

LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO

EL LENGUAJE COMO CONSTRUCTOR
DE LA REALIDAD JURÍDICA

DAVID MERCADO PÉREZ
MARIO ECHEVERRÍA ACUÑA



LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO

**INVESTIGACIÓN DEL GRUPO FILOSOFÍA DEL
DERECHO Y DERECHO CONSTITUCIONAL**

Mercado Pérez, David

La interpretación en el derecho: El lenguaje como constructor de la realidad jurídica / David Mercado Pérez y Mario Echeverría Acuña. – 1^a ed.- Cartagena: Universidad Libre, 2015.

265 p.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978958-8621-52-4

1. Filosofía del derecho 2. Derecho - Teorías 3. Derecho constitucional. II. Echeverría Acuña,

Mario.

I. Tít.

340.1 SCDD 23 ed.

Catalogación en la fuente - Universidad Libre, Sede Cartagena. Biblioteca

LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO

Investigación del Grupo Filosofía del Derecho
y Derecho Constitucional

Director Investigador

David E. Mercado Pérez.

Co Investigador

Mario Echeverría Acuña

Estudiantes del Semillero de Investigación:

María Alejandra Benítez Hurtado

Jorge Mario Anillo Costa

ISBN: 978958-8621-52-4

Diagramación e Impresión:

Alpha Editores

Centro, Plaza de la Aduana, Edificio Andian,

Piso 6 - Oficina 608

Tels.: 57-5 660 9438

E-mail: comercial@alpha.co

www.alpha.co

Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia

UNIVERSIDAD LIBRE

Pie de la Popa, Calle Real No. 20-177

Cartagena de Indias, Colombia

América del Sur.

Teléfonos: 666 1147 - 656 1379 - Ext. 128

La obra está amparada por las normas que protegen
los derechos de propiedad intelectual.

Se autoriza su reproducción total o parcial de su
contenido citando la fuente.

Los artículos son de responsabilidad exclusiva de
sus respectivos autores y no comprometen
a la Universidad Libre.

2015



UNIVERSIDAD LIBRE

DIRECTIVOS NACIONALES 2015

Presidente

Víctor Hernando Alvarado Ardila

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Antonio José Lizarazo Ocampo

Secretario General

Pablo Cruz Samboní

DIRECTIVOS SECCIONALES 2015

Presidenta Delegada-Rectora

Beatriz Tovar Carrasquilla

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Arturo Rincón Ortiz

Decano de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y Contables

Silvio Montiel Paternina

Decano de la Facultad de Derecho

Armando Noriega Ruiz

Directora Consultorio Jurídico y

Centro de Conciliación

Lourdes Villadiego Coneo

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González

DAVID E. MERCADO PÉREZ.

Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad de Cartagena de Pregrado y Postgrado, desde hace 32 años. Tuvo a su cargo el diseño de la estructura Jurídica y Administrativa del Dpto. de Investigaciones, en 1997, de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. A Cargo de varias cátedras a lo largo de su carrera, hoy dicta D. Constitucional Colombiano I y II y Teoría Constitucional.

MARIO A. ECHEVERRÍA ACUÑA

Candidato a Doctor en Ciencias Sociales. Magíster en Derecho de la Universidad Del Norte. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Abogado Universidad de la Universidad Libre de Colombia. Se ha desempeñado como Empleado y Funcionario Judicial Asesor Jurídico del Instituto Departamental de Recreación y Deporte, Investigador del Colegio Mayor de Bolívar, Docente en programas de posgrados de la Universidad Tecnológica de Bolívar y Universidad Libre. Ha publicado en distintas revistas indexadas como la Saber, Ciencia y Libertad de la Universidad Libre. En la actualidad es Abogado del área legal de la Sociedad Portuaria y docente en la Universidad Libre.

RESUMEN

El problema de la interpretación es algo en verdad axial o nodal en la teoría jurídica y lo es por ser el eje o punto central alrededor o sobre el cual se erige toda la teoría del derecho, de forma tal que la posición que se adopte frente al mismo determina la actitud asumida ante cualquier otro problema jurídico. En efecto, una postura Iusnaturalista, Positivista, Estructuralista, etc. necesariamente incide y da el contenido conceptual a lo que se considere que es la interpretación.

Luego, *toda interpretación jurídica es una acción cognoscitiva encaminada a encontrar, verificar y determinar el sentido y el límite de una o más normas para aplicarlas adecuadamente. Queda claro que la “visión del mundo” no sólo influye en la creación jurídica, sino que en el proceso HERMENÉUTICO el sujeto COGNOSCENTE introduce de nuevo el conjunto de valores de tal “visión” al orden “creado” por el derecho, en virtud del “PRINCIPIO de INCERTIDUMBRE” por el cual el sujeto PREDETERMINA cómo quiere INTERACTUAR con la realidad, en la que está también inmerso. Usamos como línea directriz para el análisis del problema de la interpretación, la conducta asumida por la teoría y sus varias fases a lo largo de la historia, desde la modernidad cartesiana, estudiando la relación norma/sentencia y el modo como la misma opera en cada período. El mundo solo es explicable por medio de una interpretación (Hermeneia) de allí que formulemos este problema de investigación: ¿es la “realidad” jurídica un “mundo imaginario” construido por el derecho que sólo este puede objetivar por sí mismo usando el lenguaje?*

El **objetivo general** es el determinar por qué la realidad jurídica en sí no es un fenómeno que surge del mundo hacia los juristas, sino que son los juristas

los que la crean usando el “lenguaje del derecho”, dando la ilusión, a partir de dicho proceso, de que el derecho siempre está en el mundo. No se plantean objetivos específicos por tratarse de una investigación de teoría jurídica pura basada en reflexiones de filosofía del derecho y de un concepto de ciencia de base cultural, tal como lo entiende Max Weber. **De allí que el derecho y, por tanto, la normatividad, siempre emanen de un grupo social y, por consiguiente, expresarán la forma en que deben establecerse las relaciones sociales de dicho grupo.**

PALABRAS CLAVES

Teoría de la Interpretación. Significante. Significado. Acción Cognoscitiva. Principio de Incertidumbre. Realidad Jurídica. Lenguaje del derecho. Cultura. Orden Jurídico. Ramas del Derecho. Sociedad.

ABSTRACT

The problem of interpretation is something in axial or nodal truth in legal theory and what is to be the axis or center point around or over which any legal theory it stands, so that the position to be adopted against the determines it the attitude to any legal problem. In effect, a natural law, positivist, structuralist, etc. stance necessarily affects and gives the conceptual content of what is considered to be the interpretation.

Then, any legal interpretation is a cognitive action to find, verify and determine the meaning and limit of one or more rules to implement them properly. Clearly, the “world view” not only affects the legal creation, but in the HERMENEUTICAL process the knower reintroduced the set of values of that “vision” to order “created” by law, under “uncertainty principle” whereby the subject DEFAULT how you want to INTERACT with the reality, which is also immersed. Used as guideline for the analysis of the problem of interpretation, the behavior assumed by the theory and its various phases throughout history, from the Cartesian modernity, studying the relationship standard / statement and the way it operates in each period. The world is only explicable by an interpretation (Hermeneia) there for us to make this research question: **is the “reality” legal an “imaginary world” built by the right that only this can objectify itself using the language?**

The overall goal is to determine why the legal reality in itself is not a phenomenon that arises in the world to the lawyers, but lawyers are those who create it using the “language of law”, giving the illusion, from that process that the law is

always in the world. No specific objectives arise because it is a pure legal theory research based on considerations of legal philosophy and science concept cultural base, as understood by Max Weber. **Hence the law and therefore the regulations always emanate from a social group and therefore expressed how the social relations of the group should be established.**

KEY WORDS

Interpretation theory, signifier, signified, cognitive action, uncertainty principle, legal reality, law language, culture, legal system, legal fields, society.

CONTENIDO

Presentación.....	15
Introducción.....	21
1. Aspectos Generales.....	25
1.1 Objetivos.....	25
1.2 Delimitación.....	25
1.3 Justificación.....	26
1.4 Planteamiento y Formulación del Problema.....	28
1.5 Diseño Metodológico.....	29
1.6 El Conocimiento de lo Jurídico.....	30
1.7 Resultados Esperados.....	33
2. Interpretación y Lenguaje –Lenguaje y Derecho–.....	35
2.1 Lenguaje y Comunicación.....	45
2.2 La Comunicación Humana	46
2.3 La Semántica.....	47
2.4 Mundo y Lenguaje.....	49
3. La Hermenéutica Filosófica.....	51
3.1 Características Generales.....	56
3.2 Círculo Hermenéutico.....	58

3.3 El Hombre en el Mundo.....	60
3.4 El Concepto Gadameriano de Verdad.....	61
3.5 La Condición de Universalidad de La Hermenéutica.....	69
3.6 Verdad y Praxis.....	74
3.7 La Física Hoy.....	78
3.8 Que es la Realidad.....	79
3.9 Que Tipo de Realidad es el Derecho.....	83
4. La Escuela Exegética, Análisis.....	87
4.1 Aplicación Pasiva del Texto Jurídico.....	88
4.2 Hermenéutica Jurídica de la Modernidad.....	90
4.3 Evolución del Uso de la Lógica por la Exégesis. Valoración Crítica.....	99
4.4 Lógica y Lenguaje.....	104
5. Derecho e Ideología.....	109
5.1 Filosofía Analítica.....	114
5.2 Teoría Axiológica o Material.....	115
5.3 Filosofía y Lenguaje.....	117
5.4 Aproximación al Problema de la Cientificidad del Derecho.....	119
6. La Construcción de la Realidad Jurídica y las Formas de Conocerla....	125
6.1 ¿Cómo “Conocemos” al Derecho?.....	132
6.2. Indeterminación del Objeto de Estudio de la Filosofía del Derecho....	136
7. Interpretación de Textos Constitucionales.....	145
7.1 La Interpretación dentro del Estado Socialde Derecho.....	154
8. Consideraciones sobre la Tópica de Viegweh.....	163
8.1 La Interpretación de las Normas.....	174
8.2 El Sistema del Precedente.....	177
8.3 La Vía de Hecho en Nuestra Jurisprudencia Constitucional.....	185

9. Teoría de la Argumentación.....	189
9.1 Hechos y Verdades.....	194
10. Derecho y Argumentación.....	199
10.1 Argumentación y Argumento.....	202
10.2 El Razonamiento Jurídico, Conceptos Básicos.....	206
11. Las Técnicas de Ponderación como Herramientas Interpretativas.....	211
11.1 Reglas y Principios.....	213
11.2 Test con tres Tipos de Escrutinios.....	216
11.3 Test Integrado de Proporcionalidad.....	219
11.4 El Argumento Judicial como Representatividad.....	224
Conclusiones.....	229
Apéndice -Lógica Formal, Demostración y Abducción-.....	239
Bibliografía.....	265

PRESENTACIÓN

Esta Investigación hace parte de un largo proceso que comienza a gestarse en el año 2002, cuando se publica el ensayo “**La Interpretación en el Derecho**”¹, en el año 2005 como consecuencia de adoptarse la semestralización, se incorpora al plan de estudios la asignatura “Interpretación Constitucional”, puesta a nuestro cargo, se redactan y distribuyen entre los alumnos varios Working Papers más copias del Ensayo mencionado, para que quienes la cursasen se apoyasen en un texto didáctico y accesible como material de consulta, ante la ausencia de libros asequibles dentro de la bibliografía que se consigue en Colombia; tales Papers se inspiraron en el énfasis de lo didáctico de los módulos de formación de la Escuela Jurídica “Rodrigo Lara Bonilla”.

A partir de esos trabajos, las experiencias adquiridas cuando regentamos dicha cátedra y estudios sobre el tema que, junto con otros integrantes de nuestro Grupo de Investigación, presentamos un proyecto de Investigación para determinar que es la Interpretación Jurídica en general y la Constitucional en especial, enmarcada en la historia del Derecho, la Jurisprudencia nacional y la evidente realidad de que el Derecho es un producto cultural solo percible como lenguaje.

¿QUÉ ES UN TEXTO JURÍDICO?

Son aquellos por medio de los cuales se produce el derecho y pueden ser:

.....
1 La Interpretación en el Derecho, Revista Jurídica N°. 15 de la Facultad de Derecho de UniCartagena.
1ª. Edición, 2002 pp. 44 a 60.

- A. LEGISLATIVOS
- B. JUDICIALES
- C. PARTICULARES

Los **primeros** hacen referencia a la redacción de leyes, decretos, resoluciones y actos administrativos de toda clase. Los **segundos** se refieren a las providencias de los jueces y de los fiscales, al igual que a las actas de las diligencias procesales y los **terceros** comprenden la demanda, su contestación, los alegatos y las solicitudes de los abogados al ejercer su profesión y los ensayos, manuales y tratados donde se estudien aspectos concretos de derecho o bien, una rama del mismo. Esto es lo que se llama doctrina u opinión autorizada de los conocedores del derecho o juristas.

En esta obra, la noción de texto jurídico se enmarca dentro de lo que la teoría lingüística llama “ciencia del texto”². Expresión que tiene entre 25 y 30 años y que comprende lo que a partir de otras áreas del saber se habla establecido sobre el idioma, la redacción, la semántica, la pragmática, etc. Se amplía el campo de estudio al texto en general y no a lo literario o a lo gramatical, sino que pretende hacer un análisis lo más amplio y sistemático posible de las diferentes clases y contextos sociales y síquicos de uso del lenguaje. En suma, se supera la gramática en su labor tradicional de estudiar la oración de modo aislado y a cada una de sus partes, olvidando así el texto como un todo. Por ello, es importantísimo el estudio de los textos jurídicos, sin embargo en Colombia, no ha existido una capacitación fuerte y permanente al respecto y en la mayoría de las facultades de derecho del país, el interés ha sido escaso.

En su obra “*La Sentencia Errónea en el Proceso Penal*”; MAX HIRSCHBER trae varios ejemplos sacados de la vida real de errores judiciales y sus causas, señala que por lo regular se parte de una equivocada aplicación de los hechos y de modos defectuosos de valorar la prueba; conforme cita que trae el Dr. CARLOS A. CANO en su obra “*La Redacción del Texto Jurídico*.” En la misma. Prosigue: “En la redacción de leyes, decretos y actos administrativos

.....
2 Texto es una palabra que proviene del latín **textus** y esta a su vez surge de **texere** que significa “tejer” luego **textus** es “tejer palabras” o sea, componer un discurso, una argumentación, elaborando una trama y una urdimbre que muestra algo, a partir de palabras. Así, el **texto es un conjunto de enunciados, orales o escritos, que la lingüística somete a su estudio**.

se cometan errores por ignorarse la técnica legislativa y en la elaboración de alegatos, aflora la imprecisión en la elaboración de argumentación y en las premisas lógicas del o de los raciocinios. Por ello, los textos jurídicos, en especial en el ámbito judicial, **esto lo deben tener muy presente quienes estudian derecho**, deben ser de calidad, la “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia” en su Art. 55, con relación a las providencias judiciales dice “... La pulcritud del lenguaje y su rigorismo jurídico, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos en materia de los debates y de las pruebas que lo respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar, así como el aporte razonado a la ciencia jurídica que los magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de servicios”.

LOS ABOGADOS COMO ESCRITORES

En su célebre obra “*El Alma de la Toga*”, el jurista ÁNGEL OSORIO nos enseña que **todo abogado es primariamente un escritor**, un artista de la palabra y tal cualidad ha venido a menos en forma tal que ha devenido en un jornalero jurídico que solo coloca palabras en el papel olvidando que su función primaria es la **defensa de los hombres, de la justicia y de la sociedad, por ser clientes esenciales**. Por ello, prosigue OSORIO, “en cada abogado coexisten tres escritores: *El historiador, el novelista y el dialéctico*. Hay un **historiador** porque lo primero que se hace es narrar hechos del pasado. Existe un **novelista** porque cada pleito es un compendio de psicología, de drama, de comedia y hasta de sainete que se expresa por medio de las pasiones como el amor, la ira y el odio, los resentimientos, el entorno social, económico y político y el ego de unas personalidades. Encontramos un **dialéctico** por que debe tener una tesis y defenderla, interpretando las normas y la jurisprudencia”.

Luego, el conocimiento preciso del significado de los vocablos, es una condición sin la cual no será eficaz el ejercicio de la abogacía, el jurista debe saber que dice y la razón de lo que dice: así, debe tener comprensión adecuada de la terminología a usar y del idioma al cual esta pertenece. **El Derecho es, en su forma de expresión, literatura dotada de un guión y una estética, es decir, es pura narración**. Por consiguiente, el problema de la interpretación es algo medular en la teoría jurídica por ser el punto central alrededor del cual se erige toda la teoría del derecho, de forma tal que la posición que se adopte frente al mismo determina la actitud asumida ante cualquier otro problema

jurídico. En efecto, una postura iusnaturalista, Positivista, Estructuralista, etc. Inevitablemente condiciona el contenido conceptual a lo que desde ella se considere que es la interpretación.

Mientras rigió el concepto de ciencia basado en el objetivismo cartesiano, “ley” y “justicia” se consideraron “ENTES OBJETIVOS”, vale decir, una “materia” que se presenta como sustancia enfrentada a la conciencia del sujeto que conoce porque dicho objetivismo implica una separación total sujeto/objeto para que en el proceso de “Conocer” no influya para nada lo subjetivo; por eso, todas las corrientes iusnaturalistas ubican la “objetividad” en la “naturaleza”, aunque debaten entre sí que entender por “Naturaleza”; igualmente, el positivismo jurídico al hacer idénticos la “ley” y el “derecho” de modo tal que por fuera de la norma no existe lo jurídico, trata de “objetivar” estos conceptos por medio del “truco” de hacerlos sinónimos, para que lo subjetivo no influya.

Con el **principio de incertidumbre y la relatividad de la verdad**, nociones esenciales de la física del siglo XX, la separación radical entre sujeto cognosciente / realidad cognoscible deja de tener validez porque es imposible que exista, como lo analizamos en nuestro ensayo “**Aproximación al concepto de ciencia y al de ciencia jurídica**”³, donde se dijo: “*quien quiera comprender un sentido ya tiene una “pre comprensión” plasmada en su marco referencial que es el que nos permite ligar los fenómenos entre sí y se nutre de los conocimientos que ya tenemos; así pues, la comprensión no es y no puede ser objetivable y tampoco meramente subjetiva sino que es reflexiva y orientada situacionalmente ya que cada uno decide como la va a interactivar con el mundo desde dentro del mundo por lo que la comprensión fruto del conocimiento, es, siempre, simultáneamente subjetivo/objetiva y por consiguiente el intento de escindir la racionalidad de quien comprende de lo que se quiere comprender está siempre condenado a fracasar. El “mundo” solo es explicable cuando lo interpretamos (Hermeneia)*”.

La teoría de la Interpretación, no perfeccionada aún, acepta que el Derecho es un “**universo cerrado de significación**” situado en un “**sistema semánticamente abierto**” por usar conceptos (palabras) ambiguas y vagas. Lo de “*cerrado de significación*” quiere decir que proyecta desde su interior sus

.....
3 Publicado en la edición #2 de la colección “MARIO ALARIO D’FILIPPO” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Capítulo 4 “El Derecho, su Racionalidad”.

propios marcos referenciales para dar cuenta de sí mismo e “interpretar las normas”, siendo así un sistema que se implica por sí y ante sí, en cada una de sus “operaciones interpretativas”.

El Derecho es, en razón de lo dicho, **radicalmente auto-referencial**, por lo que **es inevitablemente circular**, ahora bien, **tal circularidad debemos aprender a mirarla no como un obstáculo sino como una exigencia de la construcción de cualquier tipo de realidad jurídica que el Derecho elabore**. Es más, algunos filósofos apuntan a que ni la realidad como tal existe, que es una pura organización de la mente humana, cuando epistemológicamente (dentro de una cultura) organizarnos el mundo.⁴ **El derecho es ficción, es literatura narrativa novelada, la teoría de la interpretación deja de enfatizar en lo ético centrándose más en lo estético de tal narración**, recuperándose la metáfora como una forma jurídica del pensamiento, entre otras figuras de la retórica **por lo que la determinación de las formas es crucial porque es así como el Derecho se nos muestra, objetivándose al “fabricar” su propia sustancia**. ¿Puede haber algo narrativamente más dotado de plasticidad que el relato del “Contrato Social”?

Las “palabras sagradas” del derecho son en sí meros artefactos, así lo dijo hace muchos siglos, CELSO: “La técnica del derecho son sus palabras”. Sin la **imaginación jurídica** plasmada en el lenguaje del IUS, que lo crea y lo sustenta, este no existiría. Débese pues, reivindicar el artificio de las “palabras sagradas” en todo su vigor para así construir la teoría de la interpretación ya que el derecho por sí mismo no es capaz de dar cuenta de sí, para entenderse y explicarse, estamos obligados a elaborar un metalenguaje que nos posibilite el entendimiento del lenguaje jurídico.

•••••
4 JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, en su obra “La Imaginación Jurídica”, sobre esto, nos dice: “**La capacidad que tiene el Derecho de fabricar realidad se pone muy claramente de manifiesto al tratar de las relaciones entre hecho y derecho. Para poder operar adecuadamente al derecho no le bastan las normas, necesita construir sus propios hechos, que no son nunca algo ya dado o meramente recibido sino verdaderos artefactos jurídicos. El derecho es un gran traductor, un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarlos a su propio terreno. Se hace preciso recuperar así con toda su fuerza la problemática de los hechos, marginal en un pensamiento jurídico que ha dedicado preferentemente sus esfuerzos a conceptualizar las normas. Desde estas preocupaciones se recogen aportaciones como normas. Desde estas preocupaciones se recogen aportaciones como las de Engisch sobre la premisa menor del silogismo jurídico, la teoría de los hechos institucionales de Searle y la nueva retórica de Perelman. Y no solo el objeto del derecho; también el sujeto de derecho es una construcción jurídica, como ya había subrayado la teoría pura**”. NEGRILLA Y SUBRAYADO NUESTRO.

INTRODUCCIÓN

Este Informe es fruto de un Proyecto de Investigación del Grupo Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional aprobado por la Universidad libre, seccional Cartagena, entidad que lo avala. Nos hemos propuesto elaborar un Texto que presente de manera precisa el estado del arte del lenguaje como creador del Derecho y soporte de la Interpretación jurídica que sirva de apoyo la consulta tanto en el posgrado como en el pregrado para un tema axial de la Teoría Jurídica, cual es el de la Teoría de la Interpretación; en razón a que no existen libros que la sistematicen comprensiblemente.

Este es un trabajo de académicos para uso de la academia y la comunidad estudiantil.

Cuando pisamos por vez primera un Aula de Derecho, con lo que enseguida nos encontramos es con el “problema de la interpretación”, considerado fundamental o medular, sin embargo, muchos, finalizados sus estudios de derecho, no son conscientes de su trascendencia, su historia y su intrínseca dificultad para aprehenderlo y abordarlo.

La interpretación no es un asunto puramente técnico, propio de filósofos o de juristas avezados, es el “problema fundamental de cualquier cultura” que tropieza con la identidad de los grupos humanos en sí y con la identidad de cada uno de los individuos que componen dichos grupos en lo personal y en lo moral, de modo tal que condiciona una “pre comprensión” del hombre y del mundo. El derecho nació como una forma de religión Pero, consignar

por escrito la Religión y el Derecho, originó el problema expresado en la pregunta: ¿Qué significa del “texto” que los contiene?

En un texto con vocación de inmodificabilidad, ¿cómo “descubrir” respuestas actuales o nuevas para enfrentar y resolver necesidades y conflictos sociales cambiantes en razón a su naturaleza dinámica?

Este es el conflicto tensional del intérprete, la ansiedad o angustia en hacer siempre un balance adecuado entre seguir siendo fiel al texto y creativo frente a una interpretación que satisfaga el conflicto que debe solucionarse. Uno de los más famosos maestros del derecho colombiano, el Dr. CARLOS J. MEDELLÍN ALDANA, en su obra **“Introducción a la Estética del Derecho”**, dijo: *“El arte del derecho se hace con la palabra. A través de la historia, el derecho se ha valido de la palabra para su estructuración y como principio de su funcionamiento. Aun en los pueblos cuyo derecho se funda en lo acostumbrado, la palabra sigue siendo el medio, el único medio para conservar el orden de su organización, recordemos que la ley representa y dispone con la palabra, que el acto y el hecho se describen mediante la palabra, que el juicio se forma en la palabra que el derecho se establece y transmite por la palabra y que el estado se manifiesta haciendo uso de ella. La palabra viene a ser el material imprescindible del arte del derecho. Para el juez y el legislador, la palabra es lo que el color a los pintores, el metal, la piedra y el barro al escultor, o el sonido al músico”*. (NEGRILLAS NUESTRAS)

Con la consolidación de los Estados--Nación, nacieron las grandes codificaciones modernas: la primera fue la del Derecho Civil que buscaba uniformizar las reglas de las interpretaciones privadas sujetas al estado y acabar así con el dominio de las costumbres locales, fuertes en el Medioevo al existir una juridicidad consuetudinaria y foral. Tal dinámica, esto es importante entenderlo, condujo a las constituciones escritas, adoptada la primera por los nacientes Estados Unidos de América. Incluso, Gran Bretaña que junto a normas consuetudinarias constitucionales y civiles, posee un gran conjunto de normas escritas o positivas en ambos órdenes.

Nos proponemos explicar que ha pasado con la relación Derecho—Interpretación a partir de los cambios habidos en la Física en el siglo XX, la Teoría del Conocimiento y el concepto de lo que es en sí la actividad hermenéutica del ser humano. En este orden de ideas, Interpretar, dentro de la orientación hoy

vigente, supone usar un criterio pragmático que asegure la justicia en el orden social (seguridad jurídica) de modo tal que no disloque o separe el Derecho de la realidad; dado que la norma hace parte en sí de dicha realidad.

Las normas, como ya dijo HANS KELSEN, o son imperativas o son directivas, pero jamás **ni verdaderas ni falsas**, lo verdadero o falso solo se predica de las proposiciones normativas en cuanto a su contenido; ULRICH KLUG, famoso lógico, mantuvo un conocidísimo cruce de cartas con KELSEN al respecto.

Este enfoque que implica otra forma de leer la norma, nace de una nueva rama de la lingüística: la SEMIOTICA, donde intervienen también *la Sintaxis, la Semántica y la Pragmática*. Semióticamente, las oraciones pueden dar contenidos distintos, por eso existen las paradojas; para evitarlas se creó la *Pragmática*, que estudia la relación del lenguaje con quienes lo hablan o usan, es decir, con quienes generan las palabras–símbolos. Así pues, **la pragmática de la norma solo reside en quien la interpreta**, máxime si es un texto abierto que por su propia naturaleza demanda un manejo cuidadoso, donde han de usarse la Lógica, la Semiótica, la Dialéctica y el criterio jurídico.

Para aplicar una norma es menester interpretarla e, interpretar, es un proceso del intelecto por medio del cual, partiendo de las formulas lingüísticas en que se apoya el enunciado, se colige un contenido de la norma, como acertadamente lo dice el jurista ZAGREBELSKY. Este va de los significantes a los significados. Luego, *toda interpretación jurídica es una acción cognoscitiva encaminada a encontrar, verificar y determinar el sentido y el límite de una o más normas para aplicarlas adecuadamente*.

Dedúcese así, que la interrelación de Lógica y Derecho debe hacerse dentro de esta perspectiva. Pues bien, lo dicho nos introduce en el problema de la VERDAD y la VALIDEZ. Las proposiciones lógicas que son expresiones de un juicio entre dos términos; el sujeto y el predicado, excluyendo o incluyendo el primero en el segundo; se convierten en la matemática en una **verdad demostrada** o que se **pretende demostrar**.

De allí que estas proposiciones sean oraciones significativas de lo verdadero o de lo falso, por tanto tienen relación con la VERDAD; el **concepto** es el que tiene relación con la validez. Por ende, **una decisión válida no tiene siempre que ser verdadera** y esto es algo que debilita el positivismo lógico ya que

para los lógicos UNA SENTENCIA TIENE VALIDEZ CUANDO ES VÁLIDA EN TODAS SUS ESTRUCTURAS y esto último acontece CUANDO SE EMPLEAN DEFINICIONES CONTENIDAS EN FORMULAS BIEN FORMADAS; pero la frialdad de la lógica, en ocasiones hace de la justicia algo deshumanizado ya que todo se simplifica o reduce al **formalismo**, siendo así la respuesta positivista lógica llevada a extremos, olvida que la misión del Derecho es la de resolver problemas sociales generados por la interacción humana.

La aplicación lógica de principios jurídicos que generen consecuencias perniciosas de tipo social prueba lo abusivo de convertirlo todo en rigorismo lógico; el Derecho no es un simple juego lógico de teóricos de escritorio, es algo que busca soluciones prácticas a los problemas sociales, moviéndose entre intereses opuestos. Por eso, **Una teoría jurídica sirve solo por sus consecuencias sociales**. La interpretación jurídica supera así la coherencia estrictamente lógica, valorándolo todo para ser **completa** mientras elabora una TEORÍA DEL DISCURSO, en la cual los mejores argumentos de toda clase son aceptados retomándose a la retórica, no como algo despreciable, sino como un nuevo modo de usar la razón práctica.

Así pues, la norma jurídica ha de ser entendida como una intencionalidad vinculante que comprende lo reglamentador o reglante y lo que debe ser reglado. Esto supera la contrariedad entre el ser y el deber ser.

Con lo dicho en mente, el concepto de norma es un género donde caben dos especies, las **reglas** como tales y los **principios**; en la primera el nivel de generalidad es bajo y en la segunda dicho grado es alto; es esto esencial para entender cómo se interpretan los derechos fundamentales que en nuestra Constitución son de estructura semántica abierta. La interpretación gramatical tan cara a la exégesis queda así superada, carece de espacio para operar. La interpretación basada en estos enfoques lógicos implica no sólo búsqueda de la validez, sino un manejo de la dialéctica; VIEHWEG revaloriza a Aristóteles y su **silogismo dialéctico**, que es aquel en el cual ambas premisas o una sola es probable o razonable por lo que da origen una conclusión probable o razonable; estamos así en un terreno en el cual la separación del sujeto y del objeto no es total ya que es el **sujeto cognosciente quien determina subjetivamente su interrelación con la realidad cognoscible**.

1. ASPECTOS GENERALES

El proyecto de investigación se propuso lo siguiente:

1.1 OBJETIVOS

Como tales se señalaron estos:

A. General

El objetivo general del presente proyecto de investigación es: determinar por qué la realidad jurídica en sí no es un fenómeno que surge del mundo hacia los juristas, sino que son los juristas los que la crean usando el “lenguaje del derecho” y dando la ilusión a partir de dicho proceso de que el derecho siempre está en el mundo.

B. Específicos

No se plantean objetivos específicos por tratarse de una investigación de teoría jurídica pura basada en reflexiones de filosofía del derecho que parten de que este es una creación cultural de cada pueblo.

1.2 DELIMITACION

En lo *espacial*, la investigación se enmarcó en el territorio de Colombia, donde se aplica su sistema jurídico, objeto de interpretación a partir del lenguaje del propio Derecho.

En lo *temporal*, se usa como referente el tiempo que lleva vigente la Carta de 1991, ya que a partir de su vigencia en Julio de ese año es cuando se

origina en la academia y en la práctica judicial colombiana la pregunta ¿Qué es Interpretar? Como resultado de la quiebra de la exégesis.

En lo “Conceptual”, entendemos por **Sistema Jurídico** el conformado por el modo como el Estado organiza la administración de justicia en la Constitución y las leyes que la desarrollan en esta materia. En Colombia existen la jurisdicción ordinaria, las especializadas y la constitucional.

Entendemos por **Interpretación Jurídica** una acción cognoscitiva encaminada a encontrar, verificar y determinar el sentido y el límite de una o más normas para aplicarlas adecuadamente. Quien quiera “comprender” el sentido de algo ya tiene una “pre comprensión” plasmada en su marco referencial que es el único que posibilita ligar los fenómenos entre sí, nutriéndose de los conocimientos que ya tenemos; así pues, la comprensión no es y no puede ser objetivable y tampoco meramente subjetiva sino que es reflexiva y orientada situacionalmente ya que cada uno decide cómo va a interactuar con el mundo desde dentro del mundo por lo que la comprensión fruto del conocimiento, es, siempre, simultáneamente subjetivo/objetiva.

Por **argumentar**, se entiende el proceso racional de base razonable, no existe el concepto de “Verdad Jurídica” como tal, que consiste en lo que dicen las partes en sus alegatos y el Juez en sus decisiones con el fin, los primeros, de convencer y el segundo de sustentar su decisión, tal como PERELMAN lo explica en su obra “LA NUEVA RETORICA”.

Finalmente, por **Silogismo** se entiende lo que ARISTOTELES nos enseña en su “Lógica” y hoy nos exponen, por un lado, ULRICH KLUG en su obra clásica “LOGICA JURIDICA” y KAUFMANN en su análisis sobre el impacto de la Abducción en los procesos mentales de los operadores jurídicos.

1.3 JUSTIFICACIÓN

Interpretar significa “explicar acertadamente o no acciones, dichos o sucesos, que pueden ser entendidos de diferentes modos”; también significa “explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad” conforme al Diccionario de la RAE (20ºedición). Sin embargo, aunque en el lenguaje común, el interpretar se adelanta frente a muchísimos aspectos de la existencia y de la naturaleza, se omite algo fundamental QUE NO HAY, NO

PUEDE HABER INTERPRETACIÓN SIN LENGUAJE, luego la labor de cómo interpretar y cómo es que nosotros interpretamos supone estudiar la teoría lingüística. Al mismo tiempo hemos de abordar otro aspecto básico, no hay interpretación sin conceptualización y esto implica una actividad intelectiva y racional que es en sí una acción sujeta a la lógica y a la teoría del conocimiento. Si lo anterior nos parece ya complejo, ello no quiere decir que hasta ese nivel llega tal complejidad, puesto que a su vez no existe operación lógica sin lenguaje por lo que solo podemos conocer por medio de él.

Por consiguiente, siempre estamos “interpretando” cuando interactuamos con lo que nos rodea y cuando lo hacemos con nuestros semejantes, ya que la información que nos da la realidad debemos organizarla y evaluar la operación que implica la elaboración de conceptos. Estos conceptos los cambiamos entre sí, los explicamos, etc. Esta operación es deductiva o inductiva, es en suma, lógica; cuando nos comunicamos con nuestros semejantes debemos “entender” lo que nos dicen, vale decir darle un significado. Todo esto supone el uso del lenguaje con lo que debe entenderse que no puede haber racionalidad sin él; los griegos con la palabra LOGOS al mismo tiempo entendieron dos cosas distintas pero inseparables, la razón y la palabra.

Desde SAUSSURE y su obra, ya clásica, “CURSO DE LINGÜÍSTICA GENERAL” se advirtió que el idioma que contiene un lenguaje no es solo la gramática, que este tiene en sus palabras significantes y significados y es diacrónico y sincrónico. Lo anterior supone vincular los hablantes al idioma de manera tal que lo humano como cualidad no se puede comprender sin lenguaje, lo significantes de las palabras movilizan lo sicológico para racionalmente captar el significado; las palabras cambian como tal o bien modifican su significación en el tiempo (diacronía) por lo que no son invariables por siempre sino en determinadas etapas históricas (sincronía). El lenguaje es así sintaxis, semántica, semiótica y pragmática y por sobre todo ello pero apoyándose en todas, está la hermenéutica como algo intrínseco al mismo. Esto nos dice que no podemos usar un idioma sin estar siempre interpretando, ya que no existe derecho sin lenguaje (“La técnica del Derecho son las palabras”-- CELSO). De la semántica nace el estructuralismo lingüístico base del estructuralismo jurídico; de la retórica o uso convincente del lenguaje, apoyada en la semántica, la semiótica y la pragmática nace la “teoría argumentativa” de PERELMAN, de ALEXY y otras. Ellas nos dan a entender que solo por medio del lenguaje se produce el derecho, así, debe elaborarse una teoría lingüística del Derecho.

Con esta base, todo lo que antes de la constitución de 1991 se enseñaba como hermenéutica jurídica en los programas de derecho Colombianos se volvió obsoleto; la Corte Constitucional desde que comenzó sus funciones sorprendió al país con un lenguaje jurídico muy novedoso que rompía con todos los esquemas que se venían empleando hasta entonces, obligando a dichos programas a modificar sus planes de estudio para adaptarse a estos cambios, basados todos en un replanteamiento total de la teoría de la interpretación. Por ello, la investigación que se propone es viable, útil y factible, dotando a nuestro programa de derecho de una obra de consulta al igual que para el resto de la academia jurídica colombiana, para las cortes y al aparato judicial del Estado.

1.4 PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema de la interpretación es algo en verdad axial o nodal en la teoría jurídica y lo es por ser el eje o punto central alrededor o sobre el cual se erige toda la teoría del derecho, de forma tal que la posición que se adopte frente al mismo determina la actitud asumida ante cualquier otro problema jurídico. En efecto, una postura lusnaturalista, Positivista, Estructuralista, etc. necesariamente incide y da el contenido conceptual a lo que se considere que es la interpretación. Para aplicar una norma es menester interpretarla e interpretar es un proceso del intelecto, por medio del cual, partiendo de las formulas lingüísticas en que se apoya el enunciado se colige un contenido de la norma, tal como acertadamente lo dice el jurista ZAGREBELSKY. Tal contenido va de los significantes a los significados. Luego, *toda interpretación jurídica es una acción cognoscitiva encaminada a encontrar, verificar y determinar el sentido y el límite de una o más normas para así aplicarlas adecuadamente.*

En la interpretación, la pretensión de neutralidad y de objetividad del derecho se difumina hasta perderse, por varias causas. Una es la anotada por ZAGREBELSKY sobre la formación cultural del interprete (juez) y su ideología; en efecto: “*si el contexto, cultural en que la interpretación se desarrolla es firme, se puede pensar que existe una coincidencia natural de valoración anticipadora de sentido y de valor entre el juez y la sociedad (la sociedad bajo el perfil cultural es una comunidad de sentido y de valor).* A este propósito se habla de *ERWARTUNGSHORIZONT* (horizonte de expectativas) general y objetivo, como dicho contexto hace aparecer “razonable” o aceptable la solución que armoniza con dichos horizontes. Este discurso abre campo a la consideración de las expectativas sociales respecto al caso”.

Queda claro que la “visión del mundo” no sólo influye en la creación jurídica, sino que en el proceso HERMENÉUTICO el sujeto COGNOSCENTE introduce de nuevo el conjunto de valores de tal “visión” al orden establecido por el derecho. Esto en virtud del “**PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE**” por el cual el sujeto PREDETERMINA cómo quiere INTERACTUAR con la realidad, donde por otra parte está inmerso. **Así, el mundo solo es explicable por medio de una interpretación (Hermeneia).** Usaremos como línea directriz para el análisis del problema de la interpretación, la conducta asumida por la teoría y sus varias fases a lo largo de la historia, a partir de la modernidad cartesiana, estudiando la relación norma/sentencia y el modo como ella opera. Por ello no se formularon hipótesis, ya que estas son respuestas eventuales que pueden o no satisfacer el problema y eso no es lo que se busca en esta investigación, sino solo explorar y analizar lo hallado en dicha exploración.

Con base en el planteamiento anterior, formulamos el siguiente problema de investigación: **¿es la “realidad” jurídica un “mundo imaginario” construido por el derecho que sólo se objetiva por sí mismo usando el lenguaje?**

1.5 DISEÑO METODOLÓGICO

Este diseño es algo fundamental ya que es el que valida una investigación a partir de las transformaciones que la física del siglo XX introduce en la forma de responder la pregunta ¿Cómo conocemos? Que a su vez, tiene que ver con la relación epistemológica Sujeto que Conoce/ Objeto Cognoscible. Lo que nos pone de presente una pregunta inevitable: ¿Qué es la “verdad”?

Debemos precisar también, para que el diseño metodológico valga dos cuestiones claves: ¿Puede existir una episteme en medio de la Teoría de la relatividad y el principio de Incertidumbre?

1.5.1 ¿Qué significa hacer “ciencia” en nuestra época?

Lo objetivo son los fenómenos que se ofrecen a nosotros en el mundo, estos se clasifican así:

- Fenómenos Físicos.
- Fenómenos Biológicos.
- Fenómenos del Comportamiento.
- Fenómenos Culturales.

El hombre se define frente al objeto que ha de conocer por la relatividad de la verdad y el principio de Incertidumbre; como los objetos fenoménicos de conocimiento son distintos, los métodos de aproximación a estos también lo son. Los primeros son de causalidad eficiente, por lo que son analíticos. Los segundos son de causalidad final al ser holísticos y los dos últimos son de causalidad final. Los Culturales son adaptativos a la realidad ya que el ser humano como ser social se adapta al universo y a su vez, “adapta el universo al hombre. Por el hombre es que existen culturas y sociedades diferentes, estas son Productos de procesos de adaptación del hombre al universo y del universo al hombre. Por ello se le tiene como un **Zoopolítkon**

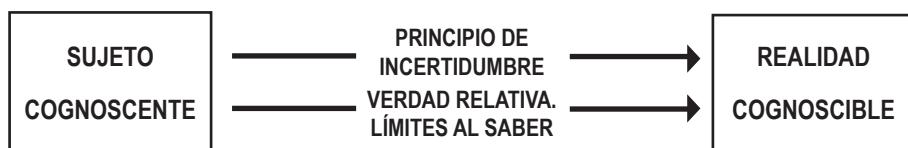
1.5.2 Paradigma

Esta palabra proviene del griego «Parádeigma» que significa Patrón o modelo. Según Thomas Kuhn en su obra « La estructura de las revoluciones científicas », se entiende por tal:

1. Una visión completa de la realidad o forma de contemplarla.
2. Una relación con la organización social de la ciencia en términos de escuelas de pensamiento conectadas con tipos particulares de logros científicos.
3. Una relación con el uso concreto de tipos específicos de herramientas y textos para el proceso de la solución científica de enigmas o problemas.

1.6 EL CONOCIMIENTO DE LO JURÍDICO

El siguiente cuadro nos describe lo antes expuesto:



De lo expuesto se deduce que EL DERECHO es un campo del saber donde domina la Ideología y no la “Ciencia”; lo de “CIENCIA” del DERECHO debe precisarse ya que El DERECHO es una forma de análisis de fenómenos sociales por lo que es un objeto cultural cuya realidad es social y normativa. Su objeto NO SON las normas en sí, sino la realidad en la cual éstas se hayan

dado y la regulación social que pretenden, ya que esa realidad es la que determina el entendimiento de la norma plasmado en su interpretación. Las leyes solo son puras *Hipótesis Predictivas* de conducta en una realidad social predeterminada.

En las Ciencias que estudian los fenómenos físicos y biológicos la validez está determinada por la posibilidad de reproducir una situación tal que las mismas causas generen los mismos efectos bajo el entendido que se reproduzcan las mismas condiciones; mientras, en las culturales la validez viene dada por la relación entre sus proposiciones o enunciados, sin tener en cuenta sus contenidos, por lo que solo poseen validez formal. Por ello, lo epistemológico en el Derecho hace referencia:

1. A la **Validez Formal** respecto de la lógica jurídica o a la lógica de las normas o Deónica.
2. A la **Validez Material** respecto a lo adecuado de la solución del problema jurídico y la “veracidad” de los Hechos objeto de lo controvertido en el litigio.
3. A la **Validez Ontológica** con relación a los juicios de valor emitidos con relación a una norma.
4. A la **Validez de la propia epistemología**, con relación a como sus propios principios son aplicados al determinar los tres ítems anteriores.

Conforme a lo explicado, realizaremos una investigación jurídica de pura reflexión filosófica y lusfilosófica que nace de la propia pregunta problema, ya que para la Filosofía Hermenéutica **debe aplicarse la interpretación de los textos a lo ontológico, es decir al estudio del ser**, aceptando que el Derecho es un componente esencial de la cultura de cualquier pueblo que por ser cultural sirve de marco referencial al despliegue del ser en el existir. De allí que él sea un “**universo cerrado de significación**” situado en un “**sistema semánticamente abierto**” por usar conceptos (palabras) ambiguas y vagas. Lo de “*cerrado de significación*” quiere decir que proyecta desde su interior sus propios marcos referenciales para dar cuenta de sí mismo e “interpretar las normas”, siendo por tanto un sistema que se implica por sí y ante sí, en cada una de sus “operaciones interpretativas”.

Por consiguiente, fuera de ser jurídica, es también una investigación exploratoria, descriptiva, bibliográfica y explicativa de tipo cualitativo-etnográfico que busca determinar cómo piensan, hacen y dicen los operadores jurídicos, por lo que se desea establecer el nivel de coherencia de lo que se decide y el marco referencial del sistema donde actúan y se legitiman los operadores jurídicos. Es decir, definir y precisar los componentes de una realidad concreta.

Es un estudio base que se convierte en punto de partida de nuevas investigaciones. El abordamiento de la realidad por parte del método cualitativo es así:

- Existe un compromiso del investigador al buscar un significado social.
- Se da una relación muy próxima entre el investigador y lo investigado, ya que se busca el mayor nivel de comprensión del objeto de la investigación.
- Se da un proceso inductivo en la relación teoría-concepto e investigación.
- La estrategia de la investigación puede ser estructurada o no estructurada.
- La imagen de la realidad investigada es social nace de los miembros del grupo investigado.
- La investigación tiene un alcance ideográfico.

La “Realidad Jurídica” solo está formada por las decisiones judiciales contenidas en sentencias y autos interlocutorios que son en sí el “**El Derecho vivo**”, el Derecho en su construcción y expresión, es decir el Derecho en su materialidad y en su forma es lenguaje; por ello, siempre ha sido pretoriano, ya que alguien lo debe declarar o enunciar ya que **solo podemos captarlo por medio de lo que los jueces digan que es**. En Colombia, algo tan evidente se olvidó, de allí que se siga “adorando”, cual fetiche, a la Ley como “Derecho único” con carácter exclusivo y por lo tanto excluyente, por parte de un “establishment” conservadurista que ha convertido a la Corte Constitucional en su enemiga ya que el Derecho Constitucional es puramente pretoriano, ya que la Ley no es frente a él, una fuente formal. Esto solo se puede captar por medio de una **investigación cualitativa**.

Es **exploratoria** porque busca establecer un conocimiento inicial y básico sobre el Derecho como realidad lingüístico-cultural y por lo tanto intrínsecamente como Interpretación en sí, entendible y explicable desde el pensamiento de Gadamer. Es **descriptiva** porque se trata de obtener y explanar una visión lo más amplia posible de esta fenomenología compleja, que no ha sido indagada o abordada por la academia colombiana. Es **bibliográfica** porque ubicaremos, determinaremos y calificaremos información contenidas en obras de Filosofía, de Linguística y de Historia del Derecho.

1.7 RESULTADOS ESPERADOS

Como resultados, esperamos que se beneficien tanto la academia jurídica colombiana, especialmente el sector que estudia la Filosofía de Derecho en el país y, en general, todos los demás sectores interesados en esta temática.

2. INTERPRETACIÓN Y LENGUAJE -LENGUAJE Y DERECHO-

El origen de lo que hoy llamamos INTERPRETACIÓN está lo que los romanos llamaron INTERPRETATIO y los griegos HERMENEIA reside en un rasgo esencial de todas las culturas: la religión. *Ninguna cultura ha sido o es atea y necesita, por tal motivo, que sus dios o dioses se comuniquen con los que las integran en una interacción entre la divinidad y los creyentes*; como no hay interacción sin mensajes o sin algo que decirse entre sí, lo que la divinidad dice (en lenguaje humano) por medio de oráculos o profetas una vez se aprendió a escribir, fue consignado en textos: textos que probaban las creencias, órdenes y deseos de los dioses. HERMENEIA significa eso, escrutar, desentrañar, inquirir, averiguar, que fue lo que la divinidad dijo, mandó o deseaba.

El IUS y la DIKE, nacieron y se desarrollaron como una forma religiosa, era el orden que los dioses querían para la POLIS o la CIVITA como reflejo exacto del que ellos le habían dado al COSMOS o Universo. El IUS era, como en todos los pueblos antiguos, RELIGIÓN. Por eso, los “textos jurídicos” necesitaban que fuesen “interpretados” para que dejases de ser “herméticos”, por lo que el pretor, al dictar su sentencia actuaba simultáneamente corno juez y sacerdote del IUS (Expresión que significa lo que IOVE ha dispuesto y no “Derecho”).

La dinámica descrita es la que conduce a la “escrituralidad” de las religiones y a la del derecho, en este último se pasa de la “lex consuetudinen” o non scripta, a la “lex scripta”, por ser una mejor técnica de control de los fines políticos del orden establecido. Es tan trascendental este tránsito, que los textos en los que

se originaron se “grabaron” o “fijaron” y son, hasta hoy, basamentos de varias culturas en lo religioso, lo jurídico y lo político.

El proceso de escriturar lo religioso fue decisivo en el desarrollo del monoteísmo dado que es imposible escribir, lo que la divinidad ordena, dice o recomienda sin un entramado que de sentido a la narración; tal entramado es la Teología. Así es como terminan formándose lo que hoy se llama “religiones del libro” que solo son posibles en el “proceso de interpretación” de lo divino, plasmado en la **Torah**, la **Biblia** o el **Corán**. Lo dicho acerca de lo religioso, opera análogamente, en lo que a occidente respecta, en el desarrollo y consolidación de un **IUS DEL LIBRO**. Fue JUSTINIANO al promulgar su “CORPUS IURIS”, quien lo inicia; es desde este corpus que lo jurídico se confunde con “libro”, texto que se tiene como omnicomprensivo para encontrar las reglas que deben regir la conducta humana. *La religión y el IUS coevolucionaron indisolublemente unidos porque el IUS era en sí una expresión de la vivencia religiosa predominante en cada cultura.*

Hoy, **Interpretar** significa, conforme dice el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua (20º edición) “explicar acertadamente o no acciones, dichos o sucesos, que pueden ser entendidos de diferentes modos”; también significa “explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad”. En nuestro aludido ensayo **“La interpretación en el derecho”** afirmamos “Sin embargo, aunque en el lenguaje común, el interpretar se adelanta frente a muchísimos aspectos de la existencia y de la naturaleza, se **omite algo fundamental** QUE NO HAY NI PUEDE HABER INTERPRETACIÓN SIN LENGUAJE, luego la labor de cómo interpretar y como es que nosotros interpretamos supone estudiar la teoría lingüística. Al mismo tiempo hemos de abordar otro aspecto básico, NO HAY INTERPRETACIÓN SIN CONCEPTUALIZACIÓN y esto implica una actividad intelectiva y racional que es en sí una acción sujeta a la lógica y a la teoría del conocimiento. Si lo anterior nos parece ya complejo, ello no quiere decir que hasta ese nivel llega tal complejidad, puesto que a su vez **no existe operación lógica sin lenguaje y solo es por medio de él que podemos conocer al mundo”**.

Luego, siempre “interpretamos” cuando interactuamos con lo que nos rodea y con nuestros semejantes, dado que la información suministrada por la “realidad” debemos organizarla para así acometer la compleja operación de elaborar los conceptos. Dichos conceptos los cambiamos entre sí, los explicamos, etc.

mediante una operación deductiva o inductiva, que es lógica; cuando nos comunicamos con nuestros semejantes debemos “entender” lo que nos dicen, es decir, darle un significado. Todo esto supone el uso del lenguaje ya que sin él no podemos ser racionales, de allí que con la palabra LOGOS los griegos simultáneamente entendieron dos cosas distintas pero inseparables, la **razón** y la **palabra**.

El concepto de Interpretación proviene de la Interpretatio latina y, posterior a la síntesis de lo griego con lo romano, se hizo sinónima de Hermenéutica; tal sinonimia acaece porque Aristóteles entendió por *Hermeneia la relación de los signos lingüísticos con los pensamientos* y, a su vez la de los *pensamientos con las cosas*. Lo que el estagirita dijo, se considera hoy como la posibilidad de referir un signo a lo designado por él o, la operación por la cual un sujeto (Llamado Intérprete) refiere un signo a su objeto (Designado). Para ARISTÓTELES, las palabras son “**signos de las afecciones de la Psique, que en sí son las mismas para todos al constituir las imágenes de objetos idénticos para ese todo**”. Al usar la palabra Psique que en latín es Ánima o Alma, el estagirita acepta al *entendimiento como parte del Logos (Razón / Palabra)*.

La doctrina aristotélica expuesta pasó a la Escolástica por medio de BOECIO, quien dirá que “**Interpretación es cualquier voz que significa algo por sí misma**”, incluyendo en el concepto “Voz” a los nombres, los verbos y las proposiciones y excluyendo lo demás, es decir, las conjunciones, las preposiciones y todos los términos del discurso que nada significan por sí mismo; por ende, la referencia del signo a lo designado es lo esencial de la Interpretación. Luego, Interpretar es establecer la referencia de los signos verbales a los conceptos (“afecciones de la mente”) y de los conceptos a las cosas. Las características de esta doctrina sobre la interpretación son:

1. La Interpretación es un acontecimiento que solo ocurre en el alma, luego, es un “hecho” mental.
2. El signo verbal o escrito es distinto de la “afección de la mente” o concepto a que se refiere este.
3. La relación entre el signo verbal y el concepto es arbitraria y convencional y, la relación entre el concepto y el objeto es universal y necesaria.

Empero, la interpretación aun operando como acto del alma o de la mente (Proceso mental) es, según la filosofía actual un comportamiento o hábito; este enfoque lo elabora Charles Peirce para el cual la Interpretación es triádica porque interactúan el signo, el objeto y el intérprete, donde es este y solo este el que hace la relación Signo—Objeto, por lo que no es una simple operación mental sino un hábito del accionar humano, es decir, como una respuesta reiterada que quien interpreta acostumbra darle al signo mismo. De lo dicho se desprenden las siguientes características que vienen a constituir la Interpretación en la semiótica:

1. No es algo que solo acaece en el alma sino un comportamiento objetivamente observable de un organismo a un estímulo.
2. No existe diferencia entre signos verbales y signos mentales, en el sentido de que los segundos sean susceptibles de una interpretación necesaria y los primeros no.
3. La referencia de los signos a sus objetos no es ni necesaria ni arbitraria sino que viene determinada por el uso de las palabras en los lenguajes comunes o por acuerdos oportunos en los lenguajes especiales.

En la Ciencia, hoy, **Interpretación** es la correspondencia de un modelo a sus axiomas, los axiomas son un sistema validador o validante de casos o ejemplos concretos, luego, la Geometría de Euclides es la Interpretación desde los axiomas establecidos por este o, bien, la axiomática de Hilbert. En la Historia, la Interpretación es la previa elección historiográfica que permite definir las condiciones tenidas como dominantes o centrales para entender todas las demás de un período histórico o, de un conjunto de acontecimientos dentro de un ciclo largo (Braudel).

Para Heidegger, la Interpretación es el estudio del desarrollo de las posibilidades efectivas del comprender (Ser y Tiempo), esta concepción solo es utilizable desde la filosofía y no para verificar la validez del concepto de interpretación en otros campos.

Los lenguajes poseen una suerte de “magia” dado que las palabras que lo conforman no solo designan la “realidad”, sino que son capaces de crear

“mundos”; el logos, como verbo, nos permite “organizar” los flujos de información y retroalimentar la realidad que lo genera de modo tal que puede “inventar” otras “realidades” o “mundos” y, cuando el hombre procede así, se apodera de sí mismo. Semánticamente el lenguaje permite designar objetos y representar circunstancias, en lo práctico, posibilita la comunicación humana por medio de la transmisión de mensajes y, al mismo tiempo, el **entendimiento, en su función social, sirve para crear una idea de comunidad con quienes lo compartimos**, creando **las nociones de patria y de nación o alma colectiva** y, en lo retentivo, es capaz de generar una memoria, de uno mismo y colectiva por “Mnemesis” del conglomerado social. Esa “MNEMESIS SOCIAL” es el asiento del alma colectiva que se decanta en su función social. El lenguaje es, por todo lo dicho, **la expresión de cada persona y de su respectiva personalidad en eso que llamamos “espíritu” del hombre**, es eso que denominamos “condición humana”, porque es a partir de él que podemos buscarnos a nosotros mismos y al mundo exterior o realidad. Cada cual es lo que decida, a partir del verbo/ logos, por eso el hombre es la medida de todas las cosas.

En nuestro referenciado ensayo “**La Interpretación en el Derecho**”, afirmamos:

“Quien primero habló de la representación de la realidad como lenguaje y de la capacidad de crear “mundos” por parte de éste, fue WILHEM VON HUMBOLDT, al hacer la distinción entre el idioma como “Ergón” (trabajo, obra) y como “energía” (acto comunicador), por lo tanto todo lenguaje y forma de hablarlo lleva implícita una específica interpretación de la realidad. HUMBOLDT nos dice, también, que la conciencia y el lenguaje son inseparables, porque la conciencia es conciencia de lenguaje, para lo que no tenemos palabras no hay registro ni memoria. WITTGENSTEIN, en este orden de ideas, asegura que “palabra” y “pensamiento” y “palabra” y “significado” son también inseparables; luego, el significado no es un añadido a la palabra que pensemos sino que es de la esencia de la palabra en sí, por eso, el fenómeno de la significación existe dentro del lenguaje.”

A partir de lo expuesto, WITTGENSTEIN afirma en una de sus máximas que “EL SIGNIFICADO DE UNA PALABRA EQUIVALE A SU USO EN EL LENGUAJE” y como todas tienen varios significados, **la polisemia del lenguaje común, las hace equívocas y, a la vez, inseparable del lenguaje a que pertenecen**. Es más, dicha equivocidad es la garantía de la dinámica evolutiva y de la

flexibilidad de cada idioma, si las palabras fuesen unívocas serían rígidas y se momificarían. Cuando analizamos la relación Derecho/Lenguaje, **encontramos que la palabra “DERECHO” es “equivoca”**, algo paradójico. Hoy, estamos en lo mismo, NO podemos definir Derecho desde el Derecho mismo.⁵

Aceptando que *una definición absolutamente lógica del derecho que permita su conceptualización plasmada como un texto de estructura cerrada y, por ello, unívoca, es imposible*; solo podemos explicar, con más o menos claridad. lo que entendemos por **derecho**. Luego, es “el **criterio**” a partir del cual abordemos la complejidad de la fenomenología jurídica, lo más importante.⁶

El **Derecho no se sirve del lenguaje**, como postularon los exégetas, EL DERECHO ES LENGUAJE PORQUE SOLO EXISTE POR MEDIO DE ÉL, en modo tal que por ser el lenguaje “inventor de realidades” también inventa la “Realidad Jurídica” o “mundo del Derecho”, “mundo” que solo deviene a partir de la palabra y por obra de ella. Esto lleva a ARTHUR KAUFMANN⁷ a afirmar que “**El Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser**, el deber ser de las cosas y el ser de la realidad”. HUME⁸ se anticipó a esto, al explicar el Derecho “**como una forma del lenguaje**”, donde, por ejemplo, las propiedades jurídicas del “Derecho” de propiedad le son “conferidas” por el lenguaje jurídico, experimental o empíricamente, **sin que exista soporte en la naturaleza para deducirlas**.

El Derecho es un grupo de signos, creados culturalmente, para ponernos de acuerdo sobre la validez y el alcance de determinados valores imaginados por la sociedad que los juzga importante; por ello, concluye HUME, las normas son propuestas de construcción de un lenguaje útil y práctico y una técnica comunicativa que se aplica para solucionar conflictos o divergencias entre contendientes del mismo grupo social. LUHMANN, hoy, apoya su funcionalismo en HUME. RADBRUCH, en su “FILOSOFIA DEL DERECHO” afirmó “*Derecho es realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho*”. La “Idea” de Derecho nunca se ha precisado, que es:

5 Conforme a los Teoremas de la Incompletitud de GÖDEL ello es imposible.

6 KANT afirmó “*aún buscan los juristas una definición para su “concepto” de Derecho*” y se quejaba por qué no se sabía “qué es el Derecho como tal” (Crítica de la razón pura); hoy estamos en lo mismo.

7 En su obra FILOSOFÍA DEL DERECHO, edición en español del Externado de Colombia.

8 En su obra “TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA”.

¿un axioma, una “hipótesis”, una “norma fundamental”, algo transcendental? Entendiendo que ES Incomprensible la “Idea” de Derecho separada de la “idea” de **hombre**, esta “idea” de lo **humano** implica que sea el “creador” de Derecho u orden (ser autónomo) y, finalidad de ese “mundo” lingüísticamente creado, adquiriendo sentido la “idea” de Derecho (ser como medida de su creación) sometido al Derecho por el creado (ser heterónomo). Luego, la idea “**Hombre**” es primaria y la de “**Derecho**” secundaria.

La Ius filosofía contemporánea tiene hoy conciencia de que ignoramos lo que es el “Derecho”, pero también de lo mucho que ignoramos acerca del hombre en sí, por lo que está desconcertada. Durante siglos se idealizó un concepto universal de “hombre” olvidando su concreta condición humana por lo que cualquier filosofía del Derecho que se elabore debe comenzar por repensar al hombre, que en sí es un alguien que ignora su propia fórmula. Es a partir de la antropología cultural que se trata de elaborar una antropología iusfilosófica, necesaria en los tiempos actuales, donde se habla de biotecnología y de desciframiento de la estructura del genoma, entre otros temas. Las constataciones anteriores conducen a la llamada “Revolución Lingüística” que posibilita la comprensión de la objetivación de abstracciones creadas por los lenguajes, dando la impresión de entes externos a nosotros. Tal revolución presenta tres niveles:

- El análisis, de los mecanismos que conforman y determinan el lenguaje humano.
- Un incremento de los campos de estudio de la sociología y de la politología, conforme los resultados obtenidos del análisis del nivel anterior.
- Comprendido lo anterior, hacer la reflexión sobre el lugar adquirido y que ocupa, el lenguaje como guía de la praxis humana y modificadora de esta, desde la comunicación como fenómeno integral.

En los dos primeros han surgido múltiples investigaciones relacionadas con los conocimientos sobre cómo funciona el lenguaje en lo biológico, lo sicológico y lo sociológico. El tercero está impulsando el uso la teoría lingüística en otros contextos o, a lo menos, comprobarla dentro de un concepto armónico, pero lo más amplio posible, que permita interpretar la comunicación (Teoría

de la Comunicación), como una urdimbre esencial para cualquier tipo de antropología y de sociología.⁹ Así, el análisis lingüístico permite saber cómo funciona la mente al ser *imposible estudiar la praxis humana sin el lenguaje como parte fundamental de ella*.

ARISTOTELES¹⁰ al respecto, afirmó que “*toda expresión del lenguaje tiene una significación*”, *el contexto al que este pertenece, es la “retórica”*, ella hace que el lenguaje obre en un espacio donde recibe toda clase de estímulos **haciendo de la comunicación humana un hecho natural**; además, el lenguaje nos conduce no solo a su estructura (la Gramática), sino a sus significados (Semántica) fuera de que nos conduce a un “mundo” no lingüístico donde parece no intervenir; este “mundo” tiene que ver con la búsqueda de respuestas a las preguntas: ¿Cómo llegaron a constituirse los mecanismos lingüísticos para que sean expresión del funcionamiento de la mente? ¿Cómo tales mecanismos originan cierto tipo de relaciones y no a otras? En verdad, Las respuestas superan a la propia Teoría del Lenguaje, porque siendo *la teoría lingüística una construcción totalizante del fenómeno de lo lingüístico es incapaz de dar cuenta de él*, Primero, porque *el fenómeno descrito engloba al hombre en su complejidad individual y social*. Segundo, a pesar de los grandes éxitos de la teoría lingüística actual existe una fuerte dificultad, la SEMÁNTICA, que es la que tiene que ver con la realidad cultural y social humana, **no puede explicarlas per se, por ser ella en sí, historia**. La lingüística es una línea transversal que cruza todas las representaciones, como la Biología, la Sicología, etc. y, crea “mundos”, como el del DERECHO.

9 Al respecto NOAM CHOMSKY dice: “*El lenguaje es un espejo de la mente* en un profundo y rico sentido por ser **un producto de la inteligencia humana**, que se crea de nuevo en cada individuo por operaciones que están más allá de la voluntad o de la conciencia”.

10 El estagirita formula una solución a las carencias e inconsistencias del idealismo platónico para erigir los fundamentos del Empirismo de la Episteme; de allí que rechace las bases del perfecto “mundo de las Ideas” de Platón; creó el LICEO que llegó a ser el centro de investigación más importante del Mundo clásico. Empero, está muy unido a su maestro en el tema de las esencias y de que la Episteme es el único modo de obtener el conocimiento universal y a la vez necesario para realizarnos como humanos. El rechazo a la “Teoría de las Ideas” se debe a que la responsabiliza de crear un chorismós o Abismo entre las Ideas —la REALIDAD para Platón— y el Mundo —Los seres— entendidos como apariencia irreductible. Aristóteles afirma que las ideas son inmanentes y no trascendentes a las cosas mismas porque si no, no se podrían determinar dado que los conceptos de “imitación” y “Participación” de Platón, nada aclaran fuera de que no sirven para explicar el movimiento y los cambios de los seres. Aun admitiendo con Platón que solo puede haber Episteme de las Ideas, estas solo pueden captarse subsumidas en lo particular de modo tal que la realidad —Idea— retorne siempre al mundo —Los Seres— posibilitándonos un conocimiento cierto del mismo.

La semántica **es el enlace de lo lingüístico con realidades no lingüísticas que solo por el lenguaje pueden “mostrársenos”** y, solo puede hacerlo de un modo muy estrecho, por lo que es la que muestra más dificultades para teorizar. Sin embargo, ella es la que posee más plasticidad y flexibilidad, cuestión que directamente incide en dicha teorización, plasticidad que es la que mejores resultados puede dar. El enlace de lo lingüístico en sí, que parte de la premisa de tener al lenguaje como forma y no como sustancia, con la realidad, hace de la semántica el “almacén” de experiencias de los hablantes, **experiencias que dotan de sentido a la comunicación**, Explayando la cualidad de lo humano abandonando el formalismo. Dicha teoría acomete el análisis de la semántica como:

- La expresión del lenguaje en su papel básico de sistema de transmisión de contenidos. Tal sistema debe articular las nebulosas del pensamiento, las motivaciones del hablante y la asimilación de la realidad.
- El análisis crítico que permita conferir al lenguaje un sentido al ser esta es la razón última del lenguaje como complejo cultural donde se relaciona lo que se dice o habla con lo objetivo o lo objetivable como realidad. Por ser un hecho humano, el lenguaje tiene sentido y orientación que hace que sea el lazo más fuerte de unión de la naturaleza con la cultura como producto humano. Igualmente une al hombre con las obras que elabora y con la interpretación y utilización de estas.

Sobre la semiótica, ad initium, debe aclararse que no consiste en el mero estudio de los signos, como si fuese semiología, ya que su objeto es **el estudio de la significación de los discursos**, tratando de elaborar una teoría general que explique esas significaciones analizando las condiciones de aprehensión y, a la vez, **de generación de realidades**, que por serlo, poseen un sentido. Así, no estamos ante una simple exégesis textual sino que es menester analizar y reflexionar sobre las estrategias insertadas subyacentemente en cualquier discurso comunicativo. Por consiguiente, **una teoría semiótica es en sí “Socio Semiótica”** dado que trata de evidenciar las operaciones de significación que dan forma y, a la vez, modifican un universo de creación social lleno de un sentido autónomo y fuerte; no es una simple teoría ontológica ya que su punto de partida es el de una realidad cambiante, flexible, que se construye interactivamente como un producto semiótico que depende de las estrategias de significación dadas a los distintos discursos que la sociedad fabrica.

En razón a que no hay “realidad” alguna anterior al lenguaje que sirva de base para obtener un sentido, tampoco hay una “realidad” final de carácter metalingüístico que sirva de límite, *los discursos tienen tanta sustancia y potencia que “construyen” sus propios objetos, por lo que ellos son en sí “plasmación” lingüística*. Es más, ellos crean realidades por medio de fabricar “mundos significativos” por lo que el lenguaje NO es una simple relación de palabras y cosas, como la existente entre un objeto y su imagen en el espejo; *los discursos son actividad creadora, por lo que poseen dos funciones simultaneas: ser el espacio en cuyo interior se habla y el espacio del que se habla*. Semióticamente, *la realidad jurídica se construye al articular un “mundo significativo” capaz de fijar rumbos a la conducta humana, mientras genera una unión irreductible con otros tipos de realidades*.

