídica (sin desconocer los aportes de Neil McCormick y Stephen Toulmin), y cuyo máximo representante es el alemán Robert Alexy.

Ante este panorama surgió la necesidad de establecer un nuevo esquema interpretativo y argumentativo del derecho. Un esquema compro-metido con la justicia y con lo que Robert Alexy denominaría más adelante una "pretensión de corrección". Desde luego, tamaña empresa necesitaría de replantear al derecho, darle un enfoque discursivo que le permitiera al juez fundamentar sus decisiones de una manera racional y analítica y no simplemente acomodadas a la fuerza a determinado ordenamiento jurídico. Sumado a lo anterior, el decaimiento de la teoría del silogismo (propia de la lógica clásica y aristotélica) conlleva a reconocer que la aplicación del derecho no obedece a unas máximas de decisión ya conocidas (premisas) para obtener una decisión a partir de éstas. El surgimiento de los denominados "casos difíciles" obliga a replantear la lógica al interior del derecho llegando al concepto de "nueva retórica" perfeccionado posteriormente en una "teoría de la argumentación jurídica". Tal como lo afirmó Karl Larenz: "Ya nadie pude afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente."49

Como consecuencia de lo anterior el papel del juez en la sociedad cobra gran importancia. Sostengo, que el primer contacto del ciudadano, y el más básico por demás, con el derecho es el juez. Debido a que la ley no cubre todos los aspectos sociales y a que en muchas ocasiones la ausencia o contradicción normativa es un obstáculo protuberante, el juez tiene un papel decisivo en la sociedad pues va a ser él quien articule el derecho y en la práctica lo concrete. Pus ante los vacíos presentados por la ley, y las injusticias que se podían cometer con ella, el juez no se podía quedar de brazos cruzados pues la experiencia había sido nefasta. Su función entonces como creador de derecho (afirmación que levanta gran polémica) es innegable, tal como lo sostiene Ronald Dworkin: "Las

⁴⁹ Larenz, Karl (1980), Op. Cit.

personas pueden ganar más por el asentimiento de un juez, que por cualquier acto general del Congreso."50

Entonces, ante la indeterminación del lenguaje jurídico, ante la aparente contradicción de contenidos fundamentales normativos, ante la ausencia de normatividad, y ante la avasallante evidencia que el derecho no es idéntico a la totalidad de normas que lo componen, el juez surge como un faro, como un soldado listo para remediar este problema.

"Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una determinada norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido." ⁵¹

La argumentación jurídica es, entonces, un caso especial de argumentación práctica en el cual el Juez pretende dar una solución a través de un fallo, pero como característica especial el objeto de la decisión es lo que se denomina un caso difícil (que aparentemente tiene más de una solución). Según el profesor Óscar José Dueñas Ruiz: "Superando un poco el debate Hart-Dworkin, se encuentra la teoría de la argumentación planteada por Robert Alexy. Al igual que Dworkin, él sostiene que las decisiones en derecho se deben tomar a través de un discurso donde ciertos argumentos se enfrentan a otros y triunfan los mejores." 52

También es importante resaltar la practicidad que se le da a la teoría de la argumentación jurídica. Con esto se quiere indicar que, lejos de ser una teoría explicativa solamente, ella se encarga de resolver problemas reales y prácticos (los generados por la indeterminación del lenguaje jurídico y los "choques" de principios). Al respecto Alexy manifiesta: "El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. En un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente

⁵⁰ Dworkin, Ronald (1992), El imperio de la justicia, Barcelona: GEDISA, p. 15

⁵¹ Dworkin, Ronald (2005), Taking rights seriously, Cambridge MA, Harvard University Press, p. 392

