

CARLOS MARÍA CÁRCOVA

Es abogado y doctor por la Universidad de Buenos Aires.

Es profesor titular ordinario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Filosofía y Letras (UBA) y profesor titular ordinario de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho (UBA).

Ejerce la docencia de grado y de posgrado en universidades nacionales (UBA/UNR/UNL) y extranjeras (España/Brasil).

Es investigador Clase I de la Universidad de Buenos Aires.

Ha dirigido el Departamento de Carrera Docente de la Facultad de Derecho (UBA) desde 1994 a 1999.

Dirigió la Carrera de Especialización en Sociología Jurídica y de las Instituciones, Facultad de Derecho (UBA).

Dirige el Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja" desde el año 2001.

Es consultor externo de CONEAU y CONICET.

CARLOS MARÍA CÁRCOVA

Las Teorías Jurídicas Post Positivistas

Segunda edición

Advertencia al lector

El contenido de la presente obra no ha sufrido
modificación alguna respecto de la edición anterior,
con excepción del diseño gráfico.

 AbeledoPerrot®

Cárcova, Carlos María
Las teorías jurídicas post positivas. -
2ª ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.
208 p.; 23x 16 cm.

ISBN 978-950-20-1908-6

1. Filosofía del Derecho. I. Título
CDD 340.1

ISBN: 978-950-20-1908-6

© AbeledoPerrot S.A.
Administración y redacción
Carlos Pellegrini 887, 3º piso
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
info@abeledoperrot.com
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	XIII
---------------	------

PARTE I

CUESTIONES EPISTEMOLÓGICAS

Comentario	3
------------------	---

CAPÍTULO I

BACHELARD Y LA NOCIÓN DE OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO

I. Advertencia	7
II. La idea de obstáculo epistemológico	8
1. La experiencia básica como obstáculo	10
2. La generalización como obstáculo	11
3. Los hábitos verbales y las imágenes familiares. El sustancia- lismo	13
4. El obstáculo animista	15
III. Consideraciones finales	17

CAPÍTULO II

RELATIVISMO EPISTEMOLÓGICO

Comentarios sobre *Beyond objectivism*
and *relativism* de R. J. Berstein

I. Peter Winch y las sociedades "otras"	20
II. Gadamer: otra ontología	21
III. Thomas Kuhn y la incommensurabilidad de paradigmas	22

cación difícil, contrariada, retomada y rectificada del saber, entonces la epistemología de Bachelard es una historia de las ciencias siempre en acto".

CAPÍTULO II

RELATIVISMO EPISTEMOLÓGICO

Comentarios sobre *Beyond objectivism
and relativism* de R. J. Berstein

La filosofía de la modernidad se desarrolla marcada cartesianamente por la búsqueda incesante de un fundamento absoluto para el conocimiento científico. Se afirma que con Hegel se expresa esa búsqueda como culminación de una racionalidad totalizante y totalizadora. (No pocos autores han sostenido que esa racionalidad totalizante fue usada como fundamento por los totalitarismos del siglo XX, en especial por el nazismo.)

Se trataba de encontrar un fundamento de carácter cognitivo único, fijo, invariable y seguro. Esta tendencia, que sigue presente en la filosofía de nuestra época, comienza a ser audazmente confrontada por la aparición de un autor como Nietzsche quien, en cambio, exaltó los beneficios de lo múltiple, de lo abierto, de lo incierto, esto es, de una razón plural.

¿Qué es la verdad?, se preguntaba este pensador (*Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral*) y se respondía: "una hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos: en resumidas cuentas una suma de relaciones humanas realzadas, extrapoladas y adornadas, poética y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes. Las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son, metáforas gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora consideradas como monedas, sino como metal".

De modo que la verdad se presenta ahora con el mismo estatuto de la ficción. Ya no será más *adecuatio rei ad intellectum*, sino aquella interpretación de los hechos o de la realidad, que resulte favorecedora de la vida.

Por cierto, este relativismo cognitivo aparece como una teoría más realista, pero ofrece más desasosiego, en cuanto representa menor seguri-

dad. Cuando la explicación científica, cualesquiera fueran sus presupuestos, avanzó sobre el mundo encantado de los mitos y de las fábulas establecidas por costumbres, no produjo menor grado de inseguridad, porque obligó a los hombres a modificar drásticamente sus representaciones del mundo.

Contemporáneamente, la confrontación entre los modelos del absolutismo y el relativismo cognitivo sigue estando presente en el desarrollo del debate epistemológico. Pero el papel dominante que durante buena parte del siglo XX tuvieron las tradiciones objetivistas, se ha visto conmovido por la heterodoxia de algunos de sus representantes y por la relevancia crítica de algunos de sus oponentes.

En este texto que en lo sustancial recoge con afán divulgatorio los estudios de J. R. Berstein expuestos en *Beyond objectivism and relativism* -Blackwell, Oxford, 1987- haremos esquemáticas referencias a unos y otros.

I. PETER WINCH Y LAS SOCIEDADES "OTRAS"

Como es conocido, este autor fue el introductor de la filosofía del segundo Wittgenstein en el campo de las ciencias sociales y, particularmente, de la sociología. Inscribió sus tesis en la corriente del comprensivismo epistemológico y siguiendo las ideas de Alfred Schutz, reivindicó como concepto central el de "proceso de socialización", pero básicamente el de socialización lingüística. La realidad era susceptible de ser comprendida, porque los hombres compartían un juego de lenguaje desde el cual tal realidad se mentaba. La nota polémica la introduce nuestro autor, cuando en su texto *Comprendiendo la sociedad primitiva* (*Understanding a primitive society*, 1964) sostiene su idea de *incommensurabilidad*. Expresa allí que los juegos del lenguaje, productores de sentido, son necesariamente contextuales e históricos y ello determina un problema en relación con la posibilidad de realizar objetivamente, juicios morales acerca de acciones que se desarrollan en los marcos de una cultura diferente.

La interacción humana no puede aprehenderse si no existe un lenguaje común, pues el lenguaje no puede adquirirse sin adquirir al mismo tiempo conocimiento acerca de las "formas de vida" con él asociadas y, ciertamente, como lo prueban hoy las luchas político-militares del mundo global, puede existir incommensurabilidad de las formas de vida.

A pesar de todo, Winch no se reivindica a sí mismo como un relativista, porque entiende que es posible vencer las barreras que suponen

las diferencias culturales, a través del diálogo tolerante entre distintas concepciones de la vida. La cuestión es que no puede soslayarse la complejidad que está radicada en la precaria objetividad con que el intérprete de una cultura que no es la propia, pueda observar y comprender "una cultura otra", es decir, distinta. Desde el punto de vista de Winch, debe rechazarse la idea, cara a la tradición positivista, de que el conocimiento supone la existencia de matrices prefijadas y ahistóricas. Al contrario, éste debe considerarse como contextual, situado y abierto, en el marco de un lenguaje y una forma de vida determinados. Y esta idea vale para todo conocimiento, aun el de las ciencias naturales. En su polémica con Jarvie, autor que reivindica la tradición objetivista y externalista del conocimiento, Winch afirma que la realidad extralingüística existe, pero subraya la importancia de la pregunta acerca de cómo se llega al conocimiento de esa realidad y cómo se aíslan, además, nuestras propias convicciones y representaciones ideológicas. El positivismo ha ignorado siempre el papel jugado por los factores ético-prácticos, tanto como el hecho de que, sin comunicación, no es posible conocer la realidad.