Construido el objeto jurídico (realidad jurídica) lo que en verdad existe son acciones interdiscursivas llenas de intersemioticidad. *Lo lingüístico crea su propia realidad, al construir para ello su propio referente y como la realidad jurídica es una acción lingüística, ella también “inventa” sus referentes*. Estamos así, **frente a una “realidad” que NO PROVIENE del mundo, de lo puramente objetivo, aprehendida por el sujeto cognoscente**; sino ante una realidad puramente “cultural”, es decir, **una creación humana “puesta” en el mundo por un proceso de “sustantivación objetivante”**. MAX WEBER, captó muy bien que en lo que a la ciencia social respecta, por estudiar al hombre en su despliegue como ser social, **“su realidad empírica solo puede ser la cultura”**. Debe abandonarse la pretensión, quimérica por cierto, de “pensar” al Derecho como una “realidad establecida” en el mundo que podemos asir. Desde la perspectiva de la relación lenguaje / derecho, *el estudio de la semántica y la semiótica es esencial para comprender como la “realidad jurídica”, o “mundo” del derecho es un imaginario que se objetiva por medio del lenguaje*.

La comunicación no es solo el hecho de que un emisor envíe signos y un receptor los reciba y descodifique, es *una interacción humana productiva dotada de fuerza configuradora, capaz de crear “mundos” dotados de sentido conforme al marco referencial inventado por ella, aunque los mismos sean cuestionables en cualquier grado o medida generando extrañeza a otros grupos semióticos*.

2.1 LENGUAJE Y COMUNICACIÓN

En todas las etapas de la cultura occidental, los estudios lingüísticos han estado firmemente asentados en las teorías científicas predominantes, en especial a lo atinente al concepto mismo de ciencia, de la división de la misma y del papel de la teoría de la pragmática en ésta y su relación con disciplinas conexas como la dialéctica, la retórica, la sociología u otras. Es también importantísima la conexión entre los estudios de los fenómenos lingüísticos y los sistemas pedagógicos, pensemos en los modos de enseñar en Grecia, Roma: las universidades medievales, los modelos nacionales de universidad y de escuelas primarias y medias, donde se constata la profundidad de tal conexión.

La conexión entre lenguaje y derecho es tan estrecha que no podemos entender la fenomenología jurídica por fuera de la fenomenología lingüística, ello porque el carácter fundamental de la lengua es el “significar” y sin el lenguaje no existiría la sociedad humana. *Todo lenguaje es un instrumento de comunicación donde la experiencia del hombre se vive y se piensa de manera distinta en el seno de cada pueblo*, usando unidades de expresión fónica (monemas) y de significado (semántica). Los monemas se articulan en otras unidades sucesivas y distintivas, llamadas fonemas; estos tienen un número determinado en cada lengua con sus propias características y sus propias relaciones mutuas.¹¹ *Los lenguajes reflejan el comportamiento de la sociedad que los habla, por lo que no son algo ya dado sino una fuerza plena de vida que plasma la acción espiritual de sus hablantes.*

Por lo tanto, ellos no son un códigos parecidos ya que se crean por sociedades diversas con culturas distintas, en cuyo interior recibimos de nuestros padres y ancestros una forma y un sentido que de modo íntimo se relacionan entre sí¹²;

11 **El lenguaje es, de modo primario, un medio de comunicación** según afirma FERDINAND DE SAUSSURE, quien elabora los contenidos de sus célebres “cursos” a partir de los trabajos de WILHEM VON HUMBOLDT; Allí, el suizo explica la diferencia entre el sistema de signos lingüísticos que pertenecen a una comunicación determinada y que sus hablantes deben aprender (lengua o idioma) y la actualización concreta de dicho sistema y su uso en casos individualizados (palabra).

12 En castellano existen cuatro (4) palabras para designar los conceptos de “Árbol”, “Bosque”, “Leña” y “Madera” en francés y en inglés, solo existen dos (2) palabras “Arbre” y “Bois” y “Tree” y “Word”, la primera significa árbol en ambos y la segunda Bosque, “Leña y Madera”, indistintamente en cada uno de los mismos. En alemán existe una acción de “Comer” por parte de los seres humanos: “Essen” y otra parte de los animales “Fressen”, mientras que en castellano una sola. En nuestro idioma “Casa” designa la ajena y la propia, en, inglés para la ajena se usa “House” y para la propia “Home”, además “Home” se usa para el lugar donde se nace y para el territorio del cual se es nacional.

Cuando adquirimos el lenguaje se originan procesos mentales básicos que nos modelan como seres humanos, entendiendo lo “humano” según la visión del mundo de la respectiva cultura. Los lenguajes actúan como fuerzas modeladoras en todos los campos del espíritu y contribuyen así al desarrollo del pensamiento, no son solo repertorios de palabras.¹³ La diferencia de léxicos entre las lenguas no radica solo en formas fónicas o acústicas de sustantivos o verbos, al contrario, *todas las lenguas reflejan una particular experiencia del mundo y cada una de ellas organiza los datos obtenidos de diversos modos*.

2.2 LA COMUNICACIÓN HUMANA

Todos los seres humanos actuamos dentro de varios sistemas de comunicación a lo largo de nuestra existencia, veamos varias situaciones ante las cuales no notamos su mayor o menor complejidad:

1. Nos despierta el ruido del despertador.
2. En el tablero del automóvil notamos, por una luz en el mismo, que hay poca gasolina en el tanque.
3. Durante el recorrido al trabajo encontramos uno o más semáforos que muestran luz roja.
4. En la oficina, el jefe nos dice que el informe sobre el caso #2547 tiene que estar listo al anochecer.

Hemos recibido cinco señales distintas: la del despertador, la de la luz del tablero, la de los semáforos, la del intercomunicador y la orden del jefe sobre el expediente de un caso específico. Cada señal es en sí un **mensaje** distinto de contenidos variados, cuyo **significado** comprendemos perfectamente, luego, **Comunicación es el acto por el cual un EMISOR hace llegar un mensaje a un RECEPTOR quien efectivamente lo recibe**, dado que ese mensaje se transmite y se recibe por medio de señales a las que se les confiere una significación. Se representa así:

13 Si se quiere conocer bien uno de ellos, se debe adquirir un inmenso conocimiento de la sociedad que lo habla por lo que aprender otro idioma no es solo saber de memoria otra “nomenclatura” gramatical sino aprender a analizar de otra manera lo que conforma el objeto de la comunicación.



El tablero del auto y el semáforo usan luces de los mismos colores (señales ópticas), pero sus significados varían al ser dos sistemas de comunicación distintos con códigos diferentes. Así pues, **hay comunicación cuando el emisor y el receptor emplean el mismo sistema y comprenden cada señal**. El despertador y el intercomunicador usan señales acústicas que a pesar de ser las mismas tienen significados distintos, pertenecen, como las luces consideradas, a códigos diferentes dentro de dos sistemas diversos. Estos sistemas son de nula o muy baja complejidad, pero la última señal, la del expediente # 2547 es mucho más compleja, pertenece a un código de único: **el lenguaje**. La orden sobre el expediente *tiene dos elementos formales*, al igual que cualquier señal lingüística: el **fonético** y el **significativo**, ambos se interrelacionan perfectamente. Los elementos del plano fonético se componen de unas unidades pequeñas e irreductibles que son los sonidos (a, b, m, n, r, s, t,...), QUE INTEGRAN EL CÓDIGO LINGÜÍSTICO y oscilan entre 20 y 60 en todas las lenguas, son por lo tanto reducidos, pero la combinación entre ellos da origen a todos los mensajes comunicables en cualquiera de las lenguas existentes. Los códigos lingüísticos se basan en este rasgo de economía: con pocos elementos fonéticos y unas reglas combinatorias se elaboran todos los mensajes, los que ya han existido y los que emitiremos.¹⁴

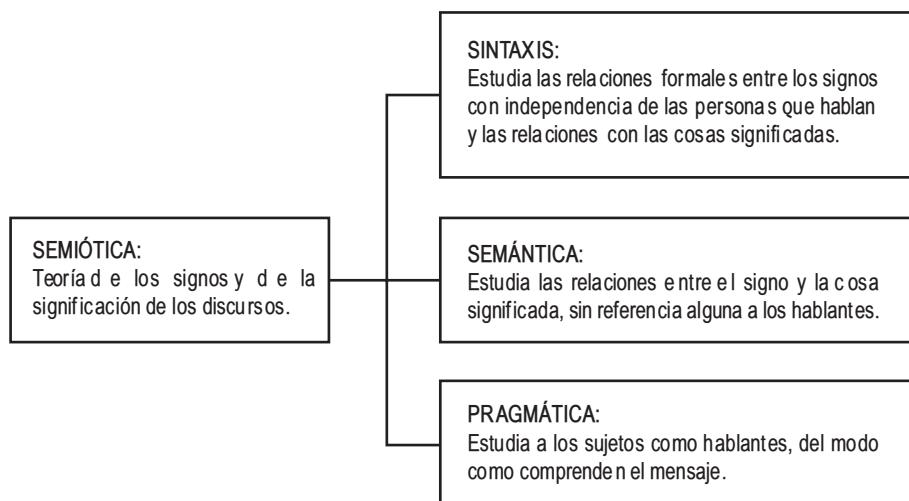
2.3 LA SEMÁNTICA

El estudio de la fonética es algo muy adelantado, es una actividad que empezó en el siglo XV, en la medida que se consolidaban los idiomas (Romances) que empezaron su evolución desde la caída del imperio romano latino u occidental y, la síntesis inevitable del latín vulgar con los dialectos germánicos, superpuestos sobre las lenguas habladas por los pueblos conquistados por Roma. Estudios llamados hoy GRAMÁTICA. Pero con relación a lo significativo no existe una

¹⁴ Ahora bien, entre los elementos fonéticos y sus significados no existen una relación directa, suele acontecer que tal relación sea arbitraria, en los sonidos que forman la palabra /M-E-S-A/ nada encontramos que vincule esta estructura fonética con el significado aceptado generalmente por los hispano parlantes. De esta arbitrariedad entre los planos fonético y significativo nace el problema básico que estudia la lingüística: la significación.

teoría adelantada, siendo el componente lingüístico que ofrece más problemas y que ha sido menos estudiado que lo fonético. Por las investigaciones de SAUSSURE, sabemos que cualquier lengua tiene dos perspectivas distintas y, al mismo tiempo, complementarias; se puede estudiar como un todo coordinado de elementos en un momento dado, o bien, estudiarse evolutivamente como un conjunto de sistemas que se suceden a lo largo de una línea del tiempo. Lo primero se llama estudio **Sincrónico** y lo segundo, estudio **Diacrónico**.

La Sincronía y la Diacronía **no hacen parte de los lenguajes, son conceptos teóricos para analizarlos**, ya que todos los lenguajes son al mismo tiempo un sistema de reglas, valores y unidades usadas por una sociedad que le permite presentarse como algo estable y evolutivo, puesto que adquieren nuevas reglas, eliminan otras, asimilan valores y desechan otros.¹⁵ Este plano significativo se estudia como SEMÁNTICA SINCRÓNICA y SEMÁNTICA DIACRÓNICA. Esa Teoría ha evolucionado desde SAUSSURE hasta hoy y comprende la integración de la lógica al discurso, a los hablantes y a los signos propiamente dichos, se presenta así:



15 En 1883, casi cinco siglos después de empezar los estudios que integran la gramática, el lingüista MICHEL BREAL escribió: “*El estudio al que invitamos al lector es de una clase tan nueva que todavía no ha recibido nombre.* En realidad, la mayor parte de los lingüistas han dedicado su sagacidad en estudiar el cuerpo y la forma de las palabras, mientras las leyes que presiden los cambios de significado, la elección de expresiones nuevas, el nacimiento y muerte de las palabras, han quedado en la sombra o simplemente se ha mencionado de pasada. Puesto que este estudio, igual que la fonética y la morfología, merecen tener un nombre, **le llamaremos semántica** (del verbo griego “semaino”), es decir, “**ciencia de las significaciones**” (negrillas y mayúsculas nuestras).

2.4 MUNDO Y LENGUAJE

La semántica es en sí una suerte de filosofía del lenguaje desde el enfoque de los usos, según conocida afirmación de WITTGENSTEIN, es decir, un análisis de las expresiones dentro de específicos “Juegos de lenguajes”. La reflexión filosófica, por consiguiente, no sólo se debe quedar en el análisis del fenómeno de la significación dentro del lenguaje sino que debe abarcar un campo más extenso donde encontramos otros componentes adicionales a los estrictamente lingüísticos, tales componentes se observan en los siguientes rangos:

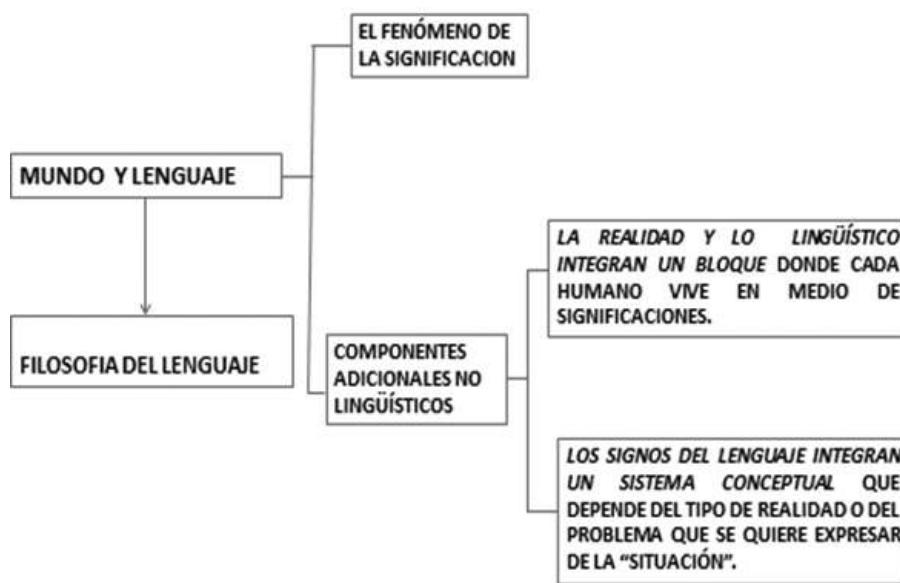
1. La “Aprehensión” de la realidad en torno a la cual se desarrolla un hecho lingüístico tajo la forma de proposiciones o de una sola de estas. Realidad y fenómeno lingüístico integran un bloque compacto en donde percibimos que cada ser humano vive en medio de significaciones. Nuestros procesos intelectuales son hechos de significado.
2. Los signos o símbolos que soportan el lenguaje articuladamente un sistema conceptual la constitución de este sistema depende del tipo de realidad o de problema que se desea expresar y de la “situación”. Esta última es una variable no lingüista por medio de la cual el lenguaje recibe su efectividad total o plena. La variable no lingüística se expresa así:
 - A. Por la forma como el hombre se comporte frente a otros.
 - B. Por el ámbito o espacio de las experiencias de la realidad.
 - C. Por el tejido de tensiones generadas por la existencia social.
 - D. Por las tensiones generadas en la existencia como individuo.

Como el derecho “Inventa” su propia realidad usando un proceso de sustantivación objetivante¹⁶ basado en su propio lenguaje, ya contaminado de una intencionalidad dado que previamente “elaboró” su propio marco auto referente, advertimos que la Teoría lingüística no puede explicar todo esto, sino una filosofía lingüística, o mejor, una filosofía del derecho de base lingüística.

El lenguaje, en virtud de su diacronía, realiza una síntesis por la cual interpreta al mundo generando alternativas de mejora o de cambio de la visión que viene establecida, por lo que el lenguaje no es el pasado hecho palabras, sino que es la forma como se nos ofrece el presente y el modo cómo de alguna manera

¹⁶ Esto se analizará en el capítulo 6 de este trabajo.

presentimos o intuimos el futuro, ya que la estructura lingüística implica una lenta pero permanente mutación de la mente. Por tal mutación, desde el instante en el que percibimos y codificamos algunas presiones al interior de la sociedad, organizamos un nuevo sistema de valores jerarquizados junto con los usos, aceptaciones y rechazos de la sociedad humana a la que pertenecemos.¹⁷ Lo explicado se representa así:



17 Al estudiar la evolución lingüística, estudiamos simultáneamente, la evolución mental, pero para esto debemos tener un pensamiento alerta para hallar en los mensajes de la historia y de los signos usados para expresarse el sentido velado de la tendencia evolutiva predominante. Leer estos signos es tarea de la filosofía, y con relación al derecho, de su propia filosofía.

3. LA HERMENEÚTICA FILOSÓFICA

Se entiende hoy por Hermenéutica la aplicación de la interpretación de los textos a lo ontológico, es decir al estudio del ser. Esto en razón a que la interpretación es intrínseca al lenguaje por lo que este es en sí donde el ser mora, una especie de “casa” donde como “Humanos” habitamos. Por lo tanto, el hermeneuta “interpreta” el lenguaje, único “sitio” donde lo óntico se reconoce a sí mismo y también porque ese “hogar” es la expresión del carácter siempre inconcluso del hombre y, en consecuencia, el decir propio de cada uno es en sí, siempre “inconcluso”. La palabra HERMENÉUTICA viene del griego **HERMENEUIEIN**, que significa “enunciar” un pensamiento (*Logos* como lo pensado y el verbo que lo expresa) o bien, descifrar un mensaje o un texto. Este vocablo nace para expresar lo simbolizado por HERMES, un Dios hijo de ZEUS y MAYA, mediador entre los dioses y entre estos y los hombres, por lo que es el dios de la elocuencia y, al mismo tiempo, “protector” del comercio y de los viajeros. El Diccionario de la Real Academia la define así: “1. Arte de interpretar los textos sagrados. 2. En la filosofía de HANS GEORG GADAMER, teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad”.

Con relación al primer significado, HERMES transmitía a los hombres los dictados y órdenes de los dioses, asegurándose de que fuesen comprendidos y procurando que los mismos conservasen una función normativa adecuada ya que la palabra de la divinidad no se pronuncia para que regrese a la deidad que la dijo sin que produzca sus consecuencias. Como parte de su ORGANON, Aristóteles escribió una “**Peri Hermeneia**” que se refiere al análisis de los

juicios y las proposiciones como contenido del discurso ya **que es solo dentro de él como la realidad se nos manifiesta**. Por ello, el estagirita entendió que la Hermenéutica era una **Tekné o Ars de la interpretación en medio de un diálogo dialéctico**¹⁸. Durante la edad media y el renacimiento, que alumbró la modernidad, haciendo posible la reforma, se entendió HERMENÉUTICA como el Arte de “Esclarecer” “Textos Sagrados”, es decir, la Biblia, originando así la “Exégesis Bíblica” cuyo principal exponente fue Mathias Flacius. Sobre la hermenéutica bíblica o teológica, entendida como *preceptiva*, nos dice CALIXTO MORALES PÁJARO¹⁹:

*“Se desarrolló en pro de una interpretación reformista de la biblia. Para estos reformistas la interpretación que de esta realizaba la tradición dogmática de la iglesia oscurecía su verdadero sentido. Por su lado la hermenéutica filológica apareció como un conato de redescubrir la literatura clásica. En los dos casos, tanto como en el bíblico como en el filológico, se trataba de escudriñar un sentido que se había vuelto extraño, no obstante se tratase de textos que ininterrumpidamente se seguían leyendo”*²⁰.

En la filosofía pos aristotélica se edificó, continúa MORALES PÁJARO, una alegoresis interpretativa para recuperar el sentido de los mitos que se habían vuelto extraños, actualizando su significado. En materia bíblica se pensó que esta técnica podría, de igual forma, actualizar el significado de las Escrituras, pues, su sentido literal conllevaba muchas veces a significados escandalosos²¹. Ahora bien, aceptar una interpretación alegórica de las Escrituras equivalía a afirmar que detrás del significado literal de los pasajes bíblicos existía un

18 En su *Peri Hermeneia*, afirma el estagirita: “La comunidad de varias aldeas posibilitó la Polis, que tiene, por así decirlo, el límite de toda suficiencia, nace por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien. ... De esto resulta, pues, manifiesto, que la Polis es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social... La razón por la cual el hombre es, más que la abeja o cualquier animal gregario, un animal social es evidente: La naturaleza, como solemos decir, nada hace en vano, **el hombre es el único animal que tiene palabra**. La voz es signo del dolor y del placer, por eso la tienen los demás animales, pues su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y de placer y significársela unos a otros; pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, por lo que es exclusivo del hombre, frente a los demás animales, el tener el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, etc. **La comunicación de estas cosas es lo que constituye la casa y la Polis**”.

19 En su Investigación hecha como integrante del semillero del Grupo “Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional” titulada COMPRENDER EL DERECHO –Posibilidades de una verdad jurídica—

20 GADAMER, Hans-George. Verdad y Método I. ed. Sígueme-Salamanca, 1993. Pag. 226.

21 GRONDIN, Jean. Introducción a la Hermenéutica Filosófica. Ed. Herder – Barcelona, 1999. Pgs. 43-50.

significado oculto, y no accesible inmediatamente, que Dios había puesto allí – y se llega a hablar hasta de tres y cuatro sentidos de la escritura-. Solo los iniciados pueden entender el verdadero sentido de la palabra de Dios: su sentido alegórico.

En el contexto de esa interpretación alegórica es que aparece el impulso para una comprensión reformista. Autores de tradición dogmática como FILÓN, prefirieron, sobre todo, una interpretación alegórica en lo que LUTERO no estaba de acuerdo. Para este último la interpretación bíblica debe ser, en principio, apegada a su literalidad, pues, la Escritura es *sui ipsius interpres* (su propio intérprete). Pero preferir la literalidad a la interpretación alegórica porque esta última llevaba a sentidos inaceptables de los pasajes bíblicos conducía paradójicamente al mismo resultado que se quería evitar. Piénsese en la interpretación de una parábola. Asumir el sentido literal de cualquier parábola visiblemente conduce a un sentido absurdo de dicho pasaje bíblico, por lo que se presenta la imposibilidad de defender una hermenéutica puramente gramatical de las escrituras. LUTERO, se vio obligado a aceptar elementos de la *alegoresis* en el entendido que “el *sensus literalis* era inequívoco” por lo que el sentido alegórico solo tenía cabida cuando intencionalmente había sido puesto allí, como en el caso de las paráboles.

Sin embargo, el Humanismo renacentista dio un paso clave, *aplicar la Hermenéutica al análisis de los textos de la literatura greco-latina*, sentando las bases de una disciplina de carácter filológico que luego, ante la aparición del Estado burgués laico y secularizado se trasladó a la jurisprudencia para la “Interpretación” de textos legales que nos permitiesen lograr la “Correcta” aplicación de la norma a lo muy particular de cada caso. Fue el **Romanticismo alemán** el que hizo de la Hermenéutica una disciplina autónoma, a tal grado que SCHLEIERMACHER la llamará “Teoría General de la Interpretación”, con el fin de aplicarla para “Interpretar” a un autor y su obra textual. Él mismo explica así su interés por la Hermenéutica: “Cuando hace veinticinco años comencé a impartir lecciones exegéticas sobre los escritos neotestamentarios, me pareció ineludible ilustrarme lo mejor posible sobre los principios de tal proceder. No faltan instrucciones para la Interpretación, y la obra de Ernestis INSTITUTIO INTERPRETIS, que pasa por ser el producto de una sólida escuela, goza de gran prestigio y muchas de las reglas que contiene se muestran muy útiles, pero le falta la adecuada fundamentación, ya que nunca se exponen los

principios generales, por lo que hube de emprender mi propio camino... Así surgieron rápidamente las lecciones sobre la Hermenéutica General".²²

SCHEILERMACHER, a través de la sistematización de la hermenéutica, posibilita llegar a un conocimiento que comprendiese los “fenómenos” de las “ciencias” humanas. Este esfuerzo lo ha convertido en el padre de la hermenéutica, a pesar de la existencia de diversas hermenéuticas generales anteriores a la suya y que, no está de más decir, él desconocía. Situación comprensible dada la discontinuidad que caracteriza el paso de la Ilustración al Romanticismo. Ahora bien, el hecho de ignorar esas hermenéuticas generales preexistentes a su trabajo hizo que SCHEILERMACHER presentara su esfuerzo como una tarea nueva. Más tarde, WILHELM DILTHEY, generalizará su ámbito para aplicarla a lo que llamará “Ciencias del Espíritu”²³, ya que explica el “comprender” no como el resultado del accionar particular de alguien, sino que cada sujeto realiza la acción de “comprender” en el **contexto de la sociedad a la cual pertenece**. La comprensión, así como la entiende DILTHEY **no es** un problema de teorización científica sino que es algo que siempre funciona en una sociedad, haciéndose la pregunta del porqué ella funciona muy bien.

Por otra parte, sostiene MORALES PÁJARO, “el **lenguaje** según SCHLEIERMACHER, juega un papel importante en la comprensión. El mismo solo podemos entenderlo de dos formas diferentes: como *segmento de la totalidad del uso lingüístico de una comunidad dada* o como expresión de un *alma individual*. Así, la hermenéutica romántica Schleiermachiana se bifurca en un *lado gramatical* y en uno *técnico o psicológico* que se ocuparan de estas dos formas de entender el lenguaje. Ese *lado gramatical* de la hermenéutica posee la funcionalidad de explicar a partir de un contexto lingüístico general

22 Capítulo 9 “Hermenéutica Filosófica y Jurídica” escrito por ULRICH SCHROTH, traducido por José Antonio García Amado de la obra colectiva PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO, a cargo de ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER 1^a edición en español de 1992 de Editorial Debate S.A. a cargo de GREGORIO ROBLES MORCHON.

23 En el siglo XIX se plantea en Alemania una discusión que va a dar un giro a la comprensión del mundo en la tradición occidental. Por un lado se hallaban las pretensiones positivistas que pretendían que el conocimiento del mundo se agotaba en la objetividad aprehendida a través del método y en la enunciación de infalibles leyes naturales que podían explicar todos los hechos del universo y por el otro, el Romanticismo Alemán, del cual era representante SCHEILERMACHER, que veía en el positivismo pretensiones excesivas e incapaces de captar la complejidad de los fenómenos de las ciencias humanas. Peor aún, ante esa imposibilidad de la filosofía positivista de abarcar la esencia de las ciencias humanas se le condenaba a su mutismo. De allí que el Romanticismo luchase por traer a la luz un mundo antes diáfano y después oscurecido por el dominio del pensamiento escolástico.

las expresiones de las cuales se ocupe. Por otra parte, el *lado técnico o psicológico* halla su razón de ser en el hecho que las personas no piensan las mismas cosas a pesar de utilizar las mismas palabras, en el toque individual que cada autor pone a su discurso. La tarea de ese *lado técnico o psicológico* es por tanto ***descifrar el lenguaje desde el alma que lo produce***²⁴. Luego, si cada pasaje que se pretende interpretar debe ser entendido como el lenguaje de un alma individual, estamos obligados a ver en cada texto la expresión de un momento histórico específico. Se tornaría imposible interpretar un texto por fuera del contexto de su tiempo y, si prescindimos de ese contexto que le es propio, la comprensión siempre sería errónea. Estos textos son individuales por lo que SCHLEIERMACHER afirma que la comprensión, que solo puede ser lingüística, tiene dos caras, una, donde el intérprete se traslada a la psique del autor y, otra, donde el hermeneuta reconstruye el texto como entramado lingüístico. Esta acción, supone sincronizar el conjunto con cada una de sus partes, dando origen a lo que después de él se denominará “Círculo Hermenéutico”, por lo que elaborará reglas sobre como reconstruir un texto en su entramado lingüístico desde la perspectiva del autor.

El paso trascendental lo da HEIDEGGER, al retirar el tema de la comprensión del ámbito de lo “científico” de modo definitivo, al declarar que “**La “comprensión” es parte del SER en el MUNDO (Dasein), este SER en el mundo es un SER que ES que no acontece solo entre otros seres que son, sino que su esencial característica óntica es que su SER gira en torno a su SER en el MUNDO de lo que se deduce que “comprender” es algo existencial, por lo que “comprender” es comprensión der SER**”.²⁵

Con relación al **segundo** significado del DRAE, para la filosofía, sin desconocer el inmenso valor de la obra de GADAMER, “Hermenéutica” es algo más general que lo dicho por este célebre diccionario. En efecto, ella es una corriente de pensamiento cuyas raíces están en la Fenomenología de HUSSERL y en esa especie de Vitalismo defendido por NIETZSCHE, cuyos exponentes más connotados son, aparte de GADAMER, PAUL RICOEUR, LUIGI PAREYSON y GIANNI VATTIMO, cada uno de ellos adopta una específica postura frente a los problemas de la **Verdad** y del **Ser**. A pesar de lo específico que pueda

24 GRONDIN, Op. cit., Págs. 110-111.

25 En su obra “SER Y TIEMPO”.

ser cada uno, convergen en enunciados básicos comunes, afirmando que la “VERDAD” siempre es el resultado de una interpretación y el “SER” es una noción compleja integrada por otras dos: El Mundo y el Hombre. El SER, así entendido, es siempre una obra textual inacabada que debe vivir en su No-Conclusión; es inacabado porque siempre se despliega en su existir de modo análogo a como lo hace en su lenguaje.

A partir de lo expuesto, es imposible definir Hermenéutica, ya que es imposible que exista un lenguaje completo que nos permita entender esta No-Conclusión del ser, sino solo afirmar que ella es una suerte de “Ambiente” o “Clima” genérico que empapa varios espacios o ámbitos de pensamiento. En efecto, si el SER siempre será una obra textual inconclusa, es imposible, al ser el lenguaje escrito en sí inacabado, pretender una “definición” exhaustiva o lingüística (*Las definiciones no lingüísticas son imposibles*) del lenguaje ya que es incompleto dado que la condición humana²⁶ también lo es. Entendemos ahora por qué la segunda definición que da el DRAE en sí nada define sino que solo “DESCRIBE” la obra filosófica de GADAMER, muy sucintamente. Ella impregna a filósofos tan disímiles como MICHEL FOUCAULT, JACQUES DERRIDA, KARL OTTO APEL, RICHARD RORTY y HABERMAS, entre otros.

3.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

De lo que los filósofos hermeneutas han dicho, se deducen las siguientes características:

3.1.1 El Ser como “Lingüisticidad”.

En razón a que la hermenéutica traslada y aplica la interpretación de cualquier texto a lo ontológico, la “REALIDAD”, solo puede racionalizarse como un conjunto de relatos, textos, mitos, narraciones, creencias, monumentos, saberes e instituciones, que siempre heredamos y nos sirven como fundamento o base de lo que hemos dado en llamar “MUNDO” y “HOMBRE”. La Onticidad humana es solo lenguaje y este es el que hace factible hablar de lo que es “REAL”, en razón a que es el único medio por el cual nos hacemos oír. Al afirmar HEIDEGGER que “El Lenguaje es la “casa” del ser” nos señala que como humanos solo nos es dable habitar en la “Morada” que nuestro propio

26 La condición humana solo es humanamente comprensible por medio del Lenguaje, ella resulta del despliegue de mí ser en el existir que solo es posible como lenguaje, simultáneo con el despliegue en sus existires de los demás seres dentro del marco espacial de la Polis.

lenguaje nos brinda; este es el motivo por el cual el “MUNDO” y todo lo que en él acaece, incluidos nosotros(DASEIN), es imposible de ser pensado como una “COSA” que se “enfrenta” a nosotros, sino como una “COSA” en la cual estamos ubicados y donde se nos hace posible el “COMPRENDER”, es el lugar donde cada uno de nosotros se despliega en sus respectivos existires.

3.1.2 El Ontos siempre es “Histórico por ser “Temporal”.

De la primera característica se colige que es imposible pensar al MUNDO como algo estático o fijo, todo lo contrario, siempre está fluyendo, por lo que la **“REALIDAD” es en sí un proceso dinámico y no algo que está allí, como inmutable y, por ser así, nos remite a un desarrollo en el tiempo donde se explaya y se nos muestra (HISTORIA).**

Luego, la realidad es un “Proyecto” un relato inacabable que se nos transmite (TRADICIÓN), que tomamos o mejor, retomamos en el punto en el cual lo encontramos y, cuando desaparecemos, a nuestra vez, lo transmitimos. Por ello, solo podemos **“Entender el Mundo”** cuando adquirimos **“Conciencia Histórica”** acerca de cómo **se articulan las tradiciones** al generar ese “Proceso” complejo al que llamamos “Realidad” donde las “distancias” en las cuales esas “complejidades” se presentan las presentamos y las articulamos en un DISCURSO al que llamamos la **“Lectura” de la Historia**; así es como se nos “suministra” ese “objeto” que llamamos REALIDAD, del cual, también, **somos sujetos**. Conforme a lo expuesto, **nuestra visión del mundo siempre será relativa, contingente y parcial**, dado que todos los “Objetos” de conocimiento siempre serán “Objetos” históricos. Ahora bien, como el Ontos solo se sabe tal, o se reconoce como tal por ser lenguaje y Tiempo (Eventos), cada Hombre es un “Ser—En—El—Mundo” (HEIDEGGER), necesariamente estamos inmersos en ese ser del cual se pretende dar cuenta o explicar, por lo que en nuestra condición óntica es imposible tener un conocimiento absoluto, sistemático y “puramente” objetivo del Mundo, porque la **“interpretación” que nos dispone para la “comprensión”, debe antes “comprender” lo interpretable.**(Círculo Hermenéutico).

3.1.3 Pre comprensión y “Círculo Hermenéutico”.

En virtud de que todos los “Objetos” de Conocimiento son de carácter histórico, nosotros mismos también lo somos y, por serlo no podemos de manera neutra evaluar o valorar la realidad por lo que es imposible que existan “Saberes” desinteresados o transparentes y, tampoco podemos hablar de “imparcialidad”

ante los “Fenómenos” que integran la “Realidad”, por ser parte de ella; así, nuestro “Conocimiento” siempre estará mediado por un conjunto de prejuicios, expectativas y presupuestos que nacen de la Tradición con toda la fuerza para determinar nuestra comprensión al mismo tiempo que la limitan.. El “Mundo” al cual hemos sido “Arrojados” nos proporciona una “Cultura” que tiene, a su vez, un lenguaje específico, esa es precisamente la “FACTICIDAD” que posee la inmensa fuerza de “Manipular” nuestro conocimiento de la realidad porque se mimetiza con ella. Contra lo que podría pensarse, ella no nace de la subjetividad ya que no es original en cada uno, como particularidad de cada cual, sino que está, toda impregnada de historia y por ello, condicionada históricamente, por eso, **siempre la percibiremos como articulación pasado--futuro**, por lo que siempre será un puro “diálogo de tradiciones”.

Se deduce que cualquiera que sea la pregunta, ella ya prevé su respuesta por lo que anticipa la cosa que queremos conocer, dando origen así a una cierta “Circularidad” en nuestro proceso de comprensión; es a esta “Circularidad” la que se denomina “Círculo Hermenéutico” y ha sido sometida a una crítica durísima por el cientificismo y la Lógica ya que es imposible negar que existe una suerte de Petición de Principio. Empero, allí está el punto focal: la Hermenéutica no puede existir sin él.

3.2 CÍRCULO HERMENÉUTICO

GADAMER²⁷, a partir de lo antes explicado, se hace la pregunta trascendental de cuáles son las condiciones que hacen posible la “Comprensión” y afirma que solo podemos “comprender” cuando quien interpreta accede al texto que debe interpretar, dotado de una “Precomprensión”. **Pre comprender no quiere decir “Pre Juicio” sino orientar el texto al mundo vital del que hace la Interpretación.** Luego, el “Círculo Hermenéutico” es un límite al deseo de la Comprensión Absoluta pero, simultáneamente, sirve para liberarnos del “Conceptualismo” abstracto que siempre contamina cualquier investigación

27 Su obra básica es WAHRHEIT und METHODE —Verdad y Método-- es un estudio que traspasa los límites de la Filosofía como tal ya que es una crítica literaria, sociológica, teológica y jurisprudencial. En ella, él define los principios de una Hermenéutica Filosófica vista no como una simple técnica de comprensión sino como una reflexión básica sobre las condiciones mínimas necesarias de cualquier comprensión. En su 1º parte analiza la experiencia estética definiendo la verdad del Arte a partir de la indisociabilidad de sus dos rasgos esenciales: El Juego y Unidad de la Obra. La 2º parte aplica el modelo de la anterior a las ciencias humanas y la 3º Analiza el Lenguaje que es el medio de expresar las experiencias de los sentidos, la concretización del pensamiento y la existencia de los sujetos.

filosófica; este límite hace que la “Realidad” siempre sea un “DECIR” inconcluso o inacabado. HEIDEGGER, a su vez, dice que la “Circularidad” es una oportunidad y no una limitante restrictiva porque podemos por medio de la Facticidad y el Lenguaje provocar un encuentro de cada hombre con lo óntico que es dado por el DASEIN, como parte del SEIN, que siempre se está preguntando sobre el Ser, pero nunca lo crea ni lo construye, sino que solo alcanza a describirlo. La HERMENÉUTICA es una Ontología y no un simple método o una Gnoseología por lo que se está en una postura que contradice el subjetivismo propio de la filosofía de la modernidad al reivindicar al ser²⁸ y no al Hombre. Luego, VERDAD para la Hermenéutica es algo muy distinto de Verdad para la(s) Ciencia(s) en razón a que se afirma que **toda Verdad es necesariamente parcial, fugaz y relativa**. Cada sujeto, por ser en su condición óntica lenguaje, es en sí interpretable y por ser su individualidad algo irreducible es en sí EVENTO o fluir del tiempo, por lo que estos no son solo “Cosas” sino el Hombre mismo, así, la “HISTORICIDAD” del Ser radica en que este no puede resolverse como algo auto transparente.

PAUL RICOEUR afirma que la Hermenéutica es en sí una “Filosofía Reflexiva” que sirve para inquirir sobre el conflicto siempre existente entre las distintas interpretaciones de los “Símbolos” del Lenguaje; sigue a NIETZSCHE que exigía a la Filosofía *la función de desterrar las fábulas o misticaciones meramente ilusorias y los falsos valores de la conciencia (Moralidad)*, por lo que la Hermenéutica deba buscar “esclarecer” la “Intención” o el “Interés” que subyacen siempre dentro de cualquier modelo de “Comprensión” de la realidad, tal “Esclarecimiento” solo es posible cuando se usa la Teoría y el Método Psicoanalítico porque se desenmascaran las pulsiones y deseos que se “Ocultan” en el inconsciente, Es la Hermenéutica la que debe **restablecer el real sentido de los símbolos, ya que solo así es como se podría explicar el progreso de la conciencia**.

3.3 EL HOMBRE EN EL MUNDO

28 El estudio del ONTOS, conocido como “Metafísica”, de ARISTÓTELES, es una crítica a la concepción platónica de las Ideas y analiza al ser en cuanto ser y a ello lo denomina “Filosofía Primera” que coexiste con la Teología y ambas son NOUS y SOPHÍA. El Ser así considerado se puede “decir” de “varias maneras”, tantas como categorías o modos de predicación existen, la básica es la “SUSTANCIA” – OUSÍA– el sujeto del que se predica y las 9 restantes son los “ACCIDENTES” o “Cualidades” y “Modificadores” de la Sustancia y por ello ATRIBUTOS DE LA PREDICACIÓN, se presentan siempre con la OUSIA para Ser –ONTOS–.La OUSIA para ARISTÓTELES es *un compuesto de materia y forma –Hilemorphismo*— donde Hylé es un principio indeterminado y la Morphé es su esencia o naturaleza por lo que es la que determina que la Hylé sea lo que es y no otra cosa.

El Acto Hermenéutico que analicemos se basa totalmente en la existencia humana y es el único modo como dicha existencia se sabe a sí misma, comprendiéndose, de allí que HEIDEGGER haga del existir el punto de partida de lo que llama el “Ser—En—El—Mundo”. La Existencia es un ente que nos es accesible tal como es en sí, al filosofar, puesto que “Desvelamos” o Mostramos su estructura, para ello se parte de una pregunta: ¿Qué es el ser?, que se desdobra en otra: ¿Qué es lo que es? responde diciendo que no es la existencia personal o los intereses éticos **sino que lo que es, es el ser, dado que el hombre no está en el mundo y nada más, sino que “ES en el mundo”, algo que no se refiere a una localización espacial, un mero lugar en el que se despliega el existir, sino que es el rasgo principal o básico de lo que es el ser del hombre al constituir su existir**, por lo que no podemos pensar al hombre separado del mundo ya que la “Mundanidad” es parte del existir y el único Modo de ubicarla y entenderla²⁹.

El “Mundo objetivo” de que habla la Ciencia es mera presunción.

El “Ser—en—el—Mundo” no se agota en su relación con los Objetos, sino que invariablemente es “Mi—Ser—Con—Otros”, donde los “otros” son todos los que están en el Mundo con el mismo sentido, por lo que no se trata de una simple coexistencia o de un compartir accidental sino de algo que es de la esencia del existir humano el que las existencias de todos sean compartidas.

3.3.1 Cosas Objetivadas

Para HEIDEGGER³⁰ las “Cosas” son los “Objetos” en los que tengo interés, es decir aquellas que son susceptibles de “Un Uso específico por mí y para mí”, por ello las cosas se ligan entre sí “Según sirvan a mis Intereses”. Se deduce que **“OBJETO” es todo aquello que se constituye como “Útil” en el**

29 En “Carta sobre el Humanismo”, HEIDEGGER, dice: “Mundo no significa en ningún caso un ente ni un ámbito del ente, sino la apertura del Ser”; O sea, que el Mundo no es el conjunto de los objetos dentro del cual el Hombre es el Sujeto, sino un rasgo fundamental del hombre como existente. **Todo hombre se halla inevitablemente inserto en el mundo de las cosas y de las demás personas, tal inserción implica un vínculo a través de una red compleja de preocupaciones, tareas, intereses y cuidados, por lo que ella nos suministra la configuración inicial de lo real. “Lo que hay en primer lugar es mi mundo y no el presunto mundo objetivo propuesto por la ciencia”.**

30 Su obra está muy influida por HUSSERL, KIERKEGAARD y DILTHEY, ha sido considerada como una de las más elevadas expresiones del existentialismo, clasificación que él rechaza ya que lo que busca es mostrar que la Cultura Occidental supone la realización de sus ideales metafísicos tal como muestra la Historia desde Grecia Antigua hasta Hoy.

“Sistema de Relaciones” que existe. Los Instrumentos jamás están aislados por lo que cada uno se define dentro de la totalidad en la que figuran (Aguja, Hilo, Tela, Etc.), la Aguja implica al hilo y a su vez, el hilo implica a la tela; empero, los objetos no se reenvían entre ellos mismos de modo circular, sin sentido, ya que el final de la “totalidad” de los instrumentos es el Hombre. Así, el “Ser de las cosas” no es lo dicho por la metafísica clásica: una mera presencia o localización en un espacio abstracto, sino que significa que **“Pertenece”** a la totalidad instrumental que es en sí el mundo.

Es esta disponibilidad de uso de las cosas y, lo más importante, su significado en relación con nuestra vida, la forma más originaria de ofrecerse a nosotros, la “Objetividad” deja de ser lo que la ciencia dijo que era, vale decir, una perspectiva privilegiada desde la cual analizar o reflexionar el mundo pasando a ser solo un “Punto de Vista” en sí limitado que está determinado previamente por otros intereses. El planteamiento Heideggeriano sobre la Objetividad es notable por que **desaparece** el conflicto entre **“Interpretación Científica”** e **“Interpretación Práctica” del mundo** ya que tales conceptos son coordinables si el punto de partida para ello radica en **“Aceptar” que la objetividad de las cosas es solo un modo de determinación de la particularidad del instrumento.**

3.4 EL CONCEPTO GADAMERIANO DE VERDAD

Todo el esfuerzo del pensamiento de GADAMER es restaurar la dimensión original de lo que es el rasgo esencial de la filosofía clásica: la VERDAD, muy cuestionada después de la triple ruptura generada por la Modernidad a través de la **física** del siglo XVII, el **historicismo** del XIX y la separación total entre la **comprensión óntica o metafísica** y la **comprensión moderna del mundo** efectuada por la Ilustración. De allí que en *“Verdad y Método”*³¹ busque, como indica Vattimo, la intención de superar esas rupturas. En su primera parte,

31 La publicación de “Verdad y Método” en 1960 significó hacer de la hermenéutica, limitada desde su nacimiento como simple auxiliar de la teología y de las así llamadas “ciencias del espíritu”, una **forma integral de racionalidad**. La función de auxiliar de la Teología fue superada por Schleiermacher y Dilthey con la universalización del problema de la comprensión y su consolidación como hermenéutica ontológica heideggeriana. Gadamer asume la tarea de redefinir la herencia de la tradición hermenéutica como un todo, dejando de lado su aislamiento dentro del áspero pensamiento Heideggeriano. Sobre esto HABERMAS dijo: **“Gadamer urbaniza la provincia heideggeriana, haciendo de la hermenéutica un terreno transitable, aunque el precio pagado por ello haya sido, sin duda, cierta pérdida del vigor y de la capacidad «des-fundamentadora» del pensamiento radical”**.

rechaza el modelo metódico-objetivista como ideal del conocimiento histórico; luego, generaliza el modelo hermenéutico como base de la totalidad del saber, esto es, tanto de las ciencias de la naturaleza como a las relativas al hombre en su pura condición humana, llamando a este campo “Ciencias del espíritu”; y, por último, aborda *la compleja problemática del lenguaje, preguntándose por su connotación hermenéutica, que viene a ser la base en que se articula la tradición única mediadora entre pasado y presente.*

La consecuencia fundamental de las rupturas citadas, afirma Gadamer, fue la extensión de una concepción reduccionista de la verdad, identificándosela con el mero control metodológico de las “condiciones de objetividad” del conocimiento que condujo a una escisión de la racionalidad en espacios independientes. El propósito Gadameriano es establecer la dimensión de la verdad por medio de restablecer el carácter integral de la racionalidad, superando la malograda síntesis hegeliana entre ciencia y filosofía. La primera ruptura, la física en el siglo XVII y su inmediata asimilación como paradigma de conocimiento genuino, supuso que la ciencia empírica moderna erigiese, de modo excluyente, un concepto de verdad como conocimiento Sujeto / Objeto, sometido solo a las estrictas reglas metodológicas cartesianas.

GADAMER no duda en oponerse a tal pretensión de exclusividad que solo puede adoptarse como un reduccionismo sobre lo que es la “Verdad”; por ello, en la Introducción de “Verdad y Método” destaca la originalidad especialísima y por tanto única del fenómeno de la comprensión frente a los desarrollos del pensamiento objetivante al afirmar: “**El fenómeno de la comprensión no sólo atraviesa todas las referencias humanas al mundo, sino que también tiene validez propia dentro de la ciencia, y se resiste a cualquier intento de transformarlo en un método científico.** La presente investigación toma pie en esta resistencia, que se afirma dentro de la ciencia moderna frente a la pretensión de universalidad de la metodología científica. **Su objetivo es rastrear la experiencia de verdad, más allá del ámbito de control de ella, allí donde se encuentre, e indagar su legitimación**”. Por ello “Verdad y Método” comienza con un análisis de los contenidos de Verdad presentes en la experiencia estética.

En GADAMER,³² la precomprensión con que nos dirigimos al texto a interpretar implica siempre una aplicación presente o actual de la conciencia del intérprete, por lo que el “Círculo Hermenéutico” envuelve una acción recíproca del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete, ya que la precomprensión del que interpreta hace que el texto sea algo distinto a lo largo del proceso pre comprensivo y, reciprocamente, el texto modifica las concepciones del intérprete; la pre comprensión es, en quien interpreta, una conducta creadora por concurrir dos dimensiones de experiencia, la del texto cuando fue escrito y aquella en la que el intérprete está. INTERPRETAR es en si la unión de estas dos dimensiones de experiencia. Estas dimensiones, permitirán contestar estas preguntas:³³

¿Cómo se da el fenómeno llamado comprensión?

¿Podemos hablar del “correcto” entendimiento de lo entendido?

Ellas centran el pensamiento de la filosofía hermenéutica, pues desde vieja data ha existido una hermenéutica de lo teológico y una de lo jurídico, pero el carácter de estas tiene que ver con el comportamiento específico de quien “interpreta” textos que ab initium se tienen como provenientes de la deidad (Revelación divina) o mensajes específicos del dios o diosa que regula la “Justicia”. Esto nos muestra que “comprender” textos por medio de interpretarlos es una actividad humana que permite “entender” al mundo. La filosofía Hermenéutica se propone hacer de la interpretación un método de análisis y comprensión en sí, válida y capaz de decirnos cómo “comprendemos” el mundo. Sin embargo “Teología y Derecho pretendieron posar como ciencias”, de allí su pretensión de dar fe de que sus enunciados eran “VERDADEROS”. Cuando se entiende lo que es la Tradición que permite validez la comprensión de textos la pregunta básica que surge es: **¿Qué tipo de conocimientos son la Teología y el Derecho?**

32 Este propósito no se opone a la ciencia como tal, sino al cientificismo, la hermenéutica no se presenta como una alternativa a la ciencia ni le impone restricciones a su naturaleza sino que le señala en qué medida la precede y la hace posible. Lo que en si se pone en juego es la **construcción de un concepto de verdad que otorgue un sentido unitario al mundo, válido para todos**, concepto desmembrado tras el colapso de la visión metafísico—religiosa del Medievo, en esferas independientes e institucionalizadas de racionalidad. Luego, establecer un concepto de verdad es imposible de elaborarse sin la pretensión universalista de la hermenéutica de Gadamer, que parte del rechazo de la moderna división de la razón en tres categorías tenidas como independientes: cognitiva, normativa y expresiva.

33 Ver VERDAD Y MÉTODO.

Eso que llamamos “Comprendión”, enseña GADAMER, es transversal a todas las referencias que dan cuenta o explican las experiencias humanas acerca de lo que es el mundo sino que también tiene que ver con lo que hoy llamamos “Ciencia”, sustentada en eso que habitualmente denominamos “Método” pero que en si NO lo es. La filosofía Hermenéutica se propone dar cuenta de la “experiencia” de lo que es la “verdad” en el ámbito de validez y de control de lo que se entiende hoy por “Metodología de las Ciencias” e, incluso, por “ciencia” en cuanto tal.

La filosofía Hermenéutica estudia las formas como la experiencia se muestra por fuera de la Ciencia en los campos denominados Arte, Historia y la Filosofía misma, que generan “**Verdades**” no verificables por los instrumentos de la metodología científica. Por ende, la filosofía hermenéutica tiene muy claro que debe legitimar la pretensión de “**Verdad**” de esta forma de conocimiento que indaga por la experiencia de lo verdadero a pesar de que la razón no puede explicarlo todo. Pero podemos inquirir sobre la “VERDAD” de nuestra comprensión lingüística del mundo; a su vez, esta comprensión se adquiere al aceptar la historia de la filosofía como historia de la ciencias por medio de los modos como el logos explica la fenomenología contenida en eso que llamamos “**Mundo**” y, lo más importante, los modos como el logos toma conciencia de su racionalidad, racionalmente, al precisar las posibilidades epistemológicas de su actuar y de los errores en la aprehensión de los fenómenos que se introducen por “errores” en las percepciones de los sentidos.

La concepción de “Verdad” de los filósofos clásicos hoy hace parte de la reflexión de las condiciones de “**como sabemos que sabemos**” y “**que es susceptible de ser sabido**”, por lo que es imposible dejarlas a un lado. Por ello, Platón, Aristóteles, Leibniz, Kant, Hegel, están entre los principales filósofos. Entender su pensamiento de ellos supone aprehender una “Verdad” que es imposible de entender por otras vías y que puede entrar en choque con patrones usados por otras Ciencias llamadas “Duras”. Eso es lo que hace KANT en su Razón Pura al preguntarse cuáles son las condiciones de nuestro logos que hacen posible la Ciencia de la modernidad, hoy; actualizando la Razón Pura nos hacemos la pregunta que se formula GADAMER ¿cómo comprendemos?

Precisado lo anterior, GADAMER aborda la “solución” de “la cuestión de la verdad” desde la experiencia de lo que es el arte, como punto de partida. La investigación acerca de lo “Estético” da por cierto, de entrada, que es imposible

reemplazar o pasar por alto la “experiencia del arte”, que por ser “experiencia” es una “Verdad” solo alcanzable desde lo “filosófico del arte”, donde la comprensión del Arte se afirma frente a cualquier razonamiento. Luego, lo que llamamos “Conocimiento” y “Verdad” no es más que todo el conjunto de nuestra “Experiencia hermética”. Luego, este tipo de “verdad” supera el “conocimiento que nace de un método y, por lo tanto, en lo que a las “Ciencias del espíritu” se refiere, la “Verdad” es **“Tradición histórica”**; Empero, esa tradición que valida nuestro marco referencial interpretativo en el aquí y en el ahora, ES, a su vez un “objeto” de Investigación, por lo que dicha tradición nos habla desde una “verdad que le es propia”. *La Verdad de la tradición no es una verdad sujeta a lo que tenga que decir la crítica razonada de la historia, sino que es una “Verdad” de cada cual por estar en el mundo, que sirve para validar nuestro horizonte interpretativo y los referentes hermenéuticos.*

Gadamer, en efecto, siguiendo a Heidegger, demuestra que la comprensión NO ES uno de los modos del comportamiento del sujeto en el despliegue de su subjetividad, sino **el modo de ser de cada uno de nosotros en el “Estar ahí”**. Modo de ser que es la especificidad de cada cual y por ende su finitud donde el despliegue del logos que comprende que debe comprender, especificidad que al mismo tiempo es universal porque debe abarcar todo; esto no es algo alucinante o pura arbitrariedad de lo subjetivo sino que está en la naturaleza misma de nuestra condición humana y de las cosas que integran el “Mundo”.

La filosofía hermenéutica NO ES, ni desea serlo, una teoría General de la Interpretación, ella es **un reflexionar sobre como comprendemos**, ya que “Comprender” no es un comportamiento subjetivo frente a un “Objeto” que viene dado por aprehensión sensorial. Esto es de especial significación en el Derecho, ya que aplicar una Ley es en sí un Momentum de la comprensión del Derecho, donde la pretendida dicotomía entre el jurista que “Piensa” sobre el Derecho y el jurista práctico que lo “aplica” para dictar una sentencia, carece de sentido. Luego, lo que **Gadamer busca, es restaurar la unidad de la razón a través de un concepto de verdad que anteceda al pensamiento objetivante y cuya raíz se halle en la experiencia cotidiana de nuestra comprensión del mundo.**

El concepto de verdad hermenéutica es una exigencia para la constitución de una teoría de y en la praxis cotidiana, del «mundo de la vida» (*Lebenswelt*) que

es el “Barro” original de cualquier configuración de lo real. Tal planteamiento encamina a GADAMER de modo inevitable a una rehabilitación de la tradición humanista desde Platón y la Stoa hasta el Renacimiento, desde Vico hasta la filosofía moral escocesa y el historicismo del siglo XIX, que a través de conceptos como «formación», «juicio», o «sentido común», **configuran una concepción no reduccionista de la verdad implicada en la autorrealización integral del ser humano.** En esta perspectiva, es muy entendible el rechazo Gadameriano a la teoría tradicional del conocimiento basada en las reglas cognoscitivas del científicismo y de la teoría del conocimiento, presentes en la filosofía de los siglos XIX y parte del XX. Aceptando que el conocer se apoya inevitablemente en nuestra pre comprensión del mundo, no puede existir un punto de apoyo del saber autoevidente.

Por ello, **El problema del conocimiento traslada su punto nodal al ámbito de la razón práctica ya que se olvida de la búsqueda obsesiva de una metodología de la certeza, en si imposible, ya que nunca acabaríamos de elaborarla como objeto de estudio.** Lo que realmente se verifica es una permanente y dinámica «fusión de horizontes» (de intérprete e Interpretandum) donde nacen nuevas “verdades” en el día a día.

La ruptura con el historicismo surge del intento de objetivar la conciencia histórica, que en si es un efecto de cómo concibe Dilthey las “Ciencias del Espíritu”. El propósito Diltheyano de definir las condiciones de posibilidad de una “verdad” de la historia como Expresión central de esas “Ciencias del Espíritu” (a semejanza de la tarea efectuada por Kant con las ciencias naturales), lo encaminó a **comprender la historia, influido por Hegel, como el conjunto de todas las objetivaciones del espíritu humano.** La tesis gadameriana de la determinación histórica de la conciencia se desarrolla mediante el análisis objetivo de “épocas” que configuran los sentidos que la misma asume. Nadie ignora que la búsqueda de la síntesis de la tesis del condicionamiento histórico de la conciencia con la construcción de un saber histórico objetivo, llevó al historicismo a aporías irresolubles ya que si la historia quería alcanzar el status de ciencia debía, necesariamente, tener un carácter unitario. Esto en principio, pero, por otra parte, ¿cómo “comprender” la unidad de la historia universal desde la perspectiva de un ser históricamente limitado? Frente a esta aporía, Dilthey hace converger las distintas formas de experiencia de la verdad: la del arte, la de la filosofía y la de las ciencias. Adquiriendo el concepto de “sentido

común” un fuerte sentido crítico frente a las pretensiones del científico, al comprenderse no como realismo ingenuo, sino como **un sentido creado por la comunidad para reconocerse como tal** (G. Vico).

A partir de la crítica kantiana a las teorías del sentimiento moral, fue cuando comenzó a devaluarse su significado filosófico³⁴. Estamos ante una fundamentación objetiva de las “ciencias del espíritu” a partir de “Exhibir” las aporías del historicismo y de las “soluciones” metafísicas puras, que son, así, fruto de una concepción desvirtuada de lo que es la naturaleza de la historicidad al referirse solo al problema de la objetividad de la conciencia histórica. Para GADAMER, pues, *“la conciencia histórica no es el resultado de un esfuerzo reflexivo que nos pone en la situación idónea para aprehender objetivamente el fenómeno de la historicidad”*; porque ello equivale a olvidar que **“en realidad no es la historia la que nos pertenece, sino que nosotros somos los que pertenecemos a ella”**.

La conciencia histórica es la que permite reconocernos como humanos, por ser una experiencia dinámica y dialéctica, que se sitúa más allá de la férrea escisión sujeto / objeto, al estar alimentada por los efectos históricos respecto de los cuales puede ella misma ser conciencia; a esto, Gadamer lo llama **“conciencia de la historia efectual”** (*wirkungsgeschichtliche Bewusstsein*), puesto que *en todo proceso comprensivo se realiza una fusión de horizontes donde la tradición es interpretada desde el presente, pero esta interpretación, a su vez, está mediatisada por los efectos históricos de ella en nuestro presente”*.³⁵ En su

34 GADAMER hace del concepto de «lo clásico» una profunda experiencia de verdad que trasciende las delimitaciones temporales, al decir que: «*Es una conciencia de lo permanente, de lo imperecedero, de un significado independiente de toda circunstancia temporal, la que nos induce a llamar ‘clásico’ a algo: una especie de presente intemporal que significa simultaneidad con cualquier presente*». En 1962 en una conferencia titulada *Die Philosophische Grundlagen des zwanzigsten Jahrhunderts* él sostiene que los tres grandes interlocutores (Partners des Gesprächs) de nuestro siglo son: PLATÓN, KANT Y HEGEL al afirmar: *“Su valor radica en haber abierto perspectivas para la comprensión del mundo que por su enorme productividad histórica aún permanecen operantes en la actualidad. Platón, por haber concebido en el Fedón, por primera vez, el pensamiento como experiencia lingüística del mundo; Kant, por haber distinguido entre el yo pienso y sus representaciones, es decir, por haber distinguido entre el conocimiento y sus condiciones de posibilidad y, por último, Hegel por un concepto de Espíritu que trasciende la subjetividad del yo en tanto sujeto o sustrato de la historia”*.

35 En el pensamiento Gadameriano, es importantísimo entender en toda comprensión un momento de continuidad en la corriente de la tradición, que en sí, le otorga su sentido, ya que **“el tiempo deja de ser primariamente un abismo que hubiera de ser salvado sino una posibilidad positiva y productiva del comprender”**.

período final, Dilthey, afirmó: “**la misma filosofía solo vale como expresión de la vida y, en la medida en que ella es consciente de esto, renuncia a su antigua pretensión de ser conocimiento por conceptos**”.

La hermenéutica Gadameriana restablece la dimensión originaria de la **verdad** superando la ruptura producida por la modernidad en lo que muchos denominan «*querelle des anciens et des modernes*», con alternativas excluyentes entre la comprensión metafísica y la comprensión moderna del mundo³⁶.

A partir de lo explicado, se revela la experiencia de “verdad” denominada «tradición»; ella y solo ella es la que modela nuestra apropiación del presente del mundo que debe ser preservada para no convertirnos en una subjetividad vacía divorciada de nuestros orígenes. Dentro de esta dirección, inseparable de la gran tradición filosófica alemana, Gadamer defiende el valor reintegrador de los textos clásicos, ya que en ellos se nos muestra el carácter general del ser histórico a los que, incumbe inevitablemente “*el ser conservación en la ruina del tiempo*”. Así, “Tradición” es mucho más que un “pasado”; **es la propia condición de posibilidad de nuestra reflexión, en tanto que siempre estará mediatisada por ella**. Por ello, la “tradición” va más allá del importante papel de ser puente en la disyuntiva, supuesta, entre la comprensión metafísica y la comprensión moderna del mundo y pasa a ser una instancia clave en que se basa el proyecto de superación de las tres rupturas abiertas por la Modernidad al restablecer la continuidad de la pretensión originaria de verdad subyacente en la filosofía clásica. El planteamiento gadameriano no es una opción estética o moral, aunque ello se muestre tácitamente en su obra, sino que en lo esencial, tiene un carácter ontológico que se muestra en la pretensión de universalidad de su propuesta hermenéutica³⁷.

36 Esta concepción no sólo “disuelve” las aporías de una razón histórica que pretende objetivar el marco en el que ella misma siempre se encuentra, sino que exige una nueva dimensión de “Verdad” porque, como él mismo dice: “*no se trata de seguir preguntándonos si el hombre puede comprender la historia y cómo: si los métodos de la conciencia histórica pueden tener la dignidad de ciencia o no; si la historia, en cuanto tal, está dotada de sentido unitario y total o no. Al contrario, se quiere ver en qué medida es intrínsecamente histórica la comprensión que el hombre tiene de sí mismo, ya que el hombre modifica continua e ineluctablemente la propia comprensión de la historia*

37 Las tesis de este restauracionismo hermenéutico no deben confundirse con las sostenidas por una hermenéutica reconstructiva, como constata con acierto PAUL RICOEUR, al decir que es en este binomio restauración–reconstrucción donde se ha polarizado el debate contemporáneo sobre la hermenéutica. La hermenéutica busca sacar a la luz los olvidados nexos originarios del sentido, con una intención muy desenmascaradora de los intereses materiales involucrados en nuestras pretensiones racionales de validez.

Esta concepción de “Verdad” de Gadamer es Heideggeriana, algo que él reconoce y profundiza. Debe destacarse, eso sí, que su propósito de mostrarnos el contexto originario de la verdad al restaurar la continuidad de la tradición clásica y la experiencia reflexiva que de ella surge, difiere, en mucho, de lo planteado por Heidegger, ya que al revitalizar la tradición del pensamiento occidental como respuesta a la crisis de la Modernidad contrasta con el juicio Heideggeriano de que esta crisis **es expresión del prolongado olvido de la pregunta por el Ser que recorre la historia del pensamiento occidental**. Esta diferencia con su maestro se debe a la fuerte influencia hegeliana en su concepción sobre la naturaleza de la conciencia histórica desprovista de la idea de una síntesis final en una autoconciencia absoluta. Gadamer varias veces habló de “**la necesidad de leer la Fenomenología del Espíritu hacia atrás**”, que como afirma, HEGEL fue que la pensó; es decir, *como una reconciliación del pensamiento con su origen mediante la restauración auto consciente de su historia; entendiéndola como historia de las objetivaciones de dichos pensamientos.*

3.5 LA CONDICION DE UNIVERSALIDAD DE LA HERMENEUTICA

La fortaleza de la hermenéutica gadameriana radica en el análisis existencial de Heidegger en “*Ser y Tiempo*”, donde “*la comprensión no es sólo un modo más, entre otros, de comportarse el Dasein, sino su propio y específico modo de ser y, por eso, fundamento de su humanidad*”. Es desde esta concepción ontológica Heideggeriana que la hermenéutica nace, afirma Gadamer, para designar “*el carácter esencialmente móvil del estar ahí, que constituye su finitud y su especificidad y que por lo tanto abarca el conjunto de su experiencia del mundo*”; alejándose del carácter instrumental de la hermenéutica clásica considerada solo como un procedimiento para la “correcta interpretación” de textos religiosos oscuros.³⁸

En esta perspectiva, el propósito de la hermenéutica no es el establecimiento de cánones de interpretación textual, ni crear un procedimiento metodológico específico para las ciencias del espíritu, **sino describir cómo comprendemos**

38 En relación a su propio proyecto, **Gadamer** expresó en muchas ocasiones su deuda con **Heidegger**. Así lo dice en la introducción de “*Verdad y Método*”. Lo meticuloso de la descripción fenomenológica, que en **Husserl** es esencial, la amplitud del horizonte histórico en el que **Dilthey** enmarca el filosofar, así como la mutua interpenetración de estos impulsos con la orientación recibida de Heidegger, dan la medida que aplica en su trabajo y, esos vínculos no se oscurecen por las imperfecciones de su desarrollo. La interpretación de Gadamer de la “*Fenomenología del Espíritu*” se opone a la dada por los representantes de la crítica de las ideologías, como Habermas, Apel, Wellmer y otros, que la tienen como una novela que describe las gestas del proceso de independencia del espíritu hacia su plena autoconciencia.

en cuanto tal. Dice GADAMER que “*No está en cuestión lo que hacemos ni lo que debiéramos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer*”. Dado que como seguidor del criticismo kantiano, **Gadamer no desea prescribirle nada al conocimiento, sino determinar las condiciones de posibilidad del comprender implícitas en la totalidad de nuestra experiencia del mundo.**

La primera característica del comprender reside en su propia base lingüística, dado que fue así desde su origen, cuando se usaba como un simple arte de la interpretación, al estimar que su problemática básica era entender las dificultades lingüísticas de textos tenidos como sobresalientes. O, conforme a la hermenéutica romántica de Schleiermacher y, a pesar de la ampliación de la problemática más allá de la interpretación textual, siguió siendo concebida lingüísticamente en su objetivo de siempre, el de determinar la “correcta” interpretación restituyendo, por una cierta empatía a la intención del autor, el “verdadero sentido” que todo texto busca comunicar. El lenguaje siguió como un mero instrumento *usado en función de la comprensión de la verdad respecto de la cual, mantenía una relación externa*. “Verdad y Método” es una respuesta al callejón sin salida del objetivismo y del metodologismo de la hermenéutica historicista.

En Gadamer, en cambio, el carácter lingüístico de la comprensión es intrínseco a la propia experiencia hermenéutica dotada de sentido transcendental, apartándose de la crítica de Heidegger al transcendentalismo kantiano en el problema del conocimiento. Gadamer no renuncia a él, reconstruyéndolo desde el principio mismo del descubrimiento fenomenológico. Enfoque que, a su juicio, igual que para Apel, es innegable en las proposiciones heideggerianas acerca de la comprensión. En la proposición “*Esto es un ente*”, Heidegger distingue entre el “ES” y el “ESTO”; en este último se verifican los aspectos empíricamente determinantes (ónticos), en tanto que en él ES, se muestra la comprensión del ser que de forma previa y concomitante acompaña a todas las determinaciones ónticas. Esta pre comprensión del ser siempre está implícita en nuestro lenguaje³⁹,

39 Dice GADAMER que “al igual que el juego no se agota en la conciencia del jugador, El lenguaje tampoco se agota en la conciencia del hablante y es en esto también más que un comportamiento subjetivo”, idea extraída de la tesis de Heidegger según la cual “no somos nosotros los que hablamos, sino que, en un sentido profundo, es el lenguaje el que habla a través de nosotros”. Se deja de lado la concepción instrumental del lenguaje que lo reduce solo a su función objetivante y designativa, en favor de su carácter transcendental. “La Lingüística es totalmente inherente al pensar de las cosas que resulta una abstracción pensar el sistema de las verdades como un sistema previo de posibilidades del ser, al que habrían de asignarse los signos que utiliza un sujeto cuando echa mano de ellos”.

siendo, para Gadamer y Heidegger como para Kant, en otro sentido, la condición transcendental de posibilidad del “dársenos” los objetos.