⁵² Dueñas Ruiz, Óscar José (2005), *Op. Cit.* p. 26

pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y ala dogmática."53

Alexy, además de ser uno de los más importantes representantes de la teoría de la argumentación jurídica, es reconocido por su aporte en la teoría de los derechos fundamentales. Ha sabido aplicar en las dos teorías elementos comunes. El punto de encuentro entre estos dos temas: derechos fundamentales y argumentación jurídica lo ubicamos dentro del concepto del discurso racional. Por medio de este discurso racional, se busca rehabilitar la razón práctica reforzando así el enfoque discursivo del derecho. Es decir, mediante esa rehabilitación de la razón práctica se pretende estructurar un discurso racional que obedece a ciertas reglas, para luego avanzar a una teoría normativa del discurso racional que permita justificar decisiones en casos difíciles. Dice Alexy: "El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la <u>razón práctica</u> sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional."54 (Negrillas y subrayado con intención).

Es menester aclarar que al interior del desarrollo de las teorías discursivas del derecho, incluyendo la teoría de la argumentación jurídica se gestan aportes de muchos paradigmas y escuelas del derecho, señalo en especial el aporte de los realistas norteamericanos (Wendell Holmes, Cardozo, Pound, Chipman Gray, entre otros), Uno de ellos Jerome Frank afirma: "La decisión judicial no es racional sino que los jueces simplemente racionalizan los resultados deseados." 55

Esta teoría de la argumentación jurídica ha generado aportes éticos destacables, gracias principalmente a los aportes de Habermas y Perelman. Aunque estos aportes más delante los observaremos con cierto escepticismo, es importante resaltar el papel del consenso como fin al que

⁵³ Alexy, Robert (2002), Derecho y razón práctica, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, p. 21

⁵⁴ Alexy, Robert, "Teoría del discurso y derechos humanos", Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1995, Pág. 52

⁵⁵ Frank, Jerome (1930), Law and the Modern Mind, New York NY, Brentano's, p. 111

se puede llegar argumentado. Aunque, en escuelas diferentes, la teoría de la argumentación jurídica también ha tocado uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica: **la justicia**. Y en este campo es resaltable como se puede llegar a una idea de justicia como producto de un consenso racional, algo similar a lo que plateara John Rawls: "Las personas razonables están dispuestas a proponer o a reconocer cuando son otros los que proponen, los principios necesarios para definir lo que todos pueden aceptar como términos equitativos de la cooperación."⁵⁶

Se ve entonces como hasta en un tema central en el derecho como es el de las distintas concepciones de justicia e derecho y la política han avanzado a un estadio discursivo donde por medio de un consenso, que tácitamente implica un proceso deliberativo y argumentativo, se pueden logran conceptualizaciones para ser institucionalizadas.

Los debates al interior de este paradigma discursivo del derecho, que como pudimos ver tocan conceptos como el de la justicia tienen la impronta de la teoría de la acción comunicativa de Habermas. No se puede ocultar el la influencia del pensador alemán en la mayoría de los grandes tratadistas de la argumentación (Alexy, Atienza, McCormick), por lo tanto es importante entender que el eje del discurso racional, aparte de respetar unas reglas de ética, obedece también a una acción comunicativa, tal como explica el profesor Guillermo Briones: "Habermas deriva el concepto de acción comunicativa de los diversos tipos de acción que distinguió Max Weber (racional, orientada por valores, afectiva y acción tradicional). Al redefinir los tipos weberianos, coloca frente a la acción instru-mental la acción comunicativa como una relación interpersonal lingüística que busca el mutuo entendimiento, el consenso. Mientras en Marx la acción y la racionalidad instrumental se relacionan con el trabajo, la acción y la racionalidad comunicativa re relacionan con la interacción. Cuando la acción comunicativa se basa en argumentaciones racionales y tiene pretensiones de universalidad se denomina discurso."57

⁵⁶ Rawls, John (2002), "Ideas fundamentales". En: La justicia como equidad: una reformulación, Barcelona, Paidós, p. 29

⁵⁷ Briones, Guillermo (1999), Filosofía y teorías de las ciencias Sociales: dilemas y propuestas para su construcción, Ed. Domen, p. 171

Todo lo anterior debe ser matizado con lo que se denomina una concepción lingüística del derecho: "Aquella que ve al derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y proveniente de ciertas instancias o fuentes "reconocidas" como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia por la sociedad de que se trate"58.