Comprender una cultura será, pues, entender y dar cuenta de su sentido, al interior de la sociedad que la genera. Para ello, es preciso descartar la superioridad acrítica de la cultura propia, esto es, descartar todo etnocentrismo y recorrer el camino del diálogo y los intercambios de experiencias comunes, generando una sabiduría práctica fundada, en una razón práctica.

II. GADAMER: OTRA ONTOLOGÍA

Hans Gadamer (*Verdad y método*, 1960) es un continuador del pensamiento comprensivista propio de la tradición alemana iniciada por Dilthey. Este autor opone a la ilimitada expansión del pensamiento positivista y cientificista el mérito de una hermenéutica que reivindica los logros de la filosofía práctica aristotélica, de la tradición medieval que culmina en Vico y de aspectos de la fenomenología y el pensamiento de Heidegger.

Gadamer pone en crisis el legado cartesiano y sus dualismos clásicos (mente-cuerpo; sujeto-objeto; naturaleza-sociedad, etc.) y, con ello, la búsqueda obsesiva de un fundamento único y la reivindicación del método matemático ejercitado por una razón abstracta, universal y exenta de contingencias históricas. Según Gadamer, Descartes se apoya en una errónea concepción del ser y, particularmente, del ser en el mundo, lo que acarrea también, consecuencias erróneas epistémicas y metodológicas.

De modo que el autor centra su crítica en una cuestión de naturaleza ontológica. Según él, el modo de ser y actuar de los seres humanos no puede comprenderse ni interpretarse si se excluye la consideración de fenómenos tales como el arte y los juegos. Al ser la realidad dinámica sólo es posible entenderla auténticamente a través de un proceso hermenéutico que no implica relativismo sino la posibilidad de diferentes interpretaciones, respecto de las cuales es posible distinguir a unas como mejores que las otras.

Dicho de otra manera, sólo es posible acceder a lo real a través de los sujetos, es decir, que nuestro ser en el mundo consiste en ese proceso subjetivante. Un proceso con diversas etapas; en la primera, estamos en el nivel de la precomprensión, básicamente fundada en el prejuicio. Junto a ella juegan los elementos heredados de la tradición y de la autoridad que se legitiman a través de intercambios dialógicos. Conocer implica construir ese círculo hermenéutico que supone la inexistencia de datos brutos. Nuestros puntos de partida siempre son datos interpretados o contruidos, por ello, no hay ciencia exenta de valores, pues siempre encontraremos una dimensión práctico-histórica del conocimiento.

Ciertamente los horizontes interpretativos pueden ser diferentes pero deben hallarse abiertos a otros horizontes interpretativos y consecuentemente, con capacidad para cambiar y fusionarse entre sí. Y esos horizontes tienen como hábitat natural el lenguaje. De allí la centralidad epistémica que éste posee.

La verdad pasará a ser así, en este contexto, no un dato previo, externo e inmutable sino el resultado de un proceso hermenéutico. Verdad es para Gadamer, "lo que puede ser argumentativamente válido para la comunidad de intérpretes".

Winch y Gadamer integran con Dilthey, Weber, Schutz y Davidson, entre muchos otros, la pléyade de representantes de la corriente comprensivista.

Pero otros autores más próximos a la tradición explicativista se han separado de sus expresiones más ortodoxas. Por ello se los denomina, frecuentemente, como postempiricistas.

III. THOMAS KUHN Y LA INCONMENSURABILIDAD DE PARADIGMAS

Como es muy conocido, en su ya clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), este autor produjo una fuerte conmoción

al interior de la tradición explicativista, que ya el falsacionismo popperiano había iniciado con anterioridad.

Con Kuhn se modifican radicalmente aquellas concepciones que veían en la ciencia un largo proceso acumulativo e incesante de lucha del hombre contra la ignorancia y la superstición. La novedad es que ahora la evolución científica no se concibe ya como un continuo progresivamente más amplio y consistente sino, al contrario, como una ruptura, una caída, una superación de un cierto modelo explicativo al interior de una rama del conocimiento y su reemplazo por otro que lo contradice y lo supera.

En realidad, la idea que desarrolla Kuhn con tan apreciable éxito no es totalmente novedosa. En la tradición francesa, Gaston Bachelard, veinte años antes, había mostrado (luego lo reafirmaría Popper) que la ciencia avanzaba sólo cuando conseguía refutar un conocimiento tenido hasta ese momento por válido. De allí el nombre de su primer libro, denominado *Filosofía del no*. También Bachelard desarrolla el concepto de "ruptura epistemológica" con connotaciones que lo homologan con el de "revolución científica" utilizado por Kuhn. Volviendo a este último: él sostiene la idea de que la ciencia está constituida por visiones paradigmáticas o por paradigmas, más tarde (*La tensión esencial*) las denominará matrices explicativas y ellas serían el conjunto de principios entramados, lógicas de funcionamiento y prácticas científicas, propias de un determinado momento histórico.

Podemos hablar así, por ejemplo en el campo de la física, de un paradigma copernicano y más tarde de un paradigma newtoniano y más tarde de un paradigma relativista, del *big bang*, de las estructuras disipativas, etc. La vigencia y sustitución de los paradigmas se materializa en etapas diferentes que nuestro autor caracteriza. Así, puede hablarse de una visión preparadigmática, que corresponde al momento donde no existen acuerdos firmes y claros en la comunidad científica, acerca del mejor modelo capaz de dar cuenta de un cierto sector de la realidad del mundo (por ejemplo, el del mundo de la física).

A esa primera etapa seguiría la de un paradigma que ha conseguido tornarse dominante, porque ha terminado por ser reconocido universalmente. En ese momento, existe lo que Kuhn llama una etapa de "ciencia normal". Pero la continua observación y experimentación termina por alcanzar experiencias refutatorias que se constituyen poco a poco en "anomalías del modelo". Cuando estas anomalías son considerables, aparece un momento que es propio de la ciencia extraordinaria, es decir, un momento en donde hay lucha de paradigmas (v.gr. Newton/Einstein). Ése es un momento de incompatibilidad y de inconmensurabilidad de los para-

digmas. Hasta que nace un nuevo paradigma dominante y se reconstituye el modelo de ciencia normal.

Pero el dato que escandalizaría a un positivista ortodoxo es que, desde el punto de vista de Kuhn, el tránsito de un paradigma a otro no está siempre fundado en términos racionales. Media también lo que él denomina "conversión". Es decir, cambios en los valores y en las visiones sociales que implican deliberación y elección de finalidades, al mismo tiempo que racionalidad. Esto ocurre, claro está, al interior de una comunidad científica y de sus prácticas sociales, jugando en ese proceso un rol fundamental, la socialización educativa de sus integrantes.

Naturalmente, estos criterios conmueven al pensamiento tradicional, tanto como su noción de incommensurabilidad. Sin embargo, dicen los kuhnianos, deben distinguirse tres conceptos diferentes: incompatibilidad, incommensurabilidad e incomparabilidad. Las teorías son compatibles, incommensurables e incomparables. Las teorías son compatibles, cuando no existen entre ellas contradicciones lógicas. Son, en cambio, incommensurables cuando no contamos con un lenguaje neutral que permita comparar cada una de sus conclusiones y consecuencias punto por punto. Sin embargo, este modo de presentar las cosas no incurre en un relativismo radical, porque afirma que de cualquier manera las teorías, en general, son comparables siempre y susceptibles de juicios racionales de preferencia.