Gadamer, en una célebre expresión, precisa la condición universal de la comprensión como experiencia hermenéutica que, a su vez es pura experiencia lingüística, al decir: “**El ser, que puede ser comprendido, es lenguaje**”. Tal comprensión “pre ontológica” del Ser implícita en el lenguaje —afirman Apel, Heidegger y Wittgenstein— Kant la llamó “condiciones trascendentales de posibilidad de los objetos de la experiencia”.⁴⁰ Como observa Vattimo, la correcta comprensión de esta tesis debe tener presente que la expresión: “*El ser, que puede ser comprendido, es lenguaje*” debe leerse respetando las comas del idioma alemán, ya que es así como se garantiza la condición universal del carácter lingüístico de la comprensión. Si no, nuestra lectura se resolvería bien en una tautología —en orden a la que sólo el ser susceptible de comprensión devendría lenguaje, a diferencia del ser que no es lenguaje porque no puede ser comprendido—, o bien, en una lectura diltheyana de acuerdo con la que sólo el ser que puede ser comprendido, en oposición al que puede ser causalmente explicado, es lenguaje, y tiene, por ello, “relevancia hermenéutica”. Podemos, sin embargo, seguir interrogándonos sobre cuál es la situación efectiva del postulado de la relación entre lenguaje y comprensión, ya que la afirmación “**El ser, que puede ser comprendido, es lenguaje**”⁴¹, puede ser entendida como expresión de un idealismo extremo ónticamente insostenible, según el cual no existiría nada más que lenguaje. Gadamer, consciente de esto, nos dice que la desechemos en nombre de un adecuado

40 Afirma GADAMER Nuestra auténtica experiencia lingüística del mundo o experiencia hermenéutica, en sentido gadameriano, no reside en nuestra competencia gramatical para hablar de él, sino en el descubrimiento de que el ser habita en el lenguaje. Es en el lenguaje donde se expresa y sedimenta nuestra apropiación del mundo.

41 La tesis de que «**el ser, que puede ser comprendido, es lenguaje**», causa controversia ya que el texto original reza :<*Sein, das verstanden iverden kann, ist Sprach*>, donde existen un par de comas que no son problemáticas en Alemán, cambian el sentido, al incluirlas o no, en las traducciones a lenguas romance. VATTIMO dice que “esta frase le causó numerosos problemas al traducirla al italiano ya que hace referencia a **nuestra experiencia radical del ser, que se nos hace presente en y por el lenguaje**. Pero un hacerse presente que —no podemos soslayar— no es sino el presentarse de la cosa misma a la que nuestra subjetividad debe dejar hablar. Dice Gadamer que “**ninguno de los dos —lenguaje y comprensión—son simples objetos, sino que ambos abarcan todo lo que de un modo u otro puede llegar a ser objeto**”. Es decir, la experiencia hermenéutica como algo puramente comunicativo es el resultado de la constante fusión de los horizontes del **Intérprete y lo Interpretado (Interpretandum)**, pero en dicha fusión ambos horizontes son dinámicos, se transforman mutuamente alcanzando una síntesis superadora de sus respectivos perfiles iniciales que es a lo que llamamos “comprensión”.

entendimiento del carácter de la experiencia hermenéutica. Una experiencia que es, ante todo, experiencia comunicativa **en el preciso sentido de que la comprensión y la verdad sólo pueden resultarme posibles de considerar dado que quien está frente a mí como interlocutor tiene algo que decirme.**

El horizonte de la tradición donde se inscribe lo “Interpretado” (*Interpretandum*), condiciona el horizonte del intérprete al ser un puro horizonte del presente, resultado de la compleja trama de sus efectos históricos; a su vez, el horizonte del presente, así condicionado, reinterpreta aquél dándole un nuevo significado, **modificándose así su futura incidencia histórica**. En este sentido, la comprensión se ve abocada a reconocer en todo momento su condición temporal, por medio de tomar conciencia de su cadena de efectos “cronológicamente” dispuestos ya que **“La comprensión es una forma de efecto y, se reconoce a sí misma como ‘efectual’ por estar construida desde los efectos de la tradición histórica de la cual es conciencia”**. Gadamer encuentra en el esquema hegeliano de la unidad de la identidad y la diferencia el modelo que define la estructura hermenéutica de la conciencia como conciencia de la historia efectual. Según él, **“la comprensión no será sino el proceso mediante el cual el objeto, que parte como la alteridad radical de la conciencia, es reconocido, finalmente, como un elemento inescindible de ella misma, complicados ambos, objeto y conciencia, en el trabajo unitario de formación del sentido”**. El concepto de historia efectual tiene otro importante papel en la determinación de la condición universal de la comprensión cual es que *si reconocemos que la comprensión está siempre mediatisada por los efectos históricos de nuestra tradición*, deberemos, concluir que la temporalidad no es algo extrínseco a ella, sino su propia condición tanto de posibilidad como de validez.

Gadamer, basado en Hegel, defiende el carácter intrínseco y no, de mero instrumento, de la temporalidad en el proceso de comprensión. Frente al objetivismo de la hermenéutica historicista que exigía a la comprensión, por analogía con el método científico–natural, la superación de la distancia temporal con el fin de enfrentarnos al objeto en su mismidad descontaminada de subjetividad. *En este marco es donde podemos comprender la dimensión transcendental del concepto «tradición», definido como el sustrato histórico⁴²*

42 Para Gadamer, siguiendo a Hegel, “**la esencia del espíritu histórico no consiste en restituir el pasado, sino en hacer de mediación del pensamiento con la vida actual**”. Mediación del pensamiento que no puede concebirse como una relación exterior sino como unidad, es en este contexto que debe comprenderse el alcance y significado del concepto gadameriano de “fusión de horizontes”.

de nuestra experiencia lingüística del mundo, que no se nos presenta como un dato más, sino que somos nosotros los que estamos ineludiblemente inmersos en ella, sujetos a sus efectos, formando en ese sentido parte de las condiciones mismas de posibilidad del comprender, como sostiene Heidegger.

Las críticas a este concepto ontológico de tradición, uno de los temas más fructíferos e interesantes del siglo XX, ha girado tanto para GADAMER como para Heidegger en que HEGEL en su *"Fenomenología del Espíritu"* tiene el valor de haber descrito la estructura de la conciencia humana como un proceso de autoformación a través de sus sucesivas experiencias. Regresando al análisis del valor hermenéutico de la distancia temporal, no sólo como condición de validez, de lo que denominamos muy matizadamente, «objetividad»⁴³, «La distancia —afirma Gadamer— es la única que permite una expresión completa del verdadero sentido que hay en las cosas. Sin embargo, el verdadero sentido de un texto o en una obra de arte no se agota al llegar a un determinado punto final, sino que es un proceso infinito», por lo que nuestra objetividad debe ser permanentemente renovada como producto o resultado⁴⁴. Este concepto de objetividad solo se entiende en un marco estrictamente ontológico, donde los criterios de objetividad, cualesquiera que fuesen, es imposible sustraerlos de su específica historicidad, por lo que el único «criterio» disponible solo lo da su propia temporalidad, siempre operante.

43 La incondicional defensa de la «tradición» como presupuesto de cualquier comprensión sitúa a Gadamer, a juicio de sus críticos, en una posición pre ilustrada, en la que, en definitiva, la fuerza de los prejuicios y la autoridad de la tradición prevalecen frente a la fuerza de la razón. Para GADAMER, tal acusación nace de una falsa oposición entre tradición y razón, por lo que es infundada. La rehabilitación de conceptos como tradición, prejuicio y autoridad, debe entenderse, a su juicio, en el estricto marco de una concepción ontológica de la verdad que se mueve, por tanto, en un estadio previo a cualquier planteamiento valorativo. Son conceptos que no representan sino el marco de las condiciones de posibilidad de la comprensión, frente al carácter peyorativo que actualmente poseen y que procede precisamente de la mencionada escisión antigüedad-modernidad generada por la autocomplacencia racional de la Ilustración. La auténtica autoridad no surge de tipo alguno de autoritarismo; sino de la autoridad de la razón. El prejuicio no es en sí superstición ni irracionalidad, sino, en sentido positivo y originario, la pre-comprensión de la que siempre partimos. Los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser. Y, la tradición no es, en sentido estricto, oscurantismo, sino el sustrato en el que hunde sus raíces toda nuestra actividad racional.

44 El debate entre la posición de la hermenéutica ontológica gadameriana y la crítica de ideologías (Habermas, Apel, Bubner, Wellmer, Bormann, entre otros) está recogido en *"Hermeneutik und Ideologiekritik"*, Suhrkamp, sobre la incesante variación de nuestra distancia temporal frente al objeto. Esa distancia temporal es un filtro de las diversas opciones enfrentadas, posibilitando la objetividad. Sin embargo, esta afirmación no significa que la hermenéutica gadameriana sea valorativa o reglada, como ocurre con la de Emilio Betti, pensada para resolver disputas sobre supuestas correcciones o incorrecciones interpretativas; significa renunciar a la pretensión de universalidad de la hermenéutica, postulada por GADAMER.

3.6 VERDAD Y PRAXIS

Los griegos llamaron αλήθεια (Aletheia) a lo que los romanos llamaron *Veritas* y que en castellano se enuncia como **Verdad**. La filosofía griega entendió por tal “**la validez o la eficacia de los procedimientos cognoscitivos**”; luego, *Verdad es la cualidad por la cual un procedimiento cognoscitivo cualquiera resulta eficaz.*

La noción griega de Verdad es aplicable tanto a los que ven en el conocimiento un proceso mental o que estiman que este es un proceso lingüístico—simbólico y posee la ventaja de dejar de lado la distinción que se hará después entre “definir” la verdad y cuál es el “criterio” de verdad. La Distinción la hicieron los escolásticos al hablar de la “verdad revelada” que depende de la evidencia que sustenta la certeza de lo revelado. En KANT, la Verdad es la “conformidad” a una regla que desempeña la función de criterio formal de ella, por lo que termina siendo una definición de “Verdad”.

Históricamente han existido cuatro conceptos esenciales de “Verdad”: ⁴⁵

- 1º. El de que ella es correspondencia o relación.
- 2º. La de que ella es conformidad a una regla.
- 3º. La de que ella es coherencia.
- 4º. La de que ella es Utilidad.

Con relación a que es la “Verdad”, La finalidad más ostensible que motiva todo el pensamiento gadameriano está en su intención de unir la hermenéutica ontológica con la filosofía práctica, esto se desprende de la defensa que Gadamer hace de la naturaleza práctica de cualquier comprensión. O, dicho de otro modo, en la idea de que el *Sinnverstehen –Comprensión (Del significado)*—se orienta con una necesidad transcendental a la praxis. Tesis que, a juicio de Habermas, uno de sus críticos más implacables, es el rasgo más provocativo de la hermenéutica gadameriana frente a perspectivas como el historicismo, la fenomenología o el mero análisis lingüístico. Gadamer parte de la antigua distinción hermenéutica entre: *subtilitasintelligendi* (comprensión), *subtilitasexplicandi* (interpretación) y *subtilitasapplicandi* (aplicación), pero, estas operaciones, a diferencia de la hermenéutica clásica, no son etapas

⁴⁵ A lo que se puede agregar un quinto concepto, si así se desea, el de que la Verdad es revelación, sin la cual los dogmas religiosos no serían premisas “verdaderas” aunque la razón no pueda explicarlas.

autónomas, sino, un proceso unitario, un todo, con ellas Interrelacionadas.⁴⁶ Con Gadamer asistimos a una universalización de la Filosofía Hermenéutica en todos los saberes humanos, sobre todo en las denominadas “Ciencias del Espíritu”: Filosofía, Historia, Derecho y Literatura, entre otras.

Interpretar es comprender, donde dicha “comprensión” en un proceso y no algo instantáneo o definitivo por medio del cual vamos profundizando por fases sucesivas en lo que interpretamos. Para que un texto sea un objeto válido del “Método” Hermenéutico debe ser polisémico, con significados múltiples con lo que en la Interpretación encontramos:

1. El Texto propiamente dicho, dotado de un significado.
2. El autor del mismo.
3. El Intérprete.
4. El Contexto.
5. El Código.

El Intérprete o lector del texto debe, por medio de un código descifrar (Comprender) el contenido significativo dado al texto por el autor por medio de encuadrar al mismo en su contexto para así precisar el significado que el autor le dio, todo lo anterior, sin perder de vista, con plena conciencia de tal realidad, que quien interpreta introduce significados o matices propios de su subjetividad. En última instancia, la hermenéutica primero descontextualiza para después recontextualizar empleando una labor de elucidación y análisis para así presentar una síntesis o comprensión última.

Para Gadamer, la hermenéutica es, sobre todo, filosofía práctica, porque la verdad de ella es un saber práctico en el sentido estricto del término⁴⁷. De allí que se tenga a la obra de Gadamer como pilar fundamental de la rehabilitación de dicha filosofía, aunque esta no tome directamente su impulso del marco

46 Schleiermacher había realizado la fusión de comprensión e interpretación, pero dejó completamente desconectado el momento de la aplicación al dejarla como mera posibilidad ulterior.

47 GADAMER afirma que “Sin embargo nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar una aplicación del texto con que se quiere comprender a la situación”, por lo que su concepto de «experiencia hermenéutica» es la mejor expresión del carácter práctico de toda comprensión del sentido, en la medida en que define el ensanchamiento del horizonte personal traducido en una nueva relación práctica con el mundo que acompaña a cualquier incremento de comprensión.

filosófico de la Ilustración, sino de la gran tradición clásica representada por el paradigma que es la ética aristotélica y sus conceptos de Praxis y Phronesis.⁴⁸ Gadamer recupera, al restablecer la dimensión práctica de la verdad involucrada en la experiencia hermenéutica, el valor de la tradición clásica, al afirmar que «el análisis aristotélico se nos muestra como una especie de modelo de los problemas inherentes a la tarea hermenéutica». Ello, porque concibe en una mutua interrelación lo particular y lo general ya que los fines que orientan nuestra acción están intrínsecamente unidos a los medios concretos para realizarla. Similarmente, **el intérprete que busca la comprensión de algo (su sentido general) no lo podrá hacer** —afirma Gadamer— ignorándose a sí mismo, es decir, ignorando la situación concreta de la que nace su interpretación. La interpretación queda así separada de todo formalismo moral pre establecido ya que se situaría en un universalismo abstracto que arrebata el sentido de la naturaleza del saber práctico, necesitado siempre de concreciones porque debe siempre confirmarse como tal en la inmediatez de cada situación específica dada.

Los cuatro conceptos de “Verdad” antes expuestos no se excluyen, más de uno es usado por un mismo filósofo, aunque con propósitos diferentes; empero, son dispares e irreductibles por lo que muchos los tienen como distintos. El primero es el más difundido y el más antiguo y está tácito en las escuelas presocráticas, lo formuló de modo explícito por PLATÓN al afirmar en el **Cratilo**: “Verdadero es el discurso que dice las cosas como son, falso el que las dice como no son”. En su **Metafísica**, ARISTÓTELES enuncia sus dos “teoremas” sobre la Verdad; el primero dice que *la Verdad está o en el lenguaje, no en el ser o en la cosa* y el segundo dice que *la medida de la Verdad es el ser o la cosa, no el pensamiento o el discurso*. De modo tal que cuando decimos que algo es azul es así porque efectivamente lo es. El estagirita nos habla de Verdad como correspondencia de los sentidos con lo que nos rodea y del enunciado de proposiciones verdaderas.⁴⁹

48 Gadamer resume en tres **las inmensas diferencias entre praxis y techne**. Primera, mientras una techne se puede olvidar, el saber práctico, en el sentido en que conduce nuestro obrar, no se olvida; Segunda, la relación medios-fines varía radicalmente de uno a otro, ya que la techne afecta a objetivos restringidos no a nuestra vida en su totalidad; y, tercero, con el término praxis se refiere a acciones que tienen una relación muy directa con la Phronesis, en tanto afectamos a otros sujetos y, a su vez, nos vemos afectados por ellos.

49 En Aristóteles no hallamos un «saber puro» desvinculado de implicaciones vivenciales porque siempre, todo saber es un «saberse» (Conócete a ti mismo). Es en este sentido que

El segundo lo desarrolla KANT en su **Critica de la Razón Pura** al establecer una definición nominal de Verdad, al entenderla como “*Acuerdo del conocimiento con su objeto*” planteándose la necesidad de la existencia de un “**Criterio**” para la Verdad misma, como no puede existir uno general para todos los conocimientos ya que presupone la definición de correspondencia o relación, erige un concepto formal de Verdad que es la conformidad del entendimiento a reglas propias. Estas son las “*Leyes generales necesarias del entendimiento*”, de modo tal que lo que las contradiga es falso ya que el entendimiento no puede ir contra sus propias leyes.

El tercero lo erigen los idealistas ingleses de la segunda mitad del siglo XIX y es acogido en Estados Unidos, lo enuncia y desarrolla Bosanquet en su obra **Lógica o morfología del conocimiento** publicada en 1888 y lo difunde Bradley en su obra **Apariencia y realidad**. Los grados de verdad que el pensamiento humano puede lograr se pueden graduar a partir del grado de coherencia que tengan, a sabiendas de que dicha coherencia será imperfecta por ser aproximativa.

El cuarto es inherente a algunas manifestaciones de la Filosofía de la Acción y de manera especial, del Pragmatismo, el primero en exponer este concepto fue Nietzsche al decir que “*Verdadero no significa en general sino lo apto para la conservación de la humanidad*”. La igualdad plena entre utilidad y Verdad es aplicada a todos los aspectos del conocimiento por Schiller en su obra **Humanismo** donde afirma que una proposición perteneciente a cualquier campo del conocimiento es verdadera solo por su utilidad efectiva para extender el conocimiento mismo o, el conocimiento necesario para que el hombre extienda el dominio que posee sobre la naturaleza.

Gadamer rechaza todo objetivismo donde el saber, y con él, la verdad, se asuman como una tarea estrictamente teórica sin influencia directa sobre nuestra conducta; Es así como el interés gadameriano por el concepto husserliano de «Lebenswelt», como primer modo de investigar el marco existencial del conocimiento teórico, se inserta. Además, la filosofía práctica aristotélica es un modelo muy idóneo para la correcta comprensión de lo que debe entenderse por «praxis», modelo que ayuda a la superación del reduccionismo científico que caracteriza la comprensión moderna de la misma. Luego, La praxis no puede identificarse con la mera aplicación de la teoría, o lo que es lo mismo, no hay que confundir praxis con techne. La hermenéutica, como antes fue la filosofía práctica aristotélica, es un saber de aplicación integral. «**Praxis significa, así, la realización de la vida (energeia) del ser viviente**» es decir, «**la forma de comportarse los seres vivos en su muy amplia generalidad**».

3.7 LA FÍSICA DE HOY

Ella nos muestra que todo el Universo está estructurado según leyes expresables en ecuaciones, así pues, **dios es un matemático y el cosmos, nosotros en él, el producto del más ingenioso de los diseños**. Ahora bien, *las ecuaciones que lo expresan por complejísimas que sean son resolubles*, en caso de que no lo podamos hacer no es porque sean irresolubles sino por meras limitaciones del intelecto humano para resolverlas.

Ahora bien, la matemática tiene un problema estructural: **Las Paradojas auto referenciales**. Si yo “afirmo que miento siempre” y es mentira, entonces estoy diciendo una verdad y, si es verdad me es imposible afirmar que miento siempre. Lo enunciado es una simplificación de una de las más célebres paradojas hecha por los sofistas griegos, la de EPIMÉNIDES, EL CRETENSE MENTIROSO”, es en sí una oración en si misma contradictoria; se pensó durante mucho tiempo que se estaba frente a un problema semántico resultado de limitaciones del lenguaje humano, empero, cuando se trasladó dicho enunciado a una fórmula matemática (Lógica Matemática), la contradicción se mantuvo y los matemáticos comenzaron a dedicarle cada vez más, esfuerzos por resolverla en el entendido de que era resoluble.

En 1931, todo el mundo de la matemática quedó estupefacto, un matemático, KURT GÖDEL acabó con la ilusión de que se podía resolver ese tipo de contradicciones al formular sus dos famosos “Teoremas de la Incompletud”, frente a los cuales, todos coinciden en que son el más grande hecho del pensamiento humano en el siglo XX. GÖDEL demuestra que no existe un procedimiento general que haga de las matemáticas algo coherente, porque lo que él prueba es que la propia matemática apelando a su lenguaje matemático no PUEDE PROBAR SU COHERENCIA, precisamente por eso, por ser un lenguaje y, por serlo su semántica crea paradojas.

LA “Incompletud” al evidenciar lo expuesto, **expone una sutileza que hasta ese momento ignorábamos**, que es *intrínseca a la arquitectura del Cosmos*: Cualquier sistema es de base matemática y, por serlo, NO PUEDE probar los supuestos de que parte para auto erigirse como un todo coherente, es decir, **no puede probar** todas sus afirmaciones.

Al analizar el TEOREMA DE LA INCOMPLETUD DE GÖDEL en términos filosóficos, lo que nos plantea es **la diferencia entre lo verdadero y lo**

demonstrable. Es relativamente fácil ver como las disciplinas no científicas están familiarizadas con los sistemas axiomáticos. En cada una de estas existen unos principios de los cuales se desprende toda la argumentación que la conforma. Por lo tanto, **el Derecho, al no poder escapar a esta realidad, está imposibilitado para establecer su propia verdad.**

3.8 ¿QUÉ ES LA REALIDAD?

Lo expuesto quiebra el concepto clásico de REALIDAD ya que el Universo es en sí inexpresable en toda su plenitud por la sutileza intrínseca en la concepción de su diseño; lo REAL es inexpresable en razón a que está más allá de las palabras dado que estas solo sirven para objetos e ideas que nos sean familiares⁵⁰. Lo que se nos presenta y le ponemos un nombre es lo que llamamos “REAL” pero en cuanto tal son ilusiones, **lo “REAL” en cuanto tal las trasciende pero es inexpresable ya que a donde nuestro ojo no llega, nuestra palabra no llega, luego la mente tampoco llega.** No olvidemos que Logos es pensamiento y palabra, lo “REAL” es lo que describimos y explicamos por la palabra, esa palabra está dotada, en últimas, de un potencial de poesis. Empero, ello nos indica que lo “REAL” como el uno (En) mostrándose nos como totalidad (Pan) está en cambio permanente, tales cambios son cílicos y solo los percibimos como pares de opuestos –Luz -- Sombra, Largo – Corto, Negro – Blanco, etc. – es decir, por la manera como se relacionan esos pares de opuestos, por lo que dichos opuestos en si no existen en cuanto tales sino como modos de relacionarse las distintas divisiones del Todo (Pan) que es en sí el Uno (En). Esta inaccesibilidad de lo real en su esencia ya que el universo por la sutileza de su diseño siempre será un enigma inmenso ya que la existencia de opuestos existe a todo nivel: Energía—Masa, que son una misma cosa, Onda—Partícula en lo cuántico y Espacio—Tiempo en lo dimensional, son todas expresiones de una misma unidad, es decir, que toda la dinámica del Cosmos se rige por una dialéctica de pares de opuestos (El uno en el Todo).

3.8.1 La Realidad como el Uno percibida desde el Todo

Explicamos ya que el principio de Incertidumbre nos dice que no podemos prever el comportamiento de cualquier micro partícula, igualmente, que los

50 Resulta imposible no pensar en SIDHARTA GAUTAMA, El Buda, cuando afirmó: “Al dar un nombre a lo que se piensa que es una cosa o un estado, esa cosa o ese estado queda enseguida separado de otras cosas y otros estados; cuando queremos ver lo que hay detrás del Nombre que imponemos, nos enfrentamos con una sutileza cada vez mayor, **que las cosas y los estados en sí, carecen de divisiones**”. El Mundo en sí es Uno y las divisiones a las que ponemos nombres, son ilusiones, son pura maya.

Teoremas de la Incompletud demuestran que nunca probaremos la coherencia de un sistema matemático y la teoría del caos nos dice que los “Real” es de una magnitud tan compleja que nunca conoceremos la evolución del Universo, es decir, lo que es en sí la realidad o el uno antes de presentársenos como todo. Empero, sabemos que el comportamiento de las partículas y el futuro de Universo están ya determinados y que las afirmaciones NO probadas que sustentan los sistemas matemáticos Son CIERTAS ¡!! Por lo que lo REAL como tal, nos será siempre inaccesible. La dinámica de expresión de la Unidad en pares de opuestos NO es desordenada sino que sigue una pauta, en efecto, los electrones tienen un ritmo alrededor del núcleo, los átomos poseen uno en sus oscilaciones, las moléculas lo mismo, así, hasta llegar a los planetas, estrellas y galaxias. Todo el Cosmos late a un ritmo y el concepto de “Ritmo” supone Simetría y Sincronización, por lo que el Orden nace del Caos tal cual un bailarín da vueltas al ritmo de una música. La Sincronía se observa, sin mucho esfuerzo, en la materia viva, por ejemplo, a cada instante, en todos los cuerpos de cualquier ser viviente, donde flujos de electrones “bailan” en cada órgano al ritmo de una “sinfonía” silenciosa cuyos compases los coordinan y ejecutan millares de células invisibles⁵¹ a cada hora. Pero no es solo la que tiene vida, sino que la llamada Inerte” o sin vida baila también.

En efecto, en el siglo XVII, CHRISTIAN HUYGENS observó, sin proponérselo, que los péndulos de los relojes de su sala, al ser colocados uno al lado de otro, terminaban oscilando al mismo ritmo sin variar, en un fenómeno que se llama “Oscilación Pendular”; intrigado, trató de romper dicha sincronía modificando las oscilaciones de los péndulos y comprobó que no más demedia hora después todos los relojes, motu proprio, ajustaban sus pulsaciones como si cada péndulo obedeciera a un maestro invisible. En el siglo XX se constató que los generadores eléctricos colocados en paralelo sincronizan los ritmos de rotación de sus dínamos y que es por esa característica que funcionan las redes eléctricas. Los astrofísicos constataron que la Luna gira alrededor de

51 Todas las noches, a lo largo de los ríos donde moran, millones de luciérnagas “Se dan cita” en el aire y de modo conjunto dan Luz y a la vez, obedeciendo un sincronismo que no entendemos, “Forman” un “Ser Luminoso” que las trasciende a cada una de ellas. En nuestros intestinos, la “Ondulación Rimada” de las paredes del tracto intestinal “mueven” la transformación de los alimentos, obedeciendo a una cadencia ondulada. Cuando varón y hembra copulan, el fluido vital que corre hacia los óvulos está formado por miles de espermatozoides que mueven sus colas al mismo tiempo y en la misma dirección, ejecutando una coreografía que ignoramos. Mensualmente, cuando un grupo de mujeres convive largo tiempo, sus ciclos menstruales se sincronizan sin que sepamos la razón. La respiración, junto a los latidos del corazón y la circulación de la sangre son sincrónicos entre sí.

su eje exactamente al mismo ritmo con el cual lo hace la Tierra alrededor del suyo, esa es la razón por la cual siempre nos muestra la misma cara. Igualmente, cuando las moléculas de agua que siempre están en libre movimiento, al descender la temperatura a Cero Grados, se unen enseguida en un movimiento sincrónico que hace posible la congelación —Los estados de la materia dependen, pues, del nivel de sincronía del movimiento de sus moléculas— Además, **existen átomos que a temperaturas cercanas al cero absoluto “se comportan como si fuesen uno solo”**, en realidad se trata de trillones de átomos ejecutando un “Baile” muy rítmico; por cierto, en el año 2001 los físicos que descubrieron esto ganaron el premio Nobel de Física⁵². Antes, se había comprobado que el átomo de Cesio siempre oscila como los péndulos de Huygens por lo que se procedió a hacer relojes atómicos de Cesio que permiten, entre otras cosas, medir los efectos de las altas velocidades en los cuerpos sometidos a ella.

Hoy, dentro de un contexto de relatividad de la verdad (Einstein), de imposibilidad de saberlo todo (Principio de Incertidumbre) de la indecibilidad de los postulados de cualquier sistema (Teoremas de Gödel), el **concepto de “Verdad” comprende**:

- 1º. Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas formas la mente.
- 2º. Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o se piensa.
- 3º. Propiedad que tiene una cosa de mantenerse siempre igual, sin mutar.
- 4º. Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente.
- 5º. Cualidad de veraz.

Con base en el contexto de la física actual y desde la perspectiva de la filosofía, existen tres doctrinas sobre lo que debe entenderse por verdad:

- A. La de relación, que sostiene que una proposición es verdadera si existe un hecho al cual corresponde dicha proposición, expresando esta lo que sea dable de tal hecho.

52 El Comité que concedió el Premio dijo textualmente en el Comunicado Oficial que esos físicos “**Habían logrado hacer que los átomos “cantasen” al mismo tiempo**”. Que poderosa metáfora para referirse en lenguaje común a algo tan sublime. Pues bien, *si los átomos “Cantan”, ¿al ritmo de qué música lo hacen?* “Finalmente, hemos regresado a una versión de la doctrina del viejo PITÁGORAS, a partir del cual surgieron las matemáticas y la física matemática. El dirigía su atención a los números como caracterizadores de la periodicidad de las notas musicales, y ahora, en el siglo XX, encontramos a los físicos ocupados en la periodicidad de los átomos.” Dijo el físico ALFRED NORTH WHITEHEAD.

- B. La de la Coherencia sistemática, que va más allá de los términos meramente lógicos y afirma que una proposición es verdadera en la medida en que es un constituyente necesario de una totalidad sistemático—coherente. Tal totalidad es holística ya que cada elemento que el sistema necesita, implica a todos los demás elementos.
- C. La meramente pragmática, que aduce que una proposición es verdadera en tanto pueda ser satisfactoria, es decir, que exista un marco de procedimientos para su verificación que permita a cualquiera verificar y ratificar los resultados. Presupone siempre un método.

Como siempre que hablamos de proposiciones hablamos de lenguaje, GADAMER propone una Hermenéutica filosófica no como técnica de mera comprensión sino como una reflexión fundamental sobre las condiciones en que se dan las posibilidades del comprender; de allí que en la tercera parte, él trate el lenguaje que es el medio de aprehender las experiencias de los sentidos, la concreción del pensamiento y la existencia de los sujetos.

ERNST CASSIRER, citado por Calixto Morales⁵³, puntuiza la lingüística de nuestra experiencia del mundo, basándose en los estudios del biólogo JOHANNES VON UEXKÜLL –un comprometido vitalista– para **mostrar la naturaleza simbólica del hombre**, Para este último “...La vida es una realidad última que depende de sí misma y no puede ser descrita o explicada en términos de física o de química”. Pero lo notable en su proyecto es su nuevo diseño de investigación para la biología. Apoyado en cuestiones empíricas, y no metafísicas, UEXKÜLL afirma que **no existe una realidad única para todos los organismos vivientes**. “La realidad no es una cosa única y homogénea; se halla inmensamente diversificada, poseyendo tantos esquemas y patrones diferentes cuantos diferentes organismos hay”. Así, cada organismo experimenta el mundo a su manera y estas experiencias, por decirlo de algún modo, no son análogas con la de los otros organismos. “En el mundo de una mosca, dice Uexküll, encontramos sólo “cosas de mosca”, “En el mundo de un erizo de mar encontramos sólo “cosas de erizo de mar”. A partir de esto se plantea el hecho de que conociendo la estructura anatómica de cada especie se debe estar en capacidad de reconstruir su forma particular de experiencias dado que cada organismo posee un sistema receptor, mediante el

53 En el Informe de Investigación COMPRENDER EL DERECHO, posibilidades de una Verdad Jurídica.

cual recibe los estímulos y, uno efector que se corresponde con sus reacciones. Lo que plantea CASSIRER basado en el trabajo de UEXKÜLL es preguntarse por la posibilidad de emplear este esquema biológico para estudiar el mundo del hombre. Evidentemente, el ser humano no puede escapar a las leyes biológicas, como ser orgánico que es. Pero tratándose del hombre “**hallamos en él como eslabón intermedio algo que podemos señalar como sistema “simbólico”**”, este representa el distanciamiento irreversible con la naturaleza y la complejidad particular de la experiencia humana.⁵⁴

3.9 QUE TIPO DE REALIDAD ES EL DERECHO

El Derecho pertenece al ámbito de la vida humana, no es físico, ni biológico, ni psíquico, aunque se relacione con aspectos anímicos no es un hecho mental, tampoco es una idea pura de valor aunque se proponga concretar algunos valores como el de la Justicia. Él pertenece al reino de la vida humana ya que solo somos humanos al asumirnos como seres sociales ya que cualquier forma de organización social es inseparable del tratar de cumplir lo que esa sociedad considere que es lo justo y por ende deseable en ciertas y específicas situaciones históricas.

El derecho es, pues, una especial forma de vida humana, es decir de existencia humana, que se enmarca en lo normativo, ya que existimos con los otros y los otros existen con uno, por lo que esas normas pertenecen al mundo de lo colectivo. Cuando el Juez o el Legislador las producen, son formas de vida humana concretizadas ya que son acciones de cada cual debidamente

54 Afirma CASSIRER que “*El hombre... no vive solamente en un puro universo físico sino en un universo simbólico. El lenguaje, el mito, el arte y la religión constituyen partes de este universo, forman los diversos hilos que tejen la red simbólica, la urdimbre complicada de la experiencia humana. Todo progreso en pensamiento y experiencia afina y refuerza esta red. El hombre no puede enfrentarse ya con la realidad de un modo inmediato; no puede verla, como si dijéramos, cara a cara. La realidad física parece retroceder en la misma proporción que avanza su actividad simbólica.* En lugar de tratar con las cosas mismas, en cierto sentido, conversa constantemente consigo mismo. Se ha envuelto en formas lingüísticas, en imágenes artísticas, en símbolos míticos o en ritos religiosos, en tal forma que no puede ver o conocer nada sino a través de la interposición de este medio artificial. Su situación es la misma en la esfera teórica que en la práctica. Tampoco en ésta vive en un mundo de crudos hechos o a tenor de sus necesidades y deseos inmediatos. Vive, más bien, en medio de emociones, esperanzas y temores, ilusiones y desilusiones imaginarias, en medio de sus fantasías y de sus sueños. “*Lo que perturba y alarma al hombre —dice Epicteto—, no son las cosas sino sus opiniones y figuraciones sobre las cosas.*” CASSIRER abandona la conocida definición del hombre como “animal racional” para proponer que se le piense como un “animal simbólico”, No porque la racionalidad no sea característica del hombre sino porque “*La razón es un término verdaderamente inadecuado para abarcar las formas de la vida cultural humana en toda su riqueza y diversidad, ya que todas ellas son en sí formas simbólicas*”.

objetivadas. Dichas normas satisfacen así necesidades sociales, por lo que el Derecho pertenece a lo cultural.

Al ser el Derecho algo que los hombres hacen porque existe la necesidad de hacerlo para algo y por algo no brotan de la naturaleza sino de creación social y cultural, el contenido material de este es inevitablemente político. Al ser político, se aspira a la realización de valores de naturaleza política tales como los de la seguridad, el bienestar social y el de la Justicia, entendidos desde lo político; a su vez, lo político necesita fluir bajo ciertas formas consideradas válidas de legitimación del uso del poder, tales formas son las que dotan a este de validez formal siendo reconocida así la autoridad de los que gobiernan. **Es en ese contexto y bajo las formas válidas del uso del poder que se da el concepto de validez formal de las normas**, o lo que es lo mismo, el de que una norma se tenga como perteneciente al orden jurídico en vigor.

En este orden de ideas, los conceptos de “Verdad” y “Falsedad” no pueden ser predicados de las normas jurídicas ni mucho menos a formas ideales que se puedan elaborar del derecho; de allí que las normas consideradas “Jurídicas” solo se pueden evaluar desde una escala de valores extrajurídicos, como la dignidad de la persona humana, el criterio de Libertad, el de Igualdad de oportunidades, el de adecuación a las circunstancias, el de eficacia, etc.

Luego, los enunciados del derecho no son ideas de validez intrínseca, como los son, por ejemplo, los enunciados matemáticos, ni describen hechos ni expresan ser real alguno, **son solo instrumentos de orden práctico, presentados como reglas elaborados por el hombre en un contexto político** para que por medio de su uso generen en la sociedad a la que pertenecen unos ciertos efectos, es decir el cumplimiento de los propósitos o fines deseados. Es entonces el derecho una técnica o arte práctico de control social del que resulta imposible predicar su “Verdad” porque él no es un intento de conocimiento científico de nada.

Empero, la cultura occidental aún busca una idea metafísica de “Verdad” como correspondencia con hechos objetivos y en la ilusión de un acuerdo basado en esos hechos siendo que en lo político depende del consenso y el respeto a la libertad de cada cual y el de las diferentes comunidades que conviven en una sociedad que se considera libre. Concluimos así que

el Derecho tiene su razón de ser en la Política, que debe abandonarse la veleidad de llamarlo Ciencia y solo es entendible desde el estudio de la sociología política y de la sociología jurídica.

De allí que afirmemos con GIANNI VATTIMO en su obra “**Adiós a la Verdad**”, que “*El único horizonte de la verdad política de nuestros días es la construcción de las condiciones epistemológicas para el diálogo social e intercultural y una de las principales tareas de la Filosofía es explicitarlo*”.

4. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS ANÁLISIS

*“La ilusión del legislador es crear totalmente el derecho.
Esta ilusión suscita otra en el juez: la de que va a poder
extraer todo el Derecho de la ley”*

RECASÉNS SICHES

La Exégesis se consideró a sí misma como la más fina esencia del racionalismo cartesiano porque creyó **hacer del derecho una “ciencia objetiva”** evitando el subjetivismo de los jueces, ya **que lo jurídico era parte de la physis o naturaleza**. Por eso, hace de la relación Norma / Sentencia un mecanismo inmune de apreciaciones subjetivas por medio de establecer el “Axioma” **“Todo el derecho está en la ley”**, o sea que, solo la normatividad es lo jurídico y, a contrario sensu, lo que no esté normado no se tiene como derecho. **La sentencia o fallo pasa a ser algo secundario** porque todo lo que el juez debe hacer como tal, es subsumir en la norma, general y abstracta, un caso particular **resolviéndolo según lo previsto por el legislador**. Para los exégetas una decisión judicial es en sí un razonamiento silogístico donde el supuesto jurídico del texto de la norma (Ley) es la premisa mayor, los hechos procesalmente probados, si reproducen, como efecto de la “constatación” de dichas pruebas el supuesto fáctico de la norma, son la premisa menor y, lo resuelto, según solución elaborada previamente por el Legislador, la conclusión. Todo, pues, se reduce al uso de la lógica para elaborar silogismos deductivos predeterminados por el legislador.⁵⁵

55 Todo esto queda explicitado en el Códice Civil francés de 1805 conocido como “Código de Napoleón”. Se explica así por qué en Francia no se desarrolló el Derecho Constitucional ya que el Juez Constitucional no podía ser la “Boca de la Ley”. Al decir de Montesquieu, sin que se descubriese el absurdo de la pretendida científicidad de la exégesis.

La conclusión del silogismo elaborado por el legislador, es la única posible porque es en si la solución casuística que la norma indica y ser lo propio de todos los silogismos que la “única” conclusión posible, **es la verdad**. Luego, si una norma establece que todo el que incumpla un contrato debe responder por los perjuicios, si Pedro incumplió (Las Pruebas lo dicen), Pedro debe pagar el daño causado por su renuencia a cumplir lo pactado. Estamos así frente a algo “Objetivo”, conforme a lo que la modernidad estableció como “Ciencia”. **La exégesis, por ello, busca que no exista interpretación como despliegue de la voluntad y la subjetividad del juez**, porque sería un “enunciado” NO científico por contrariar el método cartesiano.

La escuela de la Exégesis nace con el triunfo de la revolución francesa y su definitiva consolidación que la lleva a ver en el Derecho un conjunto de “leyes”, que solo pueden emanar del legislador como expresión de la voluntad soberana, obligado a proteger y aplicar los “derechos del hombre y del Ciudadano”, que a su vez, **se deducen plenamente de la razón, por ser Derecho Natural**. Reflexionar sobre lo sucedido cuando el Intérprete de un texto legal, es decir, el Juez, se mantiene distante del mismo para que la relación intérprete / texto pueda estructurarse como una relación sujeto--objeto es el tema de este capítulo.

4.1 APPLICACIÓN PASIVA DEL TEXTO JURÍDICO

La idea de que el intérprete (Juez) pueda aplicar de forma pasiva, sin involucrarse, un texto implica:

- 1°. Que por parte de este no se produzca ningún tipo de agregación valorativa al efectuar la tarea interpretativa.
- 2°. Que el texto se adecúe al caso específico en su completud característica de objeto o cosa. Pensamiento este que responde al modelo propio de la ciencia de la modernidad, donde se cree en una relación sujeto--objeto en la cual es evidente su independencia y distinción y en la posibilidad del estudio de ese objeto con nula participación de la subjetividad de quien pretende conocerlo. En lo que al Derecho respecta, se conceptualiza al texto como un objeto y al intérprete como un sujeto de forma tal que la imagen de la Naturaleza que la “ciencia” de la modernidad tiene, se asuma por las disciplinas comprensivas.

RECASÉNS SICHES nos dice: “... la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo. Éstos fueron los lemas sobre los cuales se desarrolló en Francia la Escuela Exegética, la cual comprendió la casi totalidad de los más ilustres profesores y tratadistas durante muchos decenios”⁵⁶.

Precisamente, como dice la lógica formal, **la Premisa Mayor consiste en una verdad ya dada e indiscutida desde esa disciplina.** Para el derecho, la existencia de ese tipo de norma jurídica capaz de satisfacer las características que la lógica formal exige a una premisa Mayor, se hallaba justificada en los postulados de las doctrinas iusnaturalistas, el Contractualismo es iusnaturalista. Asumido el hecho, planteado por los iusnaturalistas, de la existencia de un acumulado de normas que son la manifestación de la racionalidad pura en el terreno de lo humano, debía aceptarse la incuestionabilidad de su contenido, vale decir, de dicho derecho natural. (*Los derechos del hombre y del ciudadano*, son producto de la razón que los descubre en la naturaleza).

Teniendo asegurada una premisa Mayor indiscutible, una especie de derecho intemporal, absoluto y universal, bastaría con realizar un simple acto de subsunción de los hechos en la norma apropiada para así obtener una proposición conclusiva. Proposición que, siendo la estructura del silogismo correcta, también **correspondería a una “verdad”**. Adoptar esta posición permitía darle a la disciplina del derecho un status científico y allí radicaba su seducción: ¿Cómo no dejarse tentar de la posibilidad de autodenominarse ciencia? Afirmar que el juez subsume en la norma el caso que pretende resolver hallando su univoca solución, permite hablar de método, dado que la labor racional de este sería mecánico--reproductiva y, finalmente, permite hablar de verdad. Todo eso, a su vez, implica una tajante respuesta afirmativa a la pregunta por la existencia de una respuesta correcta en el derecho. Lo dicho deja sin mencionar un problema delicado, el de relevar, quiérase o no, de responsabilidad moral a quien decide. (Dura Lex, Sed Lex)

En la escuela de la exégesis, describe concisamente RECASÉNS, “...el juez aparecía poco más o menos como una especie de máquina automática con

56 RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Fondo de Cultura Económica – México, 1956. Pág. 190.

dos ranuras: se introducía en una de ellas la constatación de los hechos, la cual se creía desde luego que coincidía exactamente con la figura de unos hechos previstos por la ley; y se introducía en otra ranura las normas legislativas pertinentes; entonces se apretaba un botón o se daba vuelta a una manivela, y la máquina soltaba el fallo. Aunque no se llegó al extremo de decirlo así por parte de los fetichistas de la exégesis y del razonamiento deductivo de tipo físico-matemático, en el fondo creían que el juez ideal habría sido el que más se asemejase a un mecanismo automático de esta índole. Si aquellos juristas del siglo XIX hubiesen vivido a mediados del siglo XX, se habrían sentido terriblemente decepcionados al ver que, mientras se han inventado máquinas prodigiosas que realizan maravillosamente y de modo muy rápido, y con plena exactitud, cálculos matemáticos complicadísimos, nadie ha pensado en fabricar una máquina que sustituya a los jueces de carne y hueso en la función de administrar justicia".⁵⁷

4.2 HERMENÉUTICA JURÍDICA DE LA MODERNIDAD

Con la Exégesis, sin embargo, nace una teorización de la hermenéutica jurídica. El Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual de Cabanellas nos dice que:

- La HERMENEUTICA es "la “ciencia” que interpreta los textos escritos y fija su verdadero sentido. Referida primeramente a la exégesis bíblica, se relaciona con más frecuencia a la interpretación jurídica."
- La INTERPRETACIÓN es "la declaración, explicación o aclaración de alguna cosa o de texto incompleto, obscuro o dudoso. La obscuridad, (La duda o la laguna legal puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas, en los contratos, en los hechos, en las demandas, en las sentencias, o en cualquiera de los actos o de las relaciones jurídicas.)"

Estas definiciones de Cabanellas nos indican que **es en la modernidad donde la HERMENEUSIS se inventa como “ciencia”**, ello implica una ruptura con la concepción que de ella estableció la escolástica católica en la edad media ya que lo que se pretende ahora es efectuar una "**hermenéutica crítica**" de los

57 RECSENS Op. Citada.

libros de textos--norma tanto religiosos como jurídicos, en virtud del principio del libre examen de la Biblia, en el primer caso y del concepto, basado en Descartes, de ciencia de la modernidad, en el segundo. Estamos frente a una "cientificidad" librepensadora y agnóstica en razón a la oposición católica a verse despojada de sus feudos por la acción de la Revolución.

La "**hermenéutica crítica**" nace como una *reflexión sistemática sobre los métodos correctos para interpretar los textos*". Es una ruptura con la exégesis de mero comentario de los textos, plasmados en glosas (escuelas de los glosadores) y, en lo que al Derecho respecta, *de deducir y precisar reglas que superasen el conflicto tensional antes dicho*.

Aún no se habla del "problema hermenéutico" como tal sino de un mero "método", siguiendo la "moda de DESCARTES", como un "**ARS INTERPRETANDI**" capaz de "captar" de un solo golpe el "**sentido del texto**" o "**sentido de las escrituras**", usando una interpretación basada en técnicas reguladas. Esto es exégesis, pero más depurada y decantada. Es tan exitosa la hermenéutica crítica, que se le usa simultáneamente, en el Derecho, el Arte, la Filosofía y la Teología y serán pensadores alemanes decimonónicos los que estructuran y hagan los principales aportes y análisis al proceso de teorización de esta hermenéutica al crear un todo sistemático de base histórica que en sí mismo también era crítico, que sirviera para interpretar los textos escritos, tanto religiosos como jurídicos, entre otros.

En lo que respecta al Derecho, será KARL FRIEDRICH VON SAVIGNY quien tome una gran porción de lo conseguido en otros campos de la cultura para integrarlos a la hermenéutica jurídica, afirmando en su obra "**SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL**", que interpretación "**es un Arte** que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres". En razón al escaso desarrollo teórico de la hermenéutica jurídica, SAVIGNY busca sistematizar lo que deduce de su juiciosa observación y análisis histórico de cómo hacían la **INTERPRETATIO** los más connotados juristas de la antigüedad y de la modernidad y con base en las mismas se propone hacer el tránsito del arte de la Interpretación a una

teoría sistemática de la Hermenéutica. La “Teoría de la Interpretación” que expone es un método abstracto de hermenéutica que condensa lo aprendido por Pretores y Jueces en su práctica interpretativa.⁵⁸

De este modo nace, a mediados del siglo XIX, por el trabajo de SAVIGNY y otros juristas alemanes lo que se llamará “**Teoría General de la Interpretación del Derecho**” que prevalecerá en Europa y su ámbito cultural de influencia. Esa “Teoría” es importada por los “derechos” de las recién independizadas repúblicas de Hispanoamérica al consagrirlas en su traducción del Código Civil, don ANDRES BELLO. Pero Bello da un paso que no dieron los franceses en su CÓDÉ CIVIL, positiviza las reglas sobre cómo interpretar a la SAVIGNY que el “Código Civil de Louisiana” incorporaba. En Francia, en cambio, al no existir “reglas hermenéuticas” los iuscivilistas franceses implementarán una interpretación demasiado literal o EXÉGESIS GRAMATICAL, llamada “Escuela de la Exégesis”. Esta escuela, a pesar de la revolución no es un avance de la interpretación del texto de los glosadores, en verdad, **el derecho de la revolución no innovó, fue, como cualquier “Derecho”, muy conservatizante.** Procuró defender el capitalismo de la burguesía triunfante y destruir el Feudalismo de la Nobleza parásita y de la Iglesia nobiliaria, dueña de feudos.

En su obra antes citada, SAVIGNY postula que **la interpretación de la ley** (no de la constitución) comprende cuatro elementos básicos; el grammatical, el lógico, el histórico y el sistemático, sustentándolo así: “*El elemento grammatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento: es decir, el lenguaje de las leyes. El objeto del elemento lógico es la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diferentes partes. El histórico, tiene por objeto del estado de derecho existente sobre la materia, en la época de la ley y el cambio por ella, introducido que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto ese conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario*

58 Debe señalarse que SAVIGNY y la tradición jurídica alemana reaccionan contra la exégesis de la Ley establecida en el sistema francés del “Côde de Napoleón”, reivindicando la tradición histórica de cada pueblo como la base de su derecho y de los criterios de interpretación de las normas. Con él nace la Escuela Histórica alemana.

que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema".⁵⁹

SAVIGNY, además, afirma que “no estamos frente a cuatro modos de interpretar, entre los cuales pueda escogerse a capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar” (Sistema de Derecho Romano Actual); pero como aún no existía una teorización de la semántica ya que SOISSURE es posterior a él, el enfoque teórico de SAVIGNY, **no va más allá de la interpretación de base filológica**. De allí proviene la crítica de que él es un “conceptualista”, es IHERING quien afirma que SAVIGNY estaba más interesado en la integridad filológica y hermenéutica de los textos legales que en las realidades sociales de su época.

Esta y las demás críticas tienen razón, porque SAVIGNY siempre dijo que el fin o la intención de la Ley o del legislador no deben usarse normalmente ya que dicho fin es indeterminable o porque casi nunca guarda relación con el texto del artículo de la norma. A partir de IHERING, los tratadistas del primer tercio del siglo XX, tales como GENY, POUND, EHRLICH y PLANIOL, entre otros, dirían que la jurisprudencia no debe ser “conceptualista” sino finalista o consecuencialista. El Derecho Constitucional actual es fuertemente finalista por lo que sus operadores jurídicos deben, necesariamente, entender las directrices de política pública, económica o social plasmadas en la Constitución y hacer la interpretación con el objetivo básico de que se realicen de modo práctico tales directrices, aun sacrificando el texto y la lógica. El “finalismo” o “consecuencialismo” interpretativo es consciente de que para funcionar, los jueces deben tener una preparación interdisciplinaria en Economía, Sociología, Psicología, Estadística, con el fin de que puedan:

- A. Identificar los fines u objetivos de la ley desde la perspectiva de los problemas actuales.
- B. Determinar lo mejor posible si la “concreta interpretación” de la norma que se ha preferido, producirá específicas **consecuencias acordes con los fines políticos buscados**.

59 El enfoque del jurista alemán es muy superior al exagerado culto a la literalidad del texto de la exégesis francesa ya que permite una comprensión más clara y más totalizante del texto a interpretar.

Para la Exégesis, como la razón descubre axiomas y demuestra teoremas, puede “descubrir” y demostrar “verdades jurídicas” que, como tales no son cuestionables. El “código de Napoleón” es, *por haber sido expedido por los representantes del pueblo en nombre de la soberanía popular la apoteosis* de la exégesis y, como la ley es la expresión suprema de dicha soberanía, debe preservarse. El mecanismo escogido fue el de garantizar que los jueces al momento de dictar sus sentencias no hagan nada distinto a aplicar la ley automáticamente, ya que con la excusa o pretensión de “interpretarla” terminarían reemplazando el pensamiento del legislador por el suyo, lo que generaría algo grave, la desaparición o, a lo menos, el debilitamiento del sacroso principio de la separación de poderes del cual depende el estado de derecho, donde son los legisladores los representantes populares y no los jueces.⁶⁰

¿De dónde surgen las premisas? Simplemente, a despecho de lo sostenido por la Exégesis, son producto de la “interpretación” del juez. En realidad, el transcurrir de todo el proceso judicial y su teleología va encaminado a la constatación de la premisa mayor (**Supuesto de la Norma**) y el “descubrimiento”, por decirlo de un modo, de la premisa menor.⁶¹ Vale decir, a más de ser una premisa es a su vez una conclusión; producto del convencimiento que se haya logrado en el juez por cada uno de los sujetos procesales. Sí, verbigracia, el testimonio de Juan “no es muy creíble” es factible que se difumine la existencia del supuesto fáctico –**aunque fácticamente haya ocurrido**–. Situación que nos basta para advertir que la premisa menor no es una proposición gratuita sino una interpretación que de los “hechos”, que son las pruebas que figuran en el proceso, hace quien decide, el Juez. De lo anotado nace el carácter bipolar o, esquizoide, de la decisión judicial, en especial en la exégesis, de la distinción entre “Realidad Procesal” y “Realidad Verdadera”; la primera es lo efectivamente probado y la segunda es lo no probado o procesalmente no suficientemente acreditado. Primaba así la “Verdad formal” del proceso sobre la verdad subyacente al conflicto de intereses que debía juzgarse y solucionarse.

60 Esta justificación es Política (Ideología Liberal del Estado de Derecho) lo que inadvertidamente contamina el despliegue de la recta razón en búsqueda de la “Verdad”. Por lo se deben alejar a los jueces de ella.

61 La menor siempre es el caso y este es según la escuela exegética, lo que surja de la valoración de las pruebas, valoración necesariamente subjetiva donde el Juez establece que “realidad” se desprende de ella. Antes, se aplicaba la “Tarifa Legal” para evitar tal subjetivismo. Empero, las dificultades siempre crecientes del sistema de la “Tarifa Legal” hicieron que apareciese el sistema de la “Libre Apreciación”.

Empero, existe algo esencial en la exégesis francesa, cual es el considerar que el legislador, consciente de que el “casuismo legal” nunca sería suficiente ya que siempre existirían “casos no previstos por el legislador”; por eso, para evitar el subjetivismo del juez en estas situaciones, se expidió UNA LEY PARA “ORDENAR” COMO DEBÍAN INTERPRETARSE TODAS LAS DEMÁS, estableciéndose técnicas como la analogía, la aplicación analógica, la de “buscar la intención del legislador”, etc. Lo que pretende la Exégesis es proporcionar una premisa mayor legislada y nunca establecida por el órgano judicial, preservando la separación y equilibrio de poderes. Igualmente, consagró sus principios interpretativos en forma de aforismos por lo que el legislador controlaba todo; así, **la interpretación es un acto jurídico reglado donde el juez aplica el supuesto de la norma en la que subsume el caso sino también la norma que le ordena cómo debe hacer la operación interpretativa lógica--deductiva**. El juzgador siempre será un simple vicario de la ley.

Todo se centra en aplicar hasta las últimas consecuencias el aforismo de MONTESQUIEU de que **“El Juez es la boca de la Ley”** por esa posición vicaria. Como control de los jueces para que no se salgan de este rígido marco, se inventa el **“Recurso Extraordinario de Casación”** que refuerza por parte del Tribunal que sea cabeza de la Jurisdicción Ordinaria (Corte Suprema de Justicia en Colombia) el control estatal sobre los Jueces para que “No Interpreten” sino que apliquen las normas casi que sin pensar. En efecto con la Casación NO se busca la Justicia sino que desaparezcan, por violar el orden jurídico, las sentencias que se apartan de las normas en su claridad gramatical o de las reglas de interpretación que el propio legislador ha prescrito. La historia del funcionamiento de la exégesis nos dirá que la Jurisprudencia de Casación al “establecer” el recto sentido de la comprensión de la norma está en verdad **“Interpretando”** y como **“Tres sentencias sobre un mismo asunto constituyen Doctrina Probable”**, en la práctica esa “Doctrina” se volvió obligatoria” ya que ningún Juez osó apartarse de lo definido en las sentencias de Casación.

El principio modular de la exégesis (Ley 153 de 1887) reza: **“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu”**, es, si se quiere, un epítome de ella y, aún hoy, muchos lo siguen vehementeamente. Pero, si abordamos lógicamente la base racional de

dicho principio lógico—deductivo, verificamos que es el más grande de los equívocos, ya que implícitamente se afirma que es posible saber cuándo una ley es clara leyendo su tenor literal, lo que NO es cierto; en razón a que como todas las leyes son generales y abstractas, sus Conceptos/palabras necesariamente deben serlo. Por consiguiente, poseen mucha extensión y poca comprensión y, a mayor extensión, mayor ambigüedad. Es imposible la claridad de la semántica legal por NO poder evitar usar textos polisémicos que por serlo, son ambiguos; ya que si la es Ley es la expresión de la “Voluntad Soberana” encarnada en el Órgano Legislativo, inevitablemente debe ser impersonal, general y abstracta.

Si alguien afirma que una norma es clara, ello significa que ya la ha interpretado puesto que le da un sentido y le fija un límite que a su juicio es evidente; pero cuando le doy a un texto un sentido, evidente según mi punto de vista, necesariamente despliego mi subjetividad, puesto que estoy interpretando, sin que previamente el legislador haya dado una regla, con fuerza de Ley, que establezca tal “juicio de claridad”. Las normas que pretendan contener “juicios de claridad” son de imposible construcción, ¿Por qué? Porque si el legislador quisiera hacerlas, tendría que expedir “normas interpretativas” de las “normas interpretativas” de las normas legales; algo absurdo.

Además, las “normas interpretativas” de otras “normas interpretativas” de las leyes, JAMÁS serían claras por sí mismas, porque deben ser abstractas y generales y, para serlo, la extensión de los conceptos que se usen en su articulado debe primar sobre su comprensión, sino serían Normas Particulares. Esta cadena ad-Infinitum de normas que interpretan otras normas que a su vez interpretan normas, nos indica que la “claridad” jamás PUEDE provenir del legislador. Luego, el juez deberá desplegar su subjetividad en algún momento, que es, precisamente, lo que la Exégesis desea evitar. Los exégetas están dentro de un callejón sin salida en su pretensión de “objetivar” el derecho al situarlo como algo que va del mundo de lo real hacia el sujeto (El Juez). Empero, tal “objetivación” lleva a “enmarcar” todo el derecho en la ley (Derecho = Ley) para mantener la ficción de que los jueces son simples operadores que realizan subsunciones de lo particular del caso en lo general de la norma y nada más.

Obsérvese que la exégesis toda, está soportada sobre el tenor literal de las palabras de la ley al establecer que éstas deben usarse y entenderse en las acepciones tenidas como válidas por la gramática, de allí que su **método interpretativo**, preferido, sea el “gramatical” o “literal”. Pero la “objetividad” plasmada en la gramática no solo presenta el problema de la insuficiencia del casuismo legal ya analizado, sino que también nos ofrece el problema de los **variados significados de las palabras de las normas**, ya que estas en su casi totalidad son polisémicas, ¿cuál acepción debe escogerse?, ¿quién hace la escogencia? Y, lo principal: ¿cómo neutralizar el subjetivismo del juez, algo “anticientífico” que se opone a la “voluntad” del legislador, garantía del “cientificismo” cartesiano de la “objetividad” erigida en paradigma?

Nos encontramos con lo que siempre fue la dificultad básica y esencial de la Exégesis, nunca resuelta en lo filosófico; por lo que se vio obligada a inventar una pluralidad de métodos interpretativos e, inevitablemente a crear una serie de criterios para sus usos, que en verdad enmascaraban su impotencia para superar las dificultades explicadas. Esos métodos debían servir para preservar la “objetividad” del derecho siempre contenido en la ley y nunca en la Jurisprudencia. Si el “tenor grammatical” era insuficiente para fijar el sentido de la norma, debía determinarse la “voluntad del legislador”, por medio de examinar las actas de los debates de la ley que se pretendía aplicar, cuando aún era un proyecto, para así establecer “su espíritu” y, una vez averiguado éste, fijar el alcance de las “**palabras oscuras**”. Tal “espíritu” servía también para aplicar normas vigentes a casos no previstos por ellas, “suponiendo” que eso hubiera sido lo establecido legalmente si el legislador lo hubiese pensado.

En subsidio se establecieron los criterios de la **costumbre** como una norma de aplicación residual, el **histórico** que pretendía aplicar “el espíritu del legislador” a situaciones en un futuro ni siquiera imaginado, la **analogía**, clasificada como **Legis**, cuando el propio legislador ordenada aplicar una norma a casos no previstos por él pero donde el supuesto jurídico se podía aplicar porque el caso se parecía mucho al imaginado en sus formas por él y, **Iuris**, cuando era el **propio juez él que hacía la inferencia antes explicada**. La **Equidad**, como forma de aplicar el principio “*Donde existe la misma razón se aplica la misma disposición*”; por último, cuando nada de lo anterior funcionase, se aplicaban los “**principios generales del derecho**” basados

en un presuntuoso aforismo que justificaba a los demás: EL LEGISLADOR ES SABIO, POR ELLO NUNCA SE EQUIVOCABA.⁶²

El sistema exegético esconde muy hábilmente un truco y es que el Juez NO SOLO interpreta las Normas, *lo que se trata de evitar*, sino que antes de hacer esto, INTERPRETA las pruebas para establecer los “hechos” que deben contener el supuesto Jurídico de la norma, cuando hablamos de “**Valoración** de las Pruebas”, constatamos que ni cuando existió el modelo de la “Tarifa Legal Probatoria” la valoración de los testimonios, la interpretación del tenor literal de los Documentos o, lo más llamativo, la “Reconstrucción del Pasado” por medio de las Inspecciones Oculares denominadas después Inspecciones Judiciales jamás fue una tarea mecánica. De cara a la vigente “Libre apreciación de la prueba” es ineludible reconocer del papel activo del juez, quien imprime parte de su subjetividad en las valoraciones que realice para definir como pasaron las cosas como si el funcionario las hubiese visto. Si el legislador se hubiese puesto a hacer de la valoración de las pruebas algo casuístico, simplemente el Sistema jamás hubiese funcionado, la “Objetividad” metodológica de la interpretación de la Ley siempre enmascaró la “Subjetividad” valorativa de las pruebas por parte del Juez.⁶³

Junto con RECASÉNS aceptamos que “**Los llamados hechos jurídicos no son hechos desnudos, hechos en bruto, tal y como efectivamente se dan en la realidad, sino que son hechos vestidos jurídicamente**”. No puede existir algo así como una elección de una norma aplicable si los hechos no han sido valorados desde un punto de vista jurídico y, a su vez, la tarea de valorar

62 En la cima de estos métodos se situó la ampulosa “Interpretación autorizada de la ley” por la cual el legislador puede, por medio de una ley, establecer el “claro sentido” de otra. La interpretación de la ley como una operación puramente cartesiana basada en las leyes de los silogismo, a pesar de todo lo que se inventó para que funcione, jamás funcionó, ya que el derecho no es lógica pura sino, primariamente, un instrumento de vida social que hace posible la consecución de los fines del hombre en el despliegue de su condición humana.

63 Cuando alguien visita a un Abogado en su oficina y le cuenta el CASO, lo hace en pasado, no importa que sea civil, penal o laboral, me atropellaron en un semáforo, me atracaron en un Bus, me despidieron del trabajo. El Abogado al redactar los HECHOS de la demanda, lo hace en PRESENTE, con lo cual estamos frente a una narración con un TEMPO LITERARIO de ficción, como en el ULYSES de JOYCE o en la RAYUELA de CORTAZAR. Los hechos probados son una verdad creada por el relato construido en el Proceso. Los Jueces en sus sentencias pueden acoger el TEMPO LITERARIO de cualquiera de las partes o, bien, inventar otro. La Exégesis pretendió bajo el contexto de la Modernidad ignorar una verdad evidenciosa, el Derecho es lo que los Jueces digan que es –IURA NOVIT CURIA--

dichos hechos no es pensable si no se tiene en mente una tentativa de norma general aplicable. “*La determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación*”. (RECASENS).

4.3 EL USO DE LA LÓGICA POR LA EXÉGESIS. VALORACIÓN CRÍTICA.

Precisamos que la columna principal de la exégesis es la pretensión de **tratar como verdades lógicas en sí mismas, a las normas**; así y solo así, es como racionalmente (sentido cartesiano) se deben entender y aplicar. Pues bien, en el uso a ultranza de esta “especie” de la lógica racionalista está la tragedia de la exégesis porque en multitud de casos su empleo lleva, unas veces a absurdos y en otras, a evidentes injusticias.

RECASENS SICHES en su “**Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho**” trae un ejemplo, que toma, nos asegura, de RADBRUCH, que sirve para presentar el problema básico del uso de la lógica racional defendida por la Exégesis partiendo del “tenor literal”: “en los andenes de las estaciones ferroviarias polacas había carteles que reproducían una norma del reglamento de transporte por tren que decía: “**se prohíbe el paso al andén con perros**”; aconteció que alguien quiso entrar a dicho andén con **un oso**, el empleado encargado de la vigilancia le prohibió el acceso, quien llevaba el oso protestó porque la prohibición se refería solo a los “perros” y no a los demás animales, dando paso a un “conflicto” jurídico, ¿Se puede “Interpretar” **Perro** como sinónimo de **Oso**?”.

El “tenor gramatical” de la norma “es claro”, por lo que NO debemos desatenderlo; luego, no hay modo de incluir al concepto “oso” dentro del concepto “perro”, la conclusión que se impone es solo una, en la “claridad” normativa los Osos pueden pasar al andén solo los Perros no. Un “Oso” jamás podrá ser considerado por analogía ni por cualquier otra forma como un “Perro”, aunque deshojemos el “órganon” aristotélico, o, usemos cualquier otro tratado de lógica.

Este ejemplo, usado por el maestro CARLOS GAVIRIA, sirve también: “*En la entrada de un parque de juegos infantiles se coloca un aviso que dice “está prohibido el tránsito de vehículos” por el interior de éste*”; si usamos la

definición de “vehículo” que trae el diccionario, las bicicletas, los triciclos, y hasta los patines y patinetas son “especies” de “vehículos” al igual que el más pesado camión o cualquier automotor, luego ante la “claridad” de la norma prohibitiva aludida, su tenor gramatical nos lleva a prohibir el paso de “todos los vehículos” y, concluir que solo los peatones pueden transitar el parque. Entonces, ¿para qué un parque de juegos infantiles si los niños no pueden jugar con sus “vehículos”?

Constátese pues, que las normas “claras” según su significación grammatical nos llevan a absurdos muy notorios que vulneran el sentido de justicia al equivocar la naturaleza de las mismas. Esto en razón a que las leyes no pueden ser consideradas como proposiciones dotadas de “intensión científica” de las cuales se pueda decir si son verdaderas o falsas según su texto, **“las normas son actos de voluntad diseñadas como instrumentos para la acción, destinadas a generar en la vida común de una determinada sociedad en cierto momento de su historia unos efectos concretos, tenidos como los más justos en la medida de lo posible”**, precisa RECASENS.⁶⁴

En nuestro citado Ensayo “La Interpretación en el Derecho” dijimos: *“En 1884 IHERING publica su obra “Jurisprudencia en serio y en broma” llena de críticas y sarcasmos contra la operación silogístico--deductiva de la exégesis, mostrando varios ejemplos de las distorsiones, errores y fracasos de la interpretación basada en una carta de métodos ideados para garantizar que todo derecho está en la ley y la ley es pura racionalidad y nada más. En otra de sus obra “El fin en el derecho”, dice que “el fin perseguido es el creador de todo derecho”*, luego, todas las normas tienen su origen en un propósito o meta, es decir, obedecen a un motivo práctico. Esto es lo que se llama **la causalidad invertida de las normas y del derecho**; el derecho no es ni puede ser un fin en sí mismo sino, un medio para la búsqueda de varios fines. Siendo su fin básico asegurar la existencia de la sociedad, concluye afirmando que el **Derecho es imposible de juzgar como un criterio de verdad absoluta ya que es un criterio relativo de mera finalidad.**

En 1899 FRANÇOIS GENY publica su obra “Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo” donde demuestra que desde la vigencia del código napoleónico la interpretación de las normas del mismo había sido

64 RECASENS Op. Citada.

*muy creativa por parte de los jueces y no una simple deducción silogística de los supuestos de cada norma y hechos subsumibles en estos, para aplicar la conclusión prevista por el legislador. Siempre los jueces se preguntaron por el propósito de la ley. GENY da origen a la “ESCUELA DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA”, que si bien no rompe con la exégesis, le da otro sentido a la búsqueda del “espíritu del legislador”, señalando que es imposible sujetar al intérprete por medio de una ley que le diga cómo es que se debe interpretar de modo automático.*⁶⁵

EUGEN EHRLICH, a partir de 1903, en varios ensayos analizó si la lógica jurídica usual en la administración de justicia de su época cumplía o no el objeto de subsumir los casos en los supuestos de las normas y concluyó con un categórico no; simultáneamente hace una fortísima crítica al uso de la lógica formal para solucionar el problema de la interpretación en el derecho. Tales ensayos se recopilaron en su obra “Lógica Jurídica” publicada en 1918.