La utilidad del paradigma discursivo se ve entonces en la capacidad de lograr consensos racionales y justificar de igual modo las decisiones judiciales (casos difíciles) producto de tensiones constitucionales palpables.

Pero este paradigma discursivo, al igual que la relación hermenéutica-hermenéutica jurídica se podría transmitir mejor si se da a los estudiantes una orientación básica en teorías generales de la argumentación y la comunicación, tales como las de Oswald Ducrot, Gilles Deleuze, Stephen Toulmin, Paul Grice, John Searle y Ludwig Wittgenstein por nombrar algunos, para luego proceder a una fase más "evolucionada" de la argumentación jurídica. La importancia de estos autores y su teoría se ilustra brevemente a continuación.

La importancia del pensamiento de Wittgenstein radica en que propone una revelación de verdades a partir de una especie de escepticismo que conlleva a un análisis global y sistemático de las situaciones de la vida a través del estudio del lenguaje: "Hasta ahora los filósofos nos han dicho sólo insensateces, lo que pasa es que no se daban cuenta que usaban la misma palabra en sentidos totalmente diversos".⁵⁹

Entre otras cuestiones, el análisis del lenguaje que realiza Wittgenstein supone la eliminación de una narrativa "misteriosa" y dotada de una efusividad y emotividad perturbadora, algo así como una "teoría pura del lenguaje" -parafraseando a Kelsen-, es decir, una teoría que permita explicar fenómenos del lenguaje para entender las estruc-

⁵⁸ García Amado, Juan Antonio (2004), "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios". En: Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho, Ricardo Zuluaga Gil (editor y compilador), Medellín, Librería Jurídica Sánchez, p.13

⁵⁹ Wittgenstein, Ludwig (1987), Tractatus Logico-Philosophicus, Madrid, Alianza. p. 49

turas del pensamiento a partir del "ver" y el "oír" sin interpretaciones ni misterios.

En la crítica que Wittgenstein realiza a "La rama Dorada" de James G. Frazer, éste último ilustra que los Festivales de Beltane⁶⁰ en Escocia eran causados por la ignorancia del hombre primitivo que cree en la virtud purificadora del fuego y hemos de purificar todo para que la vida nos siga premiando. Wittgenstein cuestionó duramente las posiciones de Frazer pues sostenía que él, de manera histérica y desenfrenada, trataba de dar un valor misterioso y mítico a las narraciones en vez de reducirlas a cuestiones obvias. Wittgenstein en una de sus críticas diría: "Ningún fenómeno es en sí especialmente misterioso, pero cualquiera puede llegar a serlo para nosotros, y lo característico del espíritu auroral del hombre es que un fenómeno sea significativo".⁶¹

Wittgenstein presenta una filosofía <u>vía</u> lenguaje. El estudio del lenguaje no es un sustituto sino un método para llegar al conocimiento de la realidad. Como él mismo diría en una carta escrita al Bertrand Rusell, reprochándole cierta incomprensión hacia su filosofía: "Ahora bien, me temo que no has captado realmente mi afirmación de la que toda la cuestión de las proposiciones lógicas sólo es un corolario. El punto principal es la teoría de lo que puede ser expresado por las proposiciones, esto es, por el lenguaje (y lo que viene a ser lo mismo, lo que puede ser pensado), y lo que no puede ser expresado por proposiciones sino sólo mostrado; éste creo yo, es el problema cardinal de la filosofía".62

La influencia que la publicación del Tractatus Logico-Philosophicus (TLP) ha tenido en el pensamiento del siglo XX es enorme, hasta el punto

⁶⁰ Los festivales de los Fuegos de Beltane o la celebración de los Fuegos de Beltane corresponde al inicio del verano. Beltane, más conocido como la noche de Walpurgis, se celebra usualmente la víspera del primero de mayo (momento astrológico con el sol a 15º de Tauro), siendo la época en que la Diosa se une con el Dios Astado, Bel, para celebrar los placeres Divinos en la Tierra, marcando así el regreso de la vitalidad, la pasión y la esperanza consumadas. En Escocia su particularidad radica en que se pretendía rastrear las huellas de los sacrificios humanos hechas por los Druidas (sacerdotes Celtas).