De todas maneras la ruptura de Kuhn con la tradición objetivista es moderada, si se la compara con las del más audaz de sus colegas a quienes referimos en el punto siguiente.

IV. PAUL FAYERABEND Y EL MÉTODO ANARQUISTA

Las ideas de este singular pensador se divulgan en los años setenta, básicamente a través de su trabajo denominado "Contra el método" y de un libro posterior que tituló *Por qué no Platón*. Se trata de un polemista filósofo e inteligente en buena medida desacreditado por su fuerte perfil crítico. Propone que junto con las metodologías tradicionales debe contarse, al mismo tiempo, con otras que contengan el error como ingrediente.

Su argumento es que la historia misma de las ciencias muestra que buena parte de los más importantes descubrimientos son producto de fallas metodológicas, de desviaciones experimentales o de meras casualidades. La ciencia transmitida ha simplificado y adulterado los procesos realmente acaecidos, impregnándolos de una lógica racionalista. Sin embargo, como dice Bunge, no hay teorías sino hombres que teorizan. No debe pues

prescindirse de elementos no racionales en el desarrollo del pensamiento científico. La ciencia no puede entenderse sin referencia a valores, por eso, él instala el principio del "todo vale".

En otros términos, ciertos procedimientos inusuales y sorpresivos pueden terminar echando luz y aportando claridad mayor, inesperada y gratamente. Por esta razón propone, por ejemplo, incorporar procedimientos contrainductivos, que resultarían de introducir en el marco investigativo hipótesis no consistentes con teorías ya establecidas o con hechos ya establecidos. Otra sugerencia es la de implementar procesos de "proliferación", inventando teorías inconsistentes con los denominados paradigmas normales.

Siguiendo la saga de Stuart Mill, sostiene que una metodología pluralista resultará útil no sólo para el avance del conocimiento sino también para el de nuestra propia individualidad. La sociedad capaz de encarnar estas prácticas será una sociedad de hombres auténticamente libres. Cada refutación de lo ya establecido, nos permitirá abrirnos a conocimientos nuevos y devolverá a nuestras mentes libertad y espontaneidad que son sus propiedades más preciadas. Se muestra abierto a la filosofía de Hegel porque entiende que ella invita al cambio y a la interconexión entre conceptos y hechos, sujeto y objeto, etc., lo que recusa nuestras parálisis habituales.

El autor reniega de todo dogmatismo y se afirma como un relativista entusiasta al afirmar: "La ciencia no tiene la prerrogativa del conocimiento, ni siquiera del conocimiento paradigmático. La ciencia es conocimiento tanto como lo son los mitos, los cuentos de hadas, las tragedias, los poemas épicos y otras creaciones de filiación no científica. A veces, estas últimas son las únicas explicaciones disponibles que hacen justicia a la complejidad de los fenómenos. No existen ciencias en el sentido de los racionalistas. Sólo hay humanidad".

V. RICHARD RORTY: DE LA REPRESENTACIÓN A LA CONVERSACIÓN

La obra fundamental de Rorty, publicada en 1979, se denomina *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Este importante filósofo norteamericano, de enorme predicamento en el pensamiento contemporáneo, influenciado por el pragmatismo de James y de Dewey, se presenta como un deconstruccionista antiobjetivista.

Desde su perspectiva, la tradición moderna de la epistemología (Descartes, Locke, Kant) ha quedado embretada en la metáfora de la repre-

sentación. Se trata de una idea que concibe a la mente humana como un gran espejo en el que se proyectan diversas representaciones de la realidad, algunas exactas y otras no, pudiendo todas ellas estudiarse a través de métodos puros, formales, no empíricos. En consecuencia, para ese punto de vista que él critica, lo que denominamos conocimiento científico debe asimilarse a una representación exacta de lo real.

Pero Rorty, siguiendo la saga de James y de Nietzsche, no cree que la cultura deba basarse en un fundamento único y fijo. Comparte así, visiones como las de Wittgenstein, Heidegger y Dewey, todos los cuales no pretenden desarrollar un modelo alternativo al del objetivismo explicativista, sino trastocar radicalmente los marcos de referencia del debate. Se trata, en expresión de Rorty, de pasar del "discurso epistemológico" al "discurso hermenéutico", con lo cual renunciaríamos al incumplible ideal de fijeza, en aras de seguir pensando.

Desde Dewey, la verdad aparece como la "justificación social de la creencia". En esa misma línea, Sellars y Quine sostienen que la justificación de un cierto conocimiento no consiste en una relación entre palabras y objetos, sino en la conversación y la práctica social.

Desde luego, un esquema como éste demanda comprender y compartir los juegos lingüísticos, productores de sentido, para dar continuidad conversacional a la experiencia cognitiva. De este modo, la racionalidad humana se sitúa en dimensiones ampliadas.

La filosofía de nuestra época, aquella que alude a la condición postmoderna del conocimiento o al *pensiero debole*, se despliega con acentos plurales, paradójicos y complejos, con el fin de entender las experiencias cognitivas.

Con estos planteos y los que provienen de los desarrollos de la teoría lingüística en relación con las prácticas de producción de sentido, por una parte, y por la otra, los que aportan las teorías sistémicas con su arsenal sofisticado de insumos provenientes de la neurociencia, la biología autopoiética, la cibernética de segundo orden, etc. El panorama de la epistemología actual se ha complejizado y al mismo tiempo enriquecido, de manera notable y seguramente proficua.

CAPÍTULO III

FICCIÓN Y VERDAD EN LA ESCENA DEL PROCESO

I. NUEVOS HORIZONTES EPISTÉMICOS

Las nociones de ficción y verdad han jugado un papel determinante en la historia del derecho occidental. No sólo en función de sus roles intrínsecos, sino también como elementos estructurantes del discurso jurídico, en particular a partir del nacimiento de la modernidad. Más adelante veremos que el derecho, pensado como tecnología social, como regla de juego básica constitutiva de un cierto orden, no puede funcionar sin el sutil y complejo enlace de estos conceptos.

Pero, claro está, la idea que tengamos de uno u otro, o mejor de ambos, será siempre tributaria de la idea que nos sirva de marco filosófico o científico. Precisamos pues de algunas referencias a ese otro par de nociones. En los últimos doscientos años la forma en que se organiza el conocimiento pone a la filosofía y a la ciencia en lugares poco menos que antitéticos. Sin embargo, como sostiene Immanuel Wallerstein¹, es bueno recordar que no siempre fue así, no lo era hasta mediados del siglo XVIII, época en la que se produce el surgimiento de las denominadas "dos culturas"². El proceso de secularización de la vida social implicó la crisis y caída de la teología y su reemplazo por la filosofía como método de conocimiento, lo que remitía este último a immanencias y no a trascendencias, a la inteligencia y la razón humanas. Dios es reemplazado por

¹ WALLERSTEIN, Immanuel, "As estruturas do conhecimento ou quantas formas temos nós de conhecer?", en *Conhecimento prudente para uma vida decente*, org. B. de S. Santos, Cortez, San Pablo, 2004, ps. 123 y ss.