*En el año de 1906, con el seudónimo de **Gnaeus Flavius**, el jurista alemán HERMAN KANTOROWICZ inicia el movimiento llamado “Derecho libre”, que con el paso del tiempo se convertiría en una escuela; defendía una doctrina voluntarista, que por serlo, es antilogicista, para enfrentar con ella a la lógica jurídica de la hermenéutica exegética a la que le comprueba **dos vicios insuperables: la imposibilidad que posee de marcar un límite entre lo lícito y lo ilícito y la ineptitud para hallar soluciones justas**. Constata también que la exégesis, para funcionar, debe obtener principios muy generales inducidos de otros principios que se suponen le sirven de sustento, teniéndolos a todos como derecho positivo o legal y poder así deducir la solución deseada por el “espíritu del legislador” a un caso y a todos los que se le parezcan en algo que fue llamado “jurisprudencia de conceptos”. En Colombia, en 1887, se le llamó por Ley, “Doctrina Probable”.*

65 Entiende por "LIBRE", eso precisamente, que la interpretación no puede normarse ya el juez actúa "libremente" al interpretar, llama "INVESTIGACIÓN" al deber de buscar una solución adecuada y no actuar de modo arbitrario, es decir no subjetivista sino en una senda perfectamente delimitada por las leyes y denomina "CIENTÍFICA" a la deducción de la solución del caso a partir de las normas existentes. Sin dejar de considerar que el derecho es la ley, se rescata para la actividad del juez algo clave, que este no subsume de modo mecánico como si fuese un autómata el caso en la norma; sino que el juez busca e investiga la mejor solución justa y válida, puesto que ante un problema muchas veces debe elegir entre varias soluciones posibles, TODAS VALIDAS DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL.

Aunque desde la lógica formal los silogismos son correctos las conclusiones no, miradas en términos de “justicia” (Leyes Injustas) y de “razonabilidad”; afirma KANTOROWICZ que **se debe escoger de las premisas probables solo la que permita llegar a una conclusión justa** y tal escogencia **no es un proceso de racionalidad sino de voluntad.** (Sobre esto insistirá después KELSEN). Para esta escuela **los jueces usan solo su voluntad para escoger ante cada caso el principio que sirva como fundamento de su decisión,** por lo que el legislador debe darles un mayor margen de discrecionalidad y no “obligarlos a interpretar en sujeción a unas reglas con fuerza de ley”.⁶⁶

PHILIPP HECK con otros juristas crea la escuela llamada por ellos “JURISPRUDENCIA DE INTERESES” que aboca el análisis de los problemas atinentes a la precisión de los principios que los jueces deben usar al dictar sus sentencias; postulando que **“un ordenamiento legal solo tiene sentido si consigue su finalidad última**, cual es la de regular de modo idóneo la relaciones humanas, para que esto se logre, el legislador delimita las áreas de intereses protegidas y los jueces evalúan los **“dichos intereses en pugna desde el estimado dominante del bien común”**. Las leyes, no se pueden aplicar de modo mecanicista donde el juez solo sea un simple subsumidor de casos en ella y nada más. Para que el enfoque funcione, el juez, como creador único de la jurisprudencia, es el punto central del proceso interpretativo DEBIENDO ADECUAR EL RESULTADO DEL PROCESO A LAS NECESIDADES PRÁCTICAS DE LA VIDA.⁶⁷

Constatamos, estudiando a los críticos de la exégesis, que las leyes o “derecho positivo”, son siempre **INSTRUMENTALES**, dado que las normas son elaboradas por el estímulo de ciertas necesidades muy sentidas de una sociedad, en una época determinada de su historia. Igualmente hemos

66 La doctrina de KANTOROWICZ tuvo un aplicador en la práctica judicial, el famoso juez LOUIS MAGNAUD, conocido como “el buen juez”, quien a pesar de estar obligado a usar la exégesis estableció que cuando verificaba que la solución de un caso según una norma legal entraba en choque con su sentimiento de justicia, algo “subjetivo”, procedía a dictar su sentencia haciendo que primase su sentido particular de los justo sobre la gramática de la ley; usando la discrecionalidad voluntarista defendida por el “derecho libre”.

67 Este enfoque, vanguardista en su momento, hoy está plenamente vigente en la teoría. Este recorrido por la evolución de la Interpretación en el Derecho, durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, nos posibilita verificar que el Derecho racionalista basado en una erradísima comprensión de DESCARTES, nació en crisis al “separar” al Juez de la ley y obligarlo a aproximarse a ella con las reglas de la “Duda metódica”, para el análisis y determinación del sentido de la misma. Todo un despropósito.

entendido que las leyes se hacen para incidir o reformar las necesidades sociales, es decir, **se expiden, para que generen frente a la realidad unos específicos resultados y no otros**. Por lo tanto, **la función de los jueces es siempre creadora**, sin que ella conduzca a ignorar o socavar el acatamiento al sistema jurídico y a sus leyes. Aquí está la clave del asunto, **un sistema jurídico no es solo derecho positivo, también es la jurisprudencia de los jueces que lo representan**, el IUS Romano era solo el declarado por los Pretores y sus Sentencias eran “LEX”. *Las leyes no pueden actuar por sí mismas sino por medio de su interpretación judicial.*

Con KELSEN culmina la evolución histórica de crítica a la exégesis y nace otra etapa en la teoría de la interpretación. Él afirma que **la interpretación es de naturaleza mixta puesto que es un acto simultáneo de conocimiento y de voluntad y, que por serlo, es de naturaleza compleja**. Tal complejidad supone admitir que **el acto interpretativo es jurídico por un lado, y político por el otro**; hablar de un lado político produce la sensación de incompatibilidad con su “teoría pura” que busca “quitar” del derecho los elementos no jurídicos para que así tenga una pureza metodológica. Pero no, el maestro vienes afirma **que todas las sentencias son actos políticos** porque en todas ellas, de modo necesario e inevitable, se encuentra el **elemento volitivo del juez que la expide**.

Las normas legales, para KELSEN, **siempre se nos presentan como esquemas abiertos de interpretación** que poder adecuarlas a la conducta humana, por lo que varias interpretaciones siempre serán posibles y, es más, **cada una de estas siempre será “conforme a derecho”**. El juez al interpretar “escoge” la solución que estime más acorde con el bien común, el sentimiento de lo justo, etc. Esta “escogencia” es el ejercicio de un poder que los jueces tienen, *poder que es político porque nace de la constitución* (que es un puro acto político-jurídico), por lo que cada sentencia al ser primariamente una actuación estatal es intrínsecamente política. “*Como el Estado le dice a sus jueces que “administren justicia”, el juez, al interpretar hace uso de su libre albedrío al escoger el sentido de su interpretación y esta actuación por ser un despliegue de su sola voluntad es política*”. (TEORÍA PURA).” KELSEN indica que el “acto interpretativo del Juez, aún reglado por el legislador, sigue siendo expresión de voluntad. **El derecho solo puede mostrársenos así, quiéralo o no el legislador.**

Además, como las leyes están redactadas en lenguaje normal y este es, por su propia naturaleza, ambiguo, vago, polisémico; por lo tanto, las leyes, que solo se hacen con palabras, también lo son y, frente a esta circunstancia insalvable, necesariamente deben ser interpretadas.

4.4 LÓGICA Y LENGUAJE

El conocimiento de la lógica es fundamental para los abogados pues la práctica de la abogacía es de crítica y contradicción en la que confluyen operaciones racionales y procesos sicológicos. La importancia de la lógica para el derecho se pone así en evidencia porque la aplicación de sus reglas es una condición necesaria para hablar de su pretensión de ser ciencia o, su vocación de científicidad, máxime que **la actividad jurídica es, primariamente, la expresión de pensamientos (lenguaje) que conforman tesis que se argumentan como las más plausibles**. En su obra “lógica jurídica” ULRICH KLUG dice: “*donde ya no se puede discutir más, donde sólo es posible el intercambio de estados de ánimo, emociones y sentimientos, ya no es posible allí hablar más de ciencia, puesto que no se puede seguir preguntando por la prueba de la correlación o falsedad de la tesis*”.

Etimológicamente, la palabra “lógica” proviene de “logos”, es decir del vocablo que en **griego designaba a la razón y a la palabra**, por lo que se le ha considerado como la parte de la filosofía que estudia el pensar. En una primera etapa existió la lógica natural (aún existe), ya que el ser humano procura pensar de manera ordenada, acertada, consecuente: esta lógica no basta porque en múltiples ocasiones los problemas que hemos de enfrentar son complejos, confusos y a mente no está por si dispuesta para acertar con lo que es la verdad. Esta es la causa por la que nace lo que se ha dado en llamar **“lógica científica”** o lógica a secas, que tiene un conjunto de leyes y reglas estructuradas sobre principios que demarcan como debe encausarse el pensamiento para que funcionando por tal cauce llegue con facilidad y seguridad a la verdad.

El problema básico está en el concepto de “verdad”, ya que **se elaboró un concepto lógico de “verdad” como “rectitud”** y no de correspondencia de lo pensado con la realidad. Por ello, por ocuparse solo de las formalidades del pensar y de lo pensado, a la lógica que estructuraron los griegos desde la época de los sofistas ha sido llamada **“lógica formal”**, dado que estos filósofos

solo hacían énfasis en el lenguaje y a retórica, **por lo que “verdad” era algo subjetivo atado al lenguaje**. SÓCRATES será quien proponga la búsqueda de la “verdad real”, es decir **“definiciones” por medio de palabras**, retomando en lo que lo primeros siglos de la filosofía griega había dicho PARMENIDES, quien identificó “ser” con el “pensar”, ya que la labor del dicho pensar era “VER” la realidad, racionalizada ajustándose a unas leyes del pensamiento, leyes que surgen de la propia realidad y ZENÓN quien a partir del concepto de PARMENIDES, dirá que la **“realidad” se “ve” por medio del logos que al mismo tiempo es “entendimiento” y “palabra” o “decir”**. Estamos frente a una lógica ontológica.

PLATÓN crea el concepto de “dialéctica” que es una síntesis de la lógica, del arte de dialogar (argumentar) y de la metafísica. ARISTÓTELES en su “Órganon” sistematiza los conocimientos de los griegos en lo que convinieron en llamar LÓGICA. Estudia en ella la Deducción, la inducción, el silogismo, la demostración, los predicables, la oposición, etc. Su influencia llega hasta hoy, donde es retomada por PERELMAN, VIEGWEH, HABERMAS y otros. El estagirita rompe con el concepto platónico de identificar ideas lógicas con ideas (esencias) subsistentes que tienen realidad propia; afirma que estas últimas no tienen existencia en sí, **sino que la mente las abstrae por medio del entendimiento de las cosas reales y singulares**. La lógica aristotélica se fundamenta en conceptos universales abstractos y en el lenguaje que denota cosas usándolos; por todo esto estamos frente a una lógica que es **formal** en cuanto es de base lingüística y se apoya en conceptos y enunciados y que también es **Ontológica**, porque toda la estructura lingüística y conceptual surge de la realidad.

En la edad media la lógica se presenta bajo dos ejes básicos: **el del problema de los universales**, por el cual se busca establecer si los conceptos universales tienen o no y en qué medida correspondencia con la realidad puesto que con ellos trabaja la lógica. Este será un problema que desde su planteamiento por PORFIRIO estará presente en toda la escolástica y el **de la transmisión**, previa interpretación, de la lógica aristotélica, cuestión iniciada por BOECIO. Los escolásticos dividirán la lógica así: el estudio del concepto y del término, del juicio y la proposición, del raciocinio y el silogismo, de la demostración y sus clases. **El nominalismo** será el punto de más alta cota del formalismo lógico escolástico que se quedó como una pura especulación metafísica.

En el siglo XV, los filósofos empiezan a apartarse de la escolástica donde OCKAM fija una oposición irreductible entre Razón y Fe, que lo lleva a afirmar que los conceptos filosóficos son “FLATUS VOCEM” o “vientos de la Voz” por lo que la EPISTÈME es inútil y la Fe lo es todo, **recuperando el estudio de la lógica basada en el lenguaje**, bajo la suposición que **los universales son solo meros símbolos de la realidad que permiten estudiarla mejor**; basándose en la corriente empirista subyacente en ARISTÓTELES y destacada por AVERROES en Toledo, en el siglo XIII. Desde el renacimiento hasta KANT la lógica se estanca por la gran crisis de las guerras de religión, período este que abarca unos 130 años. En el siglo XVII, saliendo de dicha crisis, LEIBNIZ sostendrá que todo pensamiento es cálculo con lo que los conceptos se resuelven en sus elementos simples, susceptibles de expresarse por símbolos, al igual que los matemáticos. La combinación de los símbolos lleva a la verdad, idea ya manejada por RAMON LULL, lo que permite afirmar a LEIBNIZ, que **la lógica y la matemática son idénticas en el método**.

KANT formaliza la lógica, apartándose de ARISTÓTELES en cuanto que este construye sus categorías apoyado en la realidad, estableciendo como apoyo solo el “juicio”, **acomodando lo real a lo que a partir del juicio se obtiene**. Construye así una lógica con reglas a priori necesarias y totalmente separadas del sujeto pensante y de la realidad. A partir del enfoque kantiano nace la lógica simbólica, por el uso que hace de los símbolos operativos, también llamada lógica moderna, matemática o logística, neologismo que busca aplicarse a las lógicas acabadas de citar. Debe anotarse que dicho vocablo ya no se usa.

La lógica matemática la perfeccionan RUSSELL y WHITEHEAD. Mientras que la simbólica, la perfeccionan FREGE⁶⁸, BOOLE y PEANO. HAMILTON cuantifica

68 GOTLOB FREGE fue un Matemático y Lógico que con GEORGE BOOLE creó la “Lógica Simbólica” expuesta en la obra “*Ideografía, un lenguaje de fórmulas para el pensamiento puro modelado en el lenguaje de la aritmética*”, publicada en 1879, en ella aparece por primera vez el “Cálculo Proposicional” con los conceptos de Predicados y el Cuantificadores—El Universal(Para Todos) que se representa por \forall y el Existencial (Para Algunos) representado por \exists . Se propuso hacer un sistema lógico completo—El Programa Logicista—que uniese Aritmética y Lógica, *deduciendo todos los teoremas desde un conjunto de axiomas que soportasen un restringido número de reglas de deducción*. No fue comprendido en su época y, en 1902, BERTRAND RUSSELL, uno de los pocos que lo entendió puso en evidencia la Paradoja de si es posible que un Conjunto pertenezca a otro, dado que FREGE afirmó que el conjunto de los números 1,2 está contenido en el Conjunto de los números 1, 2, 3, siendo en sí el mismo conjunto, como lo dijo LEIBNIZ. Russell vio así que entonces que “podía existir” un Conjunto de todos los conjuntos con más de 3 miembros y uno de los que no son miembros de sí mismo, mostrando que Si el conjunto es miembro de sí mismo, por definición no puede serlo, pero si no lo es entonces es miembro de sí mismo, lo que es una contradicción. FREGE quedó abatido al no poderla resolver y en 1903 reconoció que Russell tenía razón ya que la Paradoja invalidaba su sistema.

las proposiciones, tanto del sujeto como del predicado y sustituye las copulativas por el signo igual (=) con lo cual las preposiciones son letras. RUSSELL será quien sistematice esta lógica al determinar un conjunto de principios válidos simultáneamente para la matemática y la lógica, donde la “verdad” será una rectitud formal separada de la realidad, que se cumple entre letras, signos y símbolos, donde la ‘verificación’ consiste en remplazar los signos por contenidos comprobables en la “experiencia”. Se busca con dichos símbolos desterrar el lenguaje normal por ser equivoco y ambiguo. RUSSELL elabora unos ‘principios lógicos’ que en verdad son de la misma naturaleza que los a priori kantianos. Debe anotarse que los “principios, de los que depende la coherencia de un sistema lógico formal no son demostrables usando los métodos empleados por el sistema mismo, este es el famoso “Teorema de la Incompletud”, enunciado por KURT GÖDEL en 1931.

Hoy, aun se distingue entre lógica formal y la lógica material; a la primera, los escolásticos la llamaron “lógica minor” y a la segunda “lógica maior”; la menor es la que se ha expuesto y la mayor es la que estudia la unión entre el pensamiento y la realidad dando origen a la gnoseología y la epistemología. También se hace la distinción entre “lógica general” y “lógica aplicada” o “metodología”, la primera establece una teoría básica y la segunda aplica esta teoría a los aspectos concretos de cada ciencia construyendo la ‘metodología’ específica de cada saber para que así este pueda elaborar “verdades”, por ello la lógica es la puerta de entrada a cada uno de los saberes⁶⁹.

Dado que el derecho solo es explicable desde la filosofía y, esta última es un puro despliegue del Logos, CARNELUTTI afirma: “Ninguna rama de la ciencia vive sin respirar filosofía, pero esta necesidad es sentida en el derecho más que en cualquier otra... A medida que se avanza por el camino de la jurisprudencia, el problema de lo meta jurídico revela más y más su importancia decisiva: el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe sino derecho, en realidad no conoce ni el derecho mismo”. Esta sabia cita del maestro italiano se ha olvidado hoy.

69 Para algunos la lógica hace parte de la filosofía, para otros no, ya que la filosofía solo puede elaborarse a partir de la lógica, por lo que esta última es anterior, algo así como un prolegómeno necesario para buscar el saber. Por este camino el neopositivismo lógico ha radicalizado el valor de la lógica al reducir la filosofía a un puro logicismo y a su vez ha convertido a la lógica en un mero análisis del lenguaje.

Es menester hacer una separación entre la filosofía y el lenguaje, en especial de la filosofía del derecho y el lenguaje. No olvidemos que Aristóteles al concebir la lógica como Episteme, **señaló como su objeto de estudio al pensamiento** no como la actividad de los sujetos, sino **como las relaciones entre los contenidos de este en cuanto tales**, es decir, el método en que estos pueden ser pensados de idéntica forma por muchos.

5. DERECHO E IDEOLOGÍA

Genera controversia y todavía es así, la afirmación de que el derecho y la política (ideología) están íntimamente relacionados, relación que es esencial por ser de la naturaleza del sistema jurídico que ignora, por ser imposible, la pretensión de asegurar “la neutralidad jurídica”, fenómeno este muy notorio en el derecho constitucional y, algo menos, en las otras ramas del derecho. Pero este asunto no se circunscribe solo al sistema jurídico sino a *los jueces como intérpretes y por lo tanto, creadores de derecho, ya que en el acto de interpretar, el operador jurídico usa, sin que pueda evitarlo, su “visión del mundo” acorde con la visión del mundo que tenga el sistema jurídico donde actúe.*

Se explica lo primero, de forma sencilla pero indiscutible, en que el derecho es creación humana por lo que es primariamente un fenómeno social que solo puede existir dentro del marco fáctico que le da origen, marco que es, inevitablemente político-económico. Es más, dicho marco está sustentado en **valores** y lo que se le pide al Derecho es precisamente eso, que **los defienda y los aplique como “principios jurídicos” que sostienen el orden existente.**

Lo segundo, se entiende dentro del concepto de WELTANSCHAUNG, ideado y desarrollado por WEBER y MANNHEIM, este significa “**el conjunto de valores e ideas de un grupo humano relativas al orden social y natural donde existe y actúa, determinando su modo de PERCIBIR al MUNDO y orientando su comportamiento**”. De tal haz de Valores, surgen unas características muy homogéneas del grupo social por vivir bajo una misma cosmovisión; de modo tal que esa “visión del mundo” orienta no solo lo político sino todo el modo

del ser social asumiéndose por todos de un modo inconsciente; mientras, las ideologías son un acto siempre consciente. Por ello, a nivel de interpretación, **siempre existirá una relación dialéctica entre derecho y visión del mundo**. Esto origina, en lo epistemológico, el grave problema de definir si el derecho es o no ciencia, pero el análisis de ese tópico no es el objeto de este trabajo.

Por **ideología** MANNHEIM nos dice que debemos entender al **conjunto de ideas que encaminan la realidad hacia la conservación del orden establecido**. Pues bien, estas ideas logran dicha conservación de un modo muchísimo más eficaz al usar al derecho. **En todo Estado es la ideología dominante la que indica cómo se detenta el poder** y la del partido vencedor se plasmará en las leyes que se expidan; la constitución y las leyes son obras intrínsecamente políticas por ser creación de ésta última y, de acuerdo a la “teoría democrática” el poder constituyente, en sí mismo considerado, **no está sometido a control alguno** por ser la expresión de la soberanía del pueblo y lo que el poder pretende y desea se materializa en eso llamado CONSTITUCIÓN.

Acabamos de usar una definición que tiene en cuenta al derecho y no las exclusivamente politológicas como la de SARTORI⁷⁰; en este contexto, para precisar mejor la relación entre derecho e ideología usaremos la de MARIO STOPPINO, que se encuentra en el “*dizionario di politica*” al cuidado de NORBERTO BOBBIO, para quien ideología es “...un insieme di idee e di valori riguardanti l’ordine politico e avente la funzione di guidare i comportamenti politici collettivi...”⁷¹. Luego, el Derecho es **un resultado o producto de la conversión a términos considerados como jurídicos dentro de un sistema de valores**, valores que “al guiar el comportamiento político colectivo” fortalecen aquellos que tienen la inclinación a permanecer al interior de la sociedad para moldearla (**Weltanschaung**), mientras que los otros, tienen una inclinación más o menos transitoria ya que oscilan al ritmo de la política (**Ideología**).

Inevitablemente, **son los valores de la visión del mundo que prime los que están dotados de certeza** y, por ende de una cualidad de universalidad que los hace objetivarse siendo así tenidos como *objetivos dignos de merecerse adquiriendo una neutralidad de amplio rango*, es esta neutralidad la que le da

70 Consultar nuestro MANUAL DE TEORÍA CONSTITUCIONAL.

71 Que se traduce como: “Es un conjunto de ideas y de valores custodiadores del orden político que tienen la función de guiar el comportamiento político colectivo”.

al derecho la ilusión de ser él mismo neutral y presentarse como tal, aunque en verdad no sea así, ya que al interpretarse las leyes, tal pretensión de neutralidad desaparece, pero la ilusión siempre subsiste.

Concluyese que por su propio proceso de nacimiento y formación, **el derecho es político**.

Cuando el IUS ha sido deificado, algo inevitable para que se le acepte como “Derecho”, entra a imponer un sistema de valores que deben adoptarse de tal modo que la absoluta discrecionalidad política deja de existir (Paradoja inicial). Por ello, **el Estado debe actuar conforme a su propio derecho o quebrarlo por vías de hecho, cuando políticamente la conservación del orden jurídico vigente deja de tener importancia política**. Cualquier sistema de valores por tener certeza, hace que los “valores” que lo integran sean tenidos como indiscutibles y, por ello, no cambiantes. Es así como el derecho adquiere su objetividad que, una vez formada, debe garantizar algo esencialísimo: la seguridad jurídica. Sin ella es imposible que exista un orden político, económico y social válido y funcional.

Al objetivar los valores de la “visión del mundo” predominante, INVENTA desde ellos un “ordenamiento jurídico”, **el derecho crea la ilusión de ser “independiente del poder”**, es más, los límites de la discrecionalidad del uso del poder—Pesos y Contrapesos— contribuyen a fortalecer esa ilusión. Con KELSEN verificamos antes este rasgo, al constatar que *el derecho puro es político y no puede dejar de serlo en virtud de que lo político está incorporado a todas las sentencias como un elemento constitutivo de éstas*. Por ello, al **objetivar valores, el derecho deja de ser abstracción y adquiere una finalidad concreta, la de regular la conducta humana** puesto que un sistema jurídico se inventa para solucionar problemas específicos, por lo que debe concluirse que las normas existen para ser aplicadas desde un criterio político. Criterio que se auto justifica al confundirse con el valor aplicado en la solución del caso. Pero, para aplicar una norma debemos interpretarla, tarea esta que no es espontánea y caprichosa, sino que es una acción voluntaria y consciente que busca la determinación del sentido y alcance de ellas para aplicarlas “adecuadamente” es decir, según la **visión del mundo predominante y la subjetividad del intérprete**.

La hermenéutica jurídica es una actividad con un fin práctico (recuérdese la “razón práctica Kantiana”) a diferencia de la hermeútica filosófica que es teórica y, por ello, general, por lo que no se trata de buscar al “sentido auténtico de la ley” por puro goce intelectual, sino que se busca precisar las reglas de conducta para llevar a cabo, de forma correcta acorde al sistema de valores, una conducta válida, es decir, protegida por el ordenamiento del sistema jurídico.

El problema de la interpretación es, en sí, el centro de cualquier reflexión sobre el derecho; esto es tan definitivo, que *la “Realidad” del propio derecho depende de ella*, por lo que nunca podremos diseñar un límite nítido entre derecho e ideología ya que **el derecho es en sí ideología condensada**. Al no existir esa nitidez e incidir una variedad de factores en el momento de interpretar, para que la ilusión de lo nítido se dé, LAAPLICACIÓN DE UNA NORMA JAMAS SERÁ MECÁNICA Y LOS RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN NUNCA SERÁN INMUTABLES O CONSTANTES. Frente a esto, se deduce que esos resultados **siempre serán controvertibles** al no poder ser unívocos. Pero, a pesar de la ausencia de “mecanización” en su aplicación, el derecho ha sabido proveerse de una técnica que a los ojos de todos parece garantizar su “objetividad” y su “neutralidad” permitiendo que funcione. La encontramos es el valor “seguridad jurídica” que reposa sobre **la base de una “certeza” en la jurisprudencia**. Certeza creada por los jueces y nunca por el legislador.

El Derecho se nos muestra todo él edificado sobre un a priori que reza: “*la interpretación ha de ser esta*”. Pero, tal a priori es imposible de entender por lo que no lo podemos explicar pero si, lo **ponemos en duda, la ilusión de su “objetividad” perece**. En efecto, la técnica jurídica hace que las decisiones tomadas en cada sentencia se fundamenten en “hechos probados”, en “procedimientos legales” y en **técnicas de raciocinio**, por lo que se “capta” o “percibe” la “garantía” de que el uso adecuado de las mismas conforman en su conjunto eso que ampulosamente llamamos “técnica jurídica”, pero tal “técnica” nos da a veces resultados **“correctos”** (?), o **“verdaderos”** (?) u **“objetivos”** (?). En verdad, lo ignoramos. (Ignorancia invencible)

Analizamos en el Capítulo Anterior que el mito de la “objetividad” exegética colapsó en razón a que lo que el legislador “dice” con la “claridad” de las normas, no es para nada “Claro” por lo que no ellas no se ajustan “claramente” a la realidad. Por ello, PERELMAN afirma que **un texto debe considerarse**

poco claro, cuando su exégesis impide la efectividad del “valor” en el plasmado. Como las normas NO tienen una sola interpretación, la **seguridad jurídica y la certeza del derecho son relativas**, en virtud del margen de discrecionalidad de quien haga su interpretación. Empero, dichos márgenes al estar dados por la ideología, hacen que ninguna sentencia puede ser a-ideológica ya que si hipotéticamente lo fuera, el sistema no puede reconocerla como suya. **La ideología, al ser una con el derecho le confiere un sentido que le facilita su proceso de creación, que en últimas, es precisamente lo que se hace cuando se interpreta.**

La discrecionalidad está presente cuando el intérprete responde a las preguntas: ¿Cuál método seleccionaré? - ¿Debo interpretar de modo restrictivo o creativo? - ¿Cómo asigno niveles jerárquicos a los valores que estimo debo usar?, las respuestas que las resuelven ya están pre determinadas en el sistema jurídico, porque ellas **son expresión del principio de incertidumbre que actúa como intencionalidad subjetiva en el intérprete cuando decide aplicar los valores reconocidos en el sentido que el sistema le asigne por vía de la jurisprudencia vigente de las altas cortes**. Se entiende así que el principio de la doble instancia no es solo una garantía del derecho de defensa sino, por sobre todo, un mecanismo de salvaguarda de la “objetividad jurídica”.

El derecho está todo impregnado de “visión del mundo”, es decir, de ideología. No puede ser de otro modo. No es solo por la ideología del legislador, sino la que está subyacente en cada sentencia y en eso que se llama **la jurisprudencia vigente**. PERELMAN comprueba que todas las “técnicas de interpretación” **son en sí “pre-científicas”**, es decir, previas al derecho que por no ser ciencia no las puede validar como tales. Son “*las técnicas de argumentación las que dan todo un arsenal de razones, más o menos fuertes, más o menos pertinentes, para que puedan, a partir de un mismo punto de partida, llevar a conclusiones diferentes y a veces incluso opuestas*”. De lo explicado podemos entender que **la Libre construcción de la Premisa Mayor en el silogismo constitucional parte, inevitablemente, de una pre comprensión hermenéutica previa a cualquier razonamiento**, implícita en la Obiter Dicta donde se justifica argumentativamente, o sea, dialécticamente, al escogerse un VALOR que soporte la decisión.⁷²

72 Ver el capítulo 2 de este Trabajo LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA.

Cualquier intérprete razona, más o menos, coherentemente, según sea su formación filosófica, sus conocimientos de lógica y la destreza en el manejo de las técnicas jurídicas ya que **las normas no son objetivas por no originarse en la realidad cognoscible** e incontrovertibles en sus significados, sino, además, porque para dar la significación él y solo él, escoge la técnica y le da un sentido predeterminado según el alcance que se quiera dar a dos valores en oposición: la seguridad jurídica y el sentido de justicia. Es el arbitrio del sujeto cognoscente lo que prima.⁷³

5.1 FILOSOFÍA ANALÍTICA

El propósito de este trabajo no es profundizar en las más importantes teorías de la interpretación jurídica, sino presentar un panorama de ellas, haremos una breve referencia a lo que ha significado la teoría analítica en el campo de la interpretación del derecho.

Sin duda, la más importante contribución de la filosofía analítica a la filosofía del derecho es ver en el lenguaje la esencia del razonamiento. La búsqueda de objetivar el proceso interpretativo los conduce a identificar en el lenguaje la clave para ello ya que “[e]l lenguaje constituye un medio entre el pensamiento y el mundo que parece ser objetivo en naturaleza (...) Por lo tanto, la idea más relevante de la filosofía analítica es que el lenguaje es objetivo. En consecuencia, el proceso de interpretación no puede ser puramente subjetivo (...) Hay significados, hay sentidos que pueden ser adscritos a un texto dado, y el grupo de posibles interpretaciones es – por lo menos en principio determinable.”⁷⁴

WITTGENSTEIN, su más connotado representante, afirma que de **una expresión en sí misma, no es posible derivar su sentido**, por lo que a éste se llega ubicándolo en el contexto del juego del lenguaje como dimensión de la forma de vida, ámbito este que siempre fija el significado de una entidad. Tal forma de vida, a su vez, está constituida por un conjunto de actos. El lenguaje es así una actividad integrada por un conjunto de actos pertenecientes a la forma de vida que al alcanzar un grado representativo de aceptabilidad en la

73 “El sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente sino siempre. Por eso la comprensión no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo” enseña PERELMAN.

74 Bartosz Brozek, “*Interpretation of the law*”. Texto traducido por MANUEL ATIENZA.

comunidad, consolida una base para la comprensión. En este sentido, no es posible entender la existencia del lenguaje y de los significados de manera independiente. **El significado de un término es, no puede no serlo, el uso que tenga en el lenguaje.** Esta concepción se puede llevar a la filosofía del derecho, asumiendo que el esclarecimiento del significado de un término jurídico requiere de su análisis contextual, por lo que la interpretación, conforme a la filosofía analítica se puede valorar en términos empíricos de verdad o falsedad. *Tal calidad entraña el establecimiento de una relación de correspondencia entre la definición asignada al término y el uso que se le da en el lenguaje jurídico.*⁷⁵

5.2 TEORÍA AXIOLÓGICA O MATERIAL

Pese a las peculiaridades propias de cada esquema, los exponentes de ésta Teoría coinciden en que es imprescindible justificar en términos de corrección muchas de las soluciones que, como alternativas interpretativas, se adoptan. Muchas de las tesis que comprende éste enfoque fundan su obligatoriedad en la “súper generalidad”⁷⁶ como característica del lenguaje. Por lo que la interpretación no debe tener como sustrato único la dimensión lingüística de las normas en razón a que la vaguedad y ambigüedad que como lenguaje, las caracteriza y les confiere una naturaleza indiscutiblemente indefinida. Por consiguiente, **son los factores morales la esencia última del derecho por lo que, finalmente, son los jueces los que “descubren” el alcance de las normas, dentro de una moralidad válida.**

Es cuando el método lingüístico resulta insatisfactorio para la tarea interpretativa y ante la incertidumbre en lo atinente a la “solidez” de una alternativa interpretativa válida, aparece el interrogante que formula el tratadista finlandés: “**¿Qué queda del concepto del Derecho, si una única norma jurídica puede adquirir contenidos diferentes a través del proceso de interpretación; y, además, ninguna de las alternativas puede probarse que sea peor que las otras?**”⁷⁷. La clave de la respuesta a esta pregunta la ofrecen los pensadores que siguen esta teoría, al considerar el derecho como una expresión de la moral objetiva, ya que **el “componente último”**

75 Ver el TRACTATUS LÓGICO FILOSÓFICO.

76 Término usado por AARNIO en “Lo racional como razonable” (Pág. 158) para referirse a la vaguedad o inexactitud intrínseca del lenguaje.

77 AARNIO, AULIS. Sobre la ambigüedad semántica... Páginas 115 y 116.

del derecho siempre vendrá dado por los valores reinantes en una sociedad en una época determinada; valores que, entre otras cosas, deben responder a la exigencia de ser objetivables. Así, tiene razón García Amado cuando afirma: “*El buen legislador se caracteriza, entonces, por su capacidad de captar tales valores y traducirlos a enunciados legales. Y el buen intérprete es el que acierta a colmar las indeterminaciones que en tales enunciados se contengan desde esos mismos valores que le dan su único verdadero sentido posible...*”⁷⁸

Las normas jurídicas desde que aparecieron en la historia han estado “ungidas” de un puro contenido y un propósito axiológico ya que se consideraba que eran dadas por los dioses, por tanto, el sentido que se aclara es siempre, ya sea de forma inmediata o en el fondo, pura axiología. El paradigma de la interpretación está dado por “**El conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones**”⁷⁹, vale decir, la ideología legal racional. En este contexto, se entiende por “racionalidad” la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones.

A este enfoque se le llama hoy “Teoría de la Argumentación en su forma estándar”, que se origina en los estudios de PERELMAN y VIEHWEG en los años 50 y 60 del siglo pasado. VIEHWEG en “**Tópica y Jurisprudencia**” nos habla de un renacer del método de la tópica, que hace referencia a las “probabilidades y lugares comunes” cuya utilización se pretende conjunta con el imperante método deductivo. PERELMAN, por su parte, expuso que el resultado de la labor judicial NO debe obtenerse por medio de un proceso de lógica hipotético-deductiva, sino que debía llevar consigo la realización de valoraciones como producto de un ejercicio racional. Por esta razón, el interlocutor debe sentirse satisfecho con la decisión acogida por el juzgador, si está sustentada en argumentos resultantes de un discurso retórico, un discurso argumentativo.

Para PERELMAN, el Derecho por ser argumentativo, necesariamente es tópico, y esta es una técnica que pretende resolver los problemas jurídicos

78 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “La Interpretación Constitucional”, Revista Jurídica de Castilla y León. No 2. Febrero de 2004. Página 50.

79 WROBLEWSKI. “Sentido y hecho en el Derecho”. Universidad del País Vasco. 1989. Página 55.

apelando a ciertos criterios que actúan como directrices que vienen a ser una suerte de “Áreas Comunes” no inmutables y, por lo tanto, dotadas de valor relativo. Esos principios y valores comunes pertenecen al campo de la razonabilidad práctica⁸⁰ y son esgrimidos para justificar la solución y hacer de ella algo convincente frente al auditorio. Ello, porque para PERELMAN “El debate judicial y la lógica jurídica se refieren –no lo olvidemos- a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones. El papel de la lógica formal es hacer que la solución sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas (...) La lógica jurídica, especialmente la judicial (...) se presenta, en conclusión, no como una lógica formal sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad”.⁸¹

El factor legitimador de las decisiones judiciales radica solo en la obligatoriedad de justificar las mismas, este es el criterio determinante para la escuela de la argumentación.

5.3 FILOSOFÍA Y LENGUAJE

Parece hoy, que la filosofía ha hallado una posibilidad de realizarse por medio del lenguaje, esto se debe básicamente a los desarrollos de la lógica y de la lingüística. Por otra parte, la inmensa importancia, primero, de los medios de comunicación y, luego de las redes sociales, en la sociedad actual ha generado una toma de conciencia sobre la magnitud no solo cuantitativa sino cualitativa del fenómeno comunicacional en sí y su influencia en las relaciones sociales y su contenido material.

Conforme a Aristóteles en su política, el lenguaje es la característica distintiva del animal humano y puede compensar así a la filosofía, que hoy ya no se le considere ciencia, o bien, el que ella deba replantearse toda por medio de un lenguaje cuyas afirmaciones posean sentido aunque no puedan verificarse inmediatamente, como acontece con los lenguajes histórico y literario. Se objeta, empero, que una filosofía del lenguaje sea innecesaria ya que para eso existen la lógica y a propia lingüística con sus integrantes: semiótica, semántica, pragmática y sintaxis.

80 En PERELMAN, son puntos intermedios entre la razón matemático-física y el decisionismo ético.

81 PERELMAN, Chaim. “Lógica jurídica y nueva Retórica”. Madrid. Editorial Civitas. 1979. Página 3.

Luego, ¿Que es la filosofía del lenguaje?

Parece sencilla la respuesta, desde PLATON hasta a teoría de la “relatividad lingüística” de EDWARD SAPIR y BENJAMÍN LEE-WHORF y la actual polémica sobre los universales lingüísticos y el innatismo de las ideas, causadas por el trabajo sobre la “gramática generativa” de CHOMSKY, encontramos muchísimos planteamientos: Sin embargo, **lo que quiere la filosofía del lenguaje es proporcionar un horizonte crítico de reflexión sobre el lenguaje en sí, que integre a partir de un proceso investigativo los resultados de la lingüística y de la sociolingüística de los textos filosóficos mismos y de las implicaciones históricas de todo esto.**

Las presiones de los intereses políticos están transformando los medios de información por medio de una “semantización” donde el lenguaje deja ver perspectivas que interesan al filósofo en razón del acontecimiento mental a que se nos somete por la manipulación que tergiversa el mensaje, yendo más allá de los estudios sociolingüísticos para toparse con la ética y la teoría del comportamiento y obligando al nuevo planteamiento de los objetivos de la existencia humana, al preguntarnos: ¿Qué significa ser seres humanos en el siglo XXI?

Con relación al lenguaje; la filosofía es la que puede proporcionar los criterios de la relación entre el pensamiento (lógico) y la realidad por medio de la epistemología (lógica material o maior). Por lo tanto, existe una cuestión que tiene evidentes implicaciones para la epistemología que se debe considerar, el de la relación entre lenguaje y pensamiento ya que en los seres humanos, existe un momento en su infancia, donde el pensamiento y el lenguaje confluyen de modo tal que solo se puede pensar por medio de este y a su vez sólo podemos enriquecer al pensamiento a partir del lenguaje. Este es el rasgo clave de los seres humanos, donde reside la llamada “condición humana”.

Se explica así que los lenguajes son el hecho esencial de las culturas **ya que solo es por medio de él que cada grupo humano asimila sus experiencias**, transfiriéndolas al mismo tiempo a cada uno de sus integrantes en forma de “visión del mundo” e “interpretación” del mundo a partir de dicha visión. Al analizar la visión del mundo” verificamos que el lenguaje nos permite realizar una sede de interpretaciones que, sin considerar a GADAMER y su filosofía

hermenéutica y a la filosofía analítica inglesa de MOORE, AYER, RYLE y STRAWSON, nos impulsa a salir de lo meramente lingüístico.

La filosofía se nos muestra así fecunda, ya que contextualiza todos los planos de los elementos del lenguaje, de la sociedad y de la problemática teórica y práctica donde nace cada discurso. Se busca así, conocer más y mejor al hombre ya que la lingüística no puede estudiar el concepto de significado y sus relaciones dentro de un sistema integral. Cuando entendemos el lenguaje no solo como simple sintaxis sino como algo provisto de significaciones, **siempre hacemos una referencia concreta al mundo**; pues bien, dicha referencia solo se puede realizar dentro de una trama de relaciones que supone a los distintos individuos en sociedad, lo que conforma la esencia del hecho significado es ese complejo de sentidos en potencia que siempre esta subyacente **para que una significación se exprese, actualizándose**. Sin sociedad no hay lenguaje, pero ella no solo está hecha de lenguaje, el derecho es el mejor ejemplo.

Precisar si el Derecho es o no “ciencia” y en qué condiciones lo sería, depende de poder situar al conjunto de los fenómenos que se “**muestran como jurídicos**” en estas coordenadas, novedosas si se quiere, del pensar humano.

5.4 APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

Le daremos el nombre de Filosofía del Derecho, en un sentido amplio, a cualquier modo de aproximación racional al fenómeno que llamamos “jurídico”, con el fin de lograr una comprensión total del mismo; en este sentido es como ha existido eso que llamamos FILOSOFIA DEL DERECHO, puesto que desde que se pasó del mithos al logos, existió la filosofía como tal y la filosofía del derecho como una de sus especies, puesto que lo “jurídico” es un componente esencial de la vida y de la existencia humana que afecta simultáneamente al plano personal y los planos político y social.

En este marco, el enunciado “FILOSOFIA DEL DERECHO” se nos presenta con dos significados: uno **amplio**, que es cualquier forma de especulación teórica y cognoscitiva sobre el IUS que busca meter o insertar lo jurídico en una cosmovisión que le sirve de contexto y otro, **estricto**, que es la especulación del logos sobre el derecho a partir de los planteamientos del historicismo y del positivismo. En el sentido amplio primó la teoría IUSNATURALISTA (etapas: estoica, escolástica y protestante hasta el S. XVII); la histórica (SAVIGNI y su desarrollo ulterior) y la positivista primaron en el sentido estricto.

Al entrar, por la acción de los positivismos no liberales, el positivismo liberal en crisis, se hace necesaria la construcción de una propuesta que la reemplace; esa propuesta se ha dado en llamar TEORÍA DEL DERECHO que sustituye los sentidos **amplio** y **estricto** anotados y quiere ser una filosofía jurídica de nuevo cuño o factura. El IUSNATURALISMO y EL POSITIVISMO buscaron una respuesta que satisficiera el problema básico de la comprensión integral del fenómeno de lo jurídico, en esta perspectiva, a pesar de su oposición radical, comparten algo: tienen los mismos temas por analizar y resolver.

La filosofía del Derecho es en sí una rama de la filosofía y no una mera “filosofía aplicada” según algunos dicen, porque la filosofía no se aplica sino que se agota como pensamiento o reflexión; aquí debe compartirse el criterio del citado ARTHUR KAUFMANN cuando afirma: “En la filosofía jurídica es el jurista quien pregunta y el filósofo quien responde. Por ello, un buen filósofo del Derecho tiene que dominar ambas disciplinas, la ciencia del Derecho y la filosofía”. En este orden de ideas, **el pensamiento filosófico acerca del Derecho busca que lo jurídico se inserte en el mundo del logos humano** para que desde allí el Derecho adquiera su pleno sentido y concrete su realidad.

¿Cuáles son esos temas por analizar y resolver?

Inquirir acerca de los temas que Iusnaturalistas y positivistas analizan y resuelven es interrogarse en sí, sobre las grandes cuestiones de la filosofía que para nuestro caso, conciernen a los juristas y al Ius, cuestiones que GREGORIO ROBLES clasifica en cuatro, a saber:

- El problema del conocimiento
- El problema del ser
- El problema del valor
- El problema de la existencia

La filosofía es de raíz antropológica ya que busca responder a las más grandes exigencias humanas para poder situarnos en el mundo y respecto a nosotros mismos; así, el **primero** de los problemas resulta de la duda sobre nuestro intelecto y sus límites y la certeza del proceder del logos humano y su falibilidad. El **segundo** de los problemas nace de los que los griegos llamaron la admiración, punto de iniciación de la acción de filosofar, rompiendo lo habitual

de la cotidianidad. El **tercero** de los problemas tiene que ver con el sentimiento de la esperanza ya que el hombre se pone a pensar sobre el futuro, donde el sentido de lo “valioso” trata de colmar las ansias de perfección, en razón a que los valores trascienden la temporalidad. El **cuarto** de los problemas es un sentimiento que por lo regular es doloroso, en unas épocas más que en otras, el de la angustia, la sujeción **al aquí y al ahora** es la realidad misma y esa angustia demanda aceptarnos tal cual somos para trascenderla.

Para enfrentar el primer problema existe la TEORÍA DEL CONOCIMIENTO, el segundo se enfrenta con la ONTOLOGÍA, el tercero con la AXIOLOGÍA y el cuarto con la FILOSOFÍA DE LA EXISTENCIA.

Con relación al Derecho, encontramos los mismos problemas, la filosofía del Derecho trata de dar cuenta de los mismos a **partir de la interconexión del hombre con el IUS**. Por ende, la teoría jurídica debe construirse para satisfacerlos a todos y que en conjunto plantean el problema fundamental que nos ocupa: el de la científicidad del Derecho. Tales problemas se expresan así:

5.4.1 El conocimiento de lo jurídico.

¿Es posible el conocimiento de lo jurídico y de serlo, cómo se nos manifiesta este?

La teoría del conocimiento o epistemología jurídica mutó, por obra del positivismo, en una teoría de la ciencia jurídica en la que subyace, necesariamente, por la pretensión de científicidad atribuida al Ius, una determinada concepción del conocimiento (la cartesiana) que parte del principio fundamental de que la única forma idónea y totalmente válida del conocimiento jurídico es la que hace del Derecho una ciencia cuyo objeto está por fuera del sujeto y éste debe buscarlo en el mundo; es un proceso de búsqueda del Derecho en la Physis, en la naturaleza.

Aquí está el quid del problema, lo que los juristas desde el concepto de ciencia de la modernidad han hecho y aún siguen haciendo, como intérpretes, es una ciencia o si tal acción nada tiene de científica. ¿Será científica la dogmática jurídica? Cómo compatibilizó el positivismo el paradigma de la dogmática con el concepto cartesiano de ciencia y si tal compatibilización expresada en la jurisprudencia tiene carácter científico. Es más, en ese modelo de ciencia, la jurisprudencia procede según el esquema epistemológico cartesiano (las

bases de la duda metódica) ¿o no? Al destruirse el paradigma de la dogmática en la concepción positivista, nace otro interrogante, igual o más acuciante: ¿puede el Derecho ser objeto de conocimiento desde otra concepción de lo que es “Ciencia”?

En todo caso esa es la envergadura del problema, la de definir la científicidad del Derecho frente a otro concepto de ciencia, basado en la física del siglo XX.

5.4.2 La Ontología Jurídica.

¿Cuál es el concepto de Derecho? Para el Iusnaturalismo es lo justo y para el positivismo es el fenómeno en sí, su existencia. Ambas formas de concebir al IUS le dan un carácter de realidad, donde es **ideal** para el Iusnaturalismo y **real** para el positivismo, pero **realidad al fin distinta y preexistente al sujeto que conoce**, por lo que lo justo como lo fenoménico son seres en sí, independientes y con “mismidad”, anterior a la función cognoscitiva. El sujeto u observador interactúa con el “objeto jurídico” de forma tal que aquel solo tiene que “describir” su morfología y “estudiar” su contenido material. Empero esta ontología realista está en crisis ya que a partir de la incertidumbre no todos lo “describen” ni “estudian” igual, así, ¿cómo habremos de definir el ser en sí del Derecho? ¿Podremos elaborar una metafísica jurídica?

Después de 2600 años de reflexión jurídica, en el colmo del desconcierto del logos, tenemos de nuevo que definir el Ontos jurídico, quien se lo hubiera dicho a CICERON, a SENECA y a toda la pléyade de pensadores que se han sucedido en el transcurso de esos 26 siglos.

5.4.3 La Axiología Jurídica.

En medio de lo que hemos descrito debemos investigar inquiriendo sobre cuales son y que son los valores o axis del Derecho; a partir de BOBBIO se acuñó la expresión “TEORIA DE LA JUSTICIA” que RAWLS puso de moda, pero la justicia es en sí mismo un valor que integra los otros axis que se refieren a la vida jurídica de los hombres y que además desea armonizar, como PLATON dijese, las virtudes políticas y sociales.

Dado que los valores tienen cargas de pasión, cualquier teoría que se haga de la justicia implica la necesidad de darle un sentido a esa pasionalidad y

al hacerlo se carga de pasión ella misma, así, ¿cómo elaborar una axiología jurídica compatible con una concepción óntica del IUS?

5.4.4 La Filosofía Existencial

Esta es todo un desafío, máxime que de un modo u otro ha sido ignorada por los positivistas y dotada de contenido teológico por el lusnaturalismo católico. Ella TRATA DE UNIR EL FENOMENO DE LO JURIDICO A LA VIDA HUMANA MISMA. ¿Cómo elaborar una antropología del hombre no solo como Zoo Politikon sino como Zoo Iuridicum?

Nunca olvidamos que **el horizonte problemático del Ius es el horizonte problemático del ser humano**, aquí el Ius es vivencia, es tradición, es un componente de la onticidad de la sociedad, de lo colectivo, lo que da en sí sentido a la SOCIETAS (*ubi societas ibi Ius*- Cicerón-).

Una filosofía existencial implica partir del principio de que se filosofa para darle un sentido a la vida humana y el IUS hace parte de ella, el filósofo del vitalismo, ORTEGA Y GASSET lo dijo mejor que ningún otro: “*La piedra angular del filosofar lo es la vida humana como realidad radical*”. Esa vida humana es Ethos y Pathos, es existencia y axis, ¿cómo filosofar sobre la pretendida científicidad del IUS olvidando esto?

6. LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICA Y LAS FORMAS DE CONOCERLA

Cuando el director de este grupo de Investigación tuvo la satisfacción de ser uno de los discípulos de JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO⁸²; este, al comenzar una de las sesiones de su módulo, propuso el siguiente “experimento”: Leyó y consignó en el tablero las citas que a continuación se reproducen, sin decir su autor ni indicar el objetivo al que se refieren sus afirmaciones, suprimiendo una palabra, la misma en los tres textos y representándola por un asterisco:

1º “Desde el punto de vista sociológico * cumple funciones coordinadoras e integradas. En estadios más primitivos, las funciones sociales de coordinar e integrar solían ejércelas ciertos personajes como los sacerdotes o los reyes”.

2º “Como muchas otras habilidades sociales, la determinación del * se desarrolló hasta su nivel actual a través de los siglos en estrecha relación con el crecimiento de exigencias sociales muy concretas, entre las que, en primer término, se encuentra la necesidad humana de coordinar y sincronizar la serie de actividades entre sí”.

3º “Así pues, lo que llamamos * es en primer lugar, un marco de referencia que sirve a los miembros de un cierto grupo, y, en última instancia, a toda la humanidad, para erigir hitos reconocibles, dentro de una serie continua de transformaciones del respectivo grupo de referencia”.

82 Catedrático de filosofía del derecho de la universidad de León, en España, un Doctorado en esa disciplina en la Universidad de Kiel y tesis doctoral sobre VIEGWEH.

A todos los participantes de dicho ejercicio se nos ocurrieron variadas respuestas sobre lo que podía ser el * representativo del interrogante, que significaba “derecho”, que “cambio social” que “historia”, que “poder político”, pero no, nada de ello.

Hubo algo que en nuestras respuestas fue surgiendo llamándonos la atención, que el * debía ser de naturaleza social por que se genera y muta con la evolución y los cambios a veces lentos y a veces súbitos que se dan al interior de las sociedades humanas, aunque siempre le confiramos una apariencia objetiva, **apariencia de tal importancia que se presenta ante nosotros como si poseyese una realidad permanente que siempre está allí sin experimentar mutaciones, no siendo así**. Esto se convirtió en un punto de partida de lo más interesante para reflexionar sobre fenomenología, dialéctica y hermenéutica filosófica, pero ese no era el objeto del “experimento”, GARCÍA AMADO dijo que en nuestras reflexiones se encontraba el punto focal del asunto y pasó a develar la identidad del *.

Nos señaló que el autor de los textos donde se ha suprimido la misma palabra reemplazándola por un asterisco, es NORBERT ELIAS y que los mismos se encuentran en su obra “Sobre el Tiempo”, páginas 64 , 84 y 136, publicado en español por el fondo de cultura económica en 1989, así pues, el * quiere decir “**tiempo**”; luego, es el *tiempo* el que desde el punto de vista sociológico cumple funciones coordinadoras y, como muchísimas habilidades sociales, se desarrolló hasta su nivel actual a través de los siglos y que es, en primer lugar, un marco de referencia que sirve para erigir hitos reconocibles dentro de una serie continua de transformaciones.

Prosigió, el * puede, igualmente, significar “**derecho**” ya que cualquiera cosa a la llamemos “jurídica” se nos presenta con la misma apariencia de objetividad, certeza y necesidad, generado realmente por una elaboración social condicionada por el entramado de las fuerzas sociales. Tales “Cosas” consideradas jurídicas, siempre están construidas, explicados y sustentadas por instrumentos lingüísticos dados por nuestro idioma como tal, lo que nos permite construir la “teoría jurídica” que da cuenta de ellas; además, permite las otras creencias socialmente aceptadas y vigentes en cada época histórica, al igual que las demás ciencias. El “experimento” se convirtió en algo muy interesante ya que la fenomenología, la tópica y la retórica, junto con la hermenéutica filosófica

y la Teoría de la Argumentación, entre otras, mostraban aristas no apreciadas antes. Notamos también que el derecho debe aprender a dar cuenta de sí mismo retornando al quehacer filosófico en razón a que creerse “Ciencia” según el paradigma de la modernidad basado en una epistemología cartesiana, aplicados a las denominadas “Ciencias Sociales”, colapsó.

Quedaba comprendido que el Derecho **solo puede existir por medio de un proceso de sustantivación objetivante**, exactamente como el concepto de “tiempo” explicado por Norbert Elías.

ELÍAS, en su obra antes indicada, página 53, explica una hipótesis plausible sobre los mecanismos de sustantivación objetivante del tiempo, que son aplicables perfectamente al derecho, leemos: “Al reflexionar sobre el problema del tiempo no es difícil que nos equivoque la forma sustantivada del concepto. Ya en otro lugar indiqué que **hablar y pensar con sustantivos objetivantes, como suele hacerse, dificultan mucho la percepción del nexo entre eventos**. Esta convención del lenguaje recuerda un poco la tendencia de los antiguos, todavía no desaparecida por completo, de personificar las abstracciones. **El obrar con justicia se convirtió en la diosa justicia. Hay muchísimos ejemplos de la coacción que un lenguaje social normalizado ejerce sobre el individuo hablante para que emplee sustantivos objetivantes. Piénsese sino en frases como “el viento sopla” o “el río fluye”, como si el viento fuere otra cosa que el soplar y el río distinto de fluir. Hay acaso ¿un viento que no sopla y un río que no fluya?**”.

Es razonable suponer que el mismo procedimiento de objetivación del tiempo, que es un producto exclusivo de la comunicación humana en su dimensión social, subyace tras una afirmación como la que afirma que “el derecho obliga”, acaso ¿existe un derecho que no fuese capaz de obligar?

Debemos aceptar que EL DERECHO ES UN PRODUCTO SOCIAL FORMADO EN EL INTERIOR DEL FENÓMENO COMUNICATIVO O, EN EL SENO DE LO LINGÜÍSTICO. POR ELLO, EL IUS SE NOS PRESENTA “OBJETIVAMENTE” USANDO “MATERIALIZACIONES” O “ENCARNACIONES” IDIOMÁTICAS DESDE EL “IMAGINARIO SOCIAL” Y REFLEJÁNDOLAS DENTRO DE TAL “IMAGINARIO”.

Estamos implícitamente afirmando, que **Derecho es, lo que él dice sobre sí mismo**, toda una paradoja, ya que **el objeto del derecho se conformaría y se**

reconformaría de manera permanente. Siempre que hablamos de “Derecho”, por ser este una vivencia social o colectiva, estamos retroalimentando el proceso de ese permanente decir lo que es el “Derecho”. Como el “Tiempo”, el “Derecho” es un resultado o producto siempre oscilante, donde la “objetividad” de determinarlo depende del concepto que de él elaboremos previamente, no pueden considerarse separadamente por pertenecer indivisiblemente a una imagen global que los seres humanos tenemos sobre nuestro mundo y de las circunstancias en que en el viven. Como dice del “Tiempo” NORBERT ELÍAS: “hablar y pensar con sustantivos objetivantes, como suele hacerse, dificultan mucho la percepción del nexo entre eventos”.

No solo el Derecho es así, tampoco solo el tiempo, existen una variedad de teorías que **se apoyan en la construcción social de la realidad**, tales como la sociología fenomenológica, la filosofía analítica, la reinterpretación que del concepto de “mundo de la vida” hace HABERMAS y, en la “**recursividad de los subsistemas sociales al interior del sistema social vigente**”, de LUHMANN. Subsistemas con la capacidad de generar procesos propios para darse un específico “sentido” pasando después a interactuar con los otros; debe destacarse que tales subsistemas, según LUHMANN, “crean sus elementos por medio de sus elementos”, algo paradójico, pero estamos en sí ante una **noción holística donde solo es desde el todo que cada una de sus partes adquiere su sentido**. Pero sin esas partes NO existe ese TODO.

Lo esencial radica en que el derecho funcione, él existe como una necesidad de la sociedad para que pueda existir como tal y, no como un simple producto de reflexión sobre lo que él es; de tal reflexión nace el planteamiento de considerar al derecho en términos de su “validez”, tanto intrínseca como extrínseca, lo que hace que el derecho deje de ser un simple mecanismo social de origen espontáneo convirtiéndose en el planteamiento de una teoría. Teoría que pasa a explicarlo dando cuenta del funcionamiento y conformación del **fenómeno llamado derecho**, conservando su función. Lo acabado de decir significa algo muy importante, que SOLO SERÁ DERECHO LO QUE FUNCIONE U OPERE COMO TAL, **sometido a las condiciones de validez generadas e impuestas por su propio discurso tanto teórico como práctico.** Por ello, si queremos saber que es el derecho, debemos preguntárselo a los juristas por que el “discurso” que llamamos “Derecho” se produce en sus intelectos, dándose allí y, en sí, el proceso de substantivación

objetivante explicado. **Por ello, derecho es lo que él dice acerca de sí mismo.** ¡Paradoja Suprema!

El derecho tiene, como una de sus características esenciales, **el de regular sus propios mecanismos de creación y legitimación**, una vez se separa de su imbricación con otras construcciones sociales generadas por procesos de sustantivación objetivante, tales como el mito, la tradición religiosa, la moral vigente, etc., **el discurso que él constituye (Para poder reconocerse como IUS) simultáneamente construye la “realidad jurídica”**. A su vez, esa “realidad” lo transforma en un discurso exclusivo sobre el derecho mismo; es en este específico proceso que lo jurídico, se crea y se “re crea” de modo auto referencialidad (Autopoiesis). Este “crearse y recrearse” se convierte en un sistema con específicos atributos o cualidades que no son simples resultados del azar o de alguna ley natural, solo interviene el lenguaje como medio creador del discurso, discurso que a su vez soporta todas las teorías que pretenden explicarlo y justificarlo y que a la vez condensan y explanan, mientras evolucionan permanentemente, el propio sistema en sí y en cuanto tal. Es imposible entender al Estado-Nación liberal y su sistema jurídico sin las “teorías” de la “soberanía popular” y del “contrato social”, por ejemplo.

Este giro hacia el análisis de la naturaleza lingüística del Derecho, BOBBIO la explica así: **“la científicidad de un discurso no radica en que este sea “verdadero”**, es decir, **en la correspondencia del enunciado con una realidad objetiva, sino en el rigor del lenguaje empleado**. Son la coherencia de un enunciado y el rigor lingüístico con que se exponga que, juntos e inseparables forman un sistema. Frente a lo dicho por este eminentísimo maestro, la preeminencia del concepto de Interpretación y la concomitante complejidad del fenómeno interpretativo como actividad humana, LETIZIA GIANFORMAGGIO propone una clasificación de la misma en tres ramas: **1) Como actividad dianoética, 2) Como actividad lingüística, y 3) Como actividad noética.**

Es **Noética** cuando “**se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo**”⁸³; es decir, cuando el sentido se deriva de la simple apreciación de una realidad perceptible. Desde esta perspectiva, la interpretación representa, entonces, “una aprehensión, una comprensión, un

83 LIFANTE VIDAL, Isabel. “La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea”. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España. 1999. Página 31.

entender”⁸⁴. Es *Dianoética* cuando, en su ejercicio, **se debe llevar a cabo un razonamiento discursivo**. En este sentido, interpretar es “una justificación argumentada”. Finalmente, la interpretación como actividad Lingüística “**es una comunicación de un enunciado interpretativo**”⁸⁵. Nos concentraremos en las dos primeras acepciones de la interpretación pues la última es un resultado de cualquiera de las operaciones dichas, en cualquiera de sus sentidos.

El enfoque de GIANFORMAGGIO es adoptado por teóricos como WROBLEWSKI, para quien coexisten dos dimensiones de la actividad interpretativa, la primera está dada por la comprensión inmediata a través de los signos lingüísticos; la segunda, ocurre cuando surgen dudas sobre el sentido atribuible al objeto. Estas dimensiones se corresponden con las ramas noética y dianoética vistas, respectivamente. Tener al *Derecho del modo acabado de exponer genera, en el conocimiento de su realidad o, lo que a la epistemología jurídica atañe, dos aspectos claves: primero, la Inevitable relatividad al hacer la diferencia entre teoría y praxis jurídica; segundo, la existencia de un nuevo criterio para definir, evaluar y clasificar los conocimientos llamados “jurídicos”*.

En esta perspectiva, una noción provisional de interpretación jurídica sería tener a esta como **LA LABOR DE DETERMINAR EL SENTIDO DE UN ENUNCIADO JURÍDICO Y CALCULAR EL EFECTO DE DICHO SENTIDO**.

La relatividad explicada nos permite constatar que **la “verdad” de cualquier discurso jurídico radica en su efecto futuro y no en su simetría con un presente meramente situacional**, puesto que si este discurso es relevante inevitablemente desempeñará un rol en relación con la práctica del derecho a partir de la juridicidad descrita por él; luego, los discursos teóricos sobre lo jurídico se pueden evaluar, desde esta perspectiva, según su mayor o menor importancia pragmática y esta “importancia” es en sí un estándar. **Estándar que mide, la incidencia que sobre la realidad jurídica posee un discurso teórico y el nivel de “auto conciencia” de su íntima unión con el objeto que genera a través de la substantivación objetivante. Ese “objeto” refleja y explica la realidad social como necesidad humana de coordinar todas sus actividades.**

84 GIANFORMAGGIO, Letizia. “Lógica y Argumentación en la Interpretación Jurídica o tomar a las juristas intérpretes en serio” Doxa 1987. Página 91.

85 GIANFORMAGGIO, Letizia. Página 91, Ibídem.

Por ello, las teorías jurídicas no las podemos clasificar en progresistas o conservadoras por si mismas según busquen cambiar o mantener el orden existente, lo que podemos es medir cómo influye el discurso sobre la realidad. Solo podemos clasificar dichas teorías como relevantes o irrelevantes es sus logros de substantivación objetivante ya que **lo que se refiere al orden político hace parte del discurso de substantivación del derecho mismo, porque se confunda con él**. En todo proceso de Sustantivación lo político se mimetiza en lo jurídico por ser el derecho hijo de la política, máxime el Derecho Constitucional que es el “*encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos*”, al decir de HAURIQU.

Los juristas que aun sostienen la tesis de explicar el derecho por el derecho, de la pureza del derecho y de su “cientificidad” terminan contaminando lo que el derecho es en sí, ya que usan un ropaje ideológico que enmascara lo que es el derecho o, bien, en el mejor de los casos, ignoran como se forma el objeto del cual se postula *el análisis objetivo* que propugnan. Terminan aislando al derecho al convertirlo en un aséptico fetiche de adoración cuando afirman “*solo actuamos en derecho*”. Tal enmascaramiento sobre qué **derecho es lo que este dice acerca de sí mismo, omite que quien controle que, donde y bajo que vestimenta se diga lo que el derecho es, lo controla todo**. Dependería de este “controlador” establecer la única realidad ontológica posible del derecho, la de su ser social, que es como se percibe por todos.

Las expresiones “derecho puro”, el “derecho por el derecho”, “solo nos pronunciarnos en derecho”, etc. carecen de sentido, ya que es una pretensión vana el querer reducirlo a una “teoría pura” incontaminada, plana de “cientificidad por sí misma” porque para eso es “Teoría”. En el fondo todo eso es, de modo primario, **ideología** que como todas, muestra una intencionalidad que nos llevó a los positivismos no liberales y sus sistemas jurídicos no protectores de las libertades individuales, como el Nazi y el Fascista, donde SCHMITT, usando los argumentos de KELSEN, les dio otro contenido y, al positivismo soviético de la época de STALIN y luego de BREZHNEV, basados en PASCHUKANIS, quien también usó argumentos Kelsenianos en otro contenido ideológico, reproducidos por VISCHINSKI en los procesos de Moscú de 1936 a 1939, acerca de la “positividad del derecho soviético” y de su “cientificidad dialéctico—materialista e histórica” que lo hacía “Superior” a cualquier “derecho Burgués”. El Nazi/fascista llevó a Auschwitz, Treblinka, Sobibor, y los otros campos de

exterminio, el soviético, a los gulag denunciados por PASTERNAK y narrados por SOLCHENITSIN.

6.1 ¿COMO “CONOCEMOS” AL DERECHO?

El conocimiento del derecho, siguiendo en un todo a GARCÍA AMADO, se da en tres planos delimitados, así:

“1°. En este, **encontramos la percepción general que de lo jurídico tienen todos los miembros de la sociedad como un orden impuesto** y del cual hacemos parte, es así una vivencia de la existencia diaria, este nivel con todo y ser el primario o elemental es necesario ya que si no es así, el derecho no sirve para desplegar su carácter ordenador y solucionador de conflictos. **El conjunto de miembros de la sociedad lo “percibe” y lo “tiene” como un vínculo y su obediencia es ineludible y su práctica habitual es tenida para tal conjunto como el modo de operar el derecho. Esta “percepción” “no requiere una operación intelectual que sustente la justicia o garantice la libertad, es, pura experiencia vital.**

2°. Aquí, encontramos **el conocimiento que de lo jurídico tienen los llamados “operadores jurídicos”**, vale decir quienes lo declaran con efectos prácticos de variados alcances tales como los jueces, los legisladores, la administración, etc. se caracteriza básicamente por disimular, esconder o camuflar ese aspecto creativo del discurso de lo que es lo jurídico, vale decir de su substantivación objetivante bajo el ropaje de “declarar o dar el derecho” que viene escrito o determinado.

3°. Hallamos en este, **el conocimiento teórico de lo que es el derecho y se refiere a conocimientos de lo jurídico que no están encaminados a declarar el derecho, sino a comentarlo**, a analizar lo jurídico. Aquí se encuentran las doctrinas de la dogmática o bien, todas las tenidas como integrantes de la “ciencia del derecho”, incluida la reciente sociología jurídica.”

Un derecho creado exclusivamente en uno solo de los planos, no existe, pero en el segundo encontramos un componente esencial de tipo teórico que lo valida, es una praxis sustentada en una teorización previa que se presupone compartida o aceptada por todos ya que funciona como objeto jurídico al plasmarse en valores, principios, construcciones conceptuales de dogmática jurídica, etc.

proporcionando el contenido material de los argumentos y de lo resuelto por cada operador jurídico. Luego, todos los planos explicados solo sirven de modo abstracto ya que siempre los percibimos funcionando conjuntamente porque ellos se insertan entre sí, de modos distintos y en multiplicidad de niveles, tal funcionamiento en conjunto determina la conformación que lo jurídico del derecho adquirirá en la práctica. En Razón a que el derecho es de manera primaria un discurso porque no puede existir o reconocerse de otra forma. los planos 2° y 3° son los que generan este y buscan influir el plano 1°, por eso, de las distintas elaboraciones materializadas en discursos, será triunfante la que consiga convertirse en funcional, es decir, efectiva en el primer plano y cuando tal cosa acontece, **los operadores jurídicos no pueden ignorar que el “derecho vivo o actuante” es el socialmente acatado, a pesar de que lo dicho en el discurso elaborado en el tercer plano o, aún en el segundo, es el que se impone para generar su sustantivación objetivante.**

Como ejemplo de lo afirmado, vemos que en Colombia el discurso sobre la tutela se impuso por sobre otros discursos lo que llevó a una división entre el “nuevo” y el “viejo” derecho, el “viejo” pierde su sustantivación objetivante y el “nuevo” impone la suya por su influjo y fuerte aceptación social; lo mismo acaeció con el mito sacroso de la cosa juzgada; esta última vio cambiado su sentido y contenido.