⁶¹ Wittgenstein, Ludwig (1992), Observaciones a La rama Dorada de Frazer, Madrid, Tecnos, traducción de Javier Sábada, p. 57

⁶² Wittgenstein, Ludwig (1979), Cartas a Russell, Keynes, y Moore, Madrid, Taurus, P. 49.

que se le ha denominado la "revolución lingüística" en filosofía. La tarea del TLP es esclarecer que la naturaleza y función de las proposiciones no constituye un fin en sí mismo sino un medio para arrojar luz sobre otras cuestiones, es decir, la naturaleza propia esclarecedora del lenguaje. El objetivo del *Tractatus* es trazar un límite a la expresión de los pensamientos, no al pensamiento en sí mismo (pues para trazar un límite al pensamiento tendríamos que poder pensar ambos lados de ese límite).

En el TLP Wittgenstein centralizaba el problema cardinal de la filosofía en la delimitación entre lo decible-pensable y lo indecible-impensable⁶³. Después de elaborar toda una estructura que combinaba la lógica y la lingüística, el autor guardaba un lugar privilegiado para lo indecible, encontrando así una proposición que destacaba su identidad con la ética⁶⁴ y de otra que previamente vinculaba los conceptos centrales de ambos ámbitos⁶⁵. En el TLP no se encuentra casi nada acerca de la experiencia estética, pues es un libro de ética en principio, "sólo la Portulación de su carácter inefable y trascendental, y su confinamiento, junto con lo ético y lo religioso, dentro del área de existencia mostrable de lo místico".⁶⁶

Pero además de la distinción arriba planteada, Wittgenstein aborda el fenómeno de la nebulosidad de la interpretación de normas o reglas que es producto de la indeterminación del lenguaje jurídico representada en los denominados "conceptos jurídicos indeterminados", es decir, aquellos conceptos que no han sido definidos y que su núcleo conceptual es vago ya sea de forma periférica o central: "Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría concordancia ni desacuerdo". 67

En el caso de Ducrot, éste plantea que todo acto de argumentación implicaría necesariamente un acto de interpretación, y en últimas re

⁶³ Wittgenstein, Ludwig (1987), Tractatus Logico-Philosophicus, Op. Cit. P. 11

⁶⁴ Wittgenstein, Ludwig (1987), Tractatus Logico-Philosophicus, Op. Cit. P. 11, (Prop. 6.421)

 $^{^{65}}$ Ibíd., [...] acerca de si lo bueno es más o menos idéntico que lo bello, (Prop. 4.003).

⁶⁶ Ibíd., prop. 6.522.

⁶⁷ Wittgenstein, Ludwig (1988), Investigaciones filosóficas, México DF, Crítica, p. 203

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

La noción básica de Ducrot sostiene que no se puede delimitar una clara separación entre los niveles descriptivo y argumentativo del lenguaje: no existe el contenido descriptivo neutral; toda descripción o designación ya es un momento de algún esquema argumentativo; los predicados descriptivos mismos son, en definitiva, gestos argumentativos reificados. Esta arremetida argumentativa descansa en los *topoi*, en los "lugares comunes". Una argumentación exitosa presupone la invisibilidad de los mecanismos que regulan su eficacia.⁶⁸

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

⁶⁸ Ver: Ducrot, Oswald (1986), Le dire et le dit, Paris, Minuit [En español: El decir y lo dicho, Barcelona, Paidós, 1998]

parcialmente el sentido del mismo, de manera que es mediante la concatenación interna de los enunciados, que ya supone la presencia de una estructura de argumentación, que se puede investigar la forma en que se construye un discurso, al margen prácticamente del valor informativo que aporten sus contenidos.