² Expresión acuñada por SNOW, C. P., "The Two Cultures", Cambridge University Press, 1983, nro. 134, p. 59.

los hombres; y los sacerdotes que tenían acceso preferente a Sus mensajes, reemplazados por individuos especializados en un saber capaz de entender, explicar y predecir el mundo natural.

Este fenómeno impacta en el modo de concebir el derecho y consecuentemente en los sistemas de legitimidad referidos al ejercicio del poder social. Weber lo denominó el "desencantamiento del orden", al explicar que la *potestas* secularizada pierde su carácter metafísico y sus anclajes trascendentales, comenzando entonces la elaboración de su fundamentación racional positiva. En sus posiciones más extremas, esta elaboración rechaza a la filosofía misma, a la que confunde con pura metafísica y demanda pruebas a partir de estudios empíricos, controlables y susceptibles de repetición, a los que denominará "ciencia", único conocimiento basado en la razón, que pasará a ocupar una posición prevalente en la organización moderna del conocimiento. Pero, como dice el autor antes citado, tal perspectiva traía aparejados algunos problemas. En los siglos anteriores al nacimiento del modelo experimental, tanto la teología como la filosofía se ocupaban no sólo de la "verdad" sino también del "bien". Desde entonces, este último pasó a ser problema exclusivo de la filosofía (o de la teología) y la verdad, problema de la ciencia. Para algunos, el único problema, puesto que postulaban la indiscernibilidad racional del bien, como por ejemplo lo hacía Kelsen, en el marco de su relativismo moral³. Dice Wallerstein que la citada distinción entre la noción de verdad y la de bien, es lo que da nacimiento a aquellas "dos culturas" y asociada al conocimiento de la ciencia de modo exclusivo, a la cuestión de la verdad. Pero en este punto puede identificarse un nuevo problema: ¿quién decide y cómo, cuándo un conocimiento es científico, a partir de la veridicidad de cambios, mutaciones y refutaciones que se materializan en la subjetividad de los cambios, mutaciones y refutaciones que se materializan en el interior de su propio discurso? Se puede pensar que lo hace la comunidad de científicos involucrados en el campo disciplinario correspondiente, como postula Thomas Kuhn, pero ello implica atribuir el poder que dimana de la verdad, a un muy pequeño núcleo de personas. La República de los filósofos, reemplazada por la República de los científicos particulares. Esta concepción contrvierte el sentido común. La sociedad percibe de manera constante el estrecho vínculo establecido entre el régimen de verdad y el ejercicio del poder; percibe los usos sociales y políticos de la ciencia y reclama la reformulación de un discurso de saber que sea capaz de reconciliar y contener, a un mismo tiempo, la idea de verdad y la de

bien. En el ámbito del derecho este proceso está perfectamente ilustrado. A partir de mediados de los años 70 todas las teorías imperantes que disecaban, intentaban superar la tradición positivista que imponía una férrea demarcación entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, para señalar, en cambio, diversas articulaciones entre derecho y política (teorías críticas), entre derecho y justicia —o ética— (Rawls, Habermas, Dworkin); entre derecho y comunicación social (Luhmann). Otro tanto ocurre en el resto de las ciencias sociales y también en las naturales (véase, por ejemplo, la elaboración para la biología de los paradigmas antropológicos de Varela y Maturana). En este sentido dice Ilya Prigogine: "El ideal clásico de la ciencia era describir la naturaleza como una *geometría*. Ahora sabemos que la naturaleza está más cerca de la *biología* y la *historia humana*, ya que también en la naturaleza hay un *elemento narrativo*. En medida cuanto más entendemos la estructura del universo, más encontramos estos elementos comunes con las sociedades humanas"⁴.

De modo entonces que el modelo fiscalista, expandido y perfeccionado al campo de las ciencias sociales por autores como Comte y Durkheim y perfeccionado más tarde por Hempel, tanto como los marcos referenciales que les son propios, esto es, la tradición cartesiano-positivista y la mecánica newtoniana que pensaba al mundo en permanente equilibrio, comenzaron a ser puestos en crisis por los estudios de la complejidad, que instalaron nuevas problemáticas: la entropía, la autoreferencialidad, la incerteza, la indeterminación, el caos. La "nueva ciencia", como se le denominó, no pone en dudas la posibilidad de conocer, plantea que se trata de un proceso más intrincado e imprevisible de lo que suponían las tradiciones epistemológicas anteriores. En el campo de las ciencias sociales, otro tanto ocurrió con los llamados estudios culturales. Estos critican el notorio reduccionismo y el sedicente universalismo de las teorías sociales tradicionales, enfatizando la necesidad de reconocer y valorar los particularismos sociales, en un mundo signado por la diversidad y el pluralismo.

Del mismo modo que la física clásica ignoraba ciertas anomalías, bajo el pretexto de que ellas eran sólo aparentes, apenas el resultado de una mera temporal ignorancia de ciertas leyes universales subyacentes, los humanidades clásicas rechazaban las opiniones o las opciones que se oponían a los moldes de los cánones por ellas mismas construidos (históricas, sociales, estéticos o cognitivos) bajo el argumento de que aquellos que

³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1986, ps. 71 y ss.

⁴ PRIGOGINE, Ilya, "El futuro no está escrito", diario *Clarín* del 11/3/2000, p. 25.

sostenían tales opciones divergentes, no habían alcanzado aun cierta madurez evolutiva en su propia cultura. Los estudios de la complejidad y los estudios culturales cumplen con la tarea de desmontar estas visiones eurocéntricas, erróneas pero funcionales para reproducir estructuras de hegemonía, del colonialismo al imperialismo. Aquellos estudios enfatizan, en un caso, la creatividad de la naturaleza en el proceso de su autoreproducción; y en el otro, destacan que los textos son fenómenos sociales y por ello contextuales e históricos, creados y leídos (es decir, interpretados) en un cierto tiempo y lugar. La construcción del sentido no es monopolizable, y la realidad social se constituye como múltiple y diversa. Cada expresión de esa realidad, resulta así, igualmente necesaria para entender la interacción humana.

Los fundamentos de las "nuevas ciencias" intentan superar la tensión permanente que desde finales del siglo XIX, prácticamente hasta finales del XX, enfrentó, en tanto modelos teóricos acerca del conocimiento de lo social, por un lado al explicativismo que subrayaba el paralelismo lógico entre los procesos humanos y el resto de los procesos materiales, y por el otro, al comprensivismo (*verstehen*), que entendía que la "acción humana" no era susceptible de pesarse o medirse, de suerte que demandaba un método diferente para su interpretación y conocimiento, desde la empatía de Dilthey, los tipos ideales de conducta de Weber, la socialización y la perspectiva, introducidas por A. Schutz en la estela de la fenomenología husserliana, la lingüística del segundo Wittgenstein aportada por Peter Winch, hasta las tesis hermenéuticas de Gadamer, Ricoeur, Davidson y otros.