El derecho que reconoce la sociedad es aquel que ella habla y usa; la propia sociedad lo hace cuando la teoría es capaz de generar un estado de opinión favorable dentro del grupo social, por lo que aquello que se piensa y funciona como jurídico está situado en la dimensión de lo real, lo que se ve como teoría y práctica del fenómeno de lo “Jurídico” son elementos esenciales de la misma realidad donde lo jurídico nace. Por ello, el debate sobre el “papel” del derecho, subsume mientras enmascara, otro, el de las distintas concepciones sobre la producción del derecho y en últimas, el que tiene que ver con derecho mismo. Esto conduce a entender, mejor si cabe, que ni siquiera existe la posibilidad de “inventar” una “teoría pura” del derecho como entelequia metafísica; más bien, los que han pretendido hacerla lo que han hecho es “diseñar” meta teorías ignoradas por la práctica social y jurídica.

Estamos realmente ante una lectura intrsistémica del discurso legitimador del Derecho y el pretendido dualismo entre el derecho como objeto que debe

legitimarse y el discurso teórico que juega a ser el legitimador, deja de tener sentido, tal dualismo queda como una pretensión absurda. LYOTARD en su ensayo “La Condición Postmoderna”, sobre lo aquí dicho, afirma: “el hecho es que el discurso platónico que inaugura la ciencia **no es científico**, y eso aunque intente legitimarla. **El saber científico no puede saber y hacer saber lo que es el verdadero saber sin recurrir a otro saber, el relato que para él es el no-saber**, a falta del cual está obligado a presuponer por sí mismo y cae en lo que condena, la petición de principio, el prejuicio”.

LA TEORÍA JURÍDICA SE CONFUNDE CON SU OBJETO, en razón a que no lo puede estudiar como algo pre existente, ya que el derecho fabrica su propia realidad indefinidamente y, a su vez, este proceso siempre repetido hace que él “EXISTA” (AUTOPÓIESIS). Esto es pura sustantivación objetivante; en ultimas, **LO QUE EXISTE ES UN CONJUNTO DE MECANISMOS SOCIALES QUE HACEN QUE EL DERECHO SE GENERE Y SE REGENERE HASTA CONVERTIRSE EN UN SISTEMA.**

Concluimos así que la autonomía de un sistema jurídico (característica del derecho de nuestra época) solo se conserva por ese permanente crearse y recrearse justificado en el discurso que lo dota del atuendo de su operacionalidad. **No existe ni puede existir un punto de vista externo al Derecho cuando hablamos del Derecho, ya que no podemos hablar de él por fuera de su propia realidad, creada por el mismo**, sobre esto, MAC CORMICK en su obra “Legal reasoning and legal theory” publicada en Oxford enseña que “el teórico Outsider no puede existir e ilustra esto con la reacción de los lilliputienses que miran el reloj de Gulliver y no saben que es ni pueden entender porque el “reloj” no existe en Lilliput, Gulliver pertenece a una cultura que ha creado todo un instrumental conceptual y lingüístico para hablar de “relojes” porque de algún modo entiende y conceptualiza el tiempo, los de Lilliput no pueden hablar de “relojes” porque solo es el uso lingüístico el que el confiere al reloj su condición de “medidor” del flujo del tiempo, obsérvese que la perspectiva lilliputiense es externa pero desde la nuestra que es interna no, no porque lo sea intrínsecamente, sino porque nosotros estamos dentro de la realidad donde hay un “reloj” y ellos no”. Que **inmensa es la fuerza de la palabra capaz de generar discursos creadores de realidades**.

ARNAUD afirma que la distinción entre lo interno y lo externo **es simple mistificación cuando se habla del derecho**, ilustra esto con la imagen de la

famosa “banda de Möebius”, que se nos presenta como de dos caras **y solo tiene una que se tuerce sobre sí misma**, pero nuestros sentidos la perciben como si realmente tuviese dos.

Siendo el derecho lenguaje y, teorizando esa realidad óntica de él, se presupone que su discurso hace parte del discurso social y por eso es colectivo, **no se agota, siendo ello imposible, en el solo análisis sintáctico y semántico, por lo que es necesario estudiar a la sociedad misma y las relaciones sociales que se suscitan en su interior**, en las cuales el derecho se inserta como otro elemento influyéndolas y simultáneamente recibiendo el influjo de ella, este es el punto de partida del pensamiento y el análisis socio jurídico. Magistralmente, como es costumbre en él, BOAVVENTURA DE SOUSA SANTOS, al respecto, dice: “*el derecho, esto es, las leyes, las normas, las costumbres, las instituciones jurídicas, son un conjunto de representaciones sociales, un modo específico de imaginar la realidad que, a mi entender, tiene muchas semejanzas con los mapas*”.

Lo dicho por SOUSA SANTOS indica que NUNCA es inocente y neutra la opción por determinada concepción epistemológica sobre lo que es el “componente científico” cuando se estudia el derecho, ya que la dimensión simbólica de los conceptos que usa representan cualquier tipo de realidades sociales que caen en su campo de interés y que, inevitablemente, se abordan con una pre conceptualización ideológica. Queda planteado así, un interrogante formidable: **¿Cuáles son los presupuestos últimos del “ser” del Derecho y de su realidad?**⁸⁶

Mientras no le demos respuesta nos seguiremos moviendo en una completa indefinición y la superficialidad que ella genera; por ello, la filosofía del derecho debe dar cuenta de sí misma; esta es su tarea fundamental en este presente.

Bajo el paradigma del concepto de ciencia que imperó desde el S. XVII nace y se desarrolla el positivismo jurídico que afirma que el Derecho es ciencia porque todos los casos que debe solucionar se subsumen en la ley por lo que la

86 Mientras no le demos respuesta nos seguiremos moviendo en una completa indefinición y la superficialidad que ella genera; por ello, la filosofía del derecho debe dar cuenta de sí misma; esta es su tarea fundamental en este presente. Para saber si el Derecho es “ciencia” debemos ubicar el conjunto de fenómenos que “nos hablan sobre que es lo jurídico” en estas nuevas coordenadas del pensamiento humano.

misma es una inferencia lógica (pura apoteosis de un cartesianismo encubierto por la lógica formal) enmarcada en un silogismo construido según el **modus Bárbara** de la primera figura, donde la premisa mayor es la ley, la menor es el caso (procesalmente “probado”) y la conclusión es aplicar la solución del caso ordenada por el legislador (casuismo). La “cientificidad” reside en este proceso “racional” usado por el juez al hacer la subsunción.⁸⁷

Sabemos, desde finales del siglo XIX que no es así, porque la aplicación del Derecho no es solo, ni principalmente, una simple operación silogística; sino que es la aplicación de un método, que designaremos grosso modo como “método jurídico”, al cual nos referiremos. *El presuntuoso dogma de la subsunción se asemeja, según ARTHUR KAUFMANN, al cigarrillo y sus defensores, los fumadores, lo primero ya no es causa de placer y los segundos son unos parias socialmente marginados por el aviso “prohibido fumar”.*

6.2 INDETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO⁸⁸

Frente a la pregunta de que es el Derecho, plantearemos una tesis: la de que no podemos decir si lo es o no, porque NO existe una TEORÍA DEL DERECHO que siquiera lo defina. Estructurarla es el desafío mayor que se le plantea al pensamiento filosófico actual.

ROBERT ALEXI busca contestar la pregunta fundamental que recorre la “Filosofía del Derecho” desde que HEGEL creara este concepto: ¿Cuál es el carácter “especial” de esta disciplina? Este es el problema que enfrenta a este pensador alemán con los partidarios de una teoría del derecho **que para nada consulte la filosofía**. ALEXI empieza por definir que es la filosofía desde la perspectiva de su naturaleza, encontrando que ella es esencialmente **reflexiva** ya que consiste en “razonar acerca del razonamiento” dado que tiene por

87 Es indiscutible que la “cientificidad” del Derecho de la modernidad cartesiana solo pudo ser factible haciendo sinónimos los conceptos de IUS y de ley, ya que si no, este NO podía ser objetivado, en razón a que la base del método científico de la modernidad es la separación total del sujeto que conoce y la realidad cognoscible y, tratándose del Derecho, lo único pretendidamente “objetivo” solo puede ser la ley.

88 El texto de este acápite se publicó en Artículo **¿ES EL DERECHO CIENCIA?** De la Revista “Saber, Ciencia y Libertad, Volumen 10 N°.1 como avance de Investigación derivado del proyecto que soporta esta Investigación.

objeto “permitir” al hombre “**Concebir al mundo por uno y por los demás**”, existiendo y, también, es “acción” en razón a que dicha concepción del mundo permite reflexionar sobre lo que debe hacerse o no (Lo bueno), en este aspecto es ETICA y en el primero es ONTOLOGIA. “justificar” las creencias para luego “justificar” el obrar, nos adentra en la EPISTEMOLOGIA o conocimiento de lo que es lo “Bueno” que convalida el obrar humano.

ALEXI afirma que la “Idea” de derecho obliga a reflexionar sobre los conceptos de “norma”, “deber ser”, “persona”, “acción”, “sanción”, etc. Por consiguiente, tal idea es conceptualmente compuesta por tener un alto nivel de complejidad, ella es una **abstracción que envuelve otras**. Pero ese es el objetivo de la Filosofía del Derecho, reflexionar del modo más general posible y sistematizado sobre lo que él es. Para abordar esta idea propone demarcar la Iusfilosofía dentro de una de estas tres opciones:

- A. Que la Iusfilosofía solo se ocupe del derecho y no de problemas generales de la filosofía.
- B. Que la Iusfilosofía solo se concentre en el carácter institucional o autoritario del derecho.
- C. Que las preguntas normativas se deleguen a la filosofía y por tanto la moral y la política deben estar fuera de la filosofía del derecho.

Esto supone aceptar que *el problema planteado no se ha resuelto y excede la fuerza de un solo hombre, como finalmente termina confesando*. Mientras, los partidarios de una “**Teoría del Derecho**” (TD) a secas, sostienen que “*La identidad de la Filosofía del derecho (FD) es una cuestión controvertida en el seno de la comunidad que practica esta disciplina*”. Buscan concentrarse en la “**Identidad de la Teoría del Derecho**”, que aunque sea difícil de aprehender, “PARECE” no ser particularmente controvertida, es más, existe una “línea de división entre la TD y la FD.

Trazar esa línea divisoria es muy controversial ya que los límites entre la TD y la “**DOGmatica JURIDICA**” llamada de modo ampuloso “Ciencia Jurídica”, como muchos hacen, **no son claros, no porque se ignore que existen, sino**

en cómo deben trazarse. El Derecho tiene una dificultad intrínseca NO puede dar de sí mismo una definición jurídica en virtud del teorema de la Incompletitud, algo que los filósofos y teóricos del Derecho obvian. Generalmente se ha entendido que la TD es una parte de la FD y es así como BOBBIO afirma que la FD es: “*la suma de tres líneas de investigación distintas aunque obviamente relacionadas: la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva la TD es una parte de la FD, aquella estudia el concepto de derecho y, a la vez, algunos conceptos intrínsecamente relacionados con él (normas, ordenamiento, validez, etc.). Debe observarse que desde este punto de vista, la llamada “teoría de la ciencia jurídica” es una disciplina autónoma, independiente de la TD*”.

BOBBIO afirma igualmente que HEGEL, padre del concepto “Filosofía del Derecho”, lo creó, siguiendo la tradición del pensamiento alemán, a partir de una “**visión del mundo**” concreta, por lo que las “distintas” concepciones del mundo ya llevan en sí “todas” las respuestas a la multiplicidad de interrogantes ontológicos, éticos, gnoseológicos, etc. En este contexto, esas concepciones del “Mundo”, tales como el idealismo en todas sus versiones, el tomismo, el marxismo, el existencialismo, etc. “Ofrecen” una “solución” a los problemas esenciales de la filosofía erigiendo un léxico, unos principios y unas afirmaciones preestablecidas que **riñen con el Derecho en sí** ya que este **no se puede definir por él mismo** y no existe un “Discurso Externo” que lo haga posible.

TARELLO en su “Filosofía del Derecho” dice que “la TD debe estudiar la “Teoría de las normas”, el lenguaje normativo y la Teoría de los sistemas jurídicos desde un punto de vista estructural y de la lógica de las normas”. Resulta así que la TD es parte de la FD y la “Teoría de la Ciencia Jurídica” está por fuera de la TD al ser parte esencial de la FD”. A partir de este enfoque y basándose también en BOBBIO, TARELLO presenta esta propuesta: “hay dos tipos de FD: la FD de los filósofos (el método o estilo “filosófico” en FD) y la FD de los juristas (el método o estilo “jurídico” en FD). La FD de los filósofos es, según mi propuesta, la FD sin ulteriores especificaciones; la FD de los juristas no es otra cosa que la TD”. Se advierte que esta propuesta sobre la TD **no permite hacer una demarcación entre ella y la FD pero es un criterio práctico que arroja luz sobre el problema planteado.**

Por eso, los partidarios de una “Teoría” que al mismo tiempo sea Filosofía. Afirman: “La FD de los juristas, en cambio no parte de una concepción del mundo pre constituida (normalmente los juristas no están en absolutos interesados en los problemas “nunca resueltos” de la filosofía. La FD de los juristas se origina en los problemas conceptuales que aparecen en el interior de la experiencia jurídica. La TD es la FD de los “juristas” en dos sentidos y por dos razones: **a)** en primer lugar, no puede ser practicada más que por juristas profesionales (no se puede hacer este tipo de FD sin conocer el Derecho); **b)** en segundo lugar, es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas (y quizás solo a ellos): su objeto fundamental es la crítica (y quizás el progreso) de la ciencia jurídica”.

La FD de los juristas contemporáneos es de base empirista, lo que se constata con más sentido en la “FILOSOFIA ANALITICA”, por lo que “Filosofar” equivale a hacer un “**Análisis Lógico del lenguaje**” como lo dijo el primer WITTGENSTEIN (El del TRACTATUS), por lo que la TD es solo, “*Análisis lógico del lenguaje del derecho*”. En esta perspectiva se ubican dos grupos de problemas, los EMPIRICOS que se basan en los hechos y los CONCEPTUALES, sobre el significado de las palabras; los primeros dependen de la observación de la realidad y los segundos se refieren al significado de las palabras y las definiciones hechas con ellas. Las controversias sobre los hechos pueden ser siempre resueltas y las segundas, a veces sí y a veces no, en razón a que la solución solo puede surgir **de la argumentación persuasiva**. Sin embargo, la FD y la TD al tener como objeto al “Derecho” siempre regresan a las dificultades de la delimitación de este. De la mano del debate entre los juristas teóricos y los juristas dogmáticos, verificamos que este debate se expresa en:

1. Como establecer el carácter de “generalidad” de la TD.
2. Como sostener que el objeto de la TD son las propiedades “Formales” y “estructurales” del derecho.
3. Como hacer que la TD sea un “**Meta discurso**” respecto al estudio doctrinal de la dogmática jurídica. (DJ)

Los partidarios de la TD dicen seguir la tercera posibilidad, afirmando que para “trazar” los límites entre la TD y la DJ debe concebirse la TD como una “**META CIENCIA**” de la “ciencia del derecho”, vale decir de su Dogmática (DJ), **sin decirnos por qué la dogmática es científica**; así. Inevitablemente la FD quedaría reducida a algo “**Meta Jurídico**” entendiendo por esto algo “**Meta jurisprudencial**” ya que el derecho solo es posible hallarlo en la jurisprudencia. Este replanteamiento del enfoque sobre lo que es el derecho implica que *hay que apartar la “filosofía de la idea de justicia”, por ser imposible separar el concepto de justicia del de ética y del de Filosofía Política*. Así, la DJ estudia exclusivamente al Derecho y la TD estudia a la Dogmática en dos niveles lingüísticos distintos, en razón a que ella es un puro discurso y no puede evitar serlo; la TD debe ser en sí un meta discurso del discurso dogmático. Aquí es donde divergen ALEXI y los seguidores de la TD, para él, filosofar sobre el derecho es imposible hasta no “**DEFINIR**” que es este y hacerla es “*una tarea titánica que desborda a un solo hombre*”, según afirma este pensador alemán.⁸⁹

Al apartar la FD de este modo en si lo que se está diciendo es que tanto ALEXI como todos los lusfilósofos están perdiendo el tiempo por la simple razón de que el **Derecho no es un objeto filosofable desde la reflexión pura de la razón, sino que SE CAPTA, como un objeto “encontrado” en el mundo que debe aprehenderse y comprenderse, NUNCA definirse**. Este reparo es muy fuerte, tanto, que haría imposible un discurso filosófico del Ius que le sirviese de sustento y permitiese racionalizarlo como Onticidad. Nosotros pensamos que al dejar de lado el concepto de JUSTICIA, los seguidores de la TD están “*Escondiendo debajo de la alfombra*” el que ha sido siempre el “*Objeto en sí del Derecho*”, el de la necesidad social o cultural de “*Dar a cada uno lo que le corresponde*” (Aristóteles), ya que por eso nació como religión, para que los pronunciamientos pretorianos expresasen el “*Orden de los dioses*”; en el fondo, la posición de los partidarios de una TD es “**NEOPOSITIVISTA**”

89 Para los seguidores de la TD, siempre que se “Filosofa” sobre lo “Jurídico” al hacer TD, como siempre ha acaecido en la práctica, se deja de lado el problema por ser improcedente y plantearse mal ya que **Derecho es sinónimo de Dogmática y nada más**. ALEXI proporciona los elementos necesarios para la discusión de lo que es el Derecho mientras los otros sostienen que eso no hace falta, ya que *por fuera del ESTADO, este no existe*, por lo que *el derecho es solo DJ y la dogmática es la ley (del legislador) más la jurisprudencia de los jueces que aplican esta. En últimas, nada.*

en el sentido de KELSEN; lo que proponen es una TD de objeto “Puro” “No Contaminado” por otros saberes⁹⁰.

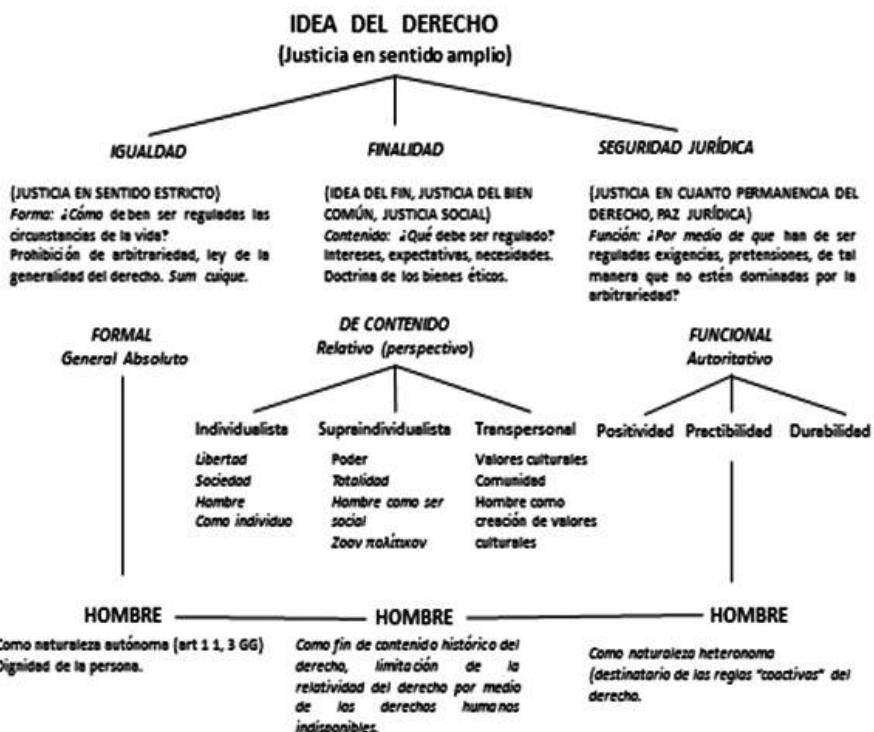
Al respecto, el tratadista Rodolfo L. Vigo⁹¹ dice: “Desde la teoría pura de Kelsen con su *irracionalismo en la elección interpretativa*, hasta la teoría herculeana de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial debilitado de Hart, la nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg, el arte dialéctico de Villey, el logos de lo razonable de Recasens Siches, la hermenéutica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de la controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufmann, las reglas del discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad racional de Aarnio o la tópica hermenéutica de Müller, cada uno, a su modo, rechaza tajantemente **la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico, y, a su vez, procuran establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo**”.

Algo que nunca ofreció problema de comprensión alguno en el pensamiento de griegos y latinos, se volvió un galimatías por acción del pensamiento escolástico que, en últimas, construyó un discurso “lusnaturalista” supeditado a la teología católica y, luego, por la ruptura del cristianismo de occidente de la mano del renacimiento y de la modernidad, su fruto, fue hacer del “Derecho” una “ciencia” sujeta al rigorismo cartesiano; tendencia reforzada y exagerada por el positivismo, que postuló que la “Moral”—nacida del discurso cristiano y por tanto deducida de lo que Dios Padre prescribe para nosotros— era en sí misma pre moderna y en su lugar se erigió la moral laica que quedaba reducida al ámbito de lo privado para que en lo público existiese el Derecho cuya “cientificidad” quedaba fuera de toda duda al objetivarse como “Ley”, posible de encontrar en el mundo. KAUFMANN resume así la inseparabilidad del Derecho de la Idea de Justicia:⁹²

⁹⁰ Incurren en lo que tachan a los lusfilósofos, partir de una “Visión del Mundo” que ni ellos ni nadie puede evitar.

91 Rodolfo L. Vigo, Interpretación Constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 26-27.

92 Kaufmann Arthur. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Universidad Externado de Colombia. 1^a. Edición en Español, de la 2^a edición alemana.1999.



El positivismo jurídico es heredero directo de la “Ilustración” pero le hace trampas. KANT, ya en su época, pedía responder dos preguntas esenciales: ¿QUIS IUS? y ¿QUIS IURIS?, pero hasta el día de hoy, ello no ha sido posible.

No lo ha sido por la tesis que hemos demostrado, NO existe una Teoría del Derecho que nos diga que debemos entender por IUS. Teoría quizás sea imposible de elaborar.

Sobre lo expuesto deseamos cerrar este capítulo con una reflexión que GILLES DELEUSE y FELIX GUATTARI, hacen en su libro *¿Qué es la Filosofía?*⁹³: “No hay concepto simple. Todo concepto tiene componentes y se define por ellos. Tiene por lo tanto una cifra. Se trata de una multiplicidad, aunque no todas las multiplicidades sean conceptuales. No existen conceptos de un componente único: incluso el primer concepto, aquel con el que una filosofía “se inicia”

93 Gilles Deleuze y Félix Guattari. *¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA?* Edit. Anagrama. 7° edición en Español, 2005.

tiene varios componentes, ya que no resulta evidente que la filosofía haya de tener un inicio, y que, en el caso que lo determine, haya de añadirle un punto de vista o una razón. Descartes, Hegel, Feuerbach no solo no empiezan por el mismo concepto, sino que ni tan solo tienen el mismo concepto de inicio. Todo concepto es doble, triple, etc. Tampoco existe concepto alguno que tenga todos los componentes, puesto que sería entonces pura y sencillamente un caos,.....Todo concepto tiene un perímetro irregular definido por la cifra de sus componentes...”

La TD busca imposibles, quimeras.

7. INTERPRETACIÓN DE TEXTOS CONSTITUCIONALES

“Los abogados, no los filósofos, son los Sacerdotes del Derecho y del liberalismo”
NEIL MC CORMICK

Antes de analizar lo que es la interpretación constitucional⁹⁴ y los problemas que genera, precisemos el concepto de constitución. ANDRE HAURIQU⁹⁵ la define como el **“encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”**. Tal conceptualización posee dos componentes de comprensión problemática: precisar que son los “fenómenos políticos” y que es lo “Jurídico”. En ese orden, la idea de “fenómenos políticos”, del modo más general posible se refiere a todos los hechos que se dan en la vida social con la fuerza necesaria para incidir sobre la comunidad que los origina por estar implícito en ellos la noción de poder. Poder Político, a su vez, es la relación asimétrica existente entre la minoría que manda y la mayoría que obedece. HAURIQU enseña que tales fenómenos se dan en tres dimensiones distintas:

94 La interpretación constitucional genuina es la que realizan los jueces constitucionales. El tratadista Luis Prieto Sanchís explica la importancia de la interpretación constitucional así: “el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo que reclama por parte del jurista una actitud comprometida con los valores morales que están en la base del mismo, y por eso aparece la figura ejemplar del juez Hércules. No por casualidad Hércules es un juez constitucional, pudiendo haber sido un legislador omnisciente, y es que precisamente es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, aquel que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del Derecho y especialmente en la interpretación constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación. Donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad.” **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 98.

95 Ver nuestro MANUAL DE TEORÍA CONSTITUCIONAL.

- “**El reconocimiento total del hombre por el hombre** ya que es el ser humano como una integridad el sujeto y el objeto de la política.
- **La determinación de lo que es bueno para la sociedad**, puesto que cada comunidad humana según su evolución histórica define por sí y ante sí lo que juzga deseable, justo y útil dentro de eso que se ha convenido en amar el bien común.
- **Las relaciones entre gobernantes y gobernados**: como en toda sociedad humana encontramos una minoría que manda y una mayoría que obedece, es necesario establecer unas reglas que regulen la forma como los gobernantes habrán de mandar y como se integran los órganos que administran el poder a la par que los deberes y controles de los gobernados sobre los primeros”.⁹⁶

El “**encuadramiento jurídico**” del juego del poder ha sido mucho más tortuoso y complicado y, puede decirse, que nunca se hará completamente. Este concepto, hoy, va de la mano del de “estado de derecho” que nace en el siglo XVII y del de control de supremacía de la Constitución. HAURIQUÍ da tres razones que explican el porqué de lo complicado:

1. Por la violencia inherente a las relaciones políticas.
2. Porestar la vida política en permanente evolución, siendo sus manifestaciones imprevisibles y,
3. Porque no siempre los gobernantes se muestran respetuosos de las normas que regulan el juego del poder y a menudo las desconocen.

El Derecho Constitucional, que es la rama del Derecho que estudia las normas que regulan este juego del poder, oscila, por ello, entre dos polos que parecen excluirse pero que juntos hacen posible la vida social: **la autoridad y la libertad**; por ello, el Derecho Constitucional busca ser de modo simultáneo una técnica de autoridad y una de libertad, para, al decir de HAURIQUÍ, “organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad”. Esta tarea del Derecho Constitucional es hercúlea por lo que la tarea de interpretar la normativa constitucional es en sí, una acción de características muy específicas.

⁹⁶ Estas relaciones son la materia de eso que llamamos el “juego político”.

Ahora bien, la **normativa constitucional**, al igual que cualquier otra, no puede preverlo todo, de allí que haya sido el D. Constitucional el primero en plantear su aplicación (Caso *Madbury Vs. Madison*), bajo el “entendimiento” previo de las siguientes perspectivas:

- A. La interpretación donde existe norma.
- B. La integración del derecho, por ausencia de normas, lo que permite “llenar vacíos” o lagunas que existan en una constitución. No se olvide que no existe la interpretación analógica o la aplicación analógica en D. Constitucional, porque no hay normas constitucionales que ordenen aplicarla a casos parecidos o textos de ese rango que regulen situaciones parecidas o similares.

La interpretación constitucional tiene dos características que le son intrínsecas:

1. La Constitución es una norma límite.
2. El juez constitucional es un órgano límite.

Lo **primero** significa que por encima de la constitución no hay más normas, ella es la (*norma normarum*) al estar en la cúspide la pirámide jerárquica normativa; a su vez, el nivel de generalidad de sus palabras es mayor por lo que la vaguedad de ellas aumenta. Lo **segundo** se refiere a que por encima del juez de constitucionalidad, no existen más instancias, por lo que sus sentencias nadie las revisa. El poder de una Corte Constitucional es así, inmenso. Tal poder, conforme a la “Constitucionalización del Derecho”, nacido en la segunda posguerra y doctrinas como la **“prospectiva”** establecida en el caso *LINKLETTER VS. WALKER* acogida por los europeos y por nosotros conducen a reconocer dos cosas importantes:

1. Que la jurisprudencia constitucional es obligatoria.
2. Que el juez de constitucionalidad colegisla.

Estudiamos en los capítulos anteriores que en materia de interpretación se han dado un giro total, la lógica formal hizo crisis al pretender dar cuenta del derecho, estableciéndose la “lógica de lo razonable” según denominación de RECASENS SICHES. Lo anterior significa que la **lógica tradicional no es toda la lógica, solo es una parte de ella**, porque el campo de acción del logos es

mucho más inmenso al figurar en él, “la razón histórica” de DILTHEY, la “razón vital” de ORTEGA Y GASSET y la lógica de lo humano o de lo “razonable” de RECASENS, entre otras. Ellas buscan ser **lógicas susceptibles de aplicarse a la existencia humana**.

La lógica formal o tradicional es adecuada para el manejo de conceptos puros, a priori; como son los axiomas lógicos, las leyes de los silogismos y los axiomas de la matemática clásica, pero, *no es idónea para enfrentar la variadísima fenomenología de la vida humana* expresada en sus innumerables problemas específicos y prácticos, uno de los cuales es el tema de este capítulo: la interpretación de los textos constitucionales.

En lo que concierne a la existencia humana, **de la que el derecho es parte fundamental**, debe usarse **una racionalidad capaz de entenderla**, un logos que para lograr este fin aplique criterios estimativos impregnados de valoraciones permanentes de enunciados axiológicos que le sirvan de puntos de apoyo. No se trata de arrojar la lógica tradicional al cesto de la basura, no, lo que se establece en el logos de lo razonable es que **la razón no se use para interpretar y aplicar contenidos de normas jurídicas**, ya que **el problema de la interpretación es esencialmente de lógica material o de contenidos**. La lógica formal se usa para el análisis de lo que se ha dado en llamar las “esencias del derecho” tales como la “teoría general del derecho” y la “lógica jurídica”, ya que sus contenidos son apriorísticos, o sea, universales y necesarios.

En la segunda posguerra, las obras de HARTH, PERELMAN y VIEHWEH, abren un camino que permite el desarrollo de esta **“lógica de lo humano” expresada como “lógica de lo razonable”**, todo un logro del pensamiento jurídico resultado de un largo proceso evolutivo de la filosofía del Derecho. El derecho DEJA de SER un mero mecanismo de derivación deductiva a partir de unos axiomas y, **pasa a ser tenido como pensamiento aporético o problemático**. Tal pensamiento aporético figura en el “Órganon” de ARISTÓTELES, donde existe un libro que se refiere a él, cuando estudia los topoi o tópicos, *al distinguir dos modos de pensamiento; el deductivo y el problemático*.

El pensamiento deductivo se usa al igual que lo hace la geometría, se conoce un axioma o postulado, a partir de él pruebo un teorema de modo riguroso y luego, de ser necesario, un corolario. Estamos así frente a un silogismo que

al acatar sus leyes me asegura que de la comparación de una premisa mayor indisputable y general con una premisa menor particular, la conclusión será exacta. El pensamiento aporético actúa distinto: se plantea un problema, un caso, **busco el principio que estimo** lo resuelve del modo más satisfactorio posible, sustento el por qué se escoge tal principio (en sí mismo un valor) y **construyo un silogismo particular para “Crear” la premisa mayor**. Esta premisa mayor contiene la Ratio Decidendi. Esto es lo que dice VIEHWEH en su clásica obra: “Tópica y Jurisprudencia”, el pensamiento interpretativo no es deductivo sino una operación razonada de “búsqueda de principios”, que él llama “labor cetética”, por provenir del griego **cetein** que significa **buscar o averiguar**, es decir, investigar y determinar cuál es *el principio idóneo para resolver la aporia o problema*.

Hoy, el papel interpretativo del juez está reivindicado ya que actúa como los pretores romanos, que eran los únicos que declaraban el IUS en virtud del principio **lura novit curia**. *El legislador no es la fuerte exclusiva del derecho y el juez su simple vicario*, este es ahora protagónico. PERELMAN afirma sobre esto: “**La norma no es un dato externo, unívoco y exactamente perfilado por el legislador, simplemente, en ella cristaliza una determinada valoración** acerca de cómo deben ser tratados determinados problemas o conflictos, que **no son en rigor los mismos que el juez tiene ante sí; por ello lo específico de la actividad judicial no es la mera deducción** de una conclusión a partir de cierta premisa, **sino el razonamiento que posibilita establecer tal premisa en el marco del derecho vigente**. LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR SOLO ES UN ELEMENTO MÁS A LA HORA DE “CREAR” LA PREMISA MAYOR DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL; en este aspecto *la ley, desde el proceso interpretativo puede configurarse como una razón para decidir*”.

La interpretación es una acción eminentemente humana, lo sicológico o subjetivo es un elemento fundamental donde los valores culturales contenidos en la visión del mundo y en la ideología, confluyen y se aúnan junto con el status individual o existencial. Existe así un doble proceso de uso de los valores, cuando se elaboran las normas y cuando se interpretan para aplicarlas. Al respecto, ZAGREBELSKY emplea el concepto alemán de **Erwartungshorizont** (horizonte de expectativas), por el cual siempre aparece como “razonable” la solución que armonice con dicho horizonte. Se conjugan de modo “natural” los valores de la sociedad y la inteligencia que el juez hace de ellos.

La interpretación de la constitución es, antes que nada, un sensibilísimo diapasón de la realidad social ya que cualquier Constitución es una aspiración de un modelo de convivencia y de su aplicación nace siempre un indicador para la conciencia de los asociados; de no ser así, el consenso sobre la eficacia y la convivencia del modelo de la Carta deja de darse y las normas pierden legitimidad. Lo anterior indica que **el objetivo básico de la interpretación constitucional tal como KELSEN lo dijo, es político**; es *responsabilidad del intérprete de la carta asegurar que sus normas sean vividas en la experiencia del diario vivir ciudadano*. Toda hermeneusis y la constitucional, con mayor razón, implica una “pre-comprensión” de la norma “escogida” para racionalizar la aporía, todo intérprete “capta” la norma según su experiencia y por medio de ella es, no conviene ocultarlo, un pre-juicio, ya que **el ser humano frente a los hechos primero es sentimiento y luego razón**. La Tópica Jurídica estima que *hay tres fases en el proceso interpretativo, la pre-comprensión de la norma, determinada por el “sentir”, la relación de la norma con la aporía o problema específico y la dependencia absoluta de lo que se dice como interpretado frente a la relación norma--aporía*.

Para entender la labor del juez constitucional en su espacio de acción, es menester hacer ciertas consideraciones sobre la tipología de la normatividad constitucional dado que estas son abstractas, indeterminadas y “elásticas”, como enseña el profesor RUBIO LLORENTE, al afirmar: **“Dichas normas no predeterminan por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades”**. Por tal razón, es en la interpretación constitucional donde siempre encontramos ciertos inconvenientes originados en los aspectos propios de la estructura del lenguaje Político con encuadre Jurídico que corresponde a los campos de estudio de la lingüística: la sintáctica, la semántica y la pragmática.

El problema inicial surge de los defectos mismos del lenguaje y un segundo problema se genera en palabras de GUASTINI por la superposición en el lenguaje de aspectos metalingüísticos, que están sujetos a cuestiones de naturaleza dogmática. Normalmente, los problemas circunscritos a la interpretación de textos surgen de la vaguedad o de la ambigüedad envuelta en los enunciados que es un aspecto puramente semántico. Para Guastini, la vaguedad es en sí

“una propiedad de la referencia de los predicados”^{97 98}. Lo que quiere decir que, ante la incertidumbre sobre la respuesta adecuada a la pregunta ¿a qué se refiere?, nos encontramos en presencia de un predicado vago. La ambigüedad considerada así, puede ser semántica, sintáctica o pragmática.

La primera concierne al sentido propio del predicado. Por ende, la pregunta clave sería ¿qué cosa se entiende [por]? La ambigüedad sintáctica depende de la estructura de los enunciados, que se procura que sea lógica. La ambigüedad en el sentido pragmático se refiere a que del término que puede ser empleado para designar distintos actos del lenguaje y de su contexto, no tenemos certeza sobre cuál debe ser ese uso. Por esto, **el juez constitucional cuando aplica valores plasmados en textos abiertos y por ello indeterminados, solo puede darles sentido apoyándose en principios (que también son abiertos), define las zonas de certeza y de penumbra de que habla HART. Al hacerlo es necesariamente creativo y no puede dejar de serlo.** El juez meramente formal de la Constitución del 86 que durante el “choque de trenes” el Consejo de Estado y la Corte Suprema añoraban, NO existe (en el contexto mundial la figura del “legislador negativo” en solitario dejó de existir hace más de 50 años) en Colombia, con los fallos de la Corte Constitucional donde colegisla (“Legislador Positivo”), con la natural protesta, queremos que el pasado continúe como si la subsunción exegética fuese aún posible, máxime que en el Derecho Constitucional nunca fue así.⁹⁹

El derecho debe siempre concretar los objetivos de certeza, justicia y seguridad jurídica, por lo que en lograr esto, realiza **operaciones culturalmente prevalentes por su consolidación histórica;** la Constitución es, en esta perspectiva axiológica una conjugación de principios rectores. El derecho es intrínsecamente un fenómeno social y como tal no es independiente de la situación que lo origina ni puede aspirar a serlo, por ello tiene una WELTANSCHAUUNG o “visión del mundo”. El derecho es un producto, que muestra en “lenguaje jurídico” unos valores que son extra-jurídicos, originados

97 Guastini concibe los predicados como signos que designan atributos (propiedades o relaciones).

98 GUASTINI, Ricardo. “Estudios sobre la interpretación jurídica”. Editorial Porrúa, 2002. De él mismo “Problemas de interpretación”. Isonomía N 7. Octubre de 1997. Página 124.

99 Por eso, en Francia nunca existió el juez constitucional ni los controles como los que se desarrollan a partir del caso *Madbury Vs. Madison*, era inaudito que un Juez invalidara una Ley. Eso solo cambia cuando Francia se integra en la Comunidad Europea y el Tribunal de Estrasburgo dicta fallos que deben ser acatados por cada país miembro.

unos de la cosmovisión social que prima y, otros de la ideología imperante, máxime cuando la Constitución y las leyes son obras puras de la política. La interpretación constitucional siempre debe optar entre los valores de justicia y de seguridad, situados como antinomia. Por ello, el juez constitucional tiene preeminencia sobre los demás poderes para fijar el alcance de las normas de la Constitución, cuestión que ha llevado a que los italianos digan que la Corte Constitucional en el constitucionalismo moderno sea un órgano “SUPRACONSTITUCIONAL” ya que su **fin político** esencial es fortalecer la supremacía de la carta en lo político y los jurídico consolidando el estado social de derecho, algo imposible desde la perspectiva de la exégesis que no permite usar valores como textos abiertos para dotarlos de un sentido. De ello depende la efectividad de los derechos humanos como algo de la experiencia diaria y no como hermoso catálogo inaplicable (como acontecía con la Carta de 1886).

Se concluye que la Justicia y el Bien Común los logra el Derecho Constitucional mucho mejor que las otras ramas del Derecho, esos valores permiten una democracia cada vez más real y participativa.

Es obvio que en la interpretación constitucional, dado que el contenido material de las normas de la carta es de naturaleza política, seas la política la que impregna toda la operación interpretativa de las mismas; es más, la interpretación debe prioritariamente buscar la realización de los valores (axiológicos) que sustentan los principios políticos constitucionales. Lo político no es ni puede ser, algo subsidiario, ya que al estar enunciados como normas **poseen fuerza jurídica**. La labor del operador constitucional no es sencilla, debe analizar esos valores para resolver conflictos específicos lo que puede conducir a que entren en pugna; en este evento, **el operador debe usar su sola discrecionalidad en la selección de la opción más adecuada entre las varias que se ofrecen**. Como si esto no bastara, la propia forma semántica de las normas, que las hace textos abiertos dota al intérprete de un poder considerable; este poder tiene un rasgo esencial, el de ser considerablemente NO reglado. Lo que lleva a decir que entre la Constitución y su intérprete no cabe siquiera el filo de una hoja de papel; o que “**la Constitución es, lo que los jueces digan que es**”.¹⁰⁰

100 La doctrina constitucional moderna sostiene la interpretación de la Constitución como “texto vivo”, es decir, la interpretación dinámica de la misma. El famoso juez norteamericano FÉLIX FRANKFURTER señalaba: “**Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional, la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas**

La interpretación constitucional se mueve entre la dicotomía de dos polos: el de la **interpretación creativa** y el de la **interpretación restrictiva**; El primero es dinámico al asignar un “sentido” a la norma; El segunda es estático, por la pretensión de fijar una “certidumbre sobre lo que es el derecho” aunque convierta la norma así interpretada en inmutable. Pero, **decidir cual se usará obedece a una preferencia ideológica del operador jurídico**, otra expresión del amplio poder del intérprete constitucional. De allí que ZAGREBELSKY proponga que como la interpretación constitucional tiene un alto grado de discrecionalidad, deben, quienes la hacen, **explicitar su proceso de selección del valor usado, para responsabilizar así a quien haya efectuado la operación jurídica**, “dejando de lado” el rígido razonamiento jurídico con apariencia de científico. *El Estado de derecho ya no es solo eso, ahora es social, democrático, pluralista, laico, tolerante, de allí que el juez constitucional sea un híbrido, político y jurídico, que cuando usa métodos jurídicos aplica valores políticos que una sociedad juzga como esencial en su “contrato social”¹⁰¹.*

El Ex Magistrado y profesor alemán KONRAD HESSE, expone cinco criterios guías para la interpretación constitucional que el tribunal constitucional alemán aplica **por ser jurisprudencialmente parte de la carta de 1949**, (Interpretación reglada jurisprudencial) ellos son:

“EL DE LA UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN, que tiene a la carta como un todo, como un sistema, con unidad filosófica y dogmática de forma tal que cada norma se ajusta a las demás.

que la vida ha escrito acerca de ellas” (En “Youngstown Sea Tube Co vs Sawyer”, 343 US, 579 (1952). Ya antes que él, el juez HOLMES había afirmado, en el caso “Missouri vs Holland”, que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento “cuyo desarrollo no pudieron prever por completo, de ahí que el caso (en cuestión) debe ser considerado a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás” (252 U.S. 416 (1920).

101 Hay que observar que a pesar de que el texto de una norma sea claro, puede oscurecerse ante un caso nuevo o difícil. Además, en materia constitucional hay casos críticos o difíciles. Como lo expresa César Augusto Rodríguez: “en los casos difíciles el juez no lleva a cabo un razonamiento silogístico, como lo sostiene el formalismo jurídico, que va de premisas claramente establecidas (las normas y los hechos) a la conclusión del caso (la decisión). Por el contrario, el estudio de la práctica judicial a partir de un número amplio de casos muestra que el orden del razonamiento es el opuesto; el juez determina la decisión que desea dar al caso y, a partir de ella, como lo sostiene Viehweg, inventa las premisas-esto es, fija las normas y los hechos relevantes, que pueden justificar la conclusión obtenida.” César Augusto Rodríguez G., “Los Casos Difíciles en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana”, en Nueva Interpretación Constitucional, Edit. Diké, Universidad de Antioquia, Bogotá, 1997, pág. 24 y sigs.

EL DE LA ARMONIZACIÓN PRÁCTICA DE LA CONSTITUCIÓN, que considera que ningún principio o valor (regla) de la carta **excluye la aplicación de otro, a pesar de su confrontación en la labor interpretativa**, en razón de ser cada uno un bien jurídico que no puede ignorarse.

EL DE LA CORRECCIÓN CONSTITUCIONAL FUNCIONAL, que estima que la estructura de la Constitución y el funcionamiento ordenado de esta **son inmodificables por el intérprete** de allí que este deba hacer lo que de modo estructural les está asignado.

EL DE LA EFICACIA INTEGRADORA, por el cual la aplicación e interpretación de la carta debe estar encaminada a preservar la unidad política y el modelo de Estado propuesto en la propia Constitución.

EL DE LA EFICACIA NORMATIVA, que reza que las normas constitucionales deben aplicarse y producir resultados, evitando que sean inocuas".

7.1 LA INTERPRETACIÓN DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO¹⁰².

La interpretación constitucional es parte de la Teoría de la interpretación aplicada a la hermenéutica de una Constitución, tiene como tarea esencial para la democracia liberal, garantizar que la Constitución tiene la supremacía normativa. La creación de los Tribunales Constitucionales y las características semánticas de las normas constitucionales han llevado a la necesidad de establecer reglas de interpretación diferentes de las que regían para la hermenéutica de la Ley, en especial desde la exégesis¹⁰³. Esto justifica hacer un análisis del concepto de interpretación constitucional, su importancia, sus fundamentos y principios y como han influido en las teorías del neo constitucionalismo social y democrático, tal como se ha desarrollado desde

102 El Estado social de Derecho nace en Alemania, cuando en el artículo 20, inciso 3º de su Constitución se prescribe que la República Federal "no es un mero Estado de Derecho (estado legislativo) ni una simple "Democracia Formal", sino un "ESTADO DE DERECHO MATERIAL Y UNA DEMOCRACIA REAL", donde el derecho y no solos las leyes, tienen realidad y eficacia. Obsérvese que, constitucionalmente, "Derecho" dejó de ser sinónimo de "Ley" en su sentido formal.

103 El derecho actual acepta el pluralismo metodológico utilizado por los Tribunales Constitucionales. La tendencia actual es realizar la interpretación por principios y valores reconociendo a su vez el carácter práctico de la interpretación que debe tener en consideración no sólo la confrontación entre la ley y la Constitución sino la realidad social, lo cual se pone de presente especialmente en el análisis de los casos en la acción de Tutela.

1949 en la forma como los jueces constitucionales interpretan la Constitución. **Lo esencial de la interpretación constitucional explicada, aún existiendo una pluralidad de métodos interpretativos reside en que todos reconocen una posición central a la axiología, en especial al valor Justicia y a los principios constitucionales que buscan un orden justo (Igualdad, Libertad, y Democracia).**

Zagrebelsky¹⁰⁴ resume este asunto, así: “*la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural*”.

La importancia de la interpretación constitucional la pone de presente el citado Vigo¹⁰⁵ en los siguientes términos: “**La Constitución puesta en manos de juristas--estadistas prudentes y sensibles a los verdaderos intereses de la sociedad, no sólo contribuye a que los mandatos contenidos en la misma, tengan una vigencia real, sino que evitan innecesarios esfuerzos destinados a su reforma.**” Luego, toda cuestión constitucional depende en última instancia de la interpretación de la Constitución. Esto lleva al tratadista Rubio Llorente a afirmar que: “**La Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución**”¹⁰⁶ Tiene esta teoría la virtud de objetivar jurídicamente valores constitucionales y, al mismo tiempo, no interferir desde el Derecho en el ámbito de libertad política del legislador. La interpretación constitucional tiene un doble objeto: A) Procura determinar el sentido de una norma constitucional y, B) Define un comportamiento en relación a la Constitución. La Constitución es solo el núcleo esencial de la interpretación constitucional ya que esta abarca todo el ordenamiento jurídico. La interpretación constitucional según el Profesor Pablo Lucas Verdú¹⁰⁷ es: “comprender los elementos ideológicos, valorativos y socio

104 Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil, Editorial Trotta, segunda edición, 1997, pág. 135.

105 Rodolfo L. Vigo, óp. Citada, pág. 196.

106 F. Rubio Llorente, Prólogo al libro de E. Alonso García, La Interpretación de la Constitución, Pág. XVII.

107 Pablo Lucas Verdú. En el Prólogo al libro Teoría de la Reforma Constitucional de Sergio M. Díaz Ricci, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense, Ediar, Buenos Aires, 2004.

políticos que contiene una Constitución. Estos factores son captados por aquélla y se sintetizan en lo que denominó la “fórmula política” de la Constitución en cuanto expresión ideológico-- axiológica que versa sobre la organización y ejercicio del poder político que reconoce y resguarda los derechos humanos en una sociedad.”

El rol central de la interpretación constitucional se debe a que la Constitución es norma directamente aplicable y fuente de las demás fuentes del derecho y de las ramas del mismo. Además, dentro del constitucionalismo moderno no solamente hay reglas, **sino principios y valores constitucionales que tienen el carácter de normas jurídicas.** La importancia de la interpretación constitucional radica en que es la única que le da valor, coherencia y credibilidad a la Carta porque el **Estado Constitucional de Derecho es en sí un elemento esencial del “Estado Social de Derecho”**, su particularidad esencial reside en que dentro del ordenamiento jurídico la posición de la Constitución no es de mera jerarquía sino de supremacía sobre las normas infra constitucionales, fuera del carácter abierto y por ende ambiguo, incompleto y general de las normas constitucionales que exige técnicas concretas de interpretación. La Carta del 91, sigue el camino de las constituciones que aparecen en la segunda posguerra, por ello carece de pautas interpretativas se limita a determinar principios, valores y criterios que sustenten su hermeneutis, veámoslos.¹⁰⁸

“A. Los principios que figuran en el título I y el preámbulo **establecen el sistema político-jurídico del Estado** y sus instituciones; las reglas axiológicas que allí se exponen conforman un marco ideológico y jurídico que encausa al intérprete, sea este judicial, legislativo o administrativo. Cuando hablamos de “ESTADO SOCIAL DE DERECHO” estamos uniendo el Art. 1° que ya enuncia una filosofía política con las siguientes normas constitucionales:

Art.2° Sobre “Deber Social del Estado”.

Art.25 Sobre el trabajo como derecho y función social.

Art.48 Sobre Seguridad Social.

108 Ver nuestro Ensayo LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO, revista Jurídica 1^a. Edición, 2002. pp. 44 a 60, donde aparecen.

Art.333 Que define a las empresas “como base del desarrollo con una función social que implica obligaciones”.

Art.334 Que coloca la dirección de la economía en cabeza del Estado con “el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida”, “la distribución equitativa de oportunidades”, etc.

Art.350 Sobre el carácter de “prioritario” del “gasto público social”.

Art.365 Que hace del servicio público algo “inherente a la finalidad social del Estado”.

Art.366 En la forma como ordena buscar el bienestar general y mejorar la calidad de vida como “finalidad social del Estado”.

B. El artículo 2º Tiene una intención “finalista” al establecer “los fines sociales del Estado”, y que “autoridades” existen para lograr tales “fines”, así, toda la actividad estatal, política, jurídica, militar y económica **debe analizarse o interpretarse** sobre tal imperatividad y que **tal mandato es de resultado**. Las “autoridades” deben asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado” queda excluida una simple formulación pragmática.

C. El Artículo 3º precisa la relación Estado-pueblo y la soberanía de este último, es un “principio de democracia” que debe armonizar con todos los artículos y el carácter de “participativa” que esta adquiere, en particular el título IV y el artículo 40. El artículo 4º hace de la Constitución una unidad jurídica superior y sistemática que subordina toda las demás normas de cualquier clase y que al interpretarse debe armonizar todos los principios con el fin de dar a la carta una concepción ideológica, política y social filosófica integral que defienda al “Estado social de Derecho”.

La segunda parte del art. 1º, el 5º, 6º y 7º hacen del ser humano en su dignidad y en su importancia individual y social algo de mayor rango, por lo que toda interpretación de la carta debe preservar a este punto central. A su vez el título II declara los “Derechos Fundamentales” de ese ser humano y lo dota de una acción para protegerlos (la Tutela) y por último da valor a los convenios internacionales que se refieran a “Derechos inherentes a la persona humana”.

Debe prevalecer el interés general sobre el particular según los artículos 1° y 58 desde la perspectiva del bien común. El Estado responde por todo daño antijurídico que se le impute ya fuere por acción u omisión de sus autoridades, conforme al art.90 y de manera extensiva este principio opera en lo atinente al capítulo 2° del título V sobre “función pública” y “servicios públicos”.

El artículo 93 establece la prevalencia de los tratados y convenios internacionales aprobados sobre las normas internas, en cuanto se refieran a Derechos Humanos. Es más, los Derechos y Deberes establecidos en la carta deben “interpretarse” conforme a tales tratados.

El artículo 228 ordena que en las actuaciones judiciales debe “prevalecer el Derecho Sustancial” por lo cual, el Derecho no debe agotarse al quedarse solo en **meras divagaciones adjetivas o procedimentales**”.

Hoy, entendemos por “Derecho” a un sistema auto referente y autopoético, abierto, que se crea por medio del lenguaje y que usando este elabora su realidad por medio de un proceso de sustantivación objetivante, donde el hombre es su sujeto y su objeto ya que lo crea para referirse a las relaciones humanas mientras las regula. El hombre debe así considerarse como una “unidad” de tales relaciones.

Toda interpretación jurídica y, la interpretación constitucional con mayor razón y en mayor medida que las otras, exige partir de determinadas premisas o concepciones, ello es inevitable¹⁰⁹ en virtud de que **no existe sistema alguno sin supuestos de partida**. Ahora bien tales supuestos son “Verdades indemostrables” por el propio sistema, ese es precisamente el límite a la racionalidad que surge del “Teorema de la Incompletud” de GÖDEL, antes explicado.

Estas concepciones del derecho constitucional en particular, del derecho en general y del mundo no son concepciones jurídicas, sino filosófico--morales. Esto implica ellas jueguen aquí un papel particularmente relevante (Alexy), pues la apertura ineludible del derecho positivo, y especialmente del derecho constitucional con su textura abierta o, si se quiere, escasamente cerrada, significa que los casos que caen bajo el ámbito de tal textura, son casos para

109 A la relación de la interpretación constitucional con el derecho natural y el positivismo jurídico se refiere Ollero. Cossío trata de la relación de la interpretación de la Constitución con las "concepciones del mundo".

los que el Derecho Constitucional positivo no establece solución alguna, por lo que si el juez sólo estuviese vinculado por un constitucionalismo positivo “**podría resolver el caso según sus preferencias personales o simplemente echando los dados**”. Pero este extremo no puede ser, ya que hay muchas razones fuera del derecho positivo para responder a las cuestiones prácticas, que es lo propio de las decisiones jurídicas, “el espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las ideas acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición”. Y aquí se trataría de problemas de justicia, esto es, de distribución e igualación, lo que hace entrar en escena irremediablemente a los criterios morales (Alexy). Además, algunos principios constitucionales no son más que la constitucionalización de principios de pura esencia ética, como lo es la dignidad humana en la Ley Fundamental de Bonn.

Todo ello hace necesario conocer y analizar las distintas teorías de la interpretación constitucional lo que no sólo alude a los distintos cánones hermenéuticos acuñados por Savigny (Ya explicados) y a otros cánones que puedan añadirse (De allí la importancia de los estudios comparados que Häberle propugnaría como quinto canon hermenéutico), sino que también se hace referencia a las concepciones filosófico-morales más globales (la teoría liberal, la institucional, la valorativa, la funcional--democrática y la social, según la conocida formulación de Böckenförde), que tienden a utilizarse de modo combinado, aunque las reglas de tal combinación son difíciles de precisar, si es que ella alguna vez se logra.

Sea como fuere, **se acepta en general que el juez constitucional debe poseer una sensibilidad política y social muy acentuada, dados los importantes efectos políticos que se derivan de sus sentencias, lo que condiciona, hasta cierto punto su interpretación, que no lo es ni ha de serlo en el vacío, sino pendiente de sus repercusiones**, sin pretender llevar a cabo un *Fiat iustitiam et pereat mundi*, algo analizado magistralmente por Bachof, entre otros.

La especificidad de la interpretación constitucional, está generalmente aceptada hoy, es combatida, excepcionalmente, por escasos autores¹¹⁰. Comanducci,

110 En especial, por Forsthoff y Tamayo Salmorán y relativizada por Vigo. También es problematizada por algunos como Guastini, quien considera que las peculiaridades de la interpretación constitucional no se refieren a la actividad interpretativa en cuanto tal, sino a los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y específicos problemas de interpretación, que analiza.

empero, considera que la “interpretación constitucional” depende del concepto de Constitución del cual se parta y, tras exponer las que llama “las cuatro concepciones doctrinales más difundidas” sobre lo que ella es, analiza la noción de “interpretación constitucional” que corresponde a cada una de ellas. El máximo interés es poner en relación los métodos hermenéuticos tradicionales y la seguridad jurídica, en el entendido de que ésta, a su juicio, no puede operar como obstáculo a otros métodos interpretativos o hermenéuticos. Métodos estos de necesaria utilización en materia constitucional¹¹¹. El acento está en el rol tan relevante que pueden tener los votos particulares de los magistrados que quedan en minoría en la interpretación aprobada en la sentencia, así como a su efecto tranquilizador (integrador, por tanto), ya que incrementan la transparencia del proceso interpretativo protegiendo al Tribunal Constitucional del “peligroso limbo de la infalibilidad”.

HÄBERLE, se refiere a la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” por él propugnada con tanto éxito hace muchos años que parte del supuesto de que la interpretación constitucional va más allá de la realizada por los tribunales constitucionales o, los tribunales Ordinarios, o los votos particulares, o por el legislador, o hasta los propios operadores jurídicos, pues (hasta incluso) todos los ciudadanos somos intérpretes de la Constitución, de una u otra forma, y al “vivir” las normas constitucionales las estaríamos interpretando ya. Esto es lo que se llama “Hermenéutica de segundo orden o de segundo nivel” que permite incorporar el precedente contenido en las RATIO DECIDENDI de las sentencias referidas a cada tema en concreto, a la vida misma.

Empero, dada la especificidad de la norma constitucional, hoy se acepta de manera generalizada (Menos Forsthoff), que por ser de textura semántica abierta, necesariamente tienen gran peso en ella los principios y valores usados para interpretarla, por lo que se estiman incorporados a las mismas, a pesar de su inevitable carácter político; el carácter supremo de ella (Por ser una norma límite, es decir no existe una norma superior desde la que el Tribunal de constitucionalidad pueda cubrir sus huecos, llenar sus intersticios, precisar sus indeterminaciones, etc.), su aplicación y garantía de supremacía por

111 Así, Ferrer Mac-Gregor analiza la cuestión, apenas abordada en la doctrina, de la "interpretación constitucional" por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para él, esta Corte "se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno", y se ocupa de llevar a cabo una interpretación y aplicación de dichos Derechos "como una especie de *lex superior* contenido un *Bill of Right* transnacional" con carácter vinculante e inapelable.

un tribunal constitucional nos llevan a una interpretación específica de la Constitución, solo factible dentro de ella y para ella. Esto implica usar los principios específicos (unidad, armonización, integración, interpretación conforme a la Constitución, etcétera) propuestos por HESSE o, los no menos clásicos propuesta por LINARES QUINTANA.

8. CONSIDERACIONES SOBRE LA TÓPICA DE VIEGWEH

THEODOR VIEGWEH publica la primera edición de su obra “*Topik und Jurisprudenz*” en 1953; allí hace una crítica radical al sistema exegético--axiomático y a la función asignada a la lógica deductiva en el método jurídico positivista; propone, luego de explicar lo que es la Tópica, aplicar el derecho conforme a la tópica aristotélica y la evolución que ha tenido desde CICERON hasta VICO. El Derecho es, para esta escuela filosófica, que tuvo en VIEGWEH su más ilustre representante en el siglo XX, un campo de acción humana donde prevalece el modo de pensar tópico porque la solución de problemas concretos que es lo que se hace cuando se presenta la “*decisión jurídica*”, se efectúa por estar siempre presente la “*aporía fundamental*”, es decir, **que lo que se decida sea justo en el aquí y el ahora.**

Que el pensamiento jurídico sea aporético por centrarse en la solución de problemas de los asociados se debe a la imposibilidad de que el derecho pueda tener un sistema axiomático de principios tales que las soluciones surjan para cada caso por una operación deductiva a partir de ellos, en razón a que los principios axiomáticos no lo son porque sí, sino que es menester una discusión para seleccionarlos y lo que es más importante, para asignarles un significado --esto ya es un aspecto tópico-- Además, **los principios escogidos no pueden evitar ser, a su vez, interpretados** ya que No es posible su perfecta formalización en un lenguaje carente de ambigüedades; al interpretarlos para adecuarlos a la solución que requiere cada caso debemos usar tópicos.

Para ARISTÓTELES la Tópica es encontrar un método a partir del cual podamos filosofar, es decir, razonar acerca de cualquier problema que se proponga y, para CICERON, ella es una suerte de **catálogo de puntos de vista—tópicos— que tienen aceptación universal o generalizada**, sirviendo para la obtención de Argumentos con el fin de elaborar razones para convencer de una cosa de suyo dudosa. Los Topois son así, el resultado de la objetivación de un sistema de Valores dentro de una sociedad, por lo que cada uno es en sí un valor dotado de un sentido dado que permiten un anclaje de cada uno por medio de la socialización y respectiva internalización. Los Topois, en el sentido clásico aquí expuesto nos permiten descubrir la raíz desde la cual se elabora y proyecta el discurso, dado que este “muestra” los valores sobre los que se erige y que en lo jurídico son los que subyacen en el sistema creado por el Ius.

Los Topois son el signo de la coherencia textual ya que permiten darle la razón a alguien. Sus propiedades son:

1. Son manifestaciones del Logos, al este escoger manifestarse por medio de ellos.
2. Son de naturaleza ideológica.
3. Se expresan proposicionalmente, de allí que sean parte de la gramática.
4. Son compartidos por una comunidad por lo que su legitimación es social.
5. Al ser parte de un lenguaje, integran una competencia de la comunidad que lo habla.
6. Son, en sí mismos, un sistema de argumentación.
7. Confieren legitimidad al discurso al ser parte de un proceso de socialización.
8. Poseen competencia intertextual.

Desde estas propiedades, asumen las siguientes funciones:

- A. Vinculan unidades que preexisten en el Logos.
- B. Objetivan un sistema de valores por medio de un texto discursivo.
- C. Avalan y refuerzan el entramado argumentativo de un discurso.
- D. Tienen un papel de aglutinador en las proposiciones como operador de las mismas.

Estudiamos ya, como la Metodología Jurídica elaborada en la creencia de estar basada en DESCARTES, para hacer del Derecho una “Ciencia” y no

lo que siempre había sido **una Tekne o Ars**, consideraba el razonamiento lógico jurídico como averiguación de la “verdad”, por medio de inquirir el “veraz” sentido de la norma, la “veraz” voluntad del legislador, o “el veraz” concepto legal aplicable a la solución del caso: de hecho, nada de eso es en sí “científico”, son meras predeterminaciones para la solución del problema planteado; incluso, los iusnaturalistas medievales se preocuparon por el “veradero” sentido material al que los jueces deben someterse para que su decisión fuese justa.

Desde mediados del siglo XX **el razonamiento jurídico deja de ser unilateral o monológico y pasa a ser DIALÓGICO--DIALECTICO**, esto trae como consecuencias que los supuestos básicos del modelo “objetivista” de búsqueda de la “verdad” jurídica pierden su sentido y las normas, encarnación única y excluyente del IUS, **no han dejado de decir que es este último** y, tampoco le “hablan” al encargado de aplicarlas, solo son un instrumento en manos del operador jurídico por lo que es éste, al interpretarlas, quien las hace “hablar”. La “verdad” jurídica así entendida es un mero Constructo mental que se ve sin sus rasgos de ser indubitable y objetiva ya que, lo que ahora hay son **verdades relativas que dependen del sujeto que interpreta y desde dicha interpretación las aplica**; al respecto GARCIA AMADO dice: “*El derecho NO es cuestión de “verdad”, sino materia de “opinión”, el juez ya no es notario de la verdad jurídica que el legislador sienta, sino árbitro que con su lectura de la regla determina el resultado del juego, y hasta los contornos de la regla misma, que ya no es más que de lo que de ella se hace al “aplicarla”*“.

La doctrina de VIEGWEH, como la de PERELMAN, además, tiene el innegable mérito histórico de haber ocasionado la modificación del problema del paradigma y generado el cambio del que propugnaba el positivismo, que al “endiosar” al legislador, hizo posible los positivismos no liberales, encarnados en los derechos fascistas y estalinistas. Verificamos así, que el “Método Jurídico” no existe, ahora, de repente, existen “Métodos jurídicos”, ya no hay criterios y pautas que de modo instrumental le sirven al operador para determinar el “sentido de las normas” y que por ende converjan en una sola meta: el “veradero” sentido de la Ley; lo que hay son múltiples caminos que se interrelacionan entre sí y que por tanto conducen a interpretaciones distintas, a lecturas que dan resultados opuestos de un mismo texto normativo. Es así que sólo es el Juez cuando interpreta, el que selecciona el criterio interpretativo que

más convenga a su “*idea*”, o **visión del mundo del derecho**; la interpretación es acción justificada por la interpretación misma.

Esto generó una consecuencia problemática, la de tener a la lógica como trivial al momento de “razonar” ya que metodológicamente el objeto jurídico se presentaba indeterminado, así, la certidumbre lógica pasa a ser superflua cuando **las premisas del razonamiento se tornan fluctuantes por acción de la “evanescencia” de la “verdad” material normativa**. Hoy existe un fuerte debate al respecto y ARTHUR KAUFMANN reivindica *la lógica como la única forma de darle coherencia al discurso argumentativo*.

Sin embargo, la reubicación del debate jurídico antes descrita no nace del capricho de algunos filósofos, sino que es un efecto del “*principio de incertidumbre*” de HEISENBERG, que implica en cada **ser humano la necesidad de predeterminar el modo como quiere conocer la realidad**. Así, la práctica jurídica no está, ni puede estarlo, en las conciencias de sujetos cognoscentes individuales que valoran “*argumentos pretendidamente objetivos*” (del mundo hacia él); dicha práctica está, indefectiblemente, en **la discusión de conciencias que buscan hacer valer su interés y su interpretación**. Nos movemos, por ello, de un marco contextual de descubrimiento a otro de justificación. En el segundo de estos, todo se hace con argumentación jurídica idónea o válida para alcanzar un acuerdo acerca de lo por el juez como intérprete deba decir, que no es más que lo **este asegura que el derecho dice**.

Así las cosas, la tópica busca que la aplicación del derecho se funde en el problema o caso como única fuente primaria para obtener la solución, no es la aplicación de sistemas basados en “verdades” apodícticas preestablecidas de las que se diga la verdad, sin más, como una conclusión que debe contener la solución del caso o problema. **Los tópicos son argumentos en sí mismos, susceptibles de ser usados en una posición favorable o no a una concreta solución**. Es por lo tanto la tópica, **una técnica de obtención de argumentos subordinada a la especificidad del problema, junto con otras que ya existen**.

La práctica jurídica no es un tranquilo plasmar de reglas preestablecidas, es una lucha o pugna por la definición y concreción de la regla válida para cada caso; así, no es el legislador quien por sí y ante sí suministra las soluciones de los casos (derecho casuístico) y el juez es un mero “*aplicador*” de la solución

legal, es el juez quien por sí solo “resuelve” el problema **moldeando con su interpretación** la norma, cuando existe para su caso directo; o bien, cuando es un texto abierto, seleccionando el sentido interpretativo que se piensa es el más apropiado. Cae en desuso la Teoría del “razonamiento jurídico” y se le reemplaza por la “argumentación jurídica” que necesita de una “teoría de la argumentación”, donde la “verdad” jurídica se justifica cuando fundamenta su “razonabilidad” hacia fuera, para todos y su corrección se apoya en él, o los, consensos que frente a cada problema se dan, consensos construidos a partir de postulados socialmente compartidos y no por la aplicación mecánica de la norma. Es más, las normas mismas solo son válidas si tienen “reconocimiento social”.

Esta localización situacional del pensamiento jurídico en lo aporético o problemático para definir lo justo en el aquí y el ahora, como se dijo, se debe a que es imposible erigir un sistema axiomático de principios en el derecho donde la solución es mera deducción por lo que VIEGWEH habla acerca de tener que elaborar las premisas para cada solución. El inmenso eco de la doctrina de este pensador radica en su “originalidad”, esta última no es un invento sino un replanteamiento de ARISTÓTELES. La tópica, al ser rescatada en la segunda mitad del siglo XX, **implica una radicalidad en la crítica del uso de la lógica deductiva dentro del método axiomático de la exégesis**, pero preciso es decirlo no da respuestas a todos los interrogantes teóricos, presentándose así como una teoría inacabada, la tópica carece de una manifestación al momento de sustentar la racionalidad de las opciones de quien decide.