En el caso de Deleuze/Guattari, su teoría (de la cual sólo tomo una parte) es mucho más radical al sostener que el lenguaje es siempre usado como un instrumento de poder: "no es cuestión de ideología sino de economía y organización de poder."69 Quien emite un argumento siempre tiene la intención de lograr una acción por parte de quien lo recibe, desde órdenes tan simples y cotidianas como "sentémonos", "qué hora es", "hágame el favor" etc. Hasta discursos más elaborados que conllevan ejecuciones más ambiciosas como discursos políticos legitimadores, y la historia está plagada de estos ejemplos: el fenómeno Nazi, incluso la situación actual de muchos países latinoamericanos como Venezuela, Ecuador o Colombia. En esta teoría, lo que se oculta tras la argumentación es una intención de poder de dominación o imposición, sustentada por una ideología desde luego. Esto es un fenómeno de las sociedades post-modernas: "Estamos en una crisis generalizada de todos los lugares de encierro: prisión, hospital, fábrica, escuela, familia. La familia es un "interior" en crisis como todos los interiores, escolares, profesionales, etc. Los ministros competentes no han dejado de anunciar reformas supuestamente necesarias. Reformar la escuela, reformar la industria, el hospital, el ejército, la prisión: pero todos saben que estas instituciones están terminadas, a más o menos corto plazo. Sólo se trata de administrar su agonía y de ocupar a la gente hasta la instalación de las nuevas fuerzas que están golpeando la puerta. Son las sociedades de control las que están reemplazando a las sociedades disciplinarias."70

La anterior posición de Deleuze es más palpable en "Empirismo y subjetividad". Aquí plantea que la sociedad reclama de cada uno de sus miembros y espera de ellos, el ejercicio de reacciones constantes, la presencia de pasiones susceptibles de aportar móviles y fines, caracteres

 $^{^{69}\,}$ Rajchmann, J. (2004), Deleuze un mapa, Nueva Visión, Buenos Aires, p. 181

⁷⁰ Deleuze, Gilles (1991), "Posdata sobre las sociedades de control". En: Ferrer, Cristian – comp- (1991), El lenguaje literario, T. II, Montevideo, Editorial Nordan. El texto puede ser consultado de forma digital en: http://www.antroposmoderno.com/antro-articulo.php?id_articulo=94

colectivos o particulares lo que transformaría al lenguaje en un medio de poder.⁷¹

En el caso del derecho podríamos acudir a los *Critical Legal Studies* (CLS) o Teorías Críticas del Derecho cuando sostienen que el Juez no es neutral y que sus fallos intencionalmente ocultan ideologías políticas que por estrategia y funcionalidad no deben ser explicitadas⁷².

Como podemos apreciar los elementos señaladas en este capítulo permiten constitución de una filosofía del lenguaje y de la comprensión jurídica a partir de: 1) una correcta enseñanza y análisis de las teorías del lenguaje; 2) una clara diferencia entre hermenéutica e interpretación; 3) el reconocimiento de lógicas no tradicionales; y 4) el reconocimiento de la importancia del derecho como un ejercicio discursivo.

Esta propuesta busca optimizar el desarrollo de las capacidades argumentativas, hermenéuticas y lógicas de los estudiantes de pregrado en derecho a partir de un acercamiento al mundo jurídico de la argumentación, la lógica y la hermenéutica con plena conciencia de que dichos fenómenos son parte de una filosofía "universal" y de la cual se nutre el derecho para su particular objetivo. Habrá pues, que enseñar un poco de humildad teórica y filosófica a nuestros estudiantes de derecho, el derecho no es una isla autónoma y seguro se podrá entender mejor si lo abordamos conociendo los fenómenos "globales" que condicionan y nutren su dinámica.