Las nuevas ciencias proponen una perspectiva epistemológica distinta, que denominan "constructivismo radical"⁵. El conocimiento deja de ser entendido ahora como una representación mental de la realidad y la conciencia como un "espejo de la naturaleza". Dado que toda realidad no inefable es "realidad comunicada", es preciso entender que lo que está afuera de la conciencia de los sujetos, es algo más que pura externalidad, es también comunicación, esto es, construcción de sentido. Lo que está "afuera", lo "real", adquiere esa condición, en un proceso de intercambio comunicativo que lo constituye como real, porque resulta mediado por palabras, por significaciones, por historias previas, por símbolos, por valoraciones, por acuerdos, por precomprensiones del mundo. Permitaseme un ejemplo ilustrativo. A orillas del Río Paraná, en la ciudad de Rosario,

provincia de Santa Fe, en la Argentina, se levanta un enorme monumento a la bandera. Se construyó en ese lugar porque, según cuenta la historia, el Gral. Belgrano, creador de la enseña patria, hizo jurar a sus soldados lealtad a la misma, aproximadamente en esa zona. Y bien, ese monumento es, mirado en su pura materialidad, una combinación de piedra, metal y paño. Pero nadie mira y consiguientemente nadie ve, su pura materialidad. Aprecia en cambio su valor simbólico, es decir el conjunto de sentidos asociados indiscerniblemente a su materialidad sustantiva. La realidad del monumento, no es la de la piedra, el metal y el paño, sino la de su carácter representativo en el imaginario social. Pero ese carácter proviene de una construcción de sentido de naturaleza comunicativa, en el marco de una interacción social con contexto y con historia.

Las teorías científicas son también construcciones que no reflejan el mundo, sino que lo constituyen como dato susceptible de ser apreendido y explicado. Por eso el objeto de la ciencia no es el objeto dado en la experiencia, sino el que se construye en un proceso de abstracción y múltiples determinaciones, tal como lo afirmaba hace ya muchas décadas, con notable clarividencia, Gaston Bachelard⁶. Y tal como lo avizoraba con no menor penetración Carlos Marx, en el único texto en el que refiere criterios epistémicos, esto es, en la *Introducción general a la crítica de la economía política de 1857*. Dice allí, sintética y aproximadamente expresado aquí que, para conocer la economía debemos comenzar por lo real y concreto, por la base y el sujeto del acto social de producir, esto es, por la población. Sin embargo, la población es un concepto, no una realidad susceptible de ser percibida por medio de los sentidos. En tanto concepto opera como una "totalidad abstracta". Para que ella pueda ser conocida, es imprescindible introducir distinciones. Por ejemplo, advertir que se divide en clases sociales cuya condición de tales, depende de las relaciones que ellas matengan con la propiedad de los medios de producción. Advertir que la clase burguesa, propietaria de esos medios, compra el elemento del que carece para producir, que es la fuerza de trabajo, que le vende en el mercado la otra clase denominada proletaria. Advertir que cuando el ciclo productivo culmina, la burguesía es más rica y el proletariado mantiene la misma situación de pobreza que al inicio de aquél, lo que permite afirmar que no ha recibido en el intercambio, en términos de salario, todo el valor que correspondía a la fuerza de trabajo aportada. Es decir, que un plusvalor, una plusvalía, ha resultado apropiada-

⁵ Ver, entre otros, VON GLASERFELD, Ernst, "La construcción del conocimiento", en *Nuevos paradigmas: cultura y subjetividad*, Paidós, Buenos Aires, 2002, ps. 91 y ss.

⁶ BACHELARD, Gaston, *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 1972.

da por la burguesía. Hemos introducido en el concepto de población, muchas distinciones y diferencias de las que carecíamos antes de nuestro análisis: clases sociales, intercambios, proceso de producción, salario, mercado, plusvalía, etc. De este modo aquella totalidad abstracta, ha devenido en una "totalidad concreta de pensamiento", según la expresión del autor que parafraseo⁷.

Dicho ahora de diferente modo, en una construcción teórica que, junto con otras, le permite a Marx formular una completa descripción del modo de producción capitalista.

He de cerrar aquí este largo excursus sobre ciencia y filosofía, subrayando que el propósito de las nuevas ciencias, consiste en restituir la relación entre ambas y superar la dicotomía de las dos culturas. Algunos párrafos de Humberto Maturana, me ayudarán a hacerlo. Dice el notable pensador chileno, en un libro cuyo título es particularmente explícito: "...El principio constitutivo de la célula en su calidad de infraelemento de los organismos, se mantiene en todos los niveles de complejidad que tengan que ver con lo vivo: células, organismos, sistema nervioso, comunicación, lenguaje, conciencia, sociedad. *Es decir, no hay discontinuidad entre lo humano, lo social y sus raíces biológicas*".

Este principio —señalo— es contrario a los que se derivan de Darwin, pues *no otorga preferencia al más apto*. Agrega el autor: "El amor o, si se prefiere, la aceptación del otro junto a uno en la convivencia, es el *fundamento biológico del fenómeno social*; sin amor, sin aceptación del otro junto a uno no hay socialización y sin socialización no hay humanidad. Cualquier cosa que destruya o limite la aceptación del otro junto a uno, desde la competencia hasta la posesión de la verdad, pasando por la certidumbre ideológica, destruye o limita la posibilidad de que se de el fenómeno social, por lo tanto, lo humano. Porque destruye el proceso biológico que lo genera"⁸.

II. ACERCA DE LA "VERDAD"

Las ideas ingenuas relativas a este concepto remiten a una especie de absoluto, de materia esencial, fija, determinada, estable. La verdad es

⁷ Ver MARX, Carlos, *Introducción general a la crítica de la economía política de 1857*, Cuadernos de Pasado y Presente, Córdoba, 1974, cap. 3, "El método de la economía política", ps. 21 y ss.

⁸ MATURANA, Humberto, *La realidad: ¿objetiva o construida?*, t. I, Anthropos et al., Barcelona, 1995, ps. XII y ss.

hermana de la realidad y de la objetividad. Ninguna de las tres puede discutirse como no sea en el nivel de su efectiva existencia. Descontada ésta, parece *no haber dudas* sobre la naturaleza de aquéllas. Sin embargo, esta posición nada tiene que ver con la verdad de la ciencia. En este campo hay muchos criterios para definirla: como adecuación (el conocido *dictum* aristotélico de *adecuatio rei ad intellectum*), como correspondencia, como coherencia, como aceptabilidad racional⁹. Todos ellos suponen distintos modos de averiguar (construir) la verdad, que es siempre una *cuadralidad de los enunciados* o de las proposiciones y no de los hechos. La "verdad de los hechos", fórmula que usamos con frecuencia, no es sino la verdad o falsedad de ciertas descripciones de algunos hechos. Los hechos son o no son, acacieron o no, existen o no existen.

En la tradición explicativista, el conocimiento se divide en dos grandes ramas, por un lado el de las ciencias formales y por el otro el de las ciencias fácticas o empíricas. Las primeras se rigen por el método axiomático que, presentado esquemáticamente, consiste en extraer de un conjunto finito de enunciados primitivos, con auxilio de alguna regla de inferencia, nuevos enunciados. Los primeros se denominan "axiomas" y los segundos "teoremas". Los axiomas son verdaderos por convención, *postulamos su verdad y no la demostramos*. A su turno, los teoremas resultan verdaderos si probamos que pueden deducirse de los axiomas. De este modo funcionan y se fundamentan conocimientos tan prestigiosos como el de las matemáticas, la geometría y la lógica formal. Esta modesta cuota de verdad, basada en la intuición y el arbitrio, adquiere relevancia práctica y con ello prestigio, cuando el sistema de enunciados formales así construido, se vincula mediante reglas semánticas con la realidad. En ese momento, si conocemos cuánto miden los lados de un terreno no necesitaremos sino un cálculo, para conocer cuánto mide la diagonal. Quiero decir que las ciencias formales han constituido un aporte valiosísimo, aplicadas a muy diversos campos del conocimiento, a pesar de que se organizan sobre un régimen de verdad que carece de la estatura que le atribuiría la noción ingenua que evocábamos párrafos más arriba.