La tópica es un sistema de argumentación deductivo¹¹², su importancia en la Interpretación constitucional es puesta de presente por María Luisa Balaguer Callejón¹¹³ cuando dice que “**debe destacarse la potencialidad que la tópica ofrece como método de interpretación constitucional**, en la medida en que se trata de un método abierto y de carácter argumentativo, que no parte de verdades absolutas y que contempla el Derecho como un proceso social siempre inacabado.” Afirma GARCIA AMADO que “contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, el consenso no funciona en la teoría de

112 T. Viehweg, Tópica y Jurisprudencia, Taurus, Madrid, 1964, p.38.

113 María L. Balaguer, Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico, Tecnos 1997, pág. 81.

VIEGWEH como criterio final de racionalidad de la decisión jurídica, sino como medio por el que se legitima la invocación como admisibles de los tópicos en litigio para la solución del problema jurídico". No se olvide que los tópicos no integran un sistema jerarquizado y como tal, axiomatizado; como para cada problema se esgrimen e invocan tópicos basados en propuestas de decisión contrapuestas, el consenso sobre admitir o no ciertos tópicos es insuficiente como justificación de la decisión final, seleccionada de entre todas las posibles.

Aquí reside la principal debilidad de la tópica y se nos muestra su carácter de Incompletud; además, como corolario de ello, los tópicos en si mismos son tenidos como determinadores excluyentes de la solución del problema o caso.

Aun así, las doctrinas de VIEGWEH, de PERELMAN y demás, tienen el mérito histórico de ser un agente eficaz del cambio de paradigma en la metodología jurídica. El derecho actual acepta algo que era de lo más normal en el mundo clásico, que los pretores creaban el IUS, de allí que la concepción del jurista como instrumento mudo de la norma, por ser solo "la boca de la Ley", ha fenecido y hoy "la norma es un instrumento del que el jurista se vale para, mediante sus técnicas argumentativas, imponer en sociedad sus puntos de vista y hacer, además, que esa sociedad los consienta como los más justos o adecuados a derecho" (GARCIA AMADO).

En el Derecho, la tópica es ARS INVENIENDI, o "arte de descubrir", es decir una técnica sencilla para hallar argumentos útiles para justificar decisiones que ostentan el rasgo del consenso o aceptación. La tópica sostiene que la solución de cada caso o problema sólo es factible "descubriendo" del arsenal o de la batería de "**valores**" y "**principios**" considerados topoi o ceteis, él o los idóneos para el problema planteado. Frente a lo expuesto se han aparecido dos actitudes fundamentales, una la del "**REALISMO JURÍDICO**", que postula que el juez es el señor de lo jurídico ya que es en su conciencia donde hallamos la clave de la práctica jurídica, esta conciencia no es solo cognosciente sino libérrima decisionista de o que conforma el IUS y es dicho juez el que monológicamente, atenido a su ideología o precomprensión hermética, razona y argumenta. La otra es la "**ARGUMENTACIONISTA**", donde la conciencia del juez pasa a ser conciencia pública ya que él no resuelve por fuera del contexto social, de modo personalista; su actuación se enmarca siempre en

un debate que por su naturaleza es público y, por serlo, está sujetado por controles sociales; así, todo debate jurídico es dialógico--dialéctico.

La decisión judicial puede poner fin a la controversia en lo jurídico de modo formal pero, continúa en lo social cuando no consigue un consenso mínimo, esto acontece cuando los argumentos usados como motivación carecen de una mínima capacidad de convicción social. El derecho cumple con su razón de ser cuando es funcional y, respetado, cuando es tenido como formalmente válido y a la vez considerado socialmente obligatorio, esto se expresa de dos maneras: la primera, que el juez no se salte a la torera la ley en su literalidad, a menos que se usen argumentos que se refieran a valores socialmente tenidos como obligatorios y, por consiguiente, más respetables que el tenor literal de la Ley misma (la sentencia sobre la exequibilidad del decreto ley que convocó la Asamblea Nacional Constituyente en 1990); la segunda, que tratándose de textos abiertos, la interpretación que haga el juez para asonantar dicho texto al caso enjuiciado, esté afirmada en razones expresas que no choquen con lo que socialmente se acepte como admisible.

En esto último está la clave de la tópica reactualizada por VIEGWEH, cuando afirma que la práctica del derecho es un invocar y discutir tópicos, entendiendo como tales, argumentos ya decantados en enunciados más o menos estandarizados porque contienen **valores** de general aceptación, o cuando menos, de aceptación por los juristas. El giro impreso por la doctrina de la tópica, al igual que por la de PERELMAN, ALEXI y demás, significa que se inserta la voluntad del juez en un entramado intersubjetivo, la **praxis del derecho**; esta, en su motivación última depende de esa voluntad del juzgador y encuentra su legitimación en el consenso fáctico, usando argumentos que poseen un consenso preestablecido – **tópicos** --.

Todas las teorías basadas en la “Argumentación jurídica”, con ALEXI a la cabeza, buscan superar las críticas hechas a sus precursores y pretenden unir razón y voluntad **“rehabilitando la razón práctica”**, ya que la “verdad” es un resultado colectivo, consensual obtenido por medio de procedimientos discursivos reglados; estas reglas se explican como producto, a su vez, de la actividad comunicativa, el lenguaje y su pragmática. El esfuerzo se centra hoy en elaborar **“una teoría de la praxis de la aplicación del Derecho”** (ESSER)

encaminada a obtener una “conciencia crítico metodológica” que tenga como núcleo de su estudio el problema de la racionalidad de los valores, presentes en dicha praxis, y no colocarse por fuera de estos como acostumbraba hacer la escuela exegética.

El **método tópico**, es para Pérez Royo **una hermenéutica específica del derecho constitucional**, determina la interpretación de la Constitución, de allí el papel de los preámbulos constitucionales al interpretar las normas constitucionales junto a los principios que la propia Constitución trae para su entendimiento; al preámbulo se le reconoce un valor normativo indirecto, como principio general al dotarlo de una naturaleza de canon hermenéutico, no vinculante, para **“utilizarlo libremente en la interpretación”** por su función política de acotar el techo ideológico, de esa “Ecuación Política” que es en sí misma una Constitución (Pablo Lucas Verdú, Canosa Usera, entre otros).

*El uso de la analogía y los límites de su alcance en la interpretación constitucional condicionan la determinación del espacio de aplicación de fallos específicos, lo que indefectiblemente nos conduce al problema del alcance de la fuerza vinculante del precedente. Esto ha causado la creación de un sistema entrelazado como una red, más o menos tupida de reglas y subreglas, **todas de creación jurisprudencial** que determinan, entre otros aspectos como la cosa juzgada constitucional y el vigor del precedente se aplicarán. Esto es una consecuencia del uso de la tópica.*

Independiente de cuales fueren los muy específicos criterios empleados por el intérprete de la Constitución, lo que es claro y, por eso debe destacarse, es que su tarea no puede ceñirse a la norma ya que la interpretación Constitucional siempre será **la “concretización” de la Carta que abarca la realidad sobre la que las normas se proyectan**, algo que, bien meditado, es un rasgo común a cualquier especie de interpretación jurídica ya que ella es la experiencia jurídica más elemental. “Se pone de relieve que el proceso de interpretación es un camino bidireccional donde se peregrina, de la norma a los hechos y de éstos a la norma, como ocurre especialmente en materia de ponderación” (Engisch). En este sentido nos referirernos a la estructura de la norma constitucional, HESSE distingue dos componentes en ella:

- a. El programa normativo (Normprogramm), es decir, el mandato contenido básicamente en el texto de la norma; y
- b. El ámbito normativo (Normbereich), esto es, el sector concreto de la realidad a que la norma se refiere y sobre el que pretende incidir el programa normativo¹¹⁴.

Por ello, en el pensamiento tópico, “la «concretización» tanto del Programa como del ámbito normativo de una norma constitucional, **es posible incorporando las circunstancias de la «realidad» que la norma regula.** “*Las singularidades de esta Realidad tienen circunstancias, con frecuencia ya conformadas jurídicamente que integran el «ámbito normativo»*”, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto y, a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el «programa normativo», es elevado a parte integrante del contenido normativo” (Hesse)¹¹⁵.

Hoy NO es posible una interpretación constitucional que se aparte de los valores, por medio de su graduación y ponderación. El “método científico--espiritual y axiológico” (Canosa) para la interpretación de cualquier constitución, defendido de forma visionaria y aislada por Smend, se ha impuesto. Forma parte de unos presupuestos tácitos generalmente aceptados que tiene gran peso en algunos otros países como los Estados Unidos de América y, esa interpretación necesariamente axiológica de la Constitución, lejos de conducir a la destrucción del carácter objetivado de parámetros en el control constitucional, lo ha reafirmado y fortalecido.

114 Dichos componentes son partes por igual de la norma y se influyen mutuamente. Pero queda claro que como afirma HESSE: “el contenido de una norma constitucional no puede por lo regular realizarse sobre la sola base de las pretensiones contenidas en la norma (sobre todo, expresadas en forma de un texto lingüístico), y ello tanto menos cuanto más general, incompleto e indeterminado se halle redactado el texto de la norma. Por eso, a fin de poder dirigir la conducta humana en cada una de las situaciones, la norma en mayor o menor medida fragmentaria necesita “concretización”. La cual sólo será posible cuando se tomen en consideración en dicho proceso, junto al contexto normativo, las singularidades de las relaciones vitales concretas sobre las que la norma pretende incidir. La operación de realización de la norma constitucional no puede prescindir de estas singularidades, so pena de fracasar ante los problemas planteados por las situaciones que la Constitución está llamada a resolver”.

115 Debido a que estas singularidades, y con ellas el «ámbito normativo», se hallan sometidas a cambios históricos, HESSE indica que “los resultados de la «concretización» de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el «programa normativo») continúe siendo idéntico. De todo ello resulta una mutación constitucional constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez”.

Existe un asunto muy polémico que surge de si se debe o no determinar “**los límites de la interpretación**”, analizados por Manuel Atienza con relación a lo que él llama “casos trágicos” que también se plantea Canosa al hablar de la posibilidad de que el órgano de control de constitucionalidad termine siendo el “amo de la Constitución”; esto se desprende de la circunstancia de que el tribunal constitucional tiene, de hecho (no jurídicamente), la “competencia de competencias” al interpretar la Constitución sin otro parámetro que ella misma (La Constitución es lo que el Juez constitucional diga que es) ya que no hay otra instancia suprema que controle su interpretación.

Ahora bien, tampoco puede desconocerse que la *Prudentia* descrita está siempre unida a la función pretoriana (*iuris-Prudentia*), es usada hábilmente por los tribunales constitucionales como órganos de control de la supremacía de la constitución en el mundo, ya que ellos siempre han sido conscientes de que el límite de su poder reposa solo en su *auctoritas*, algo que no tienen los demás¹¹⁶. Por lo que todos son conscientes de:

A. Su actuación está sujeta siempre a la crítica de la opinión pública (juristas y ciudadanos en general), **sin olvidar la forma especial del actuar jurídico de la jurisdicción constitucional, las argumentaciones y decisiones de sus jueces están tan sometidas al debate como las opciones legislativas**, teniendo todos derecho a participar en ese debate, “*pues ninguna propuesta o concepción política o moral está excluida por principio*”, especialmente cuando se trata de un “tribunal constitucional, que necesariamente transita con frecuencia entre la ideología y el derecho” (Prieto Sanchís). Tal sometimiento a la crítica de la opinión autorizada de la academia y de la opinión pública supone que el Tribunal tiene que prestar especial atención a sus propios precedentes, para ser así congruentes con

116 Esto alude, sobre todo, a las fricciones entre el órgano de la constitucionalidad y el legislador (democrático, obvio es decirlo). Para trazar las fronteras se habla del self-restraint por algunos, mientras otros autores lo rechazan, o también se habla de límites jurídico-funcionales (Hesse) de la jurisdicción constitucional, otros teóricos acuñan el concepto de “fórmula política” y lo utilizan para estos fines. Pero, sin negar el avance que todas estas propuestas puedan significar, lo cierto es que los linderos que no se pueden superar reposan, hasta hoy, más en un prudente juicio de experiencia “caso por caso” por los órganos de control de la constitucionalidad que en unos principios determinados, es pura discrecionalidad del ejercicio de la PRUDENTIA donde hay que reconocer que es, antes que nada, al igual que ocurre con las fórmulas de self-restraint o similares, según RUBIO LLORENTE “un testimonium paupertatis del derecho constitucional, una confesión de impotencia e incluso un germen de negación del principio mismo del constitucionalismo como pretensión de organizar un government by laws, not by Men” .

sus decisiones anteriores, pues ahí radica en buena medida su legitimidad y su *auctoritas*. Sin embargo, debe aceptarse que también pueda y deba evolucionar e, incluso, rectificar o cambiar sus criterios, pero sin traumáticos cambios de rumbo y exponiendo siempre, con transparencia, explicitud y nitidez, las razones para ello.

B. Sus decisiones, están sometidas, por entero, a la voluntad suprema del poder constituyente, que puede modificar (*overrule*) cualquier decisión constitucional que considere completamente inaceptable, pudiendo privar al órgano de control constitucional, excepcionalmente, incluso de su “última palabra” (que es en sí un simple criterio procesal).

La Prudentia, nunca ha sido mera discrecionalidad, Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, afirma que el prudente es aquel que, “**ajustándose a los cálculos de la razón, acierta con lo mejor que puede ser realizado**” lo que nos lleva a la virtud de la justicia. Es indudable que en esto de los límites de la interpretación constitucional existe una “enorme laguna”, tal como RUBIO LLORENTE afirma, que con grandes esfuerzos doctrinales podría superarse, “elaborando reglas sectoriales que tracen límites jurídico–funcionales para los diversos ámbitos”.

La interpretación constitucional es el centro de un sistema donde la constitución sea la norma de normas y, por ello, norma límite, también lo es en cualquier teoría Constitucional de nuestros días. En lo que respecta a la interpretación judicial del Tribunal constitucional, se evidencia su gran importancia en el hecho de que, en Alemania, se diga que la “**Constitución** está compuesta por los artículos de la Ley Fundamental de Bonn (1949) y por el algo más de un centenar de volúmenes de jurisprudencia constitucional, lo que también podría decirse de España y tantos otros países, sin hablar de Estados Unidos¹¹⁷.

117 En U.S.A. cierto docente, se dirigía a sus alumnos de primer curso diciéndoles una frase igual o similar a esta: “No lean ustedes la Constitución. Puede darles una idea equivocada de nuestro sistema constitucional de gobierno”. Esto responde a un cambio o transformación importantes en el valor y eficacia de la Constitución, y en su concepción en los tiempos en que vivimos, aunque la teoría de la interpretación constitucional está aún lejos de tener un desarrollo consolidado.

8.1 LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Interpretar dentro de la nueva orientación estudiada, supone usar un criterio pragmático que asegure la justicia en el orden social (seguridad jurídica) de modo tal que no disloque o separe el Derecho de la realidad; ello supone que la norma a su vez hace parte de dicha realidad. Esta visión dinámica de la interpretación es la que se obtiene de lo que RECASENS SICHES llama “**Lógica de lo Razonable**”, que en últimas es una expresión de la “Lógica intuicionista”, donde la contradicción no es entre el SER y el NO SER, sino entre el SER, entendido existencialmente, orteguianamente, como EXISTIR más CONSTRUIR, y el NO SER. Las normas, como ya lo dijo HANS KELSEN, o son imperativas o son directivas, pero nunca **ni verdaderas ni falsas**, lo verdadero o falso solo se predica de las proposiciones normativas en cuanto a contenido; ULRICH KLUG, famoso lógico, mantuvo un conocidísimo cruce de cartas con KELSEN al respecto.

El enfoque explicado implica una nueva forma de leer la norma, es el resultado de una nueva rama de la lingüística: la SEMIOTICA, donde intervienen también *la Sintaxis, la Semántica y la Pragmática*. Es necesario aclarar que desde la perspectiva semiótica, la sintaxis significa la relación entre diferentes oraciones de modo tal que se construyen *palabras con los símbolos* y a partir de estas palabras-símbolos se construyen, a su vez, oraciones. La semántica estudia el contenido del lenguaje con lo que este designa o denomina las cosas a partir de palabras. Semióticamente, las oraciones pueden dar contenidos distintos, por eso existen las paradojas; para evitarlas existe la *Pragmática*, que estudia la relación del lenguaje con quienes lo hablan o usan, es decir, con quienes genera las palabras-símbolos. Así pues, la pragmática de la norma solo reside en quien la interpreta, máxime si es un texto abierto que por su propia naturaleza demanda un manejo cuidadoso, donde han de usarse la Lógica, la Semiótica, la Dialéctica y el criterio jurídico.

8.1.1 ¿Cómo se relacionan la Lógica y el Derecho?

La llamada lógica moderna es fundamental para la interpretación. Nace con RUDOLF CARNAP y ALFRED TARSKI, inspirados en WITTGENSTEIN, famoso pensador, quien con los dos primeros comenzó el “Círculo de Viena”. Es precisamente tal lógica de la que hablamos al plantear el interrogante anterior. Adentrémonos en lo que se denomina “Lógica moderna”.¹¹⁸

118 CARNAP era un lógico positivista, usó los resultados obtenidos por la lógica matemática y postuló

WITTGENSTEIN, discípulo de RUSELL, sostiene que el significado de las palabras no es una propiedad inalterable o universal de las mismas, sino que el mismo depende de su función dentro de un determinado contexto ya que cualquier lenguaje que hablamos es, en cuanto tal, una forma de vida; esto a su vez supone la aceptación de varios y distintos mundos posibles. Ha sido el mal uso del lenguaje el que ha originado muchos problemas filosóficos tradicionales. Se entiende que el “Círculo de Viena” sostuviera que **solo tienen sentido las oraciones que pueden verificarse** y esto solo es posible con el método matemático de las “formulas bien formadas” o F.B.fs. La lógica actual supera así a la clásica que solo se circunscribía a dilucidar lo verdadero de lo falso, reconociendo que la **intuición coparticipa con la razón** en un proceso que es de razonabilidad y lo construye el ser a cada instante que se despliega en el existir, existen dos concepciones de la interrelación sujeto que conoce--realidad cognoscible, que son:

LÓGICA CLÁSICA	LÓGICA INTUICIONISTA
Ser o no Ser	Ser (haciéndose en el existir) o no ser.
Límites fijos	Límites móviles o flexibles.
Mundo estático	Mundo cambiante o variable.

Tradicionalmente se tenía como algo incontrovertible que la lógica manejable por el intérprete u operador jurídico era la aristotélica-tomista con sus silogismos y sus axiomas, los principios de identidad, de contradicción, el tercero excluido y el de razón suficiente; la escolástica tomista “santificó” a Aristóteles y se tuvo como verdad indisputada que la única lógica utilizable por el intérprete jurídico era la **del estagirita desde el enfoque escolástico**.

Con la crisis de la filosofía en el siglo XVII, crisis en la teoría del conocimiento porque se toma conciencia que los sentidos yerran en sus percepciones, LEIBNIZ replantea la lógica, al ver que la lógica formal es limitada como instrumento y habla de hacer “calculo lógico”, primer paso de la lógica matemática y

que la filosofía tiene su razón de ser no como pensamiento en sí del mundo, sino como puro análisis lógico del lenguaje; TARSKI enfatizó en el diseño de una lógica semántica o de primer orden por la cual una sentencia (no judicial) tiene validez cuando es validada en todas las partes que la estructuran.

nos dice que en las **palabras**, deducción genial, el sujeto **predetermina su extensión, con una intencionalidad**, su famosa “extensión–intención”. Hoy, VON WRIGHT, a partir de todos los trabajos teóricos anteriores, nos habla de “**lógica deontica**”, con **expresiones abiertas dotadas con carga deontica**, tales como “deber”, “permitir”, “poder”, “obligar”, etc.

Se deduce que la interrelación Lógica / Derecho debe hacerse desde la perspectiva explicada.

Lo dicho nos introduce en el problema de la VERDAD y la VALIDEZ. Las proposiciones lógicas son expresiones de un juicio entre dos términos, el sujeto y predicado, excluyendo o incluyendo el primero en el segundo; se convierten en la matemática en una **verdad demostrada** o que se **pretende demostrar**. De allí que estas proposiciones sean oraciones significativas de lo verdadero o de lo falso, por tanto tienen relación con la VERDAD; el **concepto** es el que tiene relación con la validez. Por ende, **una decisión válida no tiene siempre que ser verdadera** y esto es algo que debilita el positivismo lógico ya que para los lógicos UNA SENTENCIA TIENE VALIDEZ CUANDO ES VÁLIDA EN TODAS SUS ESTRUCTURAS y esto sucede CUANDO SE USAN DEFINICIONES CONTENIDAS EN FORMULAS BIEN FORMADAS; pero la frialdad de la lógica, en ocasiones, deshumaniza la justicia ya que todo se reduce al **formalismo**, siendo la respuesta positivista lógica llevada a extremos que olvidan que el Derecho existe para resolver problemas sociales¹¹⁹.

8.1.2 La validez de la norma y su interpretación

Es la validez de las resoluciones de los jueces, donde están contenidas sus decisiones, la que determina el poder efectivo y real de ellas.

Si una norma A satisface los criterios de validez M1, M2, M3... se deduce que A es válida. Por lo cual existe un *concepto sociológico de validez, uno*

119 La aplicación lógica de principios jurídicos que generen consecuencias perniciosas de tipo social prueba lo abusivo de convertirlo todo en rigorismo lógico; el **Derecho no es un simple juego lógico de teóricos de escritorio**, ES ALGO QUE BUSCA SOLUCIONES PRACTICAS A LOS PROBLEMAS SOCIALES, MOVIENDOSE ENTRE INTERESES OPUESTOS. Por ello, Una teoría jurídica sirve solo por sus **consecuencias sociales**. La interpretación jurídica supera así la coherencia estrictamente lógica, valorando todo para ser **completa**, elaborando una TEORÍA DEL DISCURSO, en la cual los mejores argumentos de toda clase son aceptados y se **retoma la retórica, no como algo despreciable sino como un nuevo uso de la razón práctica**.

ético y uno jurídico. Por el primero, una norma es válida si **socialmente es obedecida**, por el segundo una norma es válida cuando **moralmente está justificada** y por el tercero la validez no tiene tanto que ver con su expedición sino con **su eficacia social**. Luego, una norma no equivale a un enunciado normativo ya que la primera puede expresarse sin que indefectiblemente se usen enunciados, como el caso del semáforo o el de las señales de tránsito. FIEDRICH MÜLLER conceptualiza la norma desde un enfoque teórico que supera el positivismo jurídico al decir que *norma jurídica es algo más que su tenor literal*; es un enfoque desde la perspectiva post-positivista donde no hay identidad entre norma y texto normativo.

La NORMA JURIDICA DEBE ENTENDERSE COMO UNA INTENCIONALIDAD VINCULANTE QUE COMPRENDE LO REGLAMENTADOR O REGLANTE Y LO QUE DEBE SER REGLADO. SUPERÁNDOSE ASÍ LA CONTRARIEDAD ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.

Con lo anterior en mente, el concepto de norma es un género donde caben dos especies, las **reglas** como tales y los **principios**; en la primera especie el nivel de generalidad es bajo y en la segunda tal nivel es alto o muy alto; es esto *algo cardinal para entender cómo se interpretan los derechos fundamentales que son de estructura semántica abierta*.

La interpretación gramatical de la exégesis está superada, carece de espacio para operar. La interpretación con los nuevos enfoques lógicos implica no sólo búsqueda de la validez y la verdad sino un manejo de la dialéctica; VIEHWEG revaloriza a Aristóteles y su **silogismo dialéctico**, que es aquel donde ambas premisas o una sola es probable o razonable originando una conclusión probable o razonable; es un terreno en el cual la separación del sujeto y del objeto no es total, **el sujeto cognoscente determina subjetivamente su interrelación con la realidad cognoscible**.

8.2 EL SISTEMA DEL PRECEDENTE

El que las sentencias de constitucionalidad tengan, no solo en su parte resolutiva sino en su **Ratio Decidendi**, fuerza obligatoria o vinculante para todos (*Erga Omnes*) es algo común y corriente en el sistema Anglo-Sajón; en efecto, en el caso OSBORNE Vs. RWLET (1.880) en Inglaterra, LORD JESSEL dijo: “*La única cosa en verdad vinculante de una decisión judicial es el principio*

que sirvió de base a la **decisión**”. Sin embargo, aceptar (Ya que es así) que el Juez crea Derecho, no implica apartarse de la existencia de unas reglas interpretativas derivadas de la **costumbre** judicial y por ello, universalmente aceptadas. Al respecto, el célebre Sir WILLIAM BLACKSTONE (Primera mitad del siglo XVIII) en su obra “Comentarios sobre las leyes inglesas” publicada en 1.765 dijo: “*El COMMON LAW es la perfección de la razón* (Como Derecho Natural racionalista) por encima de las coyunturas históricas y los vaivenes políticos; para **interpretar** la LAW (Sea escrita o Consuetudinaria), el mejor modo es examinar la intención que se expresa con ella”. Para “examinar” tal intención BLACKSTONE dice que existen cinco señales básicas:

- Las palabras de la LAW en su connotación más general y popular.
- De ser la LAW escrita, en caso de que sus palabras ofrezcan dudas, debe acudirse al contexto, no solo de dicho texto sino por el conformado por otras LAW expedidas en la misma época.
- Las palabras deben entenderse con relación a la materia reglada por la LAW; así, no existe la intención al margen de las palabras, sino con relación a dicha materia.
- Cuando las palabras carezcan de significado, o bien tengan uno absurdo o irrazonable, deben siempre valorarse sus efectos o consecuencias.
- El mejor criterio interpretativo es definir la razón de ser de la LAW, es decir, su espíritu y su razón de ser (El por qué el legislador la expidió), para lograr así la **Equidad**. BLACKSTONE define esta como la “Corrección de los efectos de la **Universalidad** de la Ley frente al caso concreto”. (Sorprendente en el siglo XVIII antes de SOISSURE y del Giro Lingüístico).

Es frente al caso y con el fin de resolverlo que el Juez matiza la “Universalidad” de la Ley, “actuando como lo habría hecho el Legislador de haberlo previsto”.

Las “Reglas de BLACKSTONE” fueron tenidas en cuenta y consideradas muy deseables por HAMILTON y MADISON en escritos que publicaron en el periódico “The Federalist” desde 1.788 para interpretar la recién aprobada Constitución Federal de U.S.A. ya que en ella se establecía su carácter de

“Norma Superior”. Es este el punto de partida histórico y Jurídico de que NO ES el Congreso quien hace la interpretación Constitucional por ser un “Poder limitado” sino la Corte Suprema por medio del control Constitucional al recibir el carácter de garante o valedor del “Pacto Federal” como expresión de la Soberanía Popular. Por ello, **las sentencias que interpretan la Constitución son otra modalidad de ejercicio del “Poder Legislativo”**, confiriendo otra dimensión al viejo principio de principios pretoriano: IURA NOVIT CURIA.

Lo expuesto, modifica el concepto de “Cosa Juzgada” del “Código Napoleónico” y crea otra, que se expresa en la cita jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Alemania que trae ARTHUR KAUFMANN para evitar “Injusticias Legales” surgidas de la violación de Derechos Humanos o un principio General de Derecho. La misma es:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

B Verf GE-DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL—3,pags.225 y ss. Citada por Arthur Kaufmann en su obra “filosofía del derecho”.

“La seguridad jurídica es un elemento esencial del principio de Estado de derecho. Dicho principio, a su vez forma parte de las decisiones básicas efectuadas en la Ley Fundamental, que persiguen la realización de postulados auténticos de justicia. Al legislador constitucional le es posible descuidar la seguridad jurídica tan sólo hasta un determinado límite. Una norma que negara falseara o desatendiera en forma intolerable la función de preservación de la paz inmanente al derecho, entonces podría ser nula aun poseyendo la configuración de norma constitucional primigenia. Con todo, no puede dejarse de lado que el principio de seguridad jurídica se encuentra, frecuentemente, en contradicción con la exigencia de justicia material y que tiene que ser, ante todo, tarea del legislador decidir ese conflicto algunas veces a favor de la seguridad jurídica, otras, en pro de la justicia material. Si esto sucede sin arbitrariedad, entonces no pueden existir reparos frente a un procedimiento tal. Un motivo legítimo para restringir, en cierto margen y por cierto tiempo, la seguridad jurídica se presentará para el legislador, en particular, cuando él acepta o establece tales restricciones en pos de la realización de la justicia material propiamente dicha”.

La cuestión cardinal reside en que, respecto de la ley, se trate de una “injusticia legal”. En la práctica esto deberá ser estimado, en primer lugar, conforme a si existe una vulneración de un derecho humano o fundamental y/o de un principio general del derecho.

COLOMBIA, al igual que las demás naciones hispanoamericanas surgidas del proceso de independencia de España, por razones culturales e históricas, NO adoptó el Sistema Anglosajón, sino que **mantuvo vigente el español dado**

para las “Indias” (Derecho Indiano), por Decreto del Libertador—Presidente, para seguir luego el sistema Romano—Francés con la adopción del Códice Civil napoleónico en 1870 (Vigente desde Enero de 1871). Empero, cuando se inicia la etapa Centro—Federal con la carta de 1853, se “Copia” el sistema de “control judicial constitucional” de U.S.A. Aunque en sí NO operó, comenzando a tener importancia en el derecho Colombiano con la reforma constitucional de 1910¹²⁰. Es con la Corte Constitucional que el sistema de casos basados en el precedente se pone como tema de máxima actualidad, ocupando hoy el primer lugar en la discusión filosófica y Teórico Jurídica Colombia.

En lo filosófico (LOCKE, HUME), al erigirse el Estado de derecho, necesariamente se establece la “Igualdad ante la Ley” o Igualdad formal, dado que solo son los iguales los que pueden celebrar el contrato social. Es así que resulta imposible que la interpretación que se dé a las normas no sea la misma (Igual) para los casos idénticos, o que comparten elementos comunes básicos o esenciales. Por ello, el STARE DECISIS se basa en el principio de Igualdad por ser incongruente resolver de modo distinto casos similares; estamos así de regreso al viejo principio pretoriano: **Cuando existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.**

Se infiere así que “Violar” el precedente (Sobre todo el Constitucional), afecta de modo grave el Derecho a la Igualdad. Máxime que el principio de “Igualdad ante la Ley” del estado Social de derecho dejó de ser meramente formal y ha pasado a ser uno dotado de un fin ético y político del mismo¹²¹. Violar el Precedente supone violar el principio de Igualdad y causa que el sujeto procesal que la padece queda en una situación de indefensión ya que se le lesionó el principio de confianza legítima frente a cómo deben actuar los

120 OSCAR JOSÉ DUEÑAS, en su obra “Lecciones de hermenéutica Jurídica”, dice: “La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Constitucionalidad cita jurisprudencia norteamericana (Fallo del 9 de Noviembre de 1929). Refiriéndose a la decisión del Juez Marshall, la tergiversa, en la sentencia de 13 de Noviembre de 1928”.

121 La Corte Constitucional en su Sentencia SU—097/99 explica dicho aspecto así: “Aunque la noción de Precedente tiende a ser usualmente relacionada con el respeto que los Tribunales y jueces de inferior jerarquía están obligados a guardar frente a las proferidas por los jueces o Tribunales de superior jerarquía, las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica prefieren centrar la importancia del precedente en relación con el principio de Universalidad, en el que toda forma de argumentación (Moral o Jurídica) encuentra uno de sus basamentos principales”.

jueces en un estado de derecho que surge de la idea de pacto social y que se expresa en eso que hemos dado en llamar “**Seguridad Jurídica**”¹²².

Aun así, es factible introducir “Ámbitos jurisprudenciales” para evitar la Petrificación del Derecho; dado que cualquier “Modificación No razonada” de una actuación judicial frente a un precedente afecta el derecho de Igualdad, es menester que la decisión que se aparte de un precedente se legitime. Tal legitimación se basa en que la razón de ser del Estado de Derecho Liberal, hoy Social de derecho, es la perfección continua del orden justo existente por medio de la búsqueda de la promoción continua de los derechos fundamentales. De allí que “Apartarse” del **Stare Decisis** exija una “**Motivación,**” *muy razonada que excluya la configuración de una discriminación negativa para no aplicar el viejo principio “Cuando existe la misma razón se aplica la misma disposición”*. La operación descrita es factible **argumentando que no existe la misma razón**¹²³.

Obsérvese: el único medio para realizar todo lo explicado es la Jurisprudencia y, ella es la única que hace que los ciudadanos confíen en el “aparato administrador de Justicia” del Estado, en razón a que él reproduce la ideología de su estructura de poder en el derecho como expresión refinada del orden que nace de tal estructura, de un modo funcional y práctico. Por eso, la sentencia C—400/98 y la Línea Jurisprudencial que ella integra, aceptan que es posible apartarse del precedente.

122 En la Sentencia **SU—097/99** se dice: “Este principio (*Universalidad*) fundado entre otras cosas en el primer imperativo categórico Kantiano (“Haz solo aquello que al mismo tiempo puedas querer que se convierta en Ley Universal”), se traduce a nivel de argumentación jurídica, en la necesidad de que el Juez solo adopte aquellas decisiones que, en el futuro, esté dispuesto a adoptar a casos similares. En efecto, cuando, en el proceso interpretativo, el Juez deba adoptar una de las múltiples elecciones que se derivan de la combinación de los hechos del caso que debe resolver con la normatividad y la jurisprudencia vigentes, la racionalidad de su elección solo puede ser “controlada” a partir de los dictados del principio de universalidad de la decisión judicial”.

123 En la Sentencia **C—400/98**, al respecto, la Corte dice: “...Un Tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el Tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario, es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no solo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto al precedente en un Estado de derecho”.

Además, el Art.4º de la Carta del 91 establece la supremacía de la Constitución y la obligación de obedecerla, por consiguiente, **interpretar cualquier tipo de normas debe de hacerse de acuerdo con la Constitución**. Así, la hermenéutica de las leyes en un “Sistema Constitucional de Derecho” debe ser coherente en el mejor sentido posible con lo establecido en la Carta; ahora bien, *la conservación de la coherencia del sistema impone que la única interpretación válida de la Constitución sea la que hace la Corte Constitucional*. Siendo así, es inevitable que la hermenéutica constitucional condicione a la hermenéutica legal, de no ser así, la expresión “**La Constitución es Norma de Normas**” carecería de sentido al no generar consecuencias jurídicas¹²⁴. El Control difuso existente en nuestro país ha servido de pretexto para la expresión del ultra conservadurismo frente al alud de cambios que la Corte Constitucional ha generado; de allí que para “defender” la primacía de su jurisprudencia, ella ha debido de crear la doctrina de la “**Vía de Hecho Constitucional**” para que por medio de la acción de Tutela se puedan invalidar aquellas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que “**Vulneren Derechos Fundamentales**”, tales como **NO aplicar un precedente de la Corte Constitucional**. La interpretación de todos los funcionarios debe ser homogénea, es decir, aplicando todos, los precedentes vigentes¹²⁵.

En Inglaterra, el rigor del Precedente que hace inevitablemente de las sentencias, leyes, se ha ido matizando desde el siglo XVIII, ya que si no, el derecho no se hubiera podido adaptar a los cambios sociales de dicho país. En 1966, la Cámara de los Lores por medio de su entonces Presidente LORD GARDINER, declaró que se abolía la regla consuetudinaria que decía que la propia Cámara de modo absoluto estaría sujeta a sus propias decisiones anteriores y que si bien el sistema del COMMON LAW reposa en los CASE

124 En Colombia, por existir el control difuso, se ha elaborado la peregrina “tesis” de que como el CONSEJO DE ESTADO es el encargado de definir la constitucionalidad de los decretos del orden nacional que no tienen fuerza de Ley, pueden existir “varias” jurisprudencias constitucionales de idéntico valor en razón a que el Este Tribunal “no tiene” que aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por tener la “misma” jerarquía en el control de la supremacía de la Constitución.

125 Sobre la violación del Derecho de Igualdad al interpretarse la Ley, la Corte Constitucional afirma que dicha interpretación debe ser homogénea, en efecto, en la T—553/97, dice: “...Las interpretaciones distintas deben estar fundamentadas en razones suficientes que sustenten el trato diferenciado que se produce en razón de esa divergencia. Sin embargo, el hecho de que deba existir una única aplicación, no permite al intérprete saber cuál de las interpretaciones posibles sea la correcta, ni indica cual debe ser el sentido de la igualación. Tan solo establece, se insiste, que, en principio, **los funcionarios deben interpretar las normas en forma homogénea.**”

LAW o Precedentes porque “estos proveen de un cierto grado de certeza sobre la cual los individuos pueden confiar para llevar a cabo sus negocios y son la base firme para desarrollar ordenadamente las reglas jurídicas”, sostienen los Lores parlamentarios que “una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a injusticias en casos concretos y restringir el adecuado desarrollo del derecho”²⁶.

Es menester precisar que los Lores restringieron el “**Quiebre del Precedente**” solo a *ellos mismos*. Las demás COURTS y JUDGES, seguían como era desde que Bretaña hizo parte del Imperio Romano, sujetos a la fuerza vinculante de los precedentes; en especial, los de esa Corporación Parlamentario—Judicial, nacida desde Guillermo el Conquistador, hasta que ella misma no los variase o el Parlamento expediera una Ley.

--¿Qué es lo que configura un Precedente?

En el sistema Anglo—Sajón, según su lenguaje jurídico, está integrado por un HOLDING y una DISPOSITION; es decir, una Ratio Decidendi (Holding) y una Parte Resolutiva (Disposition) y en Inglaterra, la figura del CASE LAW da fuerza vinculante al **Principio** usado para sustentar tanto la decisión como lo decidido que se deduce de la primera (Silogismo Jurídico)¹²⁷. La RATIO DECIDENDI vincula no solo por la fuerza cultural del sistema Anglo—Sajón basado en el concepto romano de que el único que conocía y “Daba” el Derecho era el Pretor (“Dame los hechos y yo te daré el Derecho”) sino por las razones de la Corte Constitucional en la Sentencia SU—047/97, al decir:

“Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda la actuación judicial para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, es la siguiente: Los Jueces deben fundamentar sus decisiones no en criterios Ad—Hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general o una regla”

127 Por ello, la Cámara de los Lores que tiene funciones jurisdiccionales equivalentes a la SUPREME COURT de U.S.A., afirma que aun siendo los Precedentes “Normalmente Vinculantes”, es posible que dicha Cámara pueda “**Apartarse de una Decisión Previa cuando sea JUSTO hacerlo**”.

127 Esto lo dijo de modo específico LORD JESSEL en 1880 en el caso OSBORNE Vs. RWLET, ya comentado.

universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. No puede ser de otra forma, pues de los Jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El Juez debe hacer justicia en el caso concreto de conformidad con el Derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta. Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a alguno de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, está la conocida tesis de Wechsler según la cual los Jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales”.

Luego, la fuerza vinculante de la Ratio Decidendi en una sentencia nace de la necesidad de que los casos NO sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos,¹²⁸ ya que eso es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que poseen los Jueces, que por lo regular son funcionarios “No electos”, de decidir sobre la Libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.

Sin embargo, la práctica judicial de U.S.A. admite ciertas técnicas moduladoras de los Precedentes; en algunos casos el Juez DISTINGUISHING o distingue para demostrar que el nuevo caso difiere del anterior por lo que aun conservando el precedente, su fuerza vinculante es “imposible” de aplicar a ciertas situaciones que siendo similares con la resuelta, difieren en aspectos relevantes. En otros casos el tribunal NARROWING o restringe el alcance del precedente al advertirse que se está aplicando de modo muy amplio (Ratio Decidendi abierta) lo que causa que esos textos amplios dejen de ser vinculantes y pasen a ser clasificados como meros DICTUM, o lo que nosotros llamamos Obiter Dicta. Por último, puede que el tribunal estime que el Precedente es muy restrictivo y use el EXTENDING o extensión del mismo a casos que aparentemente no encajaban en él.

128 Aquí radica la importancia que PERELMAN y MAC CORMICK dan al respeto que los Jueces deben tener por el principio de Justicia Formal que obliga a decidir de modo igual los casos iguales. También esta es la base de la tesis de ALEXI según la cual toda decisión judicial debe estar sustentada al menos en una norma universal.

Acontece que en algunas situaciones existan **precedentes enfrentados**, en cuyo caso se determina de una vez por todas cual es la “**Doctrina con poder vinculante existente**” y, puede suceder que se interprete un caso ya resuelto afirmando que su *Ratio Decidendi* no es clara, en cuyo caso se afirma que “**No existe Precedente**”¹²⁹.

Si separamos la Norma de la interpretación que de ella se hace en la Ratio, que por cierto, es el modo con que cuenta el derecho para darle un sentido y un significado, sería imposible aplicar tal norma ante la imposibilidad de definir su contenido y sus alcances para resolver un caso concreto. Perdería así el orden jurídico su coherencia y, lo más grave, la seguridad jurídica se esfumaría.

8.3 LA VÍA DE HECHO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Dada la importancia determinante del Precedente y el papel primordial de la Ratio Decidendi en las sentencias de Constitucionalidad y de tutela, surge la pregunta: ¿Qué puede hacer un ciudadano cuando un Tribunal o un Juez se “apartan” de la interpretación que dicha Corte hace de la Constitución?

No se olvide, conforme analizamos, que cuando ello acontece, se viola el principio de Igualdad y el derecho a la Igualdad, el primero es un elemento esencial del Estado Social de Derecho y, el segundo, un Derecho Fundamental. Desde las sentencias C—371/94 y C—496/94 se dijo de manera clara que “**es imposible aplicar una norma legal sin la valoración previa de su constitucionalidad**”, máxime si esa “Constitucionalidad” ya viene establecida de modo específico por la Corte Constitucional¹³⁰.

129 Es claro así que solo se forma Precedente, en sentido estricto, a partir de la RATIO DECIDENDI. Esta, a su vez, **no es más que la interpretación de las normas que solucionan el caso**. Así lo entiende la Corte Constitucional al decir en su sentencia SU—1219/2001 que: “*La Ratio surge de la propia lectura autorizada de la Constitución por parte del órgano constitucional encargado de velar por su interpretación y aplicación integrales. Exhibe un mayor grado de abstracción que el DECISUM, el cual surte efecto en el caso concreto ya que la RATIO DECIDENDI se proyecta (en virtud de los principios de Igualdad, de seguridad jurídica, del de confianza legítima y el de supremacía de la Constitución) más allá del caso concreto, teniendo la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones*”. La misma Sentencia prosigue: “*Una vez fijado con autoridad por el órgano competente, siguiendo el procedimiento constitucional para ese fin, el significado de la norma constitucional se integra a él y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho*”.

130 En la Sentencia C—568/2000 se dice: “...La Corte tiene bien establecido que no es ella a quien corresponde como regla general, establecer cuál es el sentido autorizado de las normas legales, pues la Constitución consagra una separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria (C.P. arts. 234 y 239). Sin embargo, **un proceso de control de constitucionalidad implica siempre**

Luego, ante una “**Interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable**” (Sentencia SU—692/99) estamos **ante una violación de un Derecho Fundamental y de los principios del Estado Social de Derecho**. Por eso, se enmarca dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA**, el controvertimiento de las interpretaciones que los jueces de cualquier rango hagan de las interpretaciones de las normas realizadas por la Corte Constitucional.¹³¹

Existe una línea jurisprudencial, construida desde las sentencias citas de 1994, donde figuran, entre otras, las sentencias T—001/99, T—1017/99 y T—1072/2000, en la primera de estas se dice **expresamente** que la acción de Tutela procede en los casos en que la interpretación que el Juez haga de una norma, resulte contraria a un criterio hermenéutico mandado por la Constitución.

8.3.1 ¿Cuándo existe una Vía de Hecho Constitucional?

La respuesta a esta pregunta se encuentra en la sentencia T—567/99, donde se dice:

“La Corte ha considerado que una providencia judicial constituye una Vía de hecho cuando (1) Presente un **grave defecto sustantivo**, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto. (2) Presente un **flagrante defecto fáctico**, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el Juez para aplicar una determinada norma es absolutamente *inadecuado*. (3) Presente un **defecto orgánico protuberante**, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate y, (4) Presente un **evidente defecto procedural**, es decir, cuando el Juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la Ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, **una vía de hecho se produce** cuando el juzgador, en

un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales. ESTE JUICIO NO ES POSIBLE sin establecer previamente el significado de la norma legal, por lo cual ningún Tribunal Constitucional puede eludir la interpretación de las normas legales, lo que provoca una constante interrelación de los asuntos legales y constitucionales”.

131 Al respecto en la Sentencia T-382/2001, la Corte dice: “Ahora bien, aun cuando la tutela no es un mecanismo para controvertir las interpretaciones que los Jueces hagan del ordenamiento jurídico, sustituyéndolas por otras que el Juez de tutela considere mejores o más adecuadas, **en ciertos eventos es procedente la tutela**, cuando la **INTERPRETACIÓN de la Ley por el Juez ordinario contraviene los principios y valores constitucionales**, derechos fundamentales o es contra evidente o irracional”.

forma Arbitraria y con fundamento en una sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico”¹³².

Es de anotar que la Corte Constitucional al igual que la Cámara de los Lores, en funciones de Corte Suprema, según se dijo, ha establecido que a ella misma la obligan sus propios precedentes, sin discusión. A menos que, como dijo LORD GARDINER, “**Deba apartarse cuando sea justo hacerlo**”. Por eso, las Salas de Revisión de Tutela solo aplican Precedentes y, cuando estiman que deben apartarse por cualquier razón, deben pasar el caso a la Sala Plena para que esta lo resuelva por medio de una Sentencia Unitaria o Unificadora (SU). También procede así dicha Corte en las salas plenas donde se debaten las ponencias de las sentencias de Constitucionalidad, cuando la Ponencia del Magistrado Ponente propone una variación o una modificación del Precedente¹³³.

132 Se puede resumir diciendo que “siempre que **exista una sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la Ley**, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, que lleve a **calificar a una decisión judicial de NO estar acorde a Derecho, estamos** frente a una Vía de Hecho Constitucional”.

133 Empero, no debemos “Idolatrar” sin más a la RATIO DECIDENDI, ella **debe estar sometida a la más intensa crítica de la Hermenéutica de segundo nivel** enmarcada en el referente de la epistemología jurídica dentro de la filosofía Hermenéutica de GADAMER. Es ese el modo como se establecen cuáles son las líneas jurisprudenciales y sus alcances y prever sus futuras evoluciones. No se nos oculta que la Corte Constitucional da la preferencia al derecho sustancial frente a los formalismos y al usar nuevas técnicas jurídicas y nuevas bases filosóficas para interpretar la Constitución, a pesar de todas las críticas que se le hacen, la mayoría sin sentido, ha oxigenado y puesto al día el derecho Constitucional Colombiano con los de los demás países que hacen parte de la Cultura Occidental.

9. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

CHAIM PERELMAN en la Introducción de su obra “**El Imperio Retórico --Retórica y Argumentación--**”, nos narra su encuentro con la “retórica”. Dice que decidió efectuar un estudio sobre la justicia desde el positivismo en los años cuarenta del siglo pasado. Allí erige un concepto básico para toda su teorización posterior; el de “*regla de justicia*”, que se enuncia así: “seres semejantes han de ser tratados semejantemente”. El problema que busca solucionar con tal concepto, continúa diciendo, era el de **diferenciar que es lo semejante de lo que no lo es**, de un modo definitorio porque cualquier solución supone usar juicios de valor; juicios que para el positivismo, son arbitrarios e indemostrables. *¿Es posible razonar sobre valores partiendo de valores? Para el positivismo, NO.* Lo sorprendente de esto radica en que la afirmación positivista acerca de que los juicios de valor carecen de cualidad cognoscitiva **no está fundada en un juicio de demostración**, por lo que este enunciado en si es **otro juicio de valor** (una paradoja). Esta paradoja hace que el positivismo, cuyo punto de partida, sin proponérselo pero sin poder evitarlo, es un juicio de valor, llegue a una conclusión inevitable: **la descalificación de la razón práctica.** (¿Cómo así?)

En 1934, KELSEN publica su obra *Teoría Pura del Derecho*”, que es una etapa en la historia de la filosofía y la teoría jurídica. En ella, el maestro Vienés dice que, el derecho debe ser puro o no contaminado de otros saberes, para poder ser “ciencia” y, es “puro” **solo si se tiene como objeto de conocimiento un sistema de normas jurídicas válidas existentes en un Estado**, de modo tal que solo se defina a si mismo desde dicho sistema normativo, evitando

confundirse con la moral y el “lusnaturalismo”; **excluyéndose** cualquier análisis sobre lo que debe ser o no el derecho, ya que el mismo envolvería juicios de valor. Los sistemas positivos normados¹³⁴, afirma KELSEN, se caracterizan por ser **jerárquicos y dinámicos** simultáneamente. Son lo *primero*, porque la validez de sus actos (jurídicos) nace de la conformidad de los mismos con **normas** (jurídicas) de grado más elevado. Esos niveles de jerarquías normativas culminan en la Constitución, Ley de Leyes, cuya básica es validar todas las normas del sistema pero que **en sí misma, esto es esencial, carece de un criterio de validez que la valide**, lo que significa que **carence de justificación jurídica dentro del sistema, a pesar de que el sistema no puede existir sin ella.** ¿Qué valida la Constitución?

Son lo *segundo*, porque las normas de grado jerárquico superior solo delimitan marcos de aplicación (criterio de validez) ya que no permiten, usando razonamientos deductivos, extraer de ellas normas de jerarquía inferior. Por tal razón, prosigue KELSEN, el legislador y los jueces, de modos distintos y grados diferentes, tienen la autoridad, según el marco pre determinado por la Norma Normarum, de crear leyes (legisladores) y de precisar, concretándolo, el sentido y alcance de tales leyes al aplicarlas a cada caso (jueces); luego, **ambos crean Derecho**. ¿Cómo esto es Posible? Él parte de una consideración básica, jamás, los motivos del Legislador para legislar (Hacer leyes) y, del Juez para decidir en determinado sentido en una sentencia judicial **han tenido algo que ver con la teoría del derecho**, ambas son productos de consideraciones políticas decisionistas.

PERELMAN va a enfrentarse al **dualismo** ostensible en la “Teoría Pura” que enfrenta realidad a valor y ser a deber ser, limitando el conocimiento (racionalidad) y reconociendo el papel determinante de los “Productores” del Derecho (Legislador y Jueces) al basar esa “Producción” en su voluntad (valores), enfatizando el papel político siempre presente en la generación de las normas. El maestro vienes NO sopesa que su “teoría pura”, basada en una pirámide jerárquica normativa, **depende de elementos no racionales** ya que los actos de voluntad de los “productores” jurídicos se sustentan en un querer político que hace imposible demostrar, que son “jurídicos” en cuanto

134 Si bien el derecho procura propósitos sociales (conservar un orden y solucionar conflictos), como “Ciencia”, conforme a KELSEN, su objeto solo está dado por el estudio de un específico sistema normado por lo que las consideraciones teleológicas no hacen parte de su “Teoría Pura”.

tales. Esta es su paradoja suprema, **estudiar el Derecho Positivo sin usar el positivismo**, ya que la propuesta Kelseniana sobre cómo funciona el sistema jurídico en los tribunales olvida que **la práctica judicial está indisolublemente basada en juicios de valor**. Para superar dicha paradoja, PERELMAN plantea una lógica de juicios de valor que dé una base racional a la actividad volitiva de los “Productores” jurídicos, siguiendo al lógico GOTLOB FREGE, fundamentado en como los matemáticos razonan al usar las matemáticas. Con la estrecha colaboración de LUCIE OLBRECHT TYTECA, publica su “*Tratado de Argumentación -- Nueva Retórica --*”, célebre y fundamental obra donde investigan en varias fuentes los mecanismos por los cuales **valoramos la realidad** y concluyen que **tal lógica no existe**. Empero, hallan que tales mecanismos se estudiaron en la Grecia clásica en lo que ARISTOTELES llamó “**El Arte de la persuasión**” o RETÓRICA. El estagirita afirma que los modos de persuasión son en sí técnicas de demostración ya que una persona se considera persuadida cuando piensa que algo le ha sido demostrado. En su “*Retórica*”, ARISTÓTELES nos dice que ella es un argumentar públicamente en una asamblea o en un tribunal, usando todos los modos de persuasión de la palabra hablada; estos son:

- A. “Los que dependen del carácter de quien habla.
- B. Los que sitúan a los oyentes en un cierto estado de ánimo.
- C. Los que están vinculados a la prueba misma (real o ficticia) expresadas en los discursos.”

Tales modos son en sí mismos instrumentos de persuasión que buscan que el auditorio al que nos dirigimos nos crea y, para que seamos creídos, el auditorio debe aceptarnos al provocar en él un estado anímico favorable como tal, a la “verdad” que se deduce de nuestra Tesis, por medio de pruebas reales o aparentes que apoyan lo expuesto en ella. Ahora bien, **la retórica y la dialéctica** están tan unidas que son inseparables; la *dialéctica* es una técnica de dialogar donde discernimos el silogismo real del aparente y, la *retórica* busca los medios de persuasión, proporcionando los instrumentos para obtener argumentos. Afirma ARISTÓTELES en su Tópica que los argumentos para persuadir provienen de asuntos o cosas admitidas y de los razonamientos dialécticos. Las premisas son “verdaderas” y “primarias” o bien, se caracterizan por que el conocimiento que tenemos sobre ellas, nace de otras premisas que tenemos como “verdaderas” y “primarias”.

La diferencia entre un silogismo demostrativo (científico) y uno retórico o dialéctico está en la calidad de las premisas; en el demostrativo, como las premisas son “verdades”, la conclusión es una “verdad”, en los segundos, dado que las premisas **son probables**, por ser “opiniones aceptadas” la conclusión carece de certeza. La argumentación retórica se funda en lo contingente, sin que esto impida que una proposición intrínsecamente “verdadera” sirva de punto de partida. De lo dicho por ARISTÓTELES se desprende algo fundamental, que el hecho de argumentar con proposiciones posibles es la razón que explica que en la retórica y en la dialéctica se puedan “probar” conclusiones contrarias. En el Derecho, esto es esencial ya que la interpretación, al ser dialéctica, se basa solo en proposiciones posibles por lo que caben varias conclusiones. (Multiplicidad de Doctrinas y los Salvamentos de Voto).

Para superar las conclusiones contrarias, el estagirita en su tópica dirá que “la dialéctica es un proceso de crítica que permite la aplicación de los principios en todas las investigaciones”. Buscamos los principios a aplicar por medio de un procedimiento que el maestro CARLOS GAVIRIA DIAZ llamó “Cetético” que nos garantiza la obtención de una “verdad”, **basada en valores**.

El estagirita señala que en todo dialogo existen cuatro tipos de argumentos:

“**El Didáctico**, que razona a partir de las proposiciones verdaderas de cada materia y no desde opiniones y el que lo oye acepta todo lo que dice como “verdad”.

El Examinativo, que opera a partir de premisas aceptadas previamente por quien debe responder y que en general conocen los que tienen el conocimiento de la materia en discusión.

El Erístico, donde se razona, o parece que se razona, desde premisas que parecen aceptadas por todos pero que en realidad no lo son.

El Dialéctico, donde se opera a partir de premisas generalmente aceptadas a la contradictria de una tesis ya dada, para rebatir la tesis del contrario.”

Explica ARISTÓTELES en la “retórica”, que toda acción discursivo-argumentativa posee tres elementos esenciales el ORADOR, el TEMA y el AUDITORIO; es este último quien determina el contenido y el objeto del

discurso, Los auditórios pueden comportarse como **espectadores** o **jueces**, si acaece lo primero, decide sobre la capacidad oratoria de orador (en cierto sentido es juez), si es lo segundo, *juzga sobre el pasado o el futuro*. Conforme a lo dicho, la retórica, puede ser **epidíctica, deliberativa o forense**, la primera se usa en ceremonias especiales (un concurso) ya que su razón de ser es la espectacularidad, se refiere al presente que es lo que se puede alabar o atacar, por ello busca el lucimiento del orador como fin estético. La deliberativa es política y se refiere al futuro creando cursos de acción o rechazándolos por lo que su fin es definir lo útil o lo nocivo de las acciones posibles. La **forense** (legal) **se refiere al pasado** ya que pretende establecer la justicia o la injusticia de un concreto acto, fuere como defensor o corno acusador.

Establecido el pensamiento de ARISTOTELES sobre este tema, analicemos el enfoque Perelmaniano--Olbrechtista del pensamiento de este filósofo tan universal e imperecedero. Ellos empiezan por la constatación histórica de que colapsado el imperio romano, la retórica se convirtió en simple preceptiva literaria, es decir, en el estudio de las figuras estilísticas que solo sirven para adornar el discurso; por lo tanto, lo que para ARISTÓTELES era la "Retórica" se perdió, ya que **dejó de ser "Teoría de la Argumentación" unida a la lógica y a la filosofía**. Perelman y Olbrecht afirman que esta transformación se debe a una evolución acaecida en la edad media y que se perfecciona en 1.555 con PEDRO DE RAMOS cuando afirma que el TRIVIUM es: "**la gramática o el arte de hablar bien, la dialéctica o el arte de razonar correctamente y la retórica o el arte de lo elocuente y adornado del lenguaje**".¹³⁵

PERELMAN y OLBRECHT TYTECA prosiguen diciendo que desde mediados del siglo XIX, como resultado de los conceptos kantianos y el desarrollo de la lógica matemática, la "lógica" como tal es la lógica formal, llanada por ARISTOTELES "analítica" abandonándose la "dialéctica", cometiéndose un error similar al de PEDRO DE RAMOS, ya que aun siendo cierto que la lógica formal es una teoría diferente a la de la dialéctica, útil para calcular dentro de un sistema, resulta igualmente cierto que se razona sin que necesariamente se calcule, en una discusión. Como cuando se presentan argumentos en pro

135 Al primar esta interpretación por la acción de los escolásticos, se despoja a la retórica de su sentido aristotélico ya que a dialéctica se queda con dos de las tres partes "**la invención y la disposición**" ya que no se dedicara a analizar las inferencias validas ni el encontrar y juzgar los argumentos. La retórica entra en un languidecimiento ininterrumpido que producirá su decadencia y prácticamente su muerte.

y en contra de una tesis porque en las discusiones no se “demuestra” por lo que la sola lógica formal es insuficiente. Concluyendo que existe la necesidad de una teoría que estudiase las razones y condiciones de admisión o rechazo de una tesis en un debate, **este es el objetivo** de lo que llaman “LA NUEVA RETÓRICA”¹³⁶. Considerada por ellos como una ampliación y puesta al día de la retórica aristotélica a la que denominan “NUEVA DIALEÁCTICA”. Su objeto es el “discurso NO demostrativo” donde se analiza toda argumentación destinada a convencer o a persuadir, sea cual fuese el auditorio y la materia sobre la que verse. Por consiguiente, la nueva retórica está subordinada a la lógica filosófica, es decir, *a la teoría de la argumentación aplicada a la filosofía*, ellos asumen una posición contraria a la tradición metafísica de occidente que plantea como opuestas la búsqueda de la verdad y las técnicas de la retórica porque estas últimas aceptan opiniones múltiples y engañosas.¹³⁷

9.1 HECHOS Y VERDADES

El concepto de “verdad” que manejan PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA es la del *ACUERDO UNÁNIME DE UN AUDITORIO*, este NO es algo objetivo que se impone en cuanto tal a cualquiera, **sino una tesis que goza de la aceptación indiscutible del mismo** que, por serlo se convierte en un acuerdo del auditorio. Existen las “verdades” científicas y las que no lo son (las religiosas, por ejemplo), las primeras se apoyan en razonamientos analíticos y las segundas no. En su “ÉTICA A NICOMACO”, el estagirita dice: “es tan ridículo contentarse con argumentos razonables por parte de un matemático, como exigir pruebas científicas a un orador. Por consiguiente, ‘verdad’ es para PERELMAN y OLBRECHT un **valor**, pero un valor situado en medio de

136 En su obra “*El Imperio Retórico*”, PERELMANN dice; “*la nueva retórica* por oposición a la antigua, concierne a los discursos dirigidos a toda clase de auditórios, trátese de una masa reunida en la plaza pública o de una reunión de especialistas, trátese de un discurso dirigido a un solo individuo o a toda la humanidad, incluso, ella examinará los argumentos que uno se dirige a sí mismo cuando deliberá intímidamente”.

137 Para la nueva retórica, quien argumenta NO obtiene la evidencia, ya que si fuera evidente, la argumentación no sería necesaria, solo cuando la evidencia se cuestiona, argumentamos. En disciplinas prácticas como la política y la ética, por ejemplo, donde el choque dialéctico de tesis es inevitable, siempre deberemos argumentar. De allí que el ORGANON aristotélico esté integrado por los “**analíticos**”, donde estudia el pensamiento formal y los “**tópicos**”, donde estudia la dialéctica como modo de justificar de la opinión razonable. La “Nueva Retórica” es un “Nuevo Órganon” que tiene la ventaja de **rehabilitar la filosofía práctica** para estudiar los problemas de la acción humana sin reducirlos a problemas de conocimiento. La teoría de la argumentación resuelve problemas teóricos cuando es necesario hacer definiciones conceptuales y lenguajes adecuados; la dialéctica ve que regresa a su misión de suministrar técnicas de controversia.

muchos otros que usamos los seres humanos, sin embargo ese uso hace de él un “**valor central**” o medular.

Considerar a la “verdad” como “valor” la convierte en algo NO trascendente a los hombres ya que depende solo del “**acuerdo orador / auditorio**”. El Concepto clásico de “Verdad” se diluye.

Los hechos son “ideas” que tiene un auditorio universal de una específica clase de acuerdo sobre concretos elementos dados, referentes a una realidad objetiva: son así, comunes a muchos seres pensantes y tiene la posibilidad de ser comunes a todos. Sin embargo, no se da una definición de hecho fija y válida por siempre ya que entonces no habría acuerdo y este último también opera sobre ellos; por consiguiente la noción de “hecho” es relativa al modo como cada auditorio lo reconoce y tal reconocimiento es una “adhesión” que no necesita forzarse. Los hechos son la base o sustrato de la argumentación y no necesitan justificación ni deben controvertirse, se clasifican en provenientes de a observación y en supuestos o posibles y deben adecuarse a lo que el auditorio universal tenga por realidad y a la estructura de esta.

Las **verdades** son proposiciones que afirman o niegan relaciones entre **hechos**, nada más; son, por ello, la base de cualquier argumentación ya que el lenguaje que las enuncia, lo impone y las convierte en ‘verdad’ cuando el auditorio las acepta. La “verdad” se nos presenta en sistemas complejos mientras que los “hechos” son acuerdos muy precisos. Los **hechos** son aislados mientras que la **verdad** es una explicación de los mismos que implica una ligazón o trabazón, no emana mecánicamente de los hechos, sino que es producto del ordenamiento que el intelecto humano da al mundo. No se olvide que cada hecho es una “verdad” sui-generis, que solo tiene sentido cuando la explicamos (Interpretamos) dando cuenta de él. Estas “verdades” conforman sistemas que pueden convertirse en teorías científicas, concepciones filosóficas o religiosas, las primeras están subordinadas a la experiencia, las otras no. Este sistema tiene estas características:

1. Propugna como fin conseguir la admisión o acuerdo del auditorio universal,
2. Los hechos y Verdades como objetos del acuerdo del auditorio universal que son, se convierten en premisas para una nueva argumentación.

3. La “verdad” deducida de los hechos puede ser una probabilidad que adquiere certeza si existe un acuerdo del Auditorio Universal.

PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA hacen una distinción esencial entre “verdad” y “verosimilitud”, la primera es una afirmación de **probabilidad calculable** de un hecho mientras que la segunda es una afinación inductiva que encierra una cantidad susceptible de cálculo o medición. Luego, los conceptos de hecho y verdad están ligados al auditorio ante el que plantea el acuerdo. En últimas, entre “verdades” y “hechos” termina existiendo una relación filosófica. Esta relación la enuncian en su ‘nueva retórica’ pero NO adoptar una postura, afirman tan solo que **“toda verdad enuncia un hecho y el enunciado de un hecho es una “verdad”**. Este enfoque de la **verdad como acuerdo** es muy similar a lo que ARISTÓTELES llama **“verdad como correspondencia”**.

El “Auditorio Universal” es un concepto que solo podemos determinar en términos históricos, sociológicos y subjetivos por lo que es “verdad” para uno puede no serlo para otro, es más, *lo que es “verdad” hoy en un auditorio deja de serlo mañana para ese mismo, o bien no se percibe igual en el seno de una sociedad*. No olvidemos que en cada época específica existen creencias comunes a todos los hombres que se expresa como la visión del mundo materializada en una ideología que a su vez se expresa en lo que se ha dado en llamar el “sentido común”.

En PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, el concepto de verdad es un paradigma y el relativismo de él se opone al concepto absoluto de verdad de la filosofía occidental. Este es, a nuestro juicio, el aporte más trascendental de la teoría de la argumentación dado que tiene la temporalidad como factor clave de cualquier proceso cognoscitivo. Al verificar lo dicho con cada campo de saber, *observamos que a lo largo de la historia ellos han construido el conjunto de las proposiciones usadas por los que los cultivan, así como el método y sus posibilidades epistemológicas al igual que el lenguaje con que se expresan*. También verificamos que lo temporal incide notoriamente en los valores, creencias y conductas que una comunidad admite; así, tanto en la ciencia como en las decisiones de la cotidianidad, el transcurrir del tiempo relativiza lo admitido en algún momento como absoluto. Los cambios permanentes de acuerdos, son explicados en la teoría de la argumentación por medio de

la “**regla de justicia**”. Esta dice que *los hombres tienden a resolver ciertas situaciones de modo semejante a como resolvieron otras parecidas, en forma exitosa en el pasado*. Esto implica:

- A. Mientras no probemos que de modo esencial una situación ha cambiado, el conjunto de creencias o proposiciones que la explica se conserva incuestionado junto con los instrumentos por los que se establece dicho conjunto.
- B. De probar la variación de una situación, la solución dada, una vez se establezca, genera un precedente, al convertirse en un conjunto de proposiciones o creencias, lo mismo sucede con los métodos de prueba, una vez sean admitidas las nuevas proposiciones.

Según sea el campo del saber donde se opere, existe una concreta definición de “verdad”, como relación entre el acuerdo del auditorio con lo objetivo (real). Siguiendo a ALFONSO MONSALVE, en su “Teoría de la Argumentación”, las condiciones de esa definición en las “Ciencias Sociales” son:

- A. *“Los “hechos sociales” son susceptibles de estudio e investigación.*
- B. *Los dominios de investigación se formulan en teorías.*
- C. *Las características estructurales de (muchas de) las teorías sociales son las mismas de las de cualquier otra teoría científica (es decir. son sistemas de proposiciones, las cuales toman un valor de verdad dentro del sistema. Además, dichas técnicas han de ser formalmente coherentes y empíricamente contrastables).*
- D. *En algunas subdisciplinas de estas teorías se ha alcanzado altos grados de formalización. Tal es el caso, por ejemplo, de algunas áreas de la psicología y de la economía en las que, incluso, se han elaborado tipologías métricas (cuantificables).*
- E. *Las ciencias sociales estudian sistemas teleológicos, entendiendo por ellos, dominios en que las acciones de los agentes responden a propósitos”.*

El acuerdo en las ciencias sociales no es fácil ya que su punto de partida es problemático, para empezar, se debate sobre su naturaleza: son *ciencias de la conducta o ciencias humanas o sociales, propiamente dichas?* Esto se produce por el problema básico de si al estudiar las actividades del ser humano como alguien que actúa e interactúa podemos dar una explicación causal que permita reconocer leyes, como cualquier actividad empírico-deductiva, comprobable experimentalmente o una comprensión que dependa no de esas leyes sino de la interpretación dada.

Existe otro problema, *el de explicar la historia como indeterminista o determinista*, este último, se vincula al intento de postular tendencias y conductas de la sociedad de “científicamente” (Materialismo histórico). El “**acuerdo**” en las ciencias sociales debe superar ese desacuerdo inicial de tipo filosófico ya que el debate debe ser sobre las proposiciones iniciales y los métodos que de ellas surjan, controlándose las distintas teorías que se elaboran. En las “**Ciencias sociales**”, los acuerdos tipo nueva retórica son muy vagos; debe avanzarse desde la teoría de la argumentación a otra que dé cuenta del problema de la “verdad” en la historia, el derecho, la política, la filosofía y el arte, con experiencias no verificables aplicando los métodos de investigación científica. Lo expuesto implica que PERELMAN acepte que su “Teoría Argumentativa” esté muy próxima a la razón práctica de KANT.¹³⁸

138 En “RETHORIQUE ET PHILOSOPHIE” dice que “es evidente que este auditorio universal al que cada pensador racional se dirige, no es más que una creación del espíritu: es función de este último, de su información, de la concepción que posea acerca de los valores que se denominan universales, está históricamente y socialmente determinado y situado en el contexto de una cultura y varía con ésta última”.

10. DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

El profesor LUIS VILLAR BORDA en la introducción que escribiera para su traducción de la obra de ALEXI “*Teoría del discurso y derechos humanos*” publicada por el externado de Colombia, señala la unión entre el derecho con las teorías sobre la argumentación, al afirmar: “*La rehabilitación de la retórica y las nuevas teorías de la argumentación corresponden también a un renacer de la razón práctica, que habla sido desplazada por la razón teórica, al pretender aplicar los mismos métodos de las ciencias exactas a la esfera de la conducta, de las normas, de los valores*”.

El Derecho tiene una fenomenología complejísima, por lo que se contempla desde variadas perspectivas, cuatro han sido las que se han desarrollado y en los que los europeos llaman DERECHO CONTINENTAL, es decir a los sistemas romanos germánicos y romano-francés y no al anglo-sajón, tres de ellas han tenido y tienen una importancia teórica relevante. La primera de tales es la que MANUEL ATIENZA llama “**estructural**” y da lugar a las variadas formas de normativismo jurídico, busca identificar los componentes por los cuales se llega a las normas y a los enunciados que poseen definiciones o juicios de valor. **El derecho**, bajo este enfoque, **se reduce a simples enunciados, o sea, a lenguaje**. Se desea solo describir el edificio normativo tal cual es y nunca compararlo con un modelo ideal o bien, construir uno nuevo.

Siguiendo a ATIENZA, la segunda perspectiva es la “**funcional**”, en ella se busca la razón de ser, él para que sirve, cada uno de los elementos del edificio normativo, estableciendo que necesidad social o individual

se desea satisfacer. Caben aquí los llamados enfoques sociológicos y realistas jurídicos donde el derecho no es solo el lenguaje normativo sino comportamiento humano y realidad social. Esta perspectiva no remplaza a la “estructural, la complementa. La tercera es la “**valorativa**”: ella plantea el problema de cómo debe ser el edificio ideal o modelo puro del derecho y usando este “modelo ideal” comparar lo que existe tratando de ajustar eso que es lo que debiera ser. El enfoque “valorativo” solo lo posee el derecho natural o concepción iusnaturalista.

La cuarta es la que tiene el derecho como **una técnica para solucionar problemas prácticos**, por lo tanto es un enfoque “**instrumental**” y pragmático que tiene al derecho como algo dinámico al considerarlo como argumentación. ATIENZA afirma que esta perspectiva utiliza, presupone y da en cierto modo sentido a las anteriores perspectivas teóricas. Este enfoque hace que el edificio jurídico no se vea desde afuera sino que los operadores se sientan comprometidos con él y la tarea que desempeñan. Indudablemente esta perspectiva depende de la cultura jurídica de cada pueblo, vale decir, con lo que piensan y haga la gente en general y los juristas en particular acerca de su sociedad y del derecho de ella. STEPHEN TOULMIN, en una entrevista hecha para MANUEL JIMÉNEZ y MANUEL ATIENZA, publicada en la revista DOXA # 13 (1993) dice que a diferencia de Europa, incluyendo a Inglaterra, los Estados Unidos miran a “**las leyes como instrumento de construcción social**” y sigue diciendo, “*la gente habla de las actitudes americanas hacia el derecho, como hacia muchas otras cosas, como actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y, algunos, desde el punto de vista europeo, piensan que eso es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana, piensan que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escuela americana. El pragmatismo no es una teoría más, para ser discutida por la inteligencia. El pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa teoría pueda ponerse en práctica, en que cabe de efectuar con ellas cambios para el bien de los hombres*”.

TOULMIN no es un jurista, es un filósofo, en su obra hace uno de los aportes más interesantes a la teoría de la argumentación sin partir de ideologías jurídicas sino como filósofo.

Esto nos hace caer en cuenta que el Derecho debe contar con una filosofía capaz de darnos una visión de conjunto de todo el panorama asaz complejo del fenómeno jurídico que a la vez **guíe el funcionamiento de los dos momentos de un sistema jurídico, el de la producción de la norma y el su aplicación**. En por esto que se debe precisar que significa argumentar, motivar una decisión, evaluar argumentos, etc., de allí que la filosofía del derecho tenga la fuerte tendencia a identificarse con la teoría de la argumentación.

Derecho es, en términos prácticos, *interpretar, decidir, argumentar, explicar y justificar; por ello es una trama compleja de decisiones adoptadas para resolver problemas prácticos. Pero, “Decidir” no es sinónimo de “Argumentar”, los argumentos son razones que se elaboran o esgrimen en apoyo de una decisión. Luego, se decide desde la argumentación.*

Con relación a las decisiones humanas, como en general con todas las acciones de los hombres, constatamos la existencia de dos tipos de razones, las **explicativas** y las **justificativas**; las primeras pretenden dar cuenta del por qué se adopta una específica decisión, el contexto que la motiva y, su para qué o finalidad perseguida. Las acciones humanas intencionales y por tanto voluntarias, tal como “decidir” implican un propósito o un fin. Las segundas se encaminan a buscar que la decisión sea correcta o aceptable apelando a razonamientos prácticos dirigidos a establecer como debernos comportarnos, así, **justificación y razonamiento práctico coinciden**. Explicar las acciones humanas como causas y fines no supone elaborar enunciados de deber ser, basta explicar que la conducta C realizada por José obedece a la causa A, o bien, que tal conducta C se hizo con el propósito de conseguir el fin B. En cambio, cuando afirmamos que Juan tiene la obligación de ejecutar la conducta D, estamos justificando el por qué dicha conducta se ha llevado a cabo.

Esta distinción entre razonamientos **explicativos o teóricos y justificativos o prácticos** es importantísima, aunque en la vida corriente el explicar y el justificar en muchas ocasiones se entrecruzan. Resulta que o que sirve para justificar también se usa para explicar y la mayoría de los casos, los jueces al optar por una decisión (que hasta cierto punto la tiene como bien explicada) emplean la explicación para justificarla, explicitando como obligada una conducta que solo esta explicada deductivamente. Los razonamientos jurídicos no pueden ser solo explicativos, deben, en últimas ser justificativos.

Pero, ello no obsta para que las razones explicativas sean importantes y hasta decisivas. Cuando se motiva una decisión judicial, lo decidido debe estar justificado y por con solo se puede usar un esquema, el del silogismo, donde una de sus premisas es un enunciado empírico (el hecho Y, aconteció) pero tales hechos solo se pueden dar por ciertos al razonar explicativamente sobre su adecuación.

¿Cómo considerar las decisiones en su proceso de justificación si solo el silogismo es el único modo que existe para ello?

Atienza no dice que justificar las decisiones supone que deben darse razones que la hagan mostrarse como correcta o como aceptable y existen tres modos para ello: utilizar el atributo de autoridad el procedimiento o el contenido; o bien, combinando de manera diversas tales modos. Cuando justificamos a decisión por la autoridad de quien a opta (el Rey, Dios, el jurado, etc.) tenemos el inconveniente de su bajo nivel de controlabilidad, solo podemos discutir si quien lo hizo podía hacerlo bien, debía adoptarla. Cuando justificamos la decisión sobre la base de haber seguido escrupulosamente un trámite, las posibilidades de la discusión son más altas, a condición de que el procedimiento se pueda controlar racionalmente (ante un juicio de Dios" nada tenemos que debatir).

Empero, cuando justificamos las decisiones en los tres modos dichos, se nos presentan las más altas posibilidades de discusión y control ya que existen normas que reglamentan quien, como y sobre qué contenidos (con qué fines y dentro de qué límites) establece o se aplica el ordenamiento jurídico; además existe una meta norma o superley (la Constitución) que obliga a los que establecen las normas y las aplican a dar las razones de sus decisiones. Luego, cuanto más fuerte sea la combinación de tales modos, mayor es la necesidad de argumentar.

10.1 ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTO

En razón de que el ser humano es el que argumenta, en ella concurren los siguientes elementos:

- A. El lenguaje, por que la elaboración de argumentos es una actividad lingüística y, a su vez, cada uno de ellos es un resultado o producto del lenguaje expresado por medio de proposiciones.

- B. La elaboración de una o más premisas como punto inicial de los argumentos o bien, los enunciados con que comienza a argumentación.
- C. Una conclusión como meta o punto de llegada de la actividad argumentativa, es el enunciado que cierra la actividad de argumentar.
- D. La relación premisas / conclusión como soporte de los argumentos.

Pero acontece que, a pesar de existir estos elementos no existe una manera única de entender (interpretar) lo que es argumentar y lo que son los argumentos, puesto que algunos le dan más valor a la actividad argumentativa en sí y otras al resultado, considerando tales elementos de forma distinta. MANUEL ATIENZA clasifica así estas concepciones:

1. Formal
2. Material
3. Pragmática

La **formal** es la de los lógicos; para ellos un argumento es una inferencia materializada en un encadenamiento de proposiciones válidas deductivamente. Así, si las premisas son verdaderas en el sentido lógico, la conclusión necesariamente también lo es. La inferencia es una relación que a su vez puede interpretarse de modo sistemático, semántico o abstracto (según CARLOS ALCHOURRON); *la abstracta* es, según él, luna concepción general de consecuencia donde los enfoques sintáctico y semántico no son más que especificaciones diferentes". Sin embargo, **son solo las reglas formales las que garantizan la corrección del enlace de las premisas con la conclusión, por consiguiente, este no requiere considerar la "verdad" de las premisas.**

Luego, la lógica no se enfoca en las actividades argumentativas, sino en el resultado del proceso argumentativo; la lógica no describe, no analiza como argumentamos, solo nos suministra esquema para controlar la corrección de los argumentos presentados. Esto se debe a que no existe en el lenguaje común una lógica que de coherencia, todo lo contrario, todos los lenguajes están sometidos a la plaga de las vaguedades, las imprecisiones y las ambigüedades.

La **material** es la que encontramos en la tópica de VIEGWEH, se halla también a distinción entre justificación externa e interna y en el **razonamiento práctico** de JOSEPH RAZ. La tópica se caracteriza por una técnica del pensamiento problemático en donde lo fundamental es la noción de topos o “lugar” donde operan VALORES, luego lo importante no es el ARS IUDICANDI o “Arte de argumentación jurídica” donde se infieren unas proposiciones de otras utilizando la lógica formal, sino el acto de “DESCUBRIR” las premisas y el examen de cada una de ellas, es decir, el ARS INVINIENDI, por ello se utilizan los “tópicos”, que si bien es un concepto muy impreciso desde que ARISTÓTELES lo creara, tiene como uno de sus significados el de ser un **enunciado de contenido**, es decir, es una (o más) premisas materiales las que nos permiten apoyarnos para resolver un problema práctico (una “aporía”). La vertiente más empleada en la argumentación basada en la concepción “material” es la que WROBLEWSKI llama **justificación interna y justificación externa**; la primera se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas existentes, es así, lógico—deductiva; la segunda se enfoca a la justificación de las premisas que se considerarán como existentes. Esto último implica usar teorías sobre la interpretación, sobre la valoración de las pruebas y todas las necesarias para darles una base dentro del Derecho.

RAZ estima que las premisas no son simples enunciados, sino razones y **estas últimas son hechos**, lo dice así: “*Una razón es un “hecho” que por sí mismo es suficiente para imponer cierto curso de acción, siempre que no haya otros factores que la derroten*”. En esta perspectiva cualquier razonamiento (teórico o práctico) no sería solo una formal inferencia sometida a reglas lógicas, **sino un procedimiento para resolver un conflicto de razones**. Las razones en conflicto pueden ser prácticas, teóricas, para creer en algo, etc. Al centrar el razonamiento práctico en un conflicto de razones, la LÓGICA DEONTICA, que no es más que la lógica formal (deductiva) aplicada a las normas, carece de sentido ya que no tiene en cuenta los problemas generados por los conflictos de las razones enfrentadas. En últimas, el enfoque de RAZ **parte del presupuesto de una específica filosofía política que necesariamente comprende una concreta teorización de la moral**. Es la concepción de RAZ la que encontramos en NINO y otros.

La **pragmática** es dialéctica ya que establece que la argumentación es una especie de acción de base interactivo--Lingüística, por ser un acto complejo

de lenguaje que solo se da en contextos específicos, Afirmamos que es en el contexto de un diálogo dialéctico, siempre que se cuestiona un enunciado que provoca una duda, sobre el principio de resolver el problema de objeto de dicho dialogo solo por medio de lo lingüístico, lo que deja a un lado la fuerza (física o psicología o las presiones. La argumentación es así una actividad que se desarrolla conforme a las reglas de la conducta lingüística que las personas que lo protagonizan aceptan y deben respetar, aquí encontramos a los citados TOULMIN y PERELMAN, al igual que a HABERMAS y ALEXI.

Obsérvese que esta concepción también se basa en el lenguaje pero dando relieve a los sujetos dialogantes (pragmática) de este; por consiguiente, la argumentación es posible solo cuando los dialogantes se hacen concesiones por lo que inferir aquí es el paso de uno de los enunciados aceptados en premisas y a partir de ellas llegando a la conclusión, que no es más que lo que todos finalmente acuerdan aceptar. A pesar de existir estas tres concepciones, no son opuestas por no ser incompatibles pudiendo llegar a ser complementarias. De hecho, la argumentación jurídica debe elaborar una teoría que sintetice estas perspectivas.

La crisis del derecho positivo como un ente autosuficiente para determinar el resultado de su “aplicación” es la que posibilita el paso al concepto de “decisión”. Como el juez realiza algo más que simples silogismos exegéticos en razón a que sus valoraciones intervienen de modo determinante cuando selecciona la o las normas aplicables, en tal valoración escoge “instantáneamente” una de las “**posibles interpretaciones**” de los **hechos**, que es, en cuanto tal, una **interpretación del derecho**. Debemos aceptar que posee un margen decisionista de resolución muy grande, así, es imposible pensar en que pueda existir alguna especie de “objetividad jurídica” donde se explaye la valoración, es decir, la racionalidad decisionista. Reconocido lo anterior, lo que se enfatiza es **“la objetivación”**, por medio de argumentar la conveniencia de la resolución. Es a partir de ello que se producirá en la teoría metodológica un complejo cambio, el de obtener criterios que nos aseguren la racionalidad (corrección) de la decisión, por medio de NO depender de a consecuencia de un solo sujeto cognosciente sino de una construcción social entre sujetos interactuantes. A su vez, ya no debemos “demostrar” una verdad objetiva” lógica de tipo “científico (?) Si no que **debemos justificar** y en esto solo podemos argumentar con coherencia

lógica. La teoría jurídica de nuestros días es al mismo tiempo acción y decisión focalizada más en la racionalidad de dicha decisión que en el mero conocimiento del derecho positivo.

10.2 EL RAZONAMIENTO JURÍDICO, CONCEPTOS BÁSICOS

Buscamos explicar de un modo general como es el proceso del razonamiento jurídico, tanto en el denominado Derecho Jurisprudencial o Derecho de casos como cuando interpretamos la Constitución y las leyes para que se eliminan las ideas falsas que recubren el proceso mecánico de lo que es el razonar. La interpretación de que el Derecho es un sistema de reglas conocidas que los jueces aplican casi automáticamente, es eso, una postura y nada más, en sí, las reglas jurídicas no son claras jamás ya que a claridad previa a su aplicación, lo pretendido por la exégesis, haría inviable la sociedad. La regia adquiere su sentido a partir del caso y en función de este, nunca como disquisición absoluta. El razonamiento jurídico parte de que todas las palabras son ambiguas y vagas y que por serio siempre habrá diferencias de criterio, diferencias que solo la comunidad al examinarlas y discutirlas las superará. Las palabras de las reglas, al ser abiertas deja para ser discutidas una gran gama de cuestiones valorativas.

El razonamiento jurídico sigue el esquema básico de los ejemplos ya que “Argumentar mediante ejemplos no es corno razonar de la parte al todo, ni como razonar del todo a la parte, sino como razonar de parte a parte, cuando ambos particulares están subordinados al mismo término y uno de ellos es conocido. Se diferencia de la inducción, porque ésta, partiendo de todos los casos particulares... prueba que el término mayor pertenece al medio y no aplica la conclusión silogística a/término Menor, mientras que el argumento mediante ejemplos hace esta aplicación y no extrae su prueba de todos los casos particulares” (ARISTÓTELES, “primeros analíticos”).

El esquema explicado por ARISTÓTELES, lo usa el Derecho, llamando a sus ejemplos, **casos**, así pues, **el razonamiento jurídico es de caso a caso** y tiene tres pasos o etapas impregnadas por la “**doctrina del precedente**” donde una proposición que describe el primer caso--ejemplo se transforma en “regla de derecho” susceptible de aplicarse a otro caso de “Supuesto” similar por provenir de situaciones parecidas o análogas, Estas etapas o pasos son:

1. Descubrir y marcar las semejanzas de los casos
2. Explicar la regla del derecho contenida en el primer caso
3. Aplicar la regla explicitada al segundo caso.

El derecho no puede actuar de otro modo, es como ir de lo particular a lo particular sin una generalidad que los englobe, por lo que se dan unas características que en cualquier circunstancia son consideradas como imperfecciones.

Empero, el proceso de razonamiento debe ser considerado como un método que permite aplicar reglas generales del derecho a hechos diversos, como si las reglas generales una vez determinadas, deban permanecer inmutables, para siempre aplicarlas a casos posteriores. Al respecto debe precisarse que no es deseable que las reglas cambien de un caso a otro porque existiría una inseguridad jurídica dado que el Derecho no generaría un aceptable nivel de certeza; pero, también es deseable que las reglas se reformulen puesto que si no el derecho se petrificaría, perdiendo capacidad dinámica para adaptarse a los cambios sociales. ¿Cuándo conservar una regla y cuándo reformularla?

Ab initio, la conservación o la reformulación **depende de la determinación de los hechos**, que **serán considerados similares** a los que se dieron cuando la regla fue enunciada por primera vez. Es este proceso de búsqueda de semejanzas y diferencias la etapa clave y esencial del proceso de razonamiento jurídico. Ahora bien, ella es absolutamente subjetiva ya que impera el reino de la interpretación pura a partir de pre comprensiones herméticas. Por consiguiente determinar esas semejanzas y diferencias es una función “personalísima” de cada operador y matriz o sustento del Derecho Jurisprudencial. **En esta función no existen ni reglas ni leyes**, ningún juez está obligado por la valoración de la relevancia de los hechos que otro hubiere efectuado; es imposible sujetarlo al respecto porque los “**hechos**” no son realidades ontológicas, sino interpretativas, “**nacidas**” de la valoración de las pruebas.

En el sistema anglosajón, la valoración de los hechos es llamada DICTUM, que es lo que entre nosotros se denomina OBITER DICTA. Así, lo que un operador consideró importante o determinante, puede ser tenido por otro como poco importante o, incluso, hasta irrelevante; lo que el DICTUM obliga es a optar de entre varias soluciones posibles, por una, que pasa a ser la decisión jurídica. Estamos así frente a dos problemas: 1) Establecer una regla a partir de hechos.

2) Valorar los hechos. A su vez, de estos nace otro: ¿Cómo sabemos que nuevos hechos son semejantes o no a los que sirvieron de base para elaborar la regla? *El Derecho es intrínsecamente pura incertidumbre que el juez supera al asignarle “arbitrariamente” un sentido. Esta “arbitrariedad” sin embargo no es absoluta, está contextualizada por los fundamentos ideológicos del orden político de la sociedad donde el actúa*; estos fundamentos conducen a la “regla de reconocimiento” de HART.

Además, el operador jurídico enfrenta un problema práctico cuando busca la solución de los dos anteriores: ¿Cuándo es justo tratar casos diferentes como si fueran iguales? En un “**sistema jurídico**” práctico o eficiente se deben escoger “**semejanzas claves o básicas**” que nos permitan “operar razonablemente” a partir de ellas para construir una especie de clasificación o catalogación común’, El que se “encuentren tales clasificaciones comunes nos lleva a aplicar la regla general, pero, este operar razonadamente”, es un “**razonamiento imperfecto**” ya que no podemos usar estándares válidos en sistemas cerrados, porque el Derecho NO es un sistema cerrado ya que carece de una regla omnicomprensiva (Que nunca tendrá) que lo lleve a criterios inconfundibles para verificar las semejanzas de los “supuestos de hecho” que son el “**soporte objetivo**” de la decisión.

La inexistencia de dicha “regla omnicomprensiva” parece indicar que en sí, en el Derecho, no existe razonamiento de ninguna clase puesto que no adquirimos conocimiento nuevo al comparar casos, empero, debemos considerar que existe una suerte de razonamiento ya que llegamos a una conclusión por medio de un proceso intelectual no captado de forma inmediata. Por tal motivo es mejor hablar de “Razonamiento Imperfecto”.

Este “Razonamiento Imperfecto” **expone al derecho a ser intrínsecamente falaz en su forma de razonar o en sus propios contenidos**; lo primero, porque un silogismo hecho con esa clase de razonamiento se expone a tener un término medio no distribuido (mayor extensión en las premisas que en la conclusión) o, lo segundo, la de dar por cierto el antecedente porque el consecuente lo es. **Esto desconcierta a los no juristas y a los estudiantes de derecho, que en la forma del razonar jurídico, la clasificación o catalogación va cambiando a medida que se formula o elabora y las reglas antes establecidas cambian al ser aplicadas.** Es más, para colmo del

desconcierto, las reglas surgen de un proceso mental que de modo simultáneo las crea y las aplica, proceso este que supone clasificar como “iguales” cosas que equitativamente no lo son.

El derecho no puede evitar, aunque lo deseé profundamente, lo expuesto ya que **todas las categorías clasificadorias que elabora por invención, son necesariamente ambiguas, si no, no entran nuevas ideas**. Esto opera tanto para un derecho legislado como para la constitución dado que las palabras usadas en ellas deben poder adquirir nuevos sentidos. La ambigüedad, paradoja de paradojas, es la que permite a la sociedad acuerdos sobre otras bases para que las normas plasmen las ideas trascendentes que la comunidad considera valiosas. Así, aunque las normas son generales se adaptan a cada caso específico. El debate tradicional sobre si el derecho es certeza o inmutabilidad, siempre expresado en reglas o, si es incierto y muy mutable, consistiendo solo en una mera técnica para decidir casos, carece de sentido, **el derecho es tanto lo uno como lo otro**, por eso, no puede evitar y quizás es mejor así, a creación de una suerte de “**mitología jurídica**” que enmascara eficazmente las imperfecciones inevitables del razonamiento que emplea.

Dicha mitología es la que maneja el foro al hacerse cargo de todas las etapas del razonamiento jurídico por el recurso de exigir la presentación de ejemplos antagónicos, la protección de las partes y los asociados “haciendo” que todas las que coparticipan del “conflicto de intereses” lleguen a los tribunales o cortes “creando” la ilusión de que la regla a aplicar es fruto de un acto complejo en el que en últimas, las cosas diferentes son tratadas como iguales ya que “*Todas las diferencias han sido presentadas en los alegatos. En tal contexto se crea y se aplica el “precedente judicial”*.

EDWARD H. LEVI describe en su opúsculo “**Introducción al Razonamiento Jurídico**”, la cuestión expuesta, así: “*A se ubica mejor en B que en C. Esto es así, porque A se asemeja más a D, que pertenece a B, que lo que se asemeja a E, que pertenece a C. Dado que A se ubica en B y B está comprendido por el concepto jurídico G, entonces A cae bajo G*”. Pero, si NO queremos aplicar el precedente, Levi indica; partiendo de los mismos presupuestos del ejemplo anterior que “*Quizás O también cae bajo el concepto G, si es así, B está en un segmento de G decisivamente diferente del de O. Es decir, modificamos el precedente*”. “*Cambiar la jurisprudencia variando la naturaleza de la cosa, caso o ejemplo es lo determinante de la forma de pensamiento jurídico*” (RADBRUCH).

Estamos ante una “lógica de lo razonable” donde la premisa mayor no es verdad en sí, (Como en los silogismos Apodícticos). Por esto VIEHWEG, apoyándose en Aristóteles y, en cierta medida, en Cicerón, nos dice que la “**Tópica**” es una técnica de pensamiento apta para esclarecer problemas por ser dialéctica y nunca apodíctica, por apoyarse en “Premisas opinables”, para razonar sobre un problema dado y buscar su solución más idónea, es ellas. Las “premises opinables” son criterios que tienen aceptación general, TOPOIS como los denominó el estagirita. Para CICERÓN, lo tópico está unido a la “Invención de premisas” (ARS Inviniendi) y al juicio valorativo sobre cuán válido es un razonamiento jurídico (ARS Iudicandi). La tópica sirve para el ARS Inviniendi y no para la corrección formal del razonamiento (Lógica Formal). De aquí parten todas las variantes de la teoría de la argumentación antes vistas.

11. LAS TÉCNICAS DE PONDERACIÓN COMO HERRAMIENTAS INTERPRETATIVAS

Replantead el papel de la Jurisprudencia como fuente principalísima del Derecho en nuestro sistema jurídico y, en especial, la de la Jurisprudencia Constitucional como única capaz de crear “**doctrina válida**”, es decir, de “CREAR” el contenido material del derecho Constitucional, necesariamente nace el problema de ponderar los muy frecuentes casos en que existan intereses emanados de derechos fundamentales que se contraponen, como por ejemplo, cuando se controvieren violaciones al Derecho de Igualdad.

Fue la Corte Suprema de U.S.A. la primera en inventar, diseñar y aplicar desde la década de los treinta del siglo XX los “Test” para definir si la legislación del “NEW DEAL” violaba o no la Constitución. Dichos test eran un grupo de doctrinas que evolucionaron desde su nacimiento hasta su desarrollo pleno en los años cincuenta y sesenta de dicho siglo XX, cuando alcanzaron su madurez. Esto sirvió para revisar la constitucionalidad de la Administración KENNEDY sobre los la Igualdad real de los Derechos Civiles de los Afroamericanos. Hoy, dichos test desempeñan un rol de primer orden toda la Jurisprudencia Constitucional occidental¹³⁹.

139 El problema jurídico de fondo de la legislación del NEW DEAL fue la obtención de fines constitucionales aceptables, aconteciendo que para su logro debía restringirse un D. Fundamental. En un enfoque **legalista**, la respuesta sería priorizar a la Ley como expresión de la “DEMOCRACIA”, pero desde un enfoque **Constitucional** (Precedente Marshall) la respuesta sería la de darle primacía a los D. Fundamentales aplicando el principio esencial de “**Supremacía de la Constitución**”. Empero, dichas respuestas solo son válidas parcialmente, ya que como se debe optar por una de ellas, al buscar “**Acomodar**” los intereses enfrentados, surge la necesidad de “**Ponderar Razonablemente**” la necesidad de la Legislación con la fundamentalidad del Derecho conculado. Posteriormente, tal “Ponderación Razonable” se empezó a aplicar en los casos donde se confrontaban D. Fundamentales.

La Corte Constitucional ha usado los test en contextos similares, usa el de “**Razonabilidad**” para el examen de legislación restrictiva de Derechos Fundamentales, sobre todo en lo atinente al *Libre desarrollo de la personalidad, la Igualdad y los estados de Excepción* y el de “**Balanceo**” para sopesar el peso específico de un Derecho Fundamental en conflicto con otro, determinando cual debe predominar; al “Balanceo” lo denomina “*Armonización Concreta*”¹⁴⁰.

Los TEST NO SON neutrales, como afirman sus innumerables críticos, en realidad, tienen toda la razón, **NO pueden serlo** por estar impregnados de Pre comprensión Hermética ya que el Intérprete Constitucional debe adoptar una postura subjetiva sobre el impacto de los derechos enfrentados en un contexto y los efectos de la ponderación que realice. Las razones de la Corte Constitucional sobre esta materia, dadas en sus sentencias, lleva a preguntarnos sobre el “objeto” de la Interpretación y la naturaleza de dicho “objeto”, WROBLEWSKI cuando lo interpretado es un “**Objeto NO natural**”, la llama interpretación *Sensu Larguísimo* y, cuando el objeto es más restringido, ya que se refiere a “*Entidades Lingüísticas*”, la llama interpretación *Sensu Largo*. La distinción que hace WROBLEWSKI es importante para estructurar una Teoría de la Hermenéutica Jurídica, ya que el Objeto de Interpretación jurídica NO ES percibido Uniformemente¹⁴¹.

La concepción Lingüística NO se debe confundir con la vieja exégesis sino que es una de nuevo cuño dado que NO se centra de modo exclusivo en el Derecho Legislado, sino que, al contrario, se basa en la Hermenéutica Filosófica que sostiene que los enunciados lingüísticos No son claros o unívocos, sino todo

140 Un TEST es una formula Verbal dotada de varias fases para ponderar. Los estructurados por la jurisprudencia Constitucional Colombiana son: RAZONABILIDAD, que sirve para revisar legislación frente a una posible vulneración de uno o más derechos fundamentales. IGUALDAD, sirve para revisar legislación y actos públicos o privados que distingan o discriminen entre personas, evitando transgresiones al D. a la IGUALDAD. Es en sí una forma depurada y particular del de razonabilidad. El de ARMONIZACIÓN CONCRETA que permite sopesar conflictos de Derechos Fundamentales.

141 Al respecto, JUAN ANTONIO GARCIA AMADO en su Módulo “**Metodología sobre la interpretación y aplicación del Derecho**” de la Universidad Nacional. Dice que “Existen por lo menos tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta. El Primero es el LINGÜISTICO que percibe al derecho como una unidad integrada por enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos a los que le atribuyen valor autorizado. El Segundo es el INTENCIONALISTA que concibe al derecho como mera expresión de contenidos de la “Voluntad Intencional” de ciertos individuos investidos de autoridad, como los Legisladores. El Tercero es el MATERIAL que afirma que el derecho no está en si contenido en los lingüístico ni en lo Intencional, sino en los núcleos conformados por elementos valorativos y axiológicos; todo radica en definir los contenidos irreductibles de tales núcleos.

lo contrario, siempre tienen lagunas y contradicciones y “Zonas de Penumbra”, es decir, el Lenguaje Jurídico es semánticamente abierto en lo que HART llama la “TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO”. Esta concepción NO se debe confundir con la Subsunción ya que la Premisa Mayor del Proceso de subsumir el caso en lo ordenado por la Norma **jamás estará libre de vaguedades y ambigüedades** que hacen muy complejo dicho procedimiento. La concepción Lingüista base de la filosofía hermenéutica exige el uso de la Ponderación para la construcción de la premisa mayor del silogismo jurídico constitucional.

11.1 REGLAS Y PRINCIPIOS

En la filosofía jurídica contemporánea ha llegado a ser *Doxa* que la distinción estructural de las normas en reglas y principios sea una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional. En palabras de Robert Alexy: “*Esta distinción constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una pieza clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico*”¹⁴².

De la distinción de las normas antes dicha deriva todo el desarrollo argumentativo que se pretende plantear, así pues, la existencia de normas con forma de principios en unos casos y con forma de reglas en otras fundamenta la idea de ponderación de principios como aplicación de estos y la de técnicas hermenéuticas para la resolución de problemas iusfundamentales, de igual forma fundamenta la existencia del Test de Razonabilidad y el análisis, con diferentes Intensidades, que se emplearan de forma completa en lo sucesivo. Siguiendo con el nuestra premisa fundamental, será necesario analizar las principales diferencias entre una regla y un principio, para tal empresa se emplearan solo dos criterios de diferenciación que a nuestro criterio serán suficientes para el objetivo planteado. Según el nivel de cumplimiento, el principio es *un mandato de optimización*¹⁴³, por ser una norma que establece un mandato que admite niveles de cumplimiento, la optimización significa que el mandato se realice en la más amplia medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y especialmente fácticas, por el contrario las reglas

142 ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.81.

143 *Ibid.*, pp. 86-87.

son *mandatos definitivos*. Las reglas no admiten niveles de cumplimiento, o se cumple lo que ella manda o no se cumple, según su forma de aplicación, la regla se aplica mediante el silogismo deductivo, es decir, en las reglas se subsume el caso, fungiendo estas como la premisa mayor y el caso la menor, la conclusión es la consecuencia jurídica contenida en la misma regla. Como en los principios no se pueden subsumir el Caso, la forma de aplicación de estos es la **ponderación**, que es, como se dijo, la forma como se deben aplicar estos. Para poder establecer qué significado tiene esa “*mayor medida de lo posible*” es necesario analizar todas las variantes posibles fácticas y jurídicas que por lo general son otros principios contrapuestos; luego, los principios están en constante *tensión* y siempre son susceptibles de colisionar cuando uno de ellos se optimiza con lo que inevitablemente se hace una incursión negativa en otro principio¹⁴⁴.

11.1.1 Test de Razonabilidad

Como una primera respuesta para la ponderación de principios en conflictos, esta se usa para el análisis tanto de la igualdad como de las libertades individuales, ha sido empleado por los tribunales constitucionales de Alemania, España y el europeo de derechos humanos, **esta aplicación está basada en la regla de proporcionalidad de Robert Alexy**. La Corte Constitucional colombiana lo ha nombrado indistintamente test de razonabilidad y en otras ocasiones de proporcionalidad, se advierte que los términos no significan lo mismo pero no se hará tal discusión aquí. Veamos como estructuró la corte los pasos del test de razonabilidad:

“3.1 La estructura del test de razonabilidad: La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-022 de 1996¹⁴⁵ sistematiza el test de razonabilidad,

144 Al negar la calidad de “absoluto” de todos los principios, fundamentamos la necesidad de ponderarlos, y favorecer la satisfacción de uno de ellos sin la total anulación del otro, entonces ¿Cómo se llega a determinar qué principio dado el caso concreto prevalecerá sobre otro? la palabra ponderación proviene del latín *pondus* que significa **peso**, precisamente el peso es una de las características esenciales de los principios, entonces ponderar no es más que determinar en el caso concreto el peso específico de los principios en colisión, y darle prelación al principio que pese más. Como desarrollo del ejercicio de la ponderación, que es en sí una técnica de solución de principios en conflicto, han surgido diversas formas técnico-metodológicas de afrontar el problema, en lo que se refiere al derecho constitucional colombiano, esos instrumentos son: el **test de razonabilidad**, el **test con niveles de escrutinio** y el **test integrado de proporcionalidad**.

145 La acción de inconstitucionalidad en el caso estuvo dirigida al literal b del artículo 40 de la ley 48 de 1993, la norma concedía un privilegio a las personas que habían prestado el servicio militar obligatorio, y que posteriormente presentaran exámenes de aplicación a universidades públicas y en general centros de educación. El beneficio consistía en un aumento del 10% sobre el puntaje realmente obtenido. Se acusó a la norma de violar la igualdad y crear una desventaja para aquellas personas que no prestaron

estructurando una técnica que aborda el análisis de los fines perseguidos por la medida legislativa en relación con los medios que ella adopta, así:

- I. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- II. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- III. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

La Corte Constitucional explica las tres etapas de este “test” en los siguientes términos: *“El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que pueda llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido”*¹⁴⁶.

Finalmente, el tercer paso del test se descompone a su vez en tres etapas, determinadas por los sub-principios de la regla de proporcionalidad, estas son **adecuación, necesidad y proporcionalidad** en sentido estricto, que se definen así:

el servicio militar. La corte estimo que la medida perseguía un fin legítimo a la luz de la constitución, a saber, el estímulo a la incorporación de jóvenes a las fuerzas armadas. No obstante, se estimó que el trato desigual no estaba justificado razonablemente, toda vez que la medida no era ni necesaria ni proporcional, en el sentido que para la consecución del fin existían medidas igual de idóneas y menos restrictivas de la igualdad.

146 Cfr. Sentencia C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. p.9.

Adecuación: Que la medida sea adecuada significa que ella sea idónea y capaz de conseguir el objetivo que se ha planteado. Este es un paso apenas obvio, pues al legislador lo mínimo que se le exige es la idoneidad de sus políticas.

Necesidad: En razón a la metodología de esta forma de análisis, queremos resaltar que para el análisis de la necesidad se da por presupuesta la idoneidad o adecuación de la medida, en este sentido necesidad significa que no exista otra medida que siendo igualmente adecuada sacrifique menos el principio conculado.

Proporcionalidad en sentido estricto: Debe existir proporción entre el nivel de vulneración del principio conculado y el optimizado. Esta última fase es una relación de costo-beneficio, se trata de determinar si el beneficio que se obtiene con la adopción de la medida justifica el costo que se paga por él, es decir, si justifica la vulneración del principio amenazado.

A grandes rasgos el test de razonabilidad reproduce el modelo Europeo a pesar que tiene algunas inconsistencias que saltan a la vista, por ejemplo se incluye la propia razonabilidad en el último de los pasos del test, metiendo así lo definido en la definición¹⁴⁷ y también la aparente equiparación de la razonabilidad con la proporcionalidad, no obstante, estas son inconsistencias que no presentan problemas hermenéuticos profundos, por lo que no se abordan aquí.

11.2 TEST CON TRES TIPOS DE ESCRUTINIOS

En virtud del principio democrático la expedición de leyes busca la consecución de objetivos o fines que en ocasiones son “aceptados” por la constitución y en otras son “ordenados” por la constitución, en muchos casos estas medidas legislativas restringen en forma negativa derechos fundamentales, la labor planteada al juez al momento de hacer el examen de constitucionalidad es determinar que deberá primar, si el principio democrático y por tanto la medida legislativa con intenciones legítimas o los derechos fundamentales. Escoger de plano una de las dos respuestas conduce a resolver el problema solo parcialmente, de esta forma surge la necesidad de ponderar o balancear principio democrático y derechos fundamentales, la herramienta usada por el

¹⁴⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 263.

juez para este cometido la ha denominado la corte “test”. Así, el test es una guía metodológica que formula unos pasos o etapas que deberá superar la medida legislativa para que pueda ser declarada constitucional.

Test débil: Este tipo de Test aparece por primera vez en la era Roosevelt¹⁴⁸, y en principio se le aplicó a la mayoría de las políticas económicas del *New Deal*(nuevo trato), en palabras del profesor Edward White la aparición del “rational basis test” se dio en la administración Roosevelt pero no necesariamente porque era presidente, la suprema corte empezó a ser más deferente en su escrutinio tanto de la legislación federal como la de los estados, al igual que con políticas federales del ejecutivo. Ello porque en el despertar de la Gran Depresión de 1930, los estados y el gobierno federal estaban experimentando con legislación y políticas ejecutivas que dieron al gobierno más poder para regular la actividad económica y la redistribución de los beneficios económicos, acciones que hasta ese momento habían sido considerados por la corte como prohibidas por la constitución. El “rational basis test” se crea en este etapa histórica precisa para la declaratoria de constitucionalidad de ciertas leyes y políticas del ejecutivo. Posteriormente, en 1937, se aplica a una medida que establecía clasificaciones de personas¹⁴⁹. “En aras de respetar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se usa por regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, son aquellos que deparan al legislador uno de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía, y aspectos tributarios. El escrutinio débil, consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una medida legislativa es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para Alcanzarlo”¹⁵⁰.

Test estricto: Aparece en los años sesenta del siglo XX como una alternativa al test débil en los casos de discriminación y segregación racial, Por ello

148 La conexión entre la aparición de los niveles de escrutinio y el presidente Roosevelt es explicada con más detalle en: WHITE, Edward G., *The Constitution and the New Deal* (Harvard U. Press, 2000) y en “Historicizing Judicial Scrutiny” en Public Law and Legal Theory Working Paper series, 31,2005.pp89-89,128-129. Versión electrónica disponible en: http://law.bepress.com/uvalwps/uva_Public_law/art31.

149 ARANA MONTOYA, Edgar, “El juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional y sus antecedentes”, en: revista memorando de derecho, 15, Pereira: Universidad Libre, 2006, versión electrónica disponible en: <http://www.lexbasecolombia.info/revistauniversitaria/ulibre/ULibre%2015/EI%20juicio%20de%20>.

150 Cfr. Sentencia 445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

este escrutinio debe aplicarse cuando la discriminación se base en criterios sospechosos como la raza o, conforme a la tendencia jurisprudencial expansiva experimentada en Estados Unidos por el final de la guerra del Vietnam y el escándalo Watergate, durante los años setenta, por la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. En Colombia, tales categorías sospechosas se enuncian en el artículo 13 de la constitución política.¹⁵¹ También se usa cuando la medida recae sobre personas o grupos históricamente marginados y discriminados, así mismo, cuando en apariencia violenta un derecho fundamental o crea privilegios a favor de personas que no están en situación de desventaja frente al resto de la sociedad.

En los casos de escrutinio estricto, para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, además dice la corte que: “*el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo*”¹⁵².

Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y para el Estado (un *compelling interest*) y que (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: **la única o la más idónea**.

Test intermedio: Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, se usa para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de *affirmativ action*, en donde se crea una desigualdad para superar una

151 **Artículo 13.CN:** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de **sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...** (negrillas fuera de texto).

152 Cfr. Sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel Cepeda Espinoza, p.29.

desigualdad anterior, planteándose lo que Martha Minow llama *el dilema de la diferencia*¹⁵³, y que en términos sencillos se formularse así: **Cuándo el estado se muestra “ciego” o “neutro” ante las diferencias y por ende trata de forma “igual” a todos, sería insensible e irrespetuoso de las diferencias, pero cuando otorga beneficios y privilegios a personas en razón de sus diferencias, se podría pensar igualmente que el estado recalca esas diferencias y por ende es discriminatorio**¹⁵⁴.

La Corte Constitucional lo expone del siguiente modo: “*Es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante*”¹⁵⁵. Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea *importante* y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad *sustantiva*, o en otros términos, que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. Aquí no nos ocuparemos de hacer la reseña histórica completa por su complejidad de y los fines del mismo, para tales efectos nos remitiremos a las conclusiones a las que llega Jaime Araujo Rentería. La evolución del control de constitucionalidad en USA nos permite llegar a las siguientes conclusiones: a) Que de un control estricto se pasó a raíz del conflicto con el presidente Roosevelt a dos niveles, pues se creó un nivel débil para controlar la legislación económica, donde solo se exigía que la norma fuera racional. b) Que el control estricto se aplicaba a las categorías sospechosas (raza, etc.) y a los derechos fundamentales (...) c) que en realidad, hoy, el control de constitucionalidad se ha relajado contra los derechos de los ciudadanos y esto ha permitido a los gobiernos mantener una serie de leyes que con un control estricto deberían ser declaradas inconstitucionales por vulnerar derechos fundamentales del pueblo norteamericano.¹⁵⁶

11.3 TEST INTEGRADO DE PROPORCIONALIDAD

La Corte Constitucional en la sentencia C-093/2001 modificó su tradicional forma de afrontar el juicio de constitucionalidad sobre medidas legislativas y por

153 MINOW, Martha, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1990, pp. 19-48.

154 Sobre Discriminación Inversa véase Dworkin, Ronald. *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 327-348.

155 Sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel Cepeda Espinoza, cit.p.30.

156 ARAUJO RENTERIA, Jaime, *El derecho Fundamental a la Igualdad: Precisiones*. Bogotá: Corporación Universitaria Republicana, 2004, p.89.

vía jurisprudencial creó una nueva especie de “test” que se sitúa entre los dos anteriormente analizados. Argumentó que los dos tipos de test usados antes de 2001 lejos de ser contradictorios son complementarios y que ambos tienen sus ventajas y particularidades propias. El test europeo delimita analíticamente sus pasos y el norteamericano es voluble con respecto a las materias involucradas y la intensidad del control. Para la Corte resulta adecuado combinarlos para proteger la supremacía de la constitución sus valores y principios, realizándose un juicio integrado de igualdad no porque lo considere necesario o conveniente, sino porque la carta tácita o expresamente lo EXIGE¹⁵⁷. En la C-093 del 2001 se dice: *“El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el juicio de constitucionalidad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de adecuación tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Analítica y sistemáticamente el test quedó construido de la siguiente forma:*

-- *Determinación del tipo de escrutinio.* El primer paso consiste en determinar “según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el juicio de constitucionalidad”. Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los sub-principios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la naturaleza del caso, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida sub examine. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al Legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el nivel de escrutinio deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del Legislador es restringido, es decir, para materias específicas como económicas, tributarias e internacionales se aplica un test débil y para materias en donde estén en juego derechos fundamentales y el legislador se encuentre restringido por ellos, entonces se aplicara un test estricto.

-- *Juicio de adecuación.* Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad no bastará que la medida tenga la virtud de

157 Cfr. .Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Manuel Cepeda Espinoza, p.17.

materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que la medida sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida bajo examen tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.

- Juicio de necesariedad. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”.

BERNAL PULIDO dice sobre lo anterior: “*La reconstrucción de este juicio de proporcionalidad que la Corte efectúa, presenta varias deficiencias. En primer lugar, dicha reconstrucción no desarrolla de manera exhaustiva la estructura de cada sub-principio de la proporcionalidad. La Corte realmente reproduce con otro nombre el modelo norteamericano, en el que sólo es relevante la determinación del tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y lo adecuado de la medida que establece la diferenciación. En la versión de la Corte, el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto aparece únicamente mencionado, y el sub-principio de necesidad **indispensabilidad** no observa una correspondencia con el sub-principio que integra la proporcionalidad, que exige la no existencia de un medio alternativo al trato diferente, mediante el cual se pueda alcanzar el objetivo con igual o mayor idoneidad, sin afectar tanto al derecho a la igualdad-, sino que se trata de una mera reiteración del sub-principio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan restricciones **menos gravosas***”¹⁵⁸.

11.3.1 Inconvenientes

Haremos aquí algunas consideraciones sobre los principales problemas que afronta el uso de los test en Colombia, a saber, ¿qué criterios tiene el juez constitucional para determinar el nivel de escrutinio? Y ¿puede esa escogencia inicial determinar la decisión final?

El juez constitucional determina la intensidad con la que hará el análisis de la medida con base en criterios fijos o materiales, es decir, que en

158 Bernal Pulido, Op. cit. p. 273.

materia económica, tributaria e, incluso internacional se aplica un test débil y en materias donde el legislador carece de tanta discrecionalidad, por ejemplo, laborales o penales se aplica un test estricto. Ahora bien, esto supone en un primer momento que todas las políticas económicas revisten la misma importancia, lo cual NO es cierto, por ejemplo, no es lo mismo en palabras del Ex magistrado Araujo Rentería¹⁵⁹ una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales quedan muy pocas personas) que la ley que contiene el plan de desarrollo, así pues se le debe aplicar un test estricto a este último dada su importancia¹⁶⁰.

La preocupación de la determinación del tipo de escrutinio de acuerdo con la materia *sub judice* radica en la constatación de la proyección de la decisión, el juez constitucional al determinar qué tipo de escrutinio va a usar también está de alguna manera proyectando una decisión, ya que si elige un test leve, pues lo más seguro es que la medida va a ser declarada constitucional, dada la exigua exigencia de este nivel de escrutinio, en el derecho norteamericano se le exige a la medida que sea “merely rational”(meramente racional), de igual forma lo ha entendido la corte constitucional colombiana, ante este nivel de escrutinio valdría la pena preguntarse si existe alguna medida legislativa que no llegue a la categoría de “meramente racional”, es decir, ¿Qué calidad deberá tener una medida legislativa para que sea declarada inconstitucional usando un test leve?, ya que este lo único que exige es un “mínimo de racionalidad”, sería un absurdo jurídico el que no sea declarada constitucional, a pesar de los disensos que puede haber al interior de sociedades democráticas por decisiones que adopta el parlamento, lo cierto es que hay que admitir que todas las leyes dentro de un devenir legislativo “normal” tienen un mínimo de racionalidad¹⁶¹.

159 Araujo Rentería, Óp. cit. p.96.

160 Siguiendo la misma línea argumentativa el ex magistrado plantea: “Igual razonamiento podemos hacer respecto de los Tratados Internacionales; no es lo mismo un tratado destinado al intercambio de revistas entre Colombia y Venezuela, que un tratado entre los mismos países que establezca la pena de muerte para quienes crucen la frontera sin la correspondiente visa; no hay duda de que en el segundo caso el test debe ser estricto aunque se trate, como en el primer caso, de un tratado internacional donde se podría aplicar un test más leve”. ARAUJO RENTERIA, Jaime. “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales, Crítica”. Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano, No. 20062, 2006, pp. 854-877.

161 Igual consideración podría hacerse en el caso del escrutinio estricto, una vez escogido este nivel lo que seguramente va a pasar es que la medida legislativa va a ser declarada inconstitucional. En el medio jurídico norteamericano uno de los epítetos más famosos fue acuñado por Gerard Gunther en 1972,

La aseveración de Gunther¹⁶² pretende mostrar como la escogencia del escrutinio estricto llevaba siempre a la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida analizada. Adam Winkler verificará que lo dicho por Gunther se convirtió en un mito, que como tal distaba de la realidad, mito que fue inculcado a los estudiantes de derecho norteamericanos. Con cifras probará como el escrutinio estricto “no es fatal en la práctica”¹⁶³, no obstante, el test estricto es un examen muy difícil de superar y, en la práctica, la tendencia sigue siendo la declaratoria de inconstitucionalidad, o lo que es lo mismo ***la escogencia de ese test predetermina la decisión.*** Como apoyo a estas afirmaciones la Corte Constitucional acepta los argumentos esgrimidos aquí:

“Como es obvio, las consecuencias que derivan de la aplicación de estas diversas pruebas de igualdad son diferentes, **pues una norma que sería admisible si se aplicara un “test” débil podría resultar inconstitucional si el control es fuerte o estricto.** En el juicio débil basta que la clasificación sea potencialmente adecuada para obtener resultados admisibles, mientras que, conforme al “test” estricto, la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser imperioso”. (**Negrillas nuestras**)¹⁶⁴.

La constitucionalidad de la medida no la está determinando su comparación con la constitución sino el tipo de test que el juez emplee. La corte en oportunidad posterior dijo: *“El anterior análisis parece llevar a la siguiente conclusión: el punto decisivo en el presente caso es la intensidad con la cual se debe adelantar el llamado juicio de igualdad. En efecto, si la Corte adopta un estándar dúctil y exige únicamente que el trato diferente constituya un medio razonable para alcanzar un objetivo constitucionalmente válido, entonces es claro que la expresión acusada es exequible. Por el contrario, si el juez constitucional*

quien al referirse al escrutinio estricto sostuvo: “*is strict in theory and fatal in fact*” --**Estricto en la Teoría y fatal en la Práctica--**

162 GUNTHER, Gerald *The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). En: Winkler, A, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, p. 793-891, 2006 UCLA School of Law Research Paper No. 06-14.p.795. Versión electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=897360>.

163 WINKLER, Adam, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, *Vanderbilt Law Review*, 59, p. 793-891, 2006 UCLA School of Law Research Paper No. 06-14. Versión electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=897360>.

164 Cfr. Sentencia 445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Cit.

recurre a un escrutinio estricto y considera que ese trato diferente debe ser no sólo un medio razonable sino el único instrumento para obtener esa finalidad, entonces habría que concluir que la norma impugnada es discriminatoria, pues el Legislador cuenta con otros mecanismos para asegurar la idoneidad de los futuros adoptantes". (**Negrillas fuera de texto**)¹⁶⁵.

11.4 EL ARGUMENTO JUDICIAL COMO REPRESENTATIVIDAD

Para Kelsen¹⁶⁶ es claro que no hay una única interpretación del derecho, como consecuencia de su indeterminación, la norma se convierte en un marco abierto a varias posibilidades. El resultado de la interpretación jurídica será determinar cuál es el marco de posibilidades, lo que en Kelsen nos lleva a afirmar que no puede haber una respuesta única. La existencia de diversos métodos de interpretación es prueba de ello, (sociológico, gramatical, finalista), si utilizamos un método llegamos a un resultado interpretativo, si utilizamos otro método llegamos a otro resultado interpretativo, de tal forma que si todos los métodos condujeran a la misma interpretación entonces no necesitaríamos diversos métodos de interpretación, la prueba de que hay más de una interpretación es que tenemos diversos métodos de interpretación jurídica. En lo que al juez se refiere se trata de que pueda elegir entre varias alternativas, la decisión del juez constitucional, no se olvide, es un acto político.

En acuerdo con lo dicho afirma Jaime Giraldo Ángel: "la interpretación jurídica implica, por tanto, una definición política. Exige asumir una postura en relación con la función del derecho, el proceso de interpretación supone por consiguiente tomar partido por determinada escuela filosófica"¹⁶⁷. Así pues, según el método interpretativo y la aptitud del intérprete cuando toma su decisión jurídica, surge una pregunta interesante. ¿Hasta dónde la libertad del intérprete de escoger un método e impregnar con su subjetividad la decisión roza con la arbitrariedad cuando presenta esta su decisión judicial?

Para evitar la arbitrariedad y proteger el respeto de los derechos fundamentales, aparecen, a mediados del siglo XX, las teorías de la argumentación jurídica

165 Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Manuel Cepeda Espinoza. Cit. p.13.

166 KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán de Roberto Vernengo, México: Universidad autónoma de México, 1982, p.351.

167 GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, 3^{era} ed. Bogotá: Librería del profesional, 1985, p.87.

dentro en un contexto de justificación¹⁶⁸ de las sentencias judiciales. El tipo de argumentación que nos interesa para el caso del tribunal constitucional, es la argumentación como representación, que en líneas básicas consiste en una conexión pueblo / argumento, donde entre el tribunal constitucional y el pueblo exista una relación discursiva, en este sentido afirma Alexy: “Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección. Sólo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez”¹⁶⁹.

En este orden ideas, como requisitos para esta representación argumentativa se hace necesario: (1) la existencia de argumentos razonables, respetuosos de la lógica formal y dialéctica y (2) la existencia de personas razonables y dispuestas a atender argumentos razonables.¹⁷⁰ Dada las características de nuestra sociedad, nosotros agregamos un tercer requisito, cual es, (3) la existencia de medios que faciliten el tráfico de argumentos, que las personas tengan la oportunidad de saber qué hace su tribunal constitucional, en la práctica esto se traduciría en darle un carácter público- universal no solo a las decisiones sino al proceder de las Cortes Constitucionales. Materializando quizá el auditorio universal de Perelman, en el que se puedan universalizar y en últimas discutir todos los argumentos del tribunal constitucional¹⁷¹.

Es un interrogante político generado por el derecho ya que “**no existe en la Constitución Nacional de Colombia ninguna norma que exhorte al**

168 En filosofía de la ciencia se habla de la diferencia entre un contexto de *descubrimiento* y uno de *justificación*, de un lado está la actividad de descubrir o enunciar una teoría, que en principio no es susceptible de análisis lógicos, de lo que se trata es de mostrar cómo surge el conocimiento científico, tarea reservada al sociólogo o historiador de la ciencia. **El contexto de justificación permea el proceso de validación de la teoría, y no solo admite un análisis lógico sino que lo exige**, además, otro tipo de análisis depende el caso; en lo que a interpretación y argumentación jurídica se refiere, se exigirá del juez o investigador jurídico que pase de un contexto de descubrimiento a uno de justificación en aras de interdicción de la arbitrariedad y respeto por los derechos y el estado social de derecho. Véase ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. México: Universidad autónoma de México, 2005, p. 4-8.

169 IBAÑEZ, Perfecto; ALEXY, Robert. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: Universidad Nacional autónoma de México, 2006, p.17.

170 *Ibídem*.

171 PERELMAN, Chaim. *El Imperio Retórico. Retórica y Argumentación*. traducción de Adolfo León Gómez, Bogotá: Grupo editorial Norma, 2006, p.39.

tribunal constitucional a aplicar los test de ponderación y balanceo, son técnicas creadas y diseñadas por jueces que se constituyen en máximas que crean lagunas jurídicas, que en últimas son dotadas de contenido por el mismo juez, son instrumentos de poder en manos de los jueces”¹⁷², son un instrumento muy poderoso que hace necesario su uso prudente, por lo que es imperativo mostrar este sentido a los ciudadanos para que estén vigilantes en la defensa de sus derechos fundamentales, aun frente a su tribunal constitucional, lo que pone en evidencia una paradoja del estado de derecho, ¿Cómo defienden las personas sus derechos frente a la institución que se los debe garantizar? Pues, Informándose sobre lo que hacen y como lo hacen, teniendo contacto inmediato con las decisiones constitucionales y los argumentos en que ellas se sustentan. (Conciencia política)

Igualmente, se constata que las teorías de la “Argumentación Jurídica” se han propuesto superar las críticas hechas a sus precursoras buscando la Razón y la Voluntad **por medio de la Rehabilitación de la Razón Práctica**, ya que la “Verdad Jurídica” es el resultado de un esfuerzo colectivo que cree un consenso usando procedimientos argumentativos reglados. Tales Procedimientos son producto, a su vez, de la actividad comunicativa humana, el lenguaje y su pragmática. Por consiguiente, el esfuerzo lusfilosófico de hoy se centra en elaborar una teoría de la Praxis de la aplicación del derecho que nos permita obtener una “Conciencia Crítica metodológica” (ESSER) que tenga como núcleo el estudio del problema de la racionalidad de los Valores siempre presentes en dicha Praxis y no situarse por fuera de ellos al considerarlos categorías absolutas como hizo la escuela exegética.

Hacia mediados del siglo XX el fuerte interés por la argumentación como parte esencial de la retórica se debe a dos causas: una, pretender conservar, pese a su postración, el modelo de razonamiento de silogismos deductivos de la escuela de la exégesis; la segunda, la obra de Kelsen dejó de lado el razonamiento de los juristas prácticos y potenció solo el razonamiento de los juristas teóricos. La evidente distancia entre estos y la que introduce Kelsen no era superable por ellos, de allí que las distintas corrientes de pensamiento que se hacen presentes después de la segunda guerra mundial acometen la labor de llenar el vacío existente. La teoría de la Argumentación jurídica busca construir una racionalidad que reemplace al ineficaz modelo de silogismo

172 Araujo Rentería, 2006. Op. cit. p.873.

racional estricto pretendidamente cartesiano por una racionalidad alternativa sustentada en la axiología o razonabilidad.

El retorno a la Retórica griega no es algo nostálgico sino que guarda estrecha relación con la hermenéutica y el “giro lingüístico”, en su vertiente pragmática, se deduce que la argumentación de nuestro tiempo se erige desde dos bases epistémicas esenciales:

- A. *La Teoría analítica del Lenguaje* que demuestra que es el lenguaje natural humano el adecuado para el lenguaje jurídico con lo que patentiza lo ilusorio la pretensión de completud de las normas por lo que “aplicar” el derecho solo es factible desde una personal decisión del Juez.
- B. *La Hermenéutica de Gadamer* que de modo convincente muestra que cualquier conocimiento depende de interpretaciones y que estas a su vez, son inseparables de la precomprensión de cada cual. Igualmente, toda interpretación es en sí la comprensión de un texto está condicionada a su vez por la historia de las interpretaciones realizadas y la cultura de la sociedad donde se hacen, por esto, la interpretación no es, ni puede evitarlo, neutral.

CONCLUSIONES

De lo estudiado, concluimos:

Siempre que hablamos de proposiciones hablamos de lenguaje, en su Obra **Verdad y Método**¹⁷³, HANS GEORG GADAMER propone una Hermenéutica filosófica no como una técnica de mera comprensión sino como una reflexión fundamental sobre las condiciones en que se nos dan las posibilidades del comprender; de allí que tenga el lenguaje como el medio de aprehender las experiencias de los sentidos, la concreción del pensamiento y la existencia de los sujetos.

Que las normas jurídicas no son ni pueden pretenderlo, “*proposiciones científicas*” o con intencionalidad científica a las que podamos atribuirles los calificativos **verdadero o falso**, ya que todas son ACTOS DE VOLUNTAD que hace de ellas herramientas para una acción, es decir, instrumentos que buscan producir en la vida social de una específica sociedad dentro de sus contextos históricos, unos efectos concretos: los que el legislador tenga como más justos dentro de un contexto político.

173 Esta Obra es un tratado que va más allá de lo que es la filosofía tradicional propiamente dicha, para englobar la crítica literaria, la sociología, la teología y la jurisprudencia, por medio de una técnica no de mera comprensión sino como una de reflexión básica sobre las condiciones de la posibilidad de cualquier comprensión. En la primera parte analiza la experiencia estética y establece una verdad del Arte a partir de la indisolubilidad de sus dos aspectos esenciales: El juego y la unidad de la Obra. En la segunda parte aplica el modelo establecido en la primera a las “Ciencias” humanas.

Lo que llamamos DERECHO POSITIVO, es un Ordenamiento Jurídico integrado por normas generales (Constitución, leyes, etc.), normas particulares (los estatutos de las asociaciones, las de los negocios jurídicos, etc.) y las individualizadas (resoluciones administrativas, sentencias judiciales); pues bien, solo son aplicables de *modo perfecto*, en su tenor literal, las individualizadas. Las otras son en sí lo que RECASENS SICHES llama “obras inconclusas” ya que su sentido solo puede expresarse en mayores o menores niveles de abstracción.

El Derecho Positivo es en sí, sin que se pueda evitar, una *obra circunstancial*, ya que las reglas jurídicas son elaboradas desde una concepción nacida de concretas necesidades sentidas por una sociedad dentro de una época histórica específica; además, no solo se expiden las reglas por lo acabado de decir, sino bajo la presión de remodelar o rediseñar las circunstancias sociales generadoras – a juicio del legislador – de tales circunstancias sentidas. Lo dicho implica que tales reglas **buscan generar en la realidad social unos determinados resultados y no otros**, así, el Derecho positivo está íntimamente dotado de una fuerte intencionalidad.

Por consiguiente, de manera indefectible, la **función de los operadores jurídicos es creadora**, no solo por el nivel de abstracción de los conceptos con los que las normas generales se expresan en lingüísticamente, sino porque el ORDEN JURIDICO, no puede funcionar sin jueces. El ordenamiento es bifronte: leyes y pretores por lo que el juez es una pieza o parte insuprimible; el ORDEN JURIDICO demanda que el juez aplique las leyes sujetándose al mismo tiempo a ellas, pero, como las leyes nunca operan por ellas mismas, deben hacerlo por medio de la interpretación que los jueces les den – lo que se espera es que la **interpretación sea razonable** -- y “razonable” quiere decir “imprimir” un sentido de justicia, o el derecho se desnaturaliza.

LA PLURALIDAD DE MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Desde el Código Civil Napoleónico y la pretensión de que el *Derecho es ciencia*, ríos de tinta han corrido sobre el tema de la interpretación del Derecho. Paradójicamente, esos ríos de tinta en vez de aclarar el asunto lo han oscurecido más y, quizás, enturbiado. Lo que se deduce de tantas y trafagosas páginas es que frente a cada caso hemos de “seleccionar” el “método correcto” (?). Estamos frente a una multiplicidad de dichos “métodos” pero (vaya paradoja)

ninguno resuelve el problema de lo que es la interpretación, es más, por ser varios podemos afirmar que ninguno es correcto o adecuado, dan vueltas y más vueltas al tema sin llegar al núcleo del mismo e, incluso, sin siquiera acercarse a este.

Existe una extensa teorización de los métodos gramatical o literal, el subjetivo, subjetivo-objetivo, el objetivo, el histórico, el sistemático, la aplicación de la costumbre (sistema Romano-Francés) y el analógico, guiados por el principio de equidad y los “*principios generales del derecho*”, cuando no vemos “claro” el uso de uno cualquiera de dichos métodos. Esta extensa teorización parte de un mínimo común denominador: **el derecho es una ciencia y los métodos son científicos**. Al respecto RECASENS SICHES, al hablar del célebre magistrado BENJAMÍN CARDZOZO, así:

“Unos años antes, Benjamín Cardozo, el famoso magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se planteó este problema en términos de plena sinceridad. Haciendo el análisis de sus experiencias judiciales, trató de darse cuenta de cuáles eran los métodos que él empleaba para la interpretación del Derecho vigente; y se encontró con que a veces se servía de un método lógico o filosófico; otras veces buscaba ilustración en los antecedentes históricos de la institución en juego; en ocasiones tenía que referirse a usos y costumbres sociales vigentes, y en muchos casos se sentía obligado a proceder primero a un estudio sociológico de los hechos que le aclarase el sentido de éstos, y a una ponderación estimativa basada en las ideas de justicia y de bienestar social. Ahora bien, ¿por qué unas veces empleaba un método, y otras veces otro método? A esta pregunta, confesaba Cardozo, no le podía dar una respuesta fundada. Tampoco podía contestar en absoluto la pregunta de cuál entre esos cuatro métodos de interpretación debía tener prioridad sobre los demás; y cuáles otros, y por qué orden, debía tener solo aplicación subsidiaria. Cardozo no podía contestar justificadamente ninguna de esas dos preguntas; pero si podía, en cambio, dar una respuesta plenamente satisfactoria al verdadero problema, aunque esa respuesta anulaba las dos preguntas mencionadas, mostrando que ellas planteaban incorrectamente la cuestión. Lo que importaba a Cardozo, lo que él se proponía respecto de cada litigio sometido a su jurisdicción, era encontrar la decisión justa, la más justa entre todas las posibles. Para ello iba ensayando cada uno de aquellos cuatro métodos, y en cada caso se quedaba con aquel que le conducía a esa meta aspirada, la de la sentencia más justa. O mejor dicho, en términos de mayor sinceridad, lo que hacía primero era buscar esa solución justa, la más

justa entre todas las posibles; y después se preocupaba de ver cuál entre aquellos cuatro métodos podía servir para justificar esa decisión que ya de antemano había tomado in mente”.

Esta impresionante confesión de uno de los más conocidos juristas del siglo XX nos revela que la lógica tradicional (telón de fondo de los métodos citados) fracasa, porque nos es imposible atribuir los criterios de verdadero o falso a las proposiciones jurídicas. Al respecto IHERING en su célebre obra “**Jurisprudencia en serio y en broma**” hace innumerables críticas plenas de sarcasmo contra el método deductivo (silogístico) al aplicar “científicamente” el derecho, al describir con ejemplos, los fracasos y desaguisados de elaborar una jurisprudencia soportada por una teoría conceptualista.

Pero es en su obra “**El fin del Derecho**” donde dice: “**El fin es el creador de todo derecho**; no existe norma jurídica que deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico”. Es decir, en el **Derecho el fin es la causa de la actividad jurídica, aparentemente un absurdo**. Luego, el Derecho no es un fin en sí, sino un medio al servicio de un fin, cual es el de asegurar la existencia de la sociedad; sobre esto, IHERING afirma que el “criterio o medida para juzgar el Derecho **no es un criterio absoluto de verdad**, sino **un criterio relativo de finalidad**. Al respecto RECASENS nos habla de otro magistrado célebre, OLIVER WENDELL HOLMES, así:

“Ya en los últimos años del siglo XIX el famoso magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes puso de manifiesto que “**la vida real del Derecho no ha consistido en lógica, sino en experiencia**. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confessadas explícitamente o bien otras inconscientes, o incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres”. El esquema total del Derecho, dice Holmes, es el resultado de un conflicto en cada punto entre la lógica (entendida como generalización precipitada y como deducción silogística mecánica de aquellas generalizaciones) y el buen sentido. Holmes se dio cuenta o al menos tuvo el claro barrunto de que en el desarrollo del Derecho, y sobre todo en el proceso de su aplicación, hay un tipo de razones que no encajan en la “lógica tradicional”, que no son razones de lógica matemática, sino que son razones de otro tipo. Algunas veces, Holmes llama a esas razones *buen sentido*”.

Cuando un juez debe solucionar un caso, o un caso problemático, realiza un proceso lógico a partir de unas premisas predeterminadas para extraer ciertas consecuencias; ahora bien, no hace inferencias a partir de la ley, sino que el paso inicial y básico es **el de definir premisas correctas**, tanto a nivel de principios jurídicos como al nivel de valoración de los hechos y cómo podemos siempre escoger entre varios principios frente a la calificación en bruto de unos hechos, siempre existirá el problema de que nos corresponde **elegir entre diferentes calificaciones jurídicas**; Holmes nos dice que en estas operaciones de elección se verifica siempre una operación de sopesamiento entre las ventajas sociales y los deseos o pasiones en conflicto y es la experiencia existencial o vital del operador jurídico la que juega el papel más importante.

Esto es lo que lleva a JEROME FRANK a afirmar que **el derecho cierto sobre una concreta situación es solo la sentencia que una Court haya pronunciado sobre tal situación**; podemos afirmar así que el Derecho respecto a cierta situación es, o *Derecho efectivo* y por ello real que está contenido en una sentencia pronunciada en el pasado, o bien, *Derecho probable*, es decir, **un puro ejercicio adivinatorio sobre el cual puede ser una sentencia futura**.

La pretensión de científicidad del Derecho radica en aplicar una norma a unos hechos determinados y, como se parte del supuesto de que las normas están pre establecidas y de que **los hechos son objetivamente determinables**, se deduce que no podemos hablar siempre de derechos ciertos. Pero no, **no es así**, FRANK nos hace ver que estos dos supuestos no son reales, los hechos no son entes objetivos determinados con absoluta seguridad (son pasado reconstruido) ni todas las normas están pre establecidas de antemano para solucionar casos.