VI. Bibliografía y Webgrafía.-

- Aarnio, Aulis (2000), "Derecho, racionalidad y comunicación social",
 <u>En</u>: Ensayos sobre filosofía del derecho, México DF, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política
- Agustín (1957), *Del Génesis a la letra (Obras, vol. XV)*, Madrid, Biblioteca de Autores cristianos

⁷¹ Ver: Deleuze, Gilles (1981), Empirismo y subjetividad, Barcelona Gedisa

⁷² Para una mejor ilustración sobre los CLS, su evolución y contenido, ver: Kennedy, Duncan (1999), Libertad y restricción en la decisión judicial, Bogotá, Siglo del hombre – Universidad de los Andes

HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA: FILOSOFÍA DEL LENGUAJE...

- Alchourrón, Carlos (1996), "On Law and Logic". <u>En</u>: Ratio Juris 9, Vol. 4, Diciembre
- Alexy, Robert (2002), Derecho y razón práctica, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política
- Alexy, Robert, "Teoría del discurso y derechos humanos", Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1995
- Atienza, Manuel (2004), Cuestiones Judiciales, Sobre la argumentación en materia de hechos: comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez, México, Fontamara
- Briones, Guillermo (1999), Filosofía y teorías de las ciencias Sociales: dilemas y propuestas para su construcción, Santiago de Chile, Ed. Dolmen
- Cáceres Nieto, Enrique (2000), Lenguaje y derecho: las normas jurídicas como sistema de enunciados, México, UNAM
- Castañeda, Felipe (2001), "Ver un pato y ver un pato como liebre: Wittgenstein y la interpretación". En: Botero, Juan J. (ed.), El pensamiento de L. Wittgenstein, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia
- Deleuze, Gilles (1981), Empirismo y subjetividad, Barcelona Gedisa
- Deleuze, Gilles (1991), "Posdata sobre las sociedades de control". En: Ferrer, Cristian –comp- (1991), El lenguaje literario, T. II, Montevideo, Editorial Nordan. El texto puede ser consultado de forma digital en: http://www.antroposmoderno.com/antroarticulo.php?id_articulo=94
- Deleuze, Gilles y Guattari, Felix (1991) ¿Qu'est-ce que la philosophie? Paris, Minuit, Paris
- Dilthey, Wilhelm (1944), "Orígenes de la hermenéutica". <u>En</u>: El mundo histórico, México, FCE

- Dilthey, Wilhelm (1978), Obras. Vol. VII, El mundo histórico, México, FCE
- Ducrot, Oswald (1986), *Le dire et le dit*, Paris, Minuit [En español: *El decir y lo dicho*, Barcelona, Paidós, 1998]
- Dueñas Ruiz, Oscar José (2005), Hermenéutica Jurídica, Bogotá, Universidad del Rosario, 2ª Edición
- Dworkin, Ronald (1992), El imperio de la justicia, Barcelona: GEDISA
- Dworkin, Ronald (2005), Taking rights seriously, Cambridge MA, Harvard University Press
- Elias, Norbert (1987), El proceso de la civilización, Madrid, FCE
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998), The Common Place of Law: stories from everyday life. Chicago, IL. The University of Chicago Press
- Frank, Jerome (1930), Law and the Modern Mind, New York, NY, Brentano's. p. 111
- Gadamer, Hans Georg (1996), Verdad y Método, Salamanca, Sígueme
- García Amado, Juan Antonio (2004), "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios". En: Interpretar y argumentar, nuevas perspectivas para el derecho, Ricardo Zuluaga Gil (editor y compilador), Medellín, Librería Jurídica Sánchez
- García Restrepo, Luis E. (2003), "Elementos de Lógica para el derecho", Bogotá, Editorial Temis
- Grondin, Jean (2008), ¿Qué es la hermenéutica?, Barcelona, Herder
- Habermas, Jürgen (1987), Teoría de la Acción Comunicativa, T. II: Crítica de la razón funcionalista, Madrid, Taurus
- Heidegger, Martin (1923), Hermenéutica de la facticidad, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, Curso de doctorado. "El discurso filosófico de la modernidad", curso 1998-99. URL: http://www.heideggeriana.com.ar/hermeneutica/indice.htm

HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA HERMENÉUTICA: FILOSOFÍA DEL LENGUAJE...