Por su parte las ciencias empíricas se basan en distintos métodos entre los que predomina el denominado hipotético-deductivo. Se trata, en este caso, de construir enunciados a partir de la observación y de la experimentación. El primer nivel de estos enunciados son las *observaciones empíricas* que dan cuenta de regularidades que se establecen en sucesi-

⁹ Ver MAC CORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

vas experiencias. Cuando el número de ellas es relevante de acuerdo al criterio de la comunidad científica concernida (físicos, biólogos, sociólogos), se escala un peldaño en el nivel de jerarquía de los enunciados, adquiriendo éstos el carácter de *generalizaciones empíricas*. El proceso se repite y con ello el enunciado adquiere ahora la fuerza de una *hipótesis científica* del tipo: "todos los metales se dilatan con el calor" o "todos los elefantes viven en manada". La verdad de estos enunciados, curiosamente, es también muy precaria. Por cierto, no hemos podido experimentar con todos los metales, ni observar a todos los elefantes. El concepto mismo de metal puede jugarlos a una mala pasada. ¿Quién diría a simple vista que el mercurio es un metal? No sólo no hemos observado a todos los elefantes vivos, no tenemos nada que decir acerca de los que han muerto, ni de los que no nacieron. En otras palabras, la verdad construida observacional y experimentalmente es provisoria, posee vocación de verdad pero está permanentemente expuesta al riesgo de un evento refutatorio. Podría afirmarse que la hipótesis científica es potencialmente verdadera, pero que nunca adquirirá definitiva certidumbre.

El maravilloso desarrollo de la ciencia alcanzado por la humanidad se basa, en un caso, en verdades arbitrariamente establecidas y en el otro, en verdades precarias. Con ellas es que lidiamos. También en el mundo del derecho y en el del proceso, razón por la cual no hay por qué exigirles a la verdad del derecho o a la del proceso, una certidumbre y una perdurabilidad mayores que las que le pedimos a la verdad de la geometría no euclidiana por ejemplo, sobre la base de la cual surcan los ciclos del mundo las aeronaves a las que frecuentemente ascendemos, bastante confiados en llegar a destino. Umberto Eco ha expuesto el carácter relativo del criterio de verdad con el que convivimos, con la sutileza y erudición que lo distinguen, en un hermoso texto que se llama "Seis paseos por los bosques narrativos"¹⁰. Dice el prestigioso semiólogo: "Igualmente leer relatos significa hacer un juego a través del cual se aprende a dar sentido a la inmensidad de las cosas que han sucedido, suceden y sucederán en el mundo real. Al leer novelas, eludimos la angustia que nos atenaza cuando intentamos decir algo verdadero sobre el mundo real".

Ésta es la función terapéutica de la narrativa y la razón por la cual los hombres, desde los orígenes de la humanidad, cuentan historias. Que es, al fin, la función de los mitos: dar forma al desorden de la experiencia.

¹⁰ ECO, Umberto, *Seis paseos por los bosques narrativos*, Lumen, Barcelona, 1996, p. 97. Los paseos son otras tantas conferencias sobre la narrativa, brindadas en la Universidad de Harvard, en el marco de las *Norton Lectures*, durante abril de 1993.

Agrega que en el campo narrativo tenemos bastante comprensión acerca de la verdad. Ella posee ese estatus en el marco del mundo posible de una determinada historia. Por ejemplo, es verdad que Hamlet no se casa con Ofelia en el drama de Shakespeare y que, en cambio, Scarlett O'Hara se casa con Rhett Butler en *Lo que el viento se llevó*, la novela de Margaret Mitchell. "Nosotros solemos pensar—continúa— que conocemos por experiencia el mundo real, y que depende de la experiencia saber que hoy es miércoles 14 de abril de 1993 o que yo en este momento llevo una corbata azul marino. Sin embargo que hoy es 14 de abril de 1993 es verdadero sólo en el marco del calendario gregoriano y que mi corbata es azul depende de la manera en que nuestra cultura subdivide el espectro de colores (sabemos que para griegos y latinos los límites entre azul y verde eran bastante diferentes de los nuestros). Aquí en Harvard, pueden preguntarle a Williard van Ormand Quine hasta qué punto nuestras nociones de verdad están determinadas por un sistema "holista" de suposiciones, a Nelson Goodman cuántas y cuán variadas son las *ways of worldmaking*, y a Thomas Kuhn qué significa ser verdadero con respecto a un determinado paradigma científico".

Hasta aquí, entonces, la lábil y provisoria condición de la verdad científica. Revisemos ahora la de la ficción.

III. ACERCA DE LA FICCIÓN

De ésta nos ocuparemos en el más limitado espacio de la juridicidad, siguiendo los rumbos eruditos de los estudios que le ha dedicado al tema Enrique E. Marí¹¹, quien conocía vasta y profundamente la bibliografía especializada, de la que destacaba preferencialmente los aportes de Hans Vahinger, en su *Tratado del "como si"*.

¹¹ MARÍ trabajó la problemática ficcional de manera "caudalosa". Sus investigaciones al respecto crecieron incesantemente y nunca las abandonó, a pesar de ocuparse al mismo tiempo de otras cuestiones centrales, tanto epistemológica como filosóficamente. Su primer texto orgánico sobre la materia fue "La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham", publicado por Hachette en un *reading* denominado *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, 1987. En el I y II de los ensayos que denominó *Papeles de filosofía*, publicados por Biblos, incluyó "Las ficciones de legitimación en el derecho y la política: de la sociedad medieval a la sociedad contractual", Buenos Aires, 1997. Por fin, su libro póstumo, editado por Eudeba, Buenos Aires, 2002, se titula *La teoría de las ficciones*, obra en la cual reorganiza y completa de manera exhaustiva sus reflexiones e investigaciones precedentes.

Las ficciones no son muy empleadas en el antiguo derecho de Medio Oriente, según afirman expertos como Pierre J. J. Olivier¹². Tampoco en Grecia. Para Vahinger la ficción valiosa científicamente, es hija de la modernidad, aunque los juristas romanos hicieran de ella un uso práctico muy generalizado. La *fictio juris* era considerada una construcción a través de la cual se asumían ciertos actos como acaecidos, con conocimiento de que ello era falso, a los fines de extender, crear, o explicar una regla legal, porque la ley así lo prescribía en forma irrefutable. Existen numerosos ejemplos del uso de las ficciones en diversos institutos del derecho romano como lo son la *per legis actionem* y la *per formulam*, la *capitis diminutio*, la *imaginarium venditio* a los fines de la *emancipatio*, y tantos más. Dice Mari: "En base a estos procedimientos el derecho civil se formaba dioses (consagración), hijos (adopción), cambiaba la vida en muerte (muerte civil) y la muerte en vida (restitución), las personas en cosas (capitis diminutio) y las cosas en personas (personificación). Abolía la distancia y el tiempo, para cambiar la ausencia en presencia. En una palabra, las ficciones suministraban un arsenal de técnicas para eludir los obstáculos que la realidad levantaba frente a las acciones humanas, proporcionando una auténtica alquimia, una potente herramienta para transformar la realidad"¹³.