La lógica formal, se olvida casi siempre, busca solo la corrección del proceso de inferencia (de allí su nombre) pero no da ni puede hacerlo, *un criterio que sirva para elegir entre varias premisas posibles*. **El uso con pretensión de científicidad del silogismo exegético generó una consecuencia grave, la de ocultar bajo el ropaje de la lógica formal el problema esencial de cualquier sentencia: la elección de las premisas**. Luego, *el Derecho real o efectivo se hace real no por la aplicación de las reglas abstractas, sino por la acción voluntaria de los seres humanos concretos*. En últimas,

es la personalidad de cada operador jurídico el elemento central ya que el Derecho en sí, solo es el pretoriano, aunque existan un sin número de normas generales preexistentes.

Solo es dable aplicar reglas generales y particulares, interpretando y esto significa “concretar” o “crear” determinaciones individuales dentro del nivel de abstracción de la ley. El problema central de la interpretación no es el empleo de la lógica formal (que solo sirve para la pretensión de corrección del discurso argumentativo) sino **el del uso de la lógica material**. Usar la lógica material en el Derecho se expresa en lo que RECASENS llama *la lógica de lo humano o de lo razonable* en la actividad en sí de interpretar. Esta lógica de lo razonable puede operar desde una base fenomenológica como lo hace SCHREIER o de una ontología vitalista, como RECASENS o de un actuar a partir de pautas axiológicas, como VON WRIGHT.

LA INTERPRETACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LO HUMANO EN EL MUNDO

Los juristas tanto del siglo XIX como de parte del siglo XX, olvidaron que las normas de derecho positivo son solo instrumentos para actuar, cuya validez y alcance depende de las necesidades de la coyuntura de cada situación; tal olvido condujo a que tomaran los articulados de los distintos códigos como “verdades absolutas” y los conectaran al mecanismo lógico de los silogismos, comenzando a inferir consecuencias de modo ilimitado. Luego, elaboraron pomposos edificios doctrinales a partir de las consecuencias inferidas, procediendo a agrupar los artículos de los códigos construyendo un perfil de todos, donde de modo ajustado enchazaban, dando origen a las “*instituciones*”, tales como la compraventa, la hipoteca, la representación política, etc. Se estaba así frente a un DERECHO CONCEPTUALISTA, donde dichos conceptos se nos mostraban absolutos de forma tal que lo que se aplicaba para solucionar cada caso era el concepto absolutizado y no de modo práctico el o los artículos codificados, olvidándose lo que la crítica Alemana, que produjo el B.G.B. y rechazó el CÓDE CIVIL dijo: que ellos eran simples “etiquetas clasificadorias” para ordenar el abordamiento intelectual de acumulado de conocimientos del Derecho, **pero nunca ideas con valor esencial en sí y por si**, como apunta RECASENS.

Situados en una perspectiva raciovitalista proveniente del existentialismo vital de ORTEGA y GASSET, diremos con este filósofo: “*Todas las definiciones de la*

razón que hacían consistir lo esencial de esta en ciertos modos particulares de operar con el intelecto, además de ser estrechas, la han esterilizado apuntándole y embotando su dimensión decisiva. Para mi es razón, en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente. Lo demás no es sino...puro intelecto; mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte al hombre, luego lo estraga y, por fin, lo desespera y le hace despreciarse así mismo”.

Débese pues, tener en cuenta la o las razones jurídicas, políticas, sociales y económicas de los contenidos de las normas y superar así la confusión y la crisis espiritual sentada por muchos juristas y lusfilósofos al advertir que la lógica formal lleva a la quiebra el mundo de la interpretación, anulando al derecho al conducirlo a injusticias que se amparan en últimas con lo monstruoso so pretexto de que DURA LEX, SED LEX.

Las razones aludidas son materiales u ónticas de tipo histórico y vital, es decir, necesitan una lógica de la acción, que es ratio, logos y los conceptos derivados de estos. Al respecto, ORTEGA Y GASSET dice: “*al oponer la razón vital a la razón físico-matemática no se trata de conceder permisos al irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigorosa, más exigente que esta. La física renuncia a entender aquello de que ella habla, pues se limita a explicar nexos causales entre hechos ininteligibles, mientras que la razón vital no acepta nada como mero hecho “quiere comprender”*”.

Siguiendo esta línea de pensamiento Orteguiana, “querer comprender” es humanizarlo todo, entenderlo todo, porque todo lo comprendido nos hace sentir y disfrutar la condición humana, ya que nunca debemos olvidar que somos nada más y nada menos que humanos, demasiado humanos.

La filosofía hermenéutica, abandona la interpretación dogmática de “hermenéutica sagrada” que aparta a un lado la razón, para solo **trabajar con la razón**, esto nos conduce al “**círculo hermenéutico**” que se caracteriza por propugnar un método en el cual la parte solo es comprensible a partir del todo y, a su vez, el todo debe comprenderse en función de sus partes, como algo holístico. Así, esta concepción nos lleva al “**diálogo hermenéutico**” porque se da una fusión del presente con el pasado, donde el presente interroga al pasado sobre su razón de ser y, a la vez, el pasado se comprende dentro y a

partir del marco referencial del presente; con ello, la tradición deja de ser inerte o momificada y se enriquece permanentemente con nuevos significados.

La filosofía hermenéutica busca que no existan interpretaciones apresuradas para lograr la comprensión más profunda y objetivada posible, que en lo que al derecho respecta, supere el esquema sujeto que interpreta -- objeto (la norma) interpretado. Al respecto, HILBERT HOTTOIS, citado por OSCAR JOSÉ DUEÑAS, en su libro “*Lecciones de hermenéutica jurídica*”, nos dice que en el **“Círculo hermenéutico”** el “*intérprete se remite a un libro, que remite a una obra completa, que remite a un texto existencial y cultural, que remite a una época*”, a prima-facie parece que este círculo es una historia sin final, empero se trata de un método que evita una interpretación descontextualizada y deshumanizante.

El “círculo hermenéutico” es un ejercicio a partir de una cosmovisión que compendia los conocimientos, las intuiciones, las convicciones (tanto jurídicas como ideológicas) y la concepción filosófica **para entenderlo todo del mejor modo humanamente posible**; en lo que al derecho respecta se debe entender tanto al legislador como al intérprete ya que en el “círculo hermenéutico” se usan dos horizontes históricos, el de la norma y el del intérprete, evitándose así un abuso de la interpretación por parte del operador jurídico y que la norma no se fosilice o petrifique, al ser posible una visión dinámica de ella para luego, sintetizar tales horizontes en un todo elaborado ex profeso.

Estamos frente a un diálogo dialéctico constante entre la norma (pasado) y el intérprete (presente) por lo que el “*diálogo hermenéutico*” es una tarea interpretativa inagotable que lo convierte en una labor constantemente enriquecedora y transformadora. Esto nos conduce a evidenciar una unión estrechísima entre el acto hermenéutico y el lenguaje, ya que interpretar es un acto humano racional o acto de lenguaje, puesto que el logos es razón-lenguaje.

Ahora bien, todas las normas son abstractas y por ende, semánticamente abiertas, unas (las constitucionales) por su mayor nivel de abstracción son absolutamente abiertas (El derecho de igualdad), de allí que todas admitan “varias lecturas”, es decir varias opciones interpretativas con lo que fijarle un sentido se torna difícil dado que cada opción es una solución posible. De esta situación nace el problema hermenéutico-jurídico de la búsqueda de la respuesta correcta, llamado también de PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN.

DWORKIN sostiene que si es posible e, incluso exigible, la toma de una decisión correcta pese a la indeterminación del lenguaje ya que los jueces argumentan no sobre coronadas sino sobre lo que las reglas prescriben y los principios sobre las que están basadas, establecen. El orden jurídico condiciona la decisión judicial, por lo que frente a varias soluciones, es el juez, “Hércules” quien puede encontrar la mejor decisión, entendiendo por tal la que tenga mejor justificación jurídico-política dentro del esquema de la juridicidad vigente. Si no fuese así, su conocido debate frente a HART, que condiciona la escogencia de la “mejor solución”, a un puro cálculo del operador jurídico, no tendría salida ya que el Estado, tanto de Derecho como Social de Derecho, con mayor razón, dependería de un acto meramente voluntarista del juez y el principio de legalidad se desdibujaría.

En esta perspectiva, el juez atraviesa tres etapas: la **pre interpretativa**, en la que se identifica el derecho aplicable, la **interpretativa** en la que se fija y precisa el significado de la normatividad objeto de la interpretación y, la **post-interpretativa**, donde se reformula el derecho, afinándolo y cerrando su infinitud de posibilidades semánticas para que posteriores acciones interpretativas lo reformulen. Por esto, los principios no son meras declaraciones de buenas intenciones, sino que son “*mandatos*” que fijan políticas genéricas para obtener beneficios u obtener objetivos colectivos, tales como la redistribución económica, la seguridad social, etc. o hacen de ciertos derechos subjetivos, derechos individuales de jerarquía mayor.

Para ALEXI, la “*pretensión de corrección*” se concreta en que la mejor decisión se debe tomar por medio de un discurso donde en medio de una dialéctica de argumentos, deben ganar los mejores. Este discurso no busca un mero consenso sino que es un discurso sometido a reglas que permitan que los argumentos no sean tramposos, estas reglas se basan en los principios de no contradicción, el de universalidad, el de claridad, el de verdad de las premisas, el de validez deductiva del argumento, el de ponderación y el de la consideración de las consecuencias de la decisión.

La interpretación del derecho no es ni puede ser neutral, se interpretar para tratar de lograr en el aquí y en el ahora, la filosofía política y los objetivos de la visión liberal del Estado Social de Derecho, sino es así, no podemos hablar de una lógica razonable o lógica material.

LOS NIVELES HERMENÉUTICOS

Teóricamente se aceptan los siguientes niveles interpretativos en el círculo hermenéutico:

- **Prehermenéutico:** Es un preconcepto que antecede a cualquier proceso de conceptualización, no es, ni puede ser objetiva y neutral ya que se parte de un marco referencial teñido de ideología y se buscan fines prácticos. En lo que al derecho respecta, esta fase permite hacer que un proceso de entendimiento de la norma, intuitivo que en cierta forma condiciona la construcción argumentativa al elaborarla al servicio de una cosmovisión que dota de sentido a los valores (Topois) y a los principios (Ceteis).
- **Hermenéutica de primer orden:** Es una interpretación razonada y meditada de los hechos de los hechos que conforman el caso y a los textos seleccionados para solucionarlo. Luego, aquí se privilegia el lenguaje ya que como anota H.L.A. HART, todo texto tiene una porción determinable (núcleo) y una indeterminada (la zona de penumbra), lo que exige siempre darle un significado a tal zona oscura y al mismo tiempo limitar el núcleo y su alcance. Éste nivel lo realizan las altas cortes al dictar sus sentencias a partir de su referente ideológico en lo humano, lo social, lo político y lo económico.
- **Hermenéutica de segundo orden:** Es la interpretación a lo interpretado en el nivel anterior, donde se hace una explicación del contenido y alcances de lo interpretado por las altas cortes, priorizando la jurisprudencia Constitucional para definir la “**ratio decidendi**”. Este nivel es el que opera para establecer líneas jurisprudenciales y análisis lusfilosóficos.

Algunos, inspirados en el deconstrucciónismo del filósofo JACQUES DERRIDA, sostienen que existe una hermenéutica de tercer orden, cuando se destruye críticamente una sentencia y luego se propone una suerte de “**reconstrucción**” creativa de quien la aborda; algunos doctrinantes están empezando a hacerlo en Colombia en materias tales como el aborto, la eutanasia y las uniones LGBTI, entre otras, pero otros se oponen en medio de un furor fanático y fundamentalista en lo que nos atrevemos a denominar como una postmodernidad reaccionaria.

APÉNDICE: LÓGICA FORMAL, DEMOSTRACIÓN Y ABDUCCIÓN

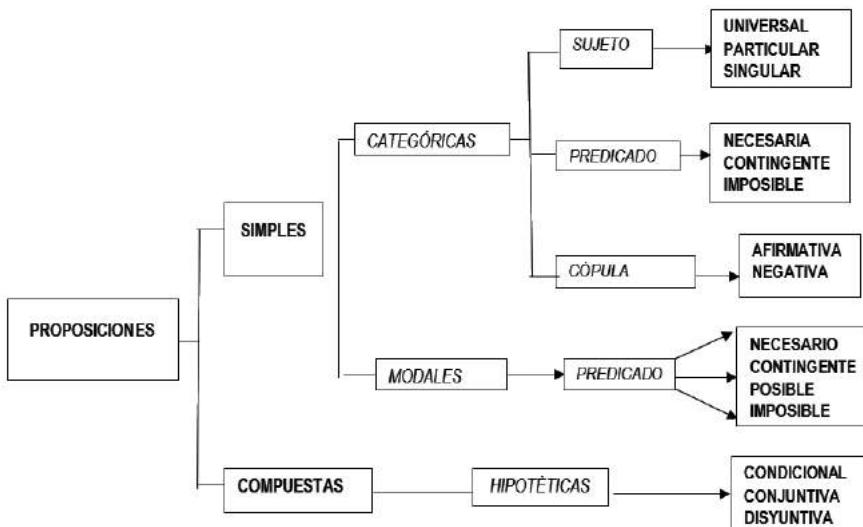
En este trabajo estudiamos que la ciencia jurídica no actúa en forma exclusivamente racional, ya que se emplea lo que RECASENS SICHES llama “lógica de lo razonable”; luego, debe determinarse la medida en la cual las “conclusiones lógicas” desempeñan un papel en sí, de manera absoluta, o si se nos presentan al interior de un discurso argumentativo que vale primariamente como argumentación, desempeñando la lógica el papel de darles a los mismos “cohesión interna”. La Lógica Formal es también dialéctica, porque se usa para argumentar con pretensión de verdad formal. Para ARISTÓTELES la lógica es la encargada de estudiar los actos del logos (razón) y sus contenidos para conseguir, o conocer, la “verdad” como “rectitud” a partir de lo conocido. Los actos del pensamiento o razón son actuaciones del entendimiento o intelecto, estos son: la idea, el concepto, el juicio y el raciocinio. Analicémoslos:

IDEA: esta palabra viene del verbo griego **EIDEIN** que significa “ver”. Es la primera toma de contacto con la realidad y por medio de ella en nuestra mente se forman representaciones de los objetos. Se expresa con una palabra básica que la designa.

CONCEPTO: es la primera operación del entendimiento por a cual se captan los caracteres esenciales de los objetos conocidos, es decir de los que ya tenemos idea, por medio de abstraer su sustancia, independiente de sus accidentes, universalizando a primera: así es la forma como los concebimos, **los conceptos no se construyen a partir del ser sino como una representación intelectual o mental**. La captación, pues, se hace sin afirmar o negar algo de las ideas que pretendemos conceptualizar. Los

conceptos también se expresan con una palabra o término, pero a diferencia de la idea, esta palabra es universal en cuanto se aplica a todos los objetos específicos que quepan en ella. Los Conceptos tienen dos propiedades o características básicas: **la extensión y la comprensión que están en relación inversamente proporcional**. La primera se refiere a todos los sujetos o cosas cobijados por el concepto y la segunda a la particularización de los sujetos o cosas representados en dicho concepto.

JUICIO: es la segunda operación del entendimiento, por la cual nuestro intelecto relacione dos o más concepto-sujetos y predicados-afirmando o negando lo segundo de lo primero. Es una operación de la mente interna o subjetiva donde se hace una unión o separación de conceptos pie se **manifiesta por medio de "proposiciones"** (**pro-positum**) que pueden ser orales o escritas. De la relación existente entre el juicio y la realidad dada por los conceptos comparados, *los juicios pueden ser verdaderos o falsos* y, **RACIOCINIO:** Llamado también razonamiento, es la tercera operación del entendimiento, de la cual se pasa de una o más **verdades**, conocidas por la mente al formular juicios a otra que se descubre, y que se tiene por cierto. Luego, para poder formular un raciocinio se necesitan a lo menos de dos juicios y **la forma como él se expresa, es en sí la argumentación** que puede ser oral o escrita. El raciocinio de la argumentación clásica, tal como ARISTÓTELES lo estudió consta de tres juicios, dos conocidos llamados **antecedentes o premisas y el que se descubre**", llamado **conclusión**. Puede ser **deductivo o inductivo** pero este último no fue considerado silogismo por la lógica escolástica. Las proposiciones se nos presentan así:

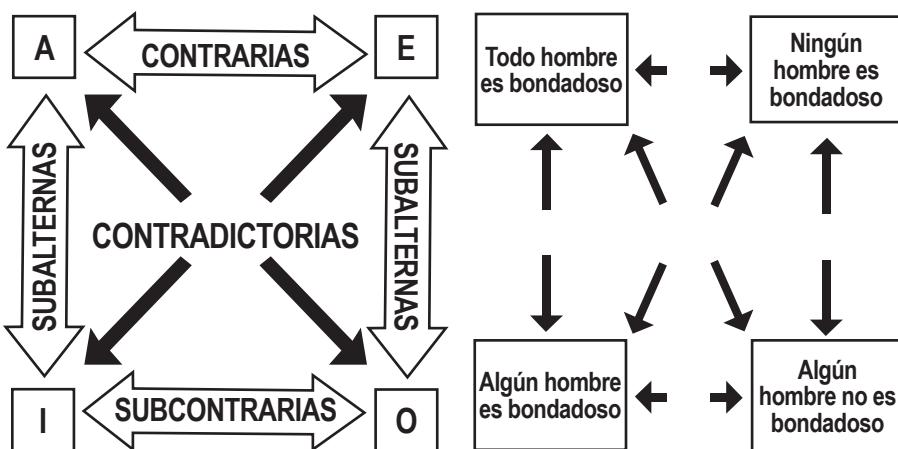


Son **Simples** las que tienen un solo sujeto y un solo predicado, donde figura una sola afirmación o negación. Estas son **Categóricas** cuando se enuncia en forma sencilla una afirmación o una negación dentro del Predicado con relación al sujeto y, **Modales**, cuando en el predicado se indica la manera como este le conviene al sujeto.

Son **Compuestas** las que tienen dos o más sujetos o dos o más predicados, estos, a su vez, pueden tener dos o más afirmaciones o negaciones.

1.1 LA OPOSICIÓN DE LAS PROPOSICIONES, SUS LEYES

Las proposiciones se clasifican según la **Cantidad** y la **Calidad**, lo primero tiene que ver con la **Extensión** del Sujeto y lo segundo, con la **Naturaleza del Predicado**, según lo que este diga del Sujeto. Tradicionalmente, la lógica ha representado en el siguiente cuadro la oposición de ellas, así:



Las proposiciones son **CONTRADICTORIAS**, cuando difieren en la **cantidad** y la **cualidad**. Se identifican en que **una afirma lo que la otra niega**, sin que exista término medio.

Las proposiciones son **CONTRARIAS**, cuando siendo **universales**, difieren solo en la **cualidad**, ya que **el predicado de una afirma lo que el de la otra niega**.

Las proposiciones son **SUBCONTRARIAS**, cuando siendo **particulares**, difieren en su **cualidad**, es decir en sus **predicados**.

Las proposiciones son SUBALTERNAS, cuando difieren solo en su **cantidad**, o sea, el sujeto de una es **universal** y el de la otra es **particular**.

La oposición expuesta, se sujet a las siguientes leyes:

1. Para las contradictorias (A-O) y (E-I) una es verdadera y la otra es falsa. La "verdad" de una, excluye a la otra, por lo que esta debe tenerse como falsa.
2. Para las contrarias (A-E) una es verdadera y a otra es falsa, o bien, ambas pueden ser falsas.
3. Para las subcontrarias (I-O) ambas pueden ser verdaderas, pero ambas no pueden ser falsas, o bien, una puede ser verdadera y la otra falsa.
4. Para las subalternas (A-I) y (E-O) ambas pueden ser verdaderas, ambas pueden ser falsas. Una puede ser verdadera y la otra falsa.

Los juicios pueden ser de materia necesaria, materia contingente y materia imposible, los primeros son aquellos cuyos conceptos llevan en sí su propia razón, los segundos son aquellos cuyos conceptos pueden existir o no, y los últimos son aquellos cuyos conceptos carecen de sentido por ser necesariamente falsos. Como consecuencia de la materialidad de los juicios acabada de expresar, las leyes de la oposición de las proposiciones producen distintos efectos, según sea el sujeto y el predicado de cada una de ellas. Las leyes de oposición de las proposiciones acabadas de ver, según la materia de los juicios funcionan así:

- A. CONTRADICTORIOS: en materia necesaria, el afirmativo es verdadero, el negativo es falso; en materia contingente, la particular es verdadera y la universal es falsa y en materia imposible, el negativo es verdadero y el afirmativo es falso.
- B. CONTRARIOS: en materia necesaria, la afirmativa es verdadera, la negativa es falsa; en materia contingente, ambas son falsas y en materia imposible. La negativa es verdadera y la afirmativa es falsa.
- C. SUBCONTRARIOS: en materia necesaria, la afirmativa es verdadera y la negativa es falsa; en materia contingente, ambas son verdaderas y en materia imposible, la negativa es verdadera y la afirmativa es falsa.

D. SUBALTERNOS: en materia necesaria, ambas son verdaderas si son afirmativas y ambas son falsas si son negativas; en materia contingente, la subalternada es verdadera y la subalternante es falsa y en materia imposible, ambas son verdaderas si son negativas y ambas son falsas si son afirmativas.

Conforme a lo definido como **RACIOCINIO**, la verdad plasmada en la conclusión, a su vez puede ser comparada con otra, si podemos elaborar conceptos a partir de ellas, a esto se lo llama “nivel de razonamiento abstracto”, el primer nivel viene dado por los conceptos, el segundo por el juicio sobre ellos y el tercero por el raciocinio que hagamos.

1.2 EL SILOGISMO.

Esta palabra en su etimología significa **contar, calcular**. PLATÓN la tomó como razonamiento en general y ARISTÓTELES le dio el significado de “tipo perfecto de razonamiento deductivo”. La teoría del silogismo fue inventada por el estagirita, desarrollada y debatida por los escolásticos en el Medievo, criticada por DESCARTES y de nuevo reestudiada en la actualidad, en donde se destaca el aspecto formal de ellos ya que su verdad no está en el contenido de lo que se dice sino en la corrección del mecanismo formal de la argumentación.

El silogismo se basa en tres principios:

1. El de la identidad, de este surge el de no-contradicción. Lo que es, es. A = A. una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo
2. El de tercero excluido. Una cosa es o no es. Entre dos cosas contradictorias no cabe término medio
3. El de razón suficiente. Todo o que es tiene su razón de ser. También, todo lo que es o sucede, tiene una causa.

El silogismo es una argumentación o raciocinio en el que de un antecedente que une dos términos a un tercero, se infiere una consecuencia que une esos dos términos entre sí. Lo que es lo mismo, a partir de dos proposiciones se hace necesaria una tercera, las dos primeras se llaman **premisas** y la última **conclusión**. Ejemplo: *Todos los animales son mortales. Los hombres pertenecen al reino animal. Luego, todos los hombres son mortales.* Obsérvese

que los conceptos “hombre” y “mortal” se unen en la conclusión porque en las dos primeras proposiciones o antecedentes estaban unidos al concepto de “animal”. Se destacan así los Tres términos esenciales del silogismo: el MAYOR que es “mortal”, el MENOR que es “hombre” y el MEDIO que es “animal”.

De cómo se encuentre colocado el TÉRMINO MEDIO surge lo que se ha dado en llamar la “**figura**” del silogismo, existen **cuatro** posibilidades de las mismas:

1. Que sea sujeto en la premisa MAYOR y predicado en la MENOR.
2. Que sea predicado en ambas premisas.
3. Que sea sujeto en ambas premisas.
4. Que sea predicado en premisa MAYOR y sujeto en la menor.

Estas ‘figuras’ se combinan con la disposición de las proposiciones según su cantidad y cualidad (A, E, I, O) dando origen a los “**modos silogísticos**”. Estos “modos” son 256 que resultan de la multiplicación de las cuatro figuras por las 64 maneras posibles de combinar las proposiciones en el ‘cuadro de oposición’. Ahora bien, de esos 256 “modos” **solo 19 son tenidos como válidos**, para recordarlos fácilmente, los escolásticos inventaron nombres que contienen las vocales que representan las proposiciones; así, el modo “BÁRBARA” tiene tres proposiciones universales afirmativas. Se anota que cada nombre nemotécnico posee siempre tres silabas. Por cada “figura”, los “nombres” son:

1. BÁRBARA, CELARENT, DARII, FERIO.
2. CESARE, CAMESTRES, FESTINO, BAROCO.
3. DATISI, DARAPTI, FERISO, FELAPTON, DISAMLS, BOCARDO.
4. CALEMES, BAMALIP, FRESON, FESAPO, DIMATIS.

Existen *ocho leyes o reglas para construir los silogismos y saber si la conclusión es verdadera o falsa*. De las mismas, cuatro se refieren a los términos y cuatro a las proposiciones, ellas son:

1. De los términos:

- A. Solo deben existir y constar tres términos.
- B. Los términos de la conclusión no deben tener mayor extensión que en las premisas.
- C. El término medio nunca aparece en la conclusión.
- D. El término medio debe ser universal a lo menos en una de las premisas.

2. De las proposiciones:

- A. De dos premisas negativas nada se puede concluir.
- B. De dos premisas afirmativas no se puede concluir negativamente.
- C. De dos premisas particulares nada se puede concluir.
- D. La conclusión debe estar acorde con la peor parte. Es decir que si una de las premisas es negativa, la conclusión debe serlo y si una de las premisas es particular, la conclusión, entonces, también debe serlo.

Podemos resumir estas leyes diciendo que para construir un silogismo correcto la premisa **mayor** debe ser **universal** y la **menor, particular**. Que el **sujeto de la mayor** debe ser **el predicado de la menor** y que el **sujeto de la menor** es el **sujeto de la conclusión**. Es admisible trocar o cambiar el orden de presentación de las premisas (no las premisas en sí) sin que por ello se altere el silogismo.

1.2.1 Los Juicios

Estos, según su materialidad, se clasifican en:

Necesarios: Cuando los conceptos llevan en sí mismos su propia razón.

Contingentes: Cuando los conceptos carecen de sentido por ser falsos intrínsecamente.

Las leyes de la oposición de las proposiciones según la materia de los juicios, nos dicen:

1. PARA LAS CONTRADICTORIAS A-O, E-I UNA ES VERDADERA Y LA OTRA FALSA.
2. PARA LAS CONTRARIAS A-E UNA ES VERDADERA Y LA OTRA FALSA, O AMBAS SON FALSAS.
3. PARA LAS SUBCONTRARIAS I-O AMBAS PUEDEN SER VERDADERAS, PERO NO PUEDEN SER FALSAS.
4. PARA LAS SUBALTERNA S-A-I, E-O AMBAS PUEDEN SER VERDADERAS, AMBAS PUEDEN SER FALSAS, UNA PUEDA SER VERDADERA Y LA OTRA FALSA.

1.2.1.1 Silogismo Hipotético.Son los que tienen una premisa mayor formulada como proposición hipotética, por lo que también reciben el nombre de condicionales. Solo si se dé la hipótesis o condición se dará lo supuesto o condicionado; están basados en el Principio de Razón Suficiente, que opera de dos formas:

- A. Puesta la razón, ponemos el razonamiento.
- B. Puesto el razonamiento, ponemos la razón.

En virtud de las leyes silogísticas, en lógica solo podernos usar la primera de las formas, por lo que el silogismo hipotético tiene solo dos modos posibles de elaborarse, que son:

- **PONENDO PONENS:** En el cual, establecida la condición en la **Premisa Mayor**, se AFIRMA dicha condición en la **Menor**, poniendo lo supuesto en el antecedente y colocando lo condicionado en la **Conclusión**.
- **TOLLENDO TOLLENS:** En el cual se NIEGA la condición en la **Premisa Menor**, rechazando el Consiguiente de la **Mayor**, negando también dicha condición en la conclusión.

Así, sus enunciados serían.

- **PONENDO PONENS:** De la verdad de la hipótesis se concluye la verdad de la conclusión, su fórmula es: **Si A es, B, es así que A es, luego B es.**
- **TOLLENDO TOLLENS:** De la falsedad de lo condicionado se concluye la falsedad de la condición. **Si A es, B es, es así que B no es, luego A no es.**

Las *Premisas de este tipo de silogismo* se construyen, conforme a lo visto, así:

- A. Lo **condicionado**. En la Premisa Mayor es **condición** de la menor. Si **A** es, **B** es; si **B** es, **C** es.
- B. La **condición** de la Premisa Mayor es lo **condicionado** en la menor. Si **A** es, **B** es; si **C** es, **A** es.

Las *Conclusiones* se forman así:

Si lo **condicionado** en la Mayor es **condición** de la Menor, en la modalidad PONENDO PONENS si **A** es, la conclusión **C** es. En la TOLLENDO TOLLENS, si **C** (conclusión) no es. **A** no es.

Si la **condición** de la Mayor, es lo **condicionado** en la menor, en la modalidad PONENDO PONENS, si **C** es, **B** es. En la TOLLENDO TOLLENS, si **B** no es, **C** no es.

Los siguientes ejemplos ilustran lo expuesto:

<u>FORMA A:</u>	<u>FORMA B</u>
PONENDO PONENS: Si el hombre es libre es responsable. Si es responsable, puede ser penado. Luego, si el hombre es libre, puede ser penado.	PONENDO PONENS: Si el hombre es libre es responsable. Si el hombre puede ser penado, es libre. Luego, si el hombre puede ser penado, es Responsable.
TOLLENDO TOLLENS: Si el hombre es libre es responsable. Si es responsable, puede ser penado. Si no puede ser penado, el hombre no es libre.	TOLLENDO TOLLENS: Si el hombre es libre es responsable Si el hombre puede ser penado, es libre. Si no es responsable, el hombre no puede ser penado.

Estos se denominan también HIPOTÉTICOS PUROS, porque ambas premisas son condicionales, pero existen los llamados HIPOTÉTICOS MIXTOS, donde solo la Premisa Mayor es condicional mientras que la Menor es categórica, por ejemplo:

PONENDO PONENS:

SI UN HOMBRE ES SABIO, PUEDE ACONSEJAR BIEN.

SE AFIRMA LA CONDICIÓN

ES ASÍ QUE JUAN ES SABIO

SE AFIRMA LO CONDICIONADO

LUEGO JUAN PUEDE ACONSEJAR BIEN

TOLLENDO TOLLENS:

SI UN HOMBRE ES SABIO, PUEDE ACONSEJAR BIEN.

SE NIEGA LO CONDICIONADO

ES ASI QUE JUAN NO PUEDE ACONSEJAR BIEN

SE NIEGA LA CONDICIÓN

LUEGO JUAN NO ES SABIO.

1.2.1.2 Silogismo Disyuntivo

Es aquel cuya Premisa Mayor es una proposición disyuntiva, luego, es un silogismo que plantea alterna de modo tal que si uno de los dos extremos de la disyuntiva se da, el otro no. *Están basados en el principio del tercero excluido.* Admiten dos formas:

- PONENDO TOLLENS: Se afirma en la Menor uno de los extremos de la disyunción de la Mayor y, en la conclusión, negamos el otro extremo. Su Fórmula es:

A es o B o C; A es C, luego A no es B.

- TOLLENDO PONENS: Se niega en la Menor uno de los extremos de la disyunción de la Mayor y, en la conclusión, afirmamos el otro extremo. Su Fórmula es:

A es o B o C; A no es C, luego A es B.

Los siguientes ejemplos nos ilustran al respecto:

PONENDO TOLLENS

ESTE FELINO ES MACHO O ES HEMBRA.
ES ASÍ QUE ES HEMBRA
LUEGO, ESTE FELINO NO ES MACHO

TOLLENDO PONENS

ESTE FELINO ES MACHO O ES HEMBRA.
ES ASÍ QUE NO ES HEMBRA.
LUEGO, ESTE FELINO ES MACHO

1.3 LA DEMOSTRACIÓN

Lo que llamamos “Demostrar” es ARGUMENTAR con silogismos apodícticos, donde las premisas son ciertas por lo que necesariamente la conclusión lo es. En la Retórica, ARISTÓTELES dice que “Demostrar” es PERSUADIR y en ella las premisas son silogísticas solo en la forma, porque el Silogismo que las relaciona en sí es dialéctico; de allí que entienda por “demostrar” el establecer la esencia de las cosas por medio de conocer sus causas y en un silogismo dialéctico la Premisa Mayor no es ontológicamente cierta. Hoy, CARNAP entiende por demostración una secuencia de enunciados tales, que cada uno de ello es un enunciado primitivo, o bien, es directamente derivable de uno o más enunciados que lo preceden en la secuencia.

En lo que al derecho respecta, esto es básico, ya que la valoración de las pruebas y la elaboración de la sentencia son imposibles si no se

sabe hacer el o los silogismos adecuados para la resolución del caso; empero, estos silogismos son dialécticos y no apodícticos.

La demostración lógica o formal, que aquí es la que consideramos, se clasifica en **directa** e **indirecta**. La *primera* es la que “muestra” la verdad de una cosa basándose en la cosa misma, constructivamente, por medio de establecer como premisa mayor el principio que me sirve de fundamento del argumento; como premisa menor, aquello de lo cual pretendo establecer el principio como calidad o atributo y la conclusión no es más que la afirmación acerca de que el predicado de la premisa mayor le conviene o se ajusta al sujeto menor. La *segunda* es la que “muestra” la “verdad” de una cosa no basándose en la cosa misma, no constructivamente, ya que **no existe un principio que me sirva de fundamento evidente, o bien, no puedo usar el principio corno predicado de lo que deseo demostrar**. La “Demostración Indirecta” usa dos técnicas:

- A. La de establecer la falsedad de la **contradicторia**.
- B. La **reducción al absurdo**, donde se establece una “conclusión” específica a partir de ciertas premisas y al mismo tiempo se enumeren todas las posibles “conclusiones” que las mismas premisas puedan arrojar como **contrarias**; si las contrarias son falsas, entonces lo que se quiere demostrar es **verdad** por aplicación del principio del tercero excluido.

Existen otros modos de Argumentar indirectamente donde **no probamos lo que consideramos verdad**, sino que procurarnos “destruir” la argumentación del contrario por medio de:

1. Probar que la afirmación adversaria es “negativa” es decir que **no prueba o que desea probar**. En este caso el argumento que se use debe concluir negativamente.
2. Emplear el argumento **ad hominem**. Es decir, fingir que se aceptan el o los argumentos del adversario para luego refutarlos uno a uno,
3. **Retorcer** el argumento del adversario, **convirtiendo** en falso lo que el mismo tiene como **verdadero**.

Existen otras formas de argumentar para demostrar algo, tales como el empleo de las denominadas formas particulares” del silogismo, llamados “imperfectos” por los escolásticos, ya que tienen menos o más de tres proposiciones sin que por ello no sean correctos. Estos silogismos son:

1. ENTIMEMA, donde se omite una premisa por que se sobreentiende con facilidad.
2. EPIQUEREMA, cuando una o ambas premisas se acompañan de la prueba.
3. POLISILOGISMO, es aquel donde hay varios silogismos encadenados de tal forma que la conclusión del primero es la premisa mayor del segundo, la conclusión del segundo es la premisa mayor del tercero y así sucesivamente.
4. SORITES, existen varias proposiciones encadenadas de modo que, el predicado de la primera es el sujeto de a segunda, el predicado de a segunda es el sujeto de la tercera y, así sucesivamente hasta llegar hasta a la conclusión, donde su sujeto es el de la primera proposición y su predicado, el de la última. Se le conoce como SORITES ARISTOTÉLICO, su fórmula es: A es B, B es O, O es D, luego A es D. Existe otra forma de SORITES, atribuida a GODENIO, por lo que se llama “Sorites Godémico” y consiste en que existen varias proposiciones encadenadas tales que, el sujeto de la primera es el predicado de la segunda, el sujeto de la segunda es el predicado de la tercera y, así sucesivamente, hasta llegar a la conclusión, donde el sujeto de la última proposición es el sujeto de esta y el predicado de la primera es el predicado de la conclusión. Su fórmula es: A es B, O es A, D es O, luego D es B.
5. DILEMA: consiste en una proposición disyuntiva contenida en la Premisa Mayor presentada de tal forma, que sea cual fuere el extremo que se escoja por parte de aquel a quien va dirigido, este queda en una posición insostenible o, ve su tesis refutada por inconsistencia en su elaboración dado que de cualquiera de los extremos de la disyunción se saca la misma consecuencia, por ello se le tiene como un argumento de dos filos o borce. Esta es su fórmula: A es o B o C, si B es, D es. Luego, sea A, B o C, siempre es D. Los dilemas deben reunir dos condiciones para que produzcan el resultado deseado: A) que la disyunción sea completa. B) que

la conclusión, común para cada extremo, sea la única posible que deba inferirse. Si no es así, el dilema puede ser “retorcido”.

1.3.1 EL SOFISMA: Esta palabra etimológicamente proviene de SOFÍA (sabiduría) por lo que debería significar “raciocinio pleno de sabiduría”; empero, por ironía burlesca, sofisma significa “**argumento falso**” ya que necesariamente conduce al error. Esto en razón a que como los sofistas (siglos V y IV a. de O.) se autodenominaban “sabios”, al constatarse que su preparación intelectual era deficiente por parte de SÓCRATES, según nos relata PLATÓN y luego lo afirmase ARISTÓTELES, se tenían como mentirosos o errados sus juicios y conclusiones. Los sofismas o argumentos falsos se clasifican así:

A. DE PALABRAS, estos a su vez son:

1. El juego de palabras, donde ingeniosamente se acomodan para que se escuchen sonoramente, causen impresión, pero no contengan mensaje alguno.
2. El equívoco, cuando a un término se le da un sentido que no tiene pero parece que sí.
3. El ambiguo, llamado también anfibología, porque se pueden entender de dos modos, cada modo es en sí una proposición distinta a la otra.
4. El de composición, cuando unas cualidades o atributos que solo se pueden aplicar por separado, se toman en conjunto, presentándose como uno.
5. El de separación, llamado también de división, es el contrario del de composición y se da cuando unas cualidades que solo se pueden predicar de algo o alguien en conjunto, se toman separadamente.

B. DE COSAS, cuando a falsedad reside en el mismo concepto empleado. Estos son muchos, de hecho no están totalmente clasificados, por lo que debemos estar siempre avizores, inadvertidamente pueden ser empleados contra nosotros. Los más conocidos son:

1. **Petición de principio**, que consiste en dar por probado lo que se pretende probar. Una forma particular de este sofisma es a de dar algo por cierto “metiendo lo definido en la definición”.
2. **Círculo vicioso**, ocurre cuando debiendo probar dos proposiciones (para formar un epíquerema), que llamaremos A y B, pretendo probar la A por la B y la B por la A. en si no hemos probado nada. La mayoría de las veces los círculos viciosos se convierten en petición de principio.

C. DE IGNORANCIA DEL ASUNTO, llamado de elenco o ignorancia simulada. Estos son:

1. Cuando se finge ignorar (algunas veces realmente se ignora) lo que se discute o se trata,
2. Cuando se hace decir, o se pone en boca de la contraparte, lo que nunca se ha dicho.
3. Cuando de modo disimulado se mezclan la verdad y el error.

D. DE FALSA CAUSA, acontece cuando se señala como razón o causa de algo o que en si no es.

E. DE ACCIDENTE, se comete cuando se tiene por necesario lo que solo es un accidente en aquello de lo cual pretendemos afirmar o negar algo.

F. DE METÁFORA, cuando se toma la figura base de esta modalidad tropo retórico, como realidad, es decir la imagen base de la metáfora reemplaza al objeto.

G. DE PREGUNTA COMPLEJA, en el que se mezclan, confundiéndolas, varias preguntas en una, para que el adversario las conteste todas de modo integral o global, con un **Sí** o un **No**, siendo que no es posible; ya que necesariamente deben contestarse por partes.

En resumen, todos los sofismas son de modo encubierto, *silogismos de cuatro términos*, menos el de PETITIO PRINCIPII que se hace con dos. Todos violan la primera de la reglas de estos.

1.4 LA METALÓGICA

Este es metalenguaje, donde podemos hablar y ocupamos de entender el lenguaje de la lógica. Como metalenguaje es, al igual que todos lo que existen, tridimensional. Esta tridimensionalidad es sintáctica, semántica y pragmática.

Los metalenguajes son lenguajes que nos permiten hablar de otro lenguaje: el “concepto” de lenguaje no coincide aquí con el corriente o usual, sino que se refiere a uno que nos posibilita entender otro ya existente. La lógica necesita de la Metalógica para conferir un sentido a la expresión “es verdadero”, puesto que el concepto de “verdad” (Cap. II) como “rectitud” sin tener en cuenta la realidad en correspondencia con lo pensado, elaborado por los griegos, era solo formal.

“Es verdadero” es un **predicado metalógico**, a la par que es un **predicado semántico** por lo que al usarse en un metalenguaje lógico pasa a ser un predicado metalógico empleado en su significación semántica. La lógica formal dio origen a “paradojas semánticas” irreductibles dentro de su propio lenguaje, tal como a famosísima de EPIMENIDES. EL CRETENSE. Se enuncia así: EPIMENIDES dice: “*Todos los cretenses son mentirosos*”, como EPIMENIDES es de Creta, miente, luego su afirmación es verdadera y si no miente, su afirmación es mentira, porque existe un único cretense que no miente, él. Por consiguiente estamos frente a una paradoja EPIMENIDES **miente cuando dice la verdad y dice la verdad si y solo si miente**. Este es un metalenguaje lógico o “Metalógica”, por medio de él, la paradoja es reductible, es decir superable o solucionable al decir: EPIMENIDES, el cretense, afirme que no miente, cuando asevera todos los cretenses son mentirosos” así, la afirmación se tiene como “verdad” puesto que es ‘verdadera’ como tal, en cuanto es susceptible de comprobación. Esta paradoja se repite en las afirmaciones que en lógica formal se niegan a sí mismas, por lo que se debe recurrir a un metalenguaje.

1.4.1 Metalógica Jurídica

El derecho, como estructura en sí y como función (ya que debe cumplir un cometido) comprende las tres dimensiones de un metalenguaje que es en sí mismo lógico. Estas dimensiones se deben comprender en el horizonte específico configuradas por las formas, los significados y los usos de los conceptos jurídicos. *La sintaxis jurídica se concentra en la exploración lingüístico-formal del derecho, es decir, la conformación de los enunciados*

jurídicos sin considerar su aspecto semántico particular. Lo semántico acaece cuando las expresiones sintácticas deben reemplazarse por las personas y situaciones concretas de un caso a resolver, fijando la definición de los conceptos usados por el lenguaje jurídico.

En estas dos dimensiones siempre debemos tener en cuenta que **las proposiciones jurídicas son o normativas o enunciativas**. Las primeras son el conjunto de reglas imperativas, las segundas son “juicios de experiencia” que describen situaciones particulares y condiciones fácticas. **Las normativas no son ni verdaderas ni falsas**, sólo validas o no, exequibles o no, obedecidas o no; no deben comprobarse o refutarse por medios empíricos, sino que solo se verifica su vigencia y su permanencia al referidas a la constitución y a los criterios hermenéuticos propio del sistema jurídico vigente. **Las enunciativas si son o verdaderas o falsas**, en el sentido lógico--semántico, están expuestas a su contrastación falsacional por vía probatoria o experimental; **restringida dicha contrastación al periodo probatorio procesal**. Si el contenido conceptual de una proposición enunciativa coincide con algo empírico-real, el enunciado es verdadero y si no, es falso.

La pragmática jurídica es la relación que se da entre los símbolos del lenguaje legal (y jurisprudencial) y quienes los usan, tales como los magistrados, el legislador, los tratadistas, los profesores y los estudiantes de Derecho, los litigantes, en suma, **los sujetos del conocimiento jurídico**. Estos sujetos emplean el lenguaje del derecho para construir su propio marco referencial en una incesante poesisis que lleva en últimas a construir la realidad jurídica por medio de la sustantivación objetivante; **tal proceso implica transformar la realidad del mundo por la acción del discurso** de dichos símbolos, generando una cosmovisión jurídica por parte de la sociedad. Comprender al derecho implica necesariamente reconocer los límites de lo sintáctico, lo semántico y lo pragmático usar la propedéutica adecuada para separar de forma idónea la estructura formal de lo normativo y poseer la información necesaria y suficiente para no confundir lo semántico de la norma con los enunciados factuales que obran en el espacio de lo que debe probarse.

Igualmente, la pragmática jurídica, plasmada en las sentencias debe corresponder con las exigencias contenidas como requisitos de manipulación conceptual en las dimensiones sintáctica y semántica. La sintaxis incide en la

semántica facilitando o dificultando el llegar a la significación, máxime si ella misma, en términos lógicos, confunde, creando así situaciones ininteligibles al originar una semántica defectuosa.

1.5 LA ABDUCCIÓN EN EL DERECHO

“Considerar los efectos que tu concibes en el objeto de tu concepción que pudieran tener importancia práctica. Entonces tu concepción de esos efectos es la Totalidad de tu concepción del objeto”.

CHARLES S. PEIRCE

Esta frase de *PEIRCE*, nos introduce en uno de los aspectos más apasionantes de la Lógica y por ende, del razonamiento humano. Los juicios son posibles de hacer, gracias a que existen los conceptos puros a nivel del entendimiento, organizados por categorías, a cada una le corresponde un juicio. Están organizados por “tablas de juicios” y las citadas categorías son la herramienta lógica más importante.

Los juicios, conforme se vio permiten el raciocinio o razonamiento (silogismos) y es así y solo así como el entendimiento humano puede ir más allá del conocimiento inmediato de los entes en general; si esto no fuese así, el ser humano no se podría desprender de lo conocido solo por la simple inmediatez sensorial. Lo acabado de decir implica que el hombre tendría facultad de prever y su racionalidad sería nula al igual que nunca podría verificar regularidades entre distintos fenómenos y resignarse a que los hechos sensoriales captados son discontinuos y de ocurrencia azarosa.

KANT al establecer lo que llamó “**juicios sintéticos a priori**”, que se caracterizan por ser extraídos de la experiencia y poseer un estructura lógico-formal, ya “**prefigurada por el entendimiento**”, supera, la en su época vieja discusión entre el racionalismo y el empirismo. El primero sostenía que el conocimiento se debe solo a la razón y el segundo solo a la experiencia sensible. Lo supera al reunir lo esencial de dichas posturas, después de una crítica de extremo rigor y afirma que la base del conocimiento humano, **empieza en la experiencia**, pero se fundamenta en unas “categorías lógicas” que se encuentran, **a priori**, en el entendimiento. Así, la llamada “objetividad del conocimiento” queda garantizada al tener todos los seres humanos dicha

estructura básica de tipo cognitivo. Es más, así es como se hace posible el trasmitir y el compartir los conocimientos adquiridos intersubjetivamente.

Entendiendo esto así, la **médula o eje básico del conocimiento es el JUICIO ya que es solo por medio de él que podemos afirmar si un ente es o no es y si es, como existe**. Para captarlo mejor, debemos referirnos al problema de la causalidad en cuanto que la filosofía debe determinar la naturaleza misma del denominado “**nexo causal**”. Para los empiristas, al poseer la causalidad como su base, los juicios sintéticos, es decir empíricos, no tiene el carácter de necesidad y para los racionalistas, la base de la causalidad está en el carácter de necesidad de la efectividad de las leyes científicas.

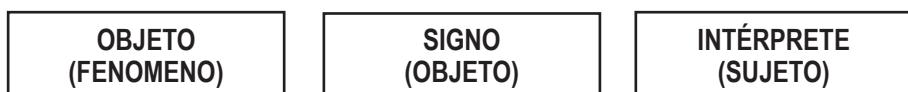
KANT afirmó ante este aspecto que la **causalidad es una categoría o concepto puro** del entendimiento humano por lo que en sí mismo es un a priori y adquiere así una fuerza o vínculo entre acontecimientos que se suceden en una línea o proceso. Como a priori es universal y así, los juicios basados en esta categoría no obstante ser sobre objetos dados por la experiencia sensible son, al mismo tiempo “a priori” y de allí su nombre “**juicios sintéticos a priori**”. Será CHARLES S. PEIRCE el que *estructure una teoría que dé cuenta de un procedimiento por el que se puede llegar a la obtención de hipótesis científicas o bien, que hagan avanzar el conocimiento*. Además, él descubre las estructuras lógicas que hacen posible el **contexto de descubrimiento**, ofreciendo una solución al problema de la causalidad como inducción, aclarando la validez o fuerza de vinculación del procedimiento para obtener hipótesis.

Con el trabajo de PEIRCE podemos comprender porque en el DERECHO (y en otras áreas) **se encuentra una confusión en torno a la comprensión de las estructuras lógicas en medio de las cuales se obtienen las hipótesis que expliquen porque suceden algunas cosas y los juristas no lo perciban**. PIERCE da origen a lo que algunos llaman el “**pragmatismo peirceano**”. Tal pragmatismo hace de la lógica su eje básico, puesto que PEIRCE quiso siempre crear un método científico común a lo que su época entendía por ciencias, que fuese “válido” y “firme” para generar hipótesis aceptables en cada una de las ciencias donde se hiciesen. El encuentra que existe una clase de inferencia distinta a los muy conocidos de la educación y de la inducción, este nuevo tipo lo denominó ABDUCCIÓN y es capaz de generar conocimiento nuevo por lo que **se considera la lógica del descubrimiento de las ciencias**.

Para él, la deducción y la inducción son formas de razonamiento que sirven para probar sin una hipótesis es verdadera o no.

Ahora bien, la inferencia lógica llamada abducción supone que existe un continuo flujo de experiencias solo captando por conceptos; esto nos ubica en el añejo asunto del “problema de los universales” y la disputa entre realistas y nominalistas, PEIRCE para superar todo esto, establece un “**realismo epistemológico**”, donde los conceptos son **signos** que tienen existencia real y por lo tanto independiente de la mente ya que **señalan la existencia de la cosa** y no sus cualidades o atributos. Estos “signos” son una suerte de puente o enlace entre los objetos y el sujeto, con lo que ruptura de la modernidad a la relación sujeto – objeto se supera.

Como el **signo** es palabra, el enlace es lingüístico. Empero, los **signos** no muestran el fenómeno de modo total, sino solo uno o varios aspectos que le conciernen y son fundamento o esencia; de allí que este “**signo**” debe ser interpretado por **otro signo**, el **INTERPRETE** que lo compara con los “**signos interpretantes**”, con lo que se da una relación estrechísima entre los conceptos que tengamos y la realidad objetiva o más allá de la mente. Al abducir, la hipótesis debe permitir el control experimental, o deductivo, o inductivo de los fenómenos y que los mismos se pueden explicar por una teoría capaz a su vez de describir objetivamente las relaciones entre tales fenómenos. Lo representamos así:



CON LO QUE LA “VERDAD” ES EN SÍ UN MERO CRITERIO DE ADECUACIÓN Y NADA MÁS.

Si el signo es un concepto (lo más general) que siempre se corresponde con la realidad, necesariamente opera en dicha realidad, para ello la hipótesis es una abducción y la comprobación de ella, una deducción. Así, la teoría concuerda con la experiencia y de **modo causal** es eficiente ya que nos permite prever el acaecimiento de efectos, es decir se vuelve predictiva. La máxima del pragmatismo de PEIRCE es: “*El signo general es operativo con la realidad, esto significa que la totalidad de nuestra concepción del objeto esta ya dada por nuestra concepción de sus efectos*”.

Esta máxima sirve de soporte al neologismo “SINEGISMO”, creado por el propio PEIRCE, a partir del vocablo griego SINEGES, que significa “algo que es continuo o ininterrumpido”, como el flujo de una corriente. Tal neologismo designa **a la realidad como flujo de acontecimientos continuos que por estar siempre fluyendo, no son aprehensibles de modo total por el hombre**. El SINEGISMO sostiene que nunca conoceremos dicho flujo en su totalidad, pero que el hombre no está impedido para aprehender verdades. La reflexión anterior lleva a otra, la de que el **conocimiento de una realidad que es en sí un flujo constante, solo es posible por la continuidad del pensamiento**. Tal continuidad no es más que un enlace de conceptos, uno de estos lleva a otro y así sucesivamente.

La lógica de PEIRCE nos permite una comprensión satisfactoria del mundo donde PENSAR se entiende como una acción que busca hipótesis que permitan explicar los hechos sorprendentes. Tal acción es un procedimiento de inferencia (lógico). Este proceso es posible por la función que desempeñan los pensamientos-signos, Estos no solo se conectan con el pensamiento si no que se adecuan con los fenómenos, con lo que cada cosa fenoménica es el objeto de cada signo o su “SUPUESTO”, aquello por lo cual existe en sí el signo; pero como la cosa NO es revelada por el signo en su totalidad, sino solo en algunos de sus aspectos, tal particularidad es en sí el “FUNDAMENTO” del signo.

PEIRCE afirma que el FUNDAMENTO (ground) no es una cualidad del objeto de la mente, sino que es un objeto de la conciencia que determina como se constituye o se conforma el signo. ¿Cómo es la inferencia abductiva? Su forma es:

- Se observa el hecho sorprendente, F
- Si A fuese verdad, F sería lo usual.
- Luego existe razón para sospechar que A es verdad.

En la deducción vamos de lo más general, una regla o norma. Luego viene el caso y la conclusión o resultado. En la inducción vamos del caso o lo particular, luego establecemos el resultado y por último lo más general. *En la abducción partimos del resultado (particular), luego establecemos la norma o regla y por último el caso o resultado (particular)*. KAUFMANN, en su “Filosofía del Derecho”, lo ilustra así:

Deducción:

Todos los frijoles de este costal son blancos. (Norma o regla)
Estos frijoles son de este costal. (Caso)
(Luego) Estos frijoles son blancos. (Resultado)

Inducción:

Los frijoles (a, b, c, d, e) son de este costal. (Caso)
Estos frijoles son blancos. (Resultado)
(Luego) Todos los frijoles de este costal son blancos. (Norma o regla)

Abducción:

Estos frijoles son blancos. (Resultado)
Todos los frijoles de este costal son blancos. (Norma o regla)
(Luego) Estos frijoles podrían ser de este costal. (Caso)

1.5.1 ABDUCCIÓN Y RAZONAMIENTO ANALÓGICO

Abducción significa “*llevar de un lado a otro*”, por ello, es **una conclusión que parte del resultado**, y, así es como se aplica al Derecho, produciendo una creación del mismo con base en el resultado, lo que la hace sospechosa y deleznable. Sin embargo, **cada subsunción está siempre precedida de una abducción**, lo que acontece, dice KAUFMANN, que los juristas se tornan muy versados en la argumentación jurídica y subsumen tan rápido y casi sin reflexionar, que terminan abduciendo sin ser conscientes de ello. Por ejemplo, quien comete un “robo” amenazando a la víctima con un frasco lleno de ácido, cualquier juez tiene ante esto la “**claridad**” de estar frente a un HURTO AGRAVADO ya que el uso del ácido en el contexto del caso lo convierte en un arma. Esta es una “Pre Comprensión” y ella es el punto de partida de abducción, obsérvese que parte de una “conclusión” que es en sí un resultado NO definitivo que actúa como una “hipótesis de trabajo”

Dicha hipótesis es la que permite por medio del discurso argumentativo, alcanzar usando un método, el resultado final. **Este resultado final siempre coincide con la hipótesis**, ya que “resultado no definitivo” y “resultado final” terminan siendo uno solo. Empero, la Pre Comprensión hermenéutica no equivale a un prejuzgamiento, sino a una operación de la razón humana frente a las peculiaridades interpretativas del derecho, donde la pre comprensión es

el SENTIMIENTO QUE DEL DERECHO tiene el operador jurídico y suministra la base del proceso Abductivo.

Cabe señalar que el “resultado no definitivo” y el “resultado final” tienen muy en cuenta, que una CONCLUSIÓN a partir del resultado es en sí misma insegura, que el silogismo Abductivo solo genera afirmaciones problemáticas donde en cualquier instante y de cualquier modo dicha inseguridad se pone de presente. Lo anterior exige que la pre comprensión y el sentimiento de derecho estén expectantes para aceptar las correcciones necesarias. CHARLES S. PEIRCE, quien crease el concepto de abducción y teorizase sobre él, afirma que la abducción precede a la inducción ya que en el razonamiento analógico las fases o etapas inductivas son eficaces pero acaecen simultáneamente y no una primero y otra después. Así, el razonamiento analógico es un simple “proceso circular” ya que la abducción “encuentra” hipótesis y la analogía “trabaja” con hipótesis que el operador encuentra primero abductivamente.

Al decir de KARL OTTO APEL, citado por Kaufmann en su obra “Filosofía del Derecho”, “*El destacado significado (de PEIRCE) se encuentra en que él, sobre pasando a Aristóteles y a Kant, desarrolla una lógica y una ontología de las “relaciones”*”. Para el semiótico italiano UMBERTO ECO, la abducción “es la más atrevida de las conclusiones, de ella se sirven los detectives (*Sherlock Holmes, Edgar Allan Poe*), para rastrear la sospecha”. LORENZ SHULZ, citado por Kaufmann, sostiene que por medio de la abducción se puede verificar la obtención de indicios, en el sentido del Derecho Procesal Penal, por ello, para realizar una actuación penal **debe existir** y constar un grado de sospecha sobre la comisión de un delito por parte de cierta persona. Obtener indicios es muy similar a la búsqueda de pistas por los detectives, ya que en ambos casos se trata de obtener “*hipótesis de trabajo*”, pero, formalizar una conclusión abductiva es labor difícil y ardua.

1.5.2 LA ANALOGÍA

En Derecho, la analogía es una “técnica de interpretación y aplicación de la Ley” y se subdivide en INTERPRETACIÓN ANALÓGICA y APLICACIÓN ANALÓGICA, por tal motivo, la primera es llamada “ANALOGÍA IURIS” y la hace motu proprio el operador jurídico, la segunda se llama “ANALOGÍA LEGIS” y la ordena hacer el legislador, Operan ambas frente a los llamados

“vacíos de la Ley” y básicamente consiste en amoldar un caso a una norma de tipo casuístico, que sea lo más parecido posible al caso que queremos solucionar. El procedimiento de comparar los casos se hace frente a un marco referencial muy complejo (la teoría jurídica), para que dicha comparación permita equiparar lo más conocido con lo menos conocido y luego atribuirle a este último las características (en sí mismas, cuestionables) del primero.¹⁷⁴

La escogencia del **TERTIUM**, determina de antemano el resultado, resultados que pueden ser opuestos, tales como la aplicación analógica o la imposibilidad de la analogía. La analogía, vista así, **actúa circularmente**, ya que al mismo tiempo es caso, norma o regla y resultado, en virtud de que todos entre sí se condicionan de manera mutua. Empero, el razonamiento analógico adopta los ropajes de la inducción y de la deducción, enmascarando lo que es, una abducción que permite, a pesar de todo, la **CREACIÓN DE DERECHO**. Conceptualizando así el proceso analógico, la **ABDUCCIÓN SE INTEGRA CON LA PRECOMPRENSIÓN HERMENÉUTICA**. Esto es así muy importante, ya que es el propio derecho quien toma conciencia de sí mismo en sus propios procesos de creación con base en el lenguaje.

ARISTÓTELES en su “Retórica” nos dice que la analogía es una suerte de deducción e inducción, se comienza desde el caso (lo particular) a lo general y luego, se deduce de lo general a otra particularidad. El estagirita ignoraba la abducción y durante siglos la situación se mantuvo así, incluso, ni la mente aguda de KANT se refirió a esto. Solo fue PIERCE quien reveló o hizo visible la abducción a los lógicos, acostumbrados desde la antigüedad griega a usarla inconscientemente. Hoy se reconoce que todas las áreas del saber humano usan la analogía y dentro del Derecho debe dejar el insignificante papel de “llenar los vacíos de la ley” y ocupar un sitio predominante ya que los procesos de conocimiento humano por estar encaminados a contenidos, no

174 Así las cosas, la validez del mecanismo analógico depende de dos factores, KAUFMANN, en su obra citada nos dice: “En primer lugar, se deben presentar en lo posible muchos casos para ampliar la base de la comparación. El jurista hace esto incluso con fervor, sin ser conscientes muchas veces, de que ello establece analogía. En segundo lugar, la validez de la analogía depende, esencialmente, de la elección del punto de comparación (*tertium comparationis*) y de la determinación de las características comparadas. La determinación del punto de comparación se basa no tanto en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una decisión y, por lo tanto, en un ejercicio de poder, porque en la mayoría de los casos ocurre, incluso, sin que medie reflexión”.

pueden evadir la circularidad, dado que “**la referencia original de expresión y expresado, de lenguaje y cosa nombrada en el lenguaje**” (KAUFMANN), es el propio lenguaje. Queda claro que la circularidad de la abducción es permisible (e inevitable) porque no es un “círculo vicioso” o un “círculo de la prueba”, es un “**círculo hermenéutico**” y este último conforme a HEIDEGGER y GADAMER es “*una condición transcendental del entendimiento*” que actúa así, holísticamente, ya que comprende la parte a partir del todo y el todo a partir de sus partes, de modo simultáneo. El proceso interpretativo NO es un mero catálogo de herramientas interpretativas como lo pensó e impuso el derecho de la modernidad, es todo esto y más, ya que los “Argumentum a Contrarii”, tienen idéntico esquema que el de la analogía y el “tertium comparationis” es similar a esta.

1.6 CAMPOS DE ESTUDIO DEL DERECHO:

TOMADO DE ARTHUR KAUFFMANN. *Pensamiento jurídico contemporáneo* cap.1; Madrid, debate, 1992.

AMBITO DE ESTUDIO	DOGmatica JURIDICA	TEORIA Gral. DEL DERECHO	FILOSOFIA DEL DERECHO
OBJETO DE ESTUDIO	Proposiciones analíticas. Prop. Descriptivas. Prop. Normativas.	Positivismo jurídico. Realismo jurídico. Iusnaturalismo.	Tesis de la preparación. Tesis de la interrelación. Tesis de la vinculación.
CONCEPTO DE VALIDEZ	Eficacia y vigencia.	Fuente de validez de la norma.	Justicia.
CLASES DE PROBLEMAS	FENOMENOLÓGICOS Condiciones reales de existencia.	ONTOLÓGICOS Estructura interna de la norma.	DEONTOLÓGICOS El deber ser de la norma.
CARGA COGNITIVA DE LA RELACION	Interpretación del juez.	La norma. Claridad proposicional del enunciado.	El portador del derecho lesionado o su representante.
HERRAMIENTA DE RAZONAMIENTO	Silogismo jurídico.	Deducción. División del poder y jerarquía de la norma.	Principios Morales.
INVESTIGACION JURIDICA	Subsumir el caso particular en la norma (técnico).	Empírica. Establece el supuesto jurídico como un Hecho/ Acto jurídico.	Los valores que inspiran la norma.
ESTUDIO DE CASOS	Definición de obligación- mayoría de edad- formalismos de los contratos.	Conflictos jerárquicos de la norma, Jurisdicción y Competencia.	Simulación – Abuso del Derecho.
EJERCICIO DE LA RAZON	INSTRUMENTAL (Abogados)	COGNITIVA (Jurista)	PRÁCTICA (Filosofo del Derecho)
METODO FILOSOFICO	Filosofía hermenéutica.	Filosofía analítica.	Filosofía moral y política.
PERPECTIVA DEL SISTEMA	Inmanente al sistema.	Formalista del sistema.	Trasciende al presente.
ERRORES	DOGMATISMO	CIENTIFICISMO	FILOSOFISMO

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

ALEXI, Robert (1993): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

----- El Concepto y la Validez del Derecho. 2^a. ed. Gedisa: 2004.

----- Epílogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales: En Revista Española De Derecho Constitucional. 66.

ARANA Montoya, E. (2006): *El juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional y sus antecedentes*, Revista Universidad Libre, No. 15. 2006.

ARANGUREN, José Luis. Ética Política. Ediciones Orbis. 2^a Edición, 1985, 250 Pág.

ARAUJO Rentería, J. (2004): *El derecho Fundamental a la Igualdad: Precisiones*. Bogotá, Corporación Universitaria Republicana.

----- (2006): *Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales*. Crítica, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, No. 20062.

ARISTOTELES, la Política, Editorial Prometeo, Edición sin número y año, 205 p.

ATIENZA, Manuel (2005): *Las Razones del Derecho*. México, Universidad autónoma de México.

BERNAL Pulido, C. (2005): *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

----- El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1^a edición, 2009, 397 Pág.

----- El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3^a edición, 2007, 883 Pág.

BONILLA Maldonado, Daniel, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006.

CICERON, Sobre las leyes, Editorial Ariel Universal, 1^a edición, 1974, 142 p.

DE OTTO, Ignacio. La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el art. 51.1 de la Constitución. En De Otto y Martin Retortillo. 1988, Derechos Fundamentales y Constitución. Madrid: Tecnos. 1988.

DUVERGER Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, editorial Ariel. 5^a Edición.

----- Los partidos políticos, Editorial Ariel, 5^a Edición.

----- Sociología Política, Editorial Ariel, 3^a Edición

DWORKIN, Ronald, (2002): *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

GAVARRA DE CARA, Juan. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994.

GIRALDO Ángel, J. (1985): *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Bogotá, Librería del profesional.

GUASTINI, Ricardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en *Interpretación Constitucional*, Tomo I, Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, 2005, pp. 653 a 672.

HUBER Heinz y MÜLLER Arthur. El Tercer Reich en Fotografías y Documentos—1939 a 1945, Editorial Plaza y Janes, 1967, Dos Tomos.

HOFMANN, Hasso, *Filosofía del derecho y del Estado*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1^a. Edición.2002. 279 Pág.

IBAÑEZ P. Alexy, R. (2006): *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: Universidad Nacional autónoma de México.

JIMENEZ Campo, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Madrid: Trotta: 1999.

KELSEN, Hans. (1982): *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad autónoma de México.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1^a. Edición en Español, de la 2^a edición alemana.1999. 655 Pág.

LOCKE, John. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ediciones Orbis S. A. 1^a Edición 1985, 156 Pág.

LÓPEZ Calera, Nicolás, *Teoría del derecho*, Granada, Editorial Comares, 2000.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 1 y 2 edición, Bogotá, Legis, 2000, 2006. “Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional” en *Interpretación Constitucional, Tomo II*, Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel, 2^a Edición. 1^a Reimp. 1982, 610 Pág.

MAGALONI, Ana Laura, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001.

MARTÍNEZ Roldán, Jesús y FERNÁNDEZ Suárez, Jesús, *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.

MERCADO Pérez David, *Manual de Teoría Constitucional*, 1^a. Edición, Rodríguez Quito Editores, 2008, 376 Pág.

----- La Interpretación en el Derecho, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de Unicartagena. 1^a. Edición, 2002. pp. 44 a 60.

----- Grabaciones de sus clases y Working Papers elaborados a partir de las mismas.

OST, François y Van de KERCHOVE. Michael. *Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*. Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, 1^a Edición. Sin año. 399 Pág.

PERELMAN, Chaïm. (2006): *El Imperio Retórico. Retórica y Argumentación*. Bogotá, Norma. 1^a Edición, Editorial Norma, 1997, 214 Pág.

PRIETO Sanchís, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto, Madrid, 1991.

----- Diez argumentos a propósito de los principios. En Pietro Sanchís 1998. Ley Principios Derechos. Madrid: Dykinson: 2003.

RODRIGUEZ, César, "Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin", en *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1997.

RODRÍGEZ, Ramón, *Hermenéutica y Subjetividad*. Madrid, Edit. Trotta, 1^a Edición, 1993. 110 Pág.

SCHWABE Jürgen, Compilador. Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Konrad Adenauer Stiftung y Ediciones Gustavo Ibáñez. 1^a edición, 2003.

UPRIMNY Yepes, Rodrigo y RODRÍGUEZ, Andrés Abel, *Interpretación judicial*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

----- *Curso de actualización en derecho constitucional e interpretación jurídica* (material del curso), De justicia y Universidad Icesi, Cali, abril de 2006 (mimeo).

WINKLER, A, (2006): "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, 59, p. 793-891, UCLA School of Law Research Paper No. 06-14. Traducción de XIMENA ESPINOSA TORRES, con suficiencia en inglés.

WOLFE, Christopher. La Transformación de la Interpretación Constitucional. Trad. María Gracia Rubio De Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.

ZAGREBELSKY Gustavo. El Derecho dúctil. Madrid, Edit. Trotta, 1^a Edición, 1995.173 Pág.

ZORRILLA, David. Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional. Sentencia C-445 de 1995, M.P: Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001, M.P: Manuel Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001, M.P: Manuel Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional, jurisprudencia del periodo 1992 a 2005. Consulta en las bases de datos de Notinet, <http://www.notinet.com.co/> y Lexbase, [http:// www.lexbase.com.co](http://www.lexbase.com.co)



**UNIVERSIDAD LIBRE, PROGRAMA DE DERECHO,
CARTAGENA DE INDIAS 2015**