- Heidegger, Martín (1999), Ontología: hermenéutica de la facticidad, Madrid, Alianza
- Kalinowski, Georges (1979), El problema de la verdad y la moral en el derecho, Buenos Aires, EUDEBA
- Kalinowski, Georges (1982), Concepto, fundamento y concreción del derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot
- Kennedy, Duncan (1999), Libertad y restricción en la decisión judicial,
 Bogotá, Siglo del hombre Universidad de los Andes
- Klug. Ulrich (1990) Lógica Jurídica, Bogotá, Temis
- Kristan, Andrej (2008), "Hyperliterature and Law: Unity of text,
 Diversity of Readings". En: Gaakeer, Jeanne & Ost, François (eds),
 Crossing Borders: law, Language & Literature, Nijmegen, Wolf Legal
 Publishers
- López Medina, Diego E. (2008), La letra y el espíritu de la Ley, Bogotá, Temis-Uniandes,
- Lyotard, Jean-François (1991), La condición posmoderna, Buenos Aires, Editorial REI, 2ª edición
- Marcuse, Herbert (1993), El Hombre Unidimensional: Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada, Barcelona, Planeta-De Agostini
- Neumann, Ulfrid (1992), "Lógica jurídica". <u>En</u>: Kaufmann, A & Hassemer W. (eds.) El pensamiento jurídico contemporáneo, Debate, Madrid
- Nietzsche, Friedrich, *Voluntad de poder*, nº 41, Madrid, EDAF.
- Perelman Chaim & Olbrecht-Tyteca, Lucie (1989), Tratado de la argumentación, la nueva retórica, Madrid, Gredos
- Perelman, Chaim (1974), "L'idéal de rationalité et la règle de justice"
 <u>En</u>: Le champ de l'argumentation,

- Rajchmann, J. (2004), Deleuze un mapa, Nueva Visión, Buenos Aires
- Rawls, John (2002), "Ideas fundamentales". <u>En</u>: *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós
- Redondo, Cristina (2000), "Lógica y concepciones del derecho". <u>En:</u>
 Revista Isonomía, nº 13, octubre
- Ross, Alf (1992), Tú-Tú, Buenos Aires, Abeledo Perrot
- Schleiermacher, Friedrich (1987), Herméneutique, Ginebra, Labor & Fides
- Schreiber, Rupert (1967), Lógica del derecho, Buenos Aires, Sur
- Vernengo, Roberto (1996), "El discurso del derecho y el lenguaje normativo". En: Revista Isonomía, Nº 4, Abril
- Von Wright, Georg Henrik (1996), "Is there a Logic of Norms?" en Six Essays in Philosophical Logic, Acta Philosophica Fennica, vol. 60, p. 35-53. Traducción de Daniel González Lagier, en castellano: "¿Hay una lógica de las normas?", En: Revista DOXA 26 (2003)
- Wittgenstein, Ludwig (1979), Cartas a Russell, Keynes, y Moore, Madrid, Taurus
- Wittgenstein, Ludwig (1987), Tractatus Logico-Philosophicus, Madrid, Alianza
- Wittgenstein, Ludwig (1988), Investigaciones filosóficas, Barcelona, Crítica,
- Wittgenstein, Ludwig (1988), Investigaciones filosóficas, México DF, Crítica
- Wittgenstein, Ludwig (1992), Observaciones a La rama Dorada de Frazer, Madrid, Tecnos, traducción de Javier Sábada
- Wittgenstein, Ludwig (1998). En: Valdés García, Félix, El panorama de la filosofía analítica latinoamericana, La Habana, Ed. Félix Varela