Sin embargo, a pesar de que los romanos hicieron el extendido uso de las ficciones que se aludiera más arriba, legando al derecho occidental todo su entramado práctico-operativo, no se preocuparon por elaborar su naturaleza desde un punto de vista conceptual. Esta tarea les cupo, en cambio, a los medievalistas quienes debieron "cristianizar" la lógica nominalista y pragmática de la que llegaban cargadas las instituciones romanas. Para ello equipararon la idea de Dios con la de naturaleza e hicieron interpretable el sentido del artificio borrando, tanto como fuera posible, la impronta románica que pretendía subvertir la obra autónoma de la naturaleza, al consagrar simulacros contrarios a la evidencia misma de los hechos.

Con todo, las ficciones cumplieron un papel estratégico en la fundamentación del orden medieval. Entre otros pensadores clásicos cabe evocar a Juan de Salisbury, quien en su conocido *Policraticus* estableció una distinción entre persona pública y *privata voluntas*, lo que le permitía distinguir en el *príncipe*, una dimensión pública y otra privada. En esta

última, estaba sometido a la ley, pero en la primera estaba por arriba de ella, exento de obedecer la ley, porque su especial naturaleza lo constituía como *lex animata*, instrumento de Justicia. El *príncipe* era encarnación misma de la ley. La *fictio juris* pasa a cumplir ahora otras funciones; no sólo permite transformar el curso natural de los acontecimientos, sino que opera como soporte legitimatorio de un orden político determinado. Decía Juan de Salisbury que: "Con todo se considera que el príncipe está libre de las ataduras de la ley, no porque le sea lícito practicar la iniquidad, sino porque debe ser tal que promueva la equidad, procure el bienestar de la comunidad política y anteponga, en todo, el provecho de los demás a su propia voluntad, por amor de la justicia y no por temor del castigo"¹⁴.

Es otros términos, aun exento de someterse a la ley, el príncipe no podía actuar sino con apego a la razón y a la Justicia. La *fictio juris* relativa a la doble condición de una potestas encarnada, que Kantorowicz ha estudiado en su conocida obra *Los dos cuerpos del rey*, atravesó la larga Edad Media y subsistió como fundamento del poder en épocas de las monarquías absolutas. Se reformula recién, en la filosofía de la Escuela Clásica a partir del siglo XVII, con Hobbes, Locke, Rousseau, Puffendorf y otros, adquiriendo su sede en la noción de pacto o contrato que será el nuevo artificio sobre el que se asentará ahora, la nascente sociedad burguesa. Para finales del citado siglo se conocen las primeras obras de un autor muy significativo en el tratamiento de las ficciones. Me refiero a Jeremy Bentham, el que tuvo respecto de ellas, dos posiciones diferentes. En los primeros tiempos fue un crítico acervo de estos artificios a los que veía, en sus polémicas con Blackstone, como un recurso de las clases poderosas para mantener y reproducir sus privilegios, recurso al que denominaba "pestilente aliento" que emponzoñaba lo que tocara. Pero más tarde y en otro nivel de análisis, más vinculado con estudios de naturaleza lingüística, valoriza y explica el papel de las ficciones. En realidad, sostiene, ellas existen en el lenguaje y a éste deben su imposible y al mismo tiempo indispensable existencia. Sin ellas el discurso no podría desarrollarse y tampoco el pensamiento mismo. Se hallan corporizadas en nombres y por ello colocadas en el mismo plano que las entidades reales, por lo cual se han confundido unas con las otras. Bentham reconoce entonces el valor epitémico del rol ficcional aunque previene respecto de la necesidad de diferenciarlo de lo real.

¹² Ver OLIVIER, Pierre J. J., *Legal fiction and legal science*, Rotterdam University Press, 1975.

¹³ MARI, E. E., *La teoría...*, cit., p. 266.

¹⁴ Tomo la cita de MARI, E. E., *La teoría...*, cit., p. 273.

Muchos son los autores, clásicos y contemporáneos que se han ocupado de las ficciones, particularmente de las de naturaleza legal y/o política. Hemos citado a algunos en los párrafos anteriores. Agreguemos los nombres de Yan Thomas, Pierre Legendre, Jerome Frank, Lon Fuller, Hans Kelsen y Alf Ross, entre los más divulgados entre nosotros. Baste recordar aquí, muy brevemente que Kelsen, al fin de su vida, modificó su punto de vista acerca de la naturaleza epistémica de la norma fundamental, aquella que atribuye unidad y validez al conjunto de normas. Por muchas décadas la pensó como una "hipótesis gnoseológico-transcendental" o como una "hipótesis básica", pero en un ensayo póstumo denominado "La función de la Constitución" entendió que se había equivocado y que la norma fundamental debía ser considerada en adelante una ficción perfecta en el sentido de Hans Vahinger, es decir, un enunciado no sólo falso, sino también autocontradictorio¹⁵.

Por su parte, el derecho contemporáneo de Occidente ha aceptado sin beneficio de inventario la herencia de la *factio juris*. Ella está a la base de sus dos grandes supuestos legitimatorios: que todos los hombres son iguales ante la ley y que el derecho se reputa conocido por todos. Pero también está en la teoría de los conmorientes, en la persona jurídica, en el carácter de bien inmueble atribuido a un papel que instrumenta derechos reales sobre tal inmueble, en la cosa juzgada, en el carácter de inmuebles por accesión atribuido a ciertos bienes muebles, en la ausencia con presunción de fallecimiento, en las obligaciones *propter rem* o cabalgantes, en el caso de los mellizos que la ley considera a todos los efectos como de igual edad, aunque hubieran nacido aun en diversos días (lo que es clínicamente factible). Cabría distinguir aquí entre ficciones y presunciones, *iuris tantum* o *iuris et de iure*, es decir, las que admiten pruebas en contrario y las que no lo admiten, para cumplir con un análisis más preciso. Sin embargo, no es ése el propósito de este texto. A los eventuales interesados, remito al ya ponderado trabajo de Enrique Mari. Me conformo, a los fines del último y próximo apartado, si he conseguido dejar en claro que el discurso del derecho y la compleja tecnología (*ars juris*) en el que se sustenta, están basados en un criterio de verdad precario y en un sólido entramado de ficciones fundadoras u operativas.

¹⁵ Publicado en español en *Derecho y Psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987, ps. 81 y ss.

IV. LA ESCENA DEL PROCESO

Para describir y entender la escena del proceso los juristas han apelado tradicionalmente a la idea de "subsunción". Ella no es, sin embargo, demasiado explicitada por la doctrina, ni en términos prácticos, ni en términos metódicos. Podría pensarse que detrás de esa idea existe alguna reminiscencia de la nomotética de Hempel y el argumento de que un caso pertenece a una familia de casos si es posible mostrar que su cobertura lógica es similar a la de la familia en cuestión. La explicación más elemental y generalizada, en cambio, postula pensar la subsunción como una especie de silogismo lógico de tipo aristotélico en el que la norma jurídica aplicable opera como una premisa mayor, el o los hechos como premisa menor y la sentencia como conclusión. El juez, conocidos los hechos, a la luz de la/s norma/s procede a calificarlos deonticamente y de seguido a condenar o absolver. Sin embargo, si bien se mira el *processum iudicandi* es muy distinto. Por de pronto el Juez no tiene a su disposición los hechos. Ellos han ocurrido ya, con anterioridad a su intervención. Como dice José Calvo González, profesor de la Universidad de Málaga y uno de los más conspicuos y destacados expositores de las teorías narrativas en el campo del derecho: "El proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en este sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos, en suma, donde junto a su presente existencial, también su posible verdad fáctica está desaparecida"¹⁶.

Dado que los hechos no hablan por sí mismos, son mudos, para poder "oírlos" procesalmente, agrega el citado autor, es menester reconstruirlos como narración. Esto es lo que hará el juez. Una tarea de montaje, de edición. Para ello tomará primeramente en cuenta los dichos de las partes, produciendo una primera selección en la que desecha cierto contenido factual por considerarlo irrelevante y centra la producción de las pruebas y el debate argumentativo, en aquel contenido que si considera pertinente a los fines del proceso. Luego, selecciona también las pruebas, autorizando la producción de algunas y rechazando la de otras. Finalmente organiza un relato de relatos. Porque los elementos probatorios, en su inmensa mayoría, se presentan como relatos. Los dichos de las partes ya lo son, pero también los de los peritos y los de los testigos, alguna prueba docu-

¹⁶ CALVO GONZÁLEZ, José, "La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1999, fasc. 1, p. 29.

mental puede tener también la forma de un relato, como por ejemplo una escritura notarial que instrumente una compraventa o un reconocimiento de estado o una cesión de derechos.

Se trata de diversas textualidades heterogéneas y dispares, todas ellas portadoras de sentido. A los fines de "su relato" el juez debe equalizar aquellos sentidos, es decir, debe correlacionarlos, tornarlos consistentes en aquellos tratos que de una forma u otra, entramarán su propio discurso. La complejidad de esta tarea y su resultado no poseen garantías algorítmicas. No hay fórmulas matemáticas ni lógicas que aseguren que las elecciones/selecciones del magistrado sean necesariamente certeras, ni cuando escogió los hechos relevantes, ni cuando interpretó los diversos relatos que tuvo a su alcance.

Y todavía una dificultad más. Aunque cualquiera de los relatos producidos puede apartarse intencionalmente de los hechos, tal y como han podido ser conocidos por diferentes narradores (peritos o testigos), tal apartamiento supone ilicitud y consiguientemente, riesgo de sanciones. Pero esto no ocurre en relación con las partes que, como es sabido, no están obligadas a decir verdad, ni a declarar lo que puede ocasionarles perjuicio, en función de consagradas garantías fundamentales propias del constitucionalismo contemporáneo, en el caso al que aludo, la de la intangibilidad de la defensa en juicio. Las partes cuentan "su" verdad que es siempre, como sostiene Calvo González, una *estrategia narrativa de verdad*, cuya finalidad por lo general es doble, por un lado afirmar la versión propia y por el otro, esmerilar, reducir, controvertir la de la parte contraria.

Por otra parte, al tiempo de formular su propio relato seleccionando, reorganizando, "editando" la multiplicidad de relatos del proceso, el juez debe decidir cuáles son las normas aplicables al caso. Por lo general se tratará de un set de normas, de un subconjunto normativo que asociará reglas procedimentales con disposiciones de fondo. Tampoco existen ni para el caso de las primeras, ni para el de las segundas, criterios mecánicos, ciertos, irrefutables para su determinación. Una vez más el juez deberá usar estrategias eurísticas, en las que su propia intuición jugará un papel preponderante.

Este juez receptor-narrador se encuentra en algún sentido limitado a construir una verdad que sea la verdad del proceso, o quizá resulte más preciso decir la narración verosímil del proceso, una vez que hemos visto ya, cuán esquiva y precaria es la noción de verdad y sobre todo la de verdad histórica, es decir la que se refiere a la ocurrencia de ciertos hechos. El prestigioso historiador estadounidense Hayden White sostiene que

el discurso historiográfico suele atenerse para su desarrollo a ciertos datos, documentos, registros, etc. Cuando éstos faltan en relación a un tracto concreto de ese discurso, quien lo formula rellena el hiato de la manera que resulte más coherente a los fines de reactivar su prosecución. De tal modo, que la verdad historiográfica tiene más que ver con la coherencia narrativa que con la objetividad del material en que se funda¹⁷. Como decía Jorge L. Borges: "la verdad histórica no es lo que sucedió, sino lo que juzgamos que sucedió"¹⁸.

Como quiera que sea, la verosimilitud es un dato en buena medida contextual, que diversos institutos procesales ayudan a delimitar, como por ejemplo el de la traba de la litis, el de los hechos alegados y probados, etc. Se trata pues de verosimilitud en un "mundo posible", como diría Ecco, en el mundo posible de *Hamlet* o en el mundo posible de *Lo que el viento se llevó* o en el mundo posible del expte. 6345/05 del Juzgado Civil X, Secretaría Y, caratulado "Pérez, Juan c. García, José s/ordinario". Ahora bien, aunque los elementos contextuales son determinantes, los elementos paracontextuales juegan su papel en esta liturgia. Me refiero a los factores que operan en el imaginario de la sociedad y respecto de los cuales los jueces, que son seres sociales y que no elaboran sus sentencias solipsísticamente, son necesariamente sensibles. Durante muchos años se juzgó sobre la base de la responsabilidad por culpa, las acciones de quienes producían daños a terceros manejando automotores de manera riesgosa, corriendo carreras en sendas transitadas por otros vehículos o por peatones. Cuando este delito se generalizó y comenzó a ser frecuente la ocurrencia de graves accidentes y de numerosas víctimas, sin reforma legal alguna, los jueces comenzaron a fundar el reproche ya no en la culpa sino en el dolo eventual, una figura penada de forma mucho más severa. Podrían traerse a cuento muchísimos ejemplos más, para poner de manifiesto que cierto horizonte de sentido, vigente en un lugar y tiempo determinado que constituye el universo de las representaciones sociales, se filtra, se desliza, con la forma de un discurso paratextual, al interior de la textualidad del proceso. Esta circunstancia constituye una nueva dimensión problemática de la que es menester dar cuenta, para entender la ardua construcción del discurso de los discursos, a cuyo cargo se halla el juez.

Su tarea es, finalmente, como ya se ha dicho, constructiva. Y lo es en múltiples sentidos. Una tarea que guarda semejanza con la de un di-

¹⁷ WHITE, Hayden, *El contenido de la forma*, Paidós, Barcelona, 1992.

¹⁸ BORGES, Jorge L., "Pierre Menard, autor del Quijote", "Ficciones", *Obras completas*, Emecé, Buenos Aires, 1974.

rector de cine que filma diez horas de película y luego edita un film de dos horas. Estas dos horas son el resultado de una operación de montaje en una moviola. Es decir, de un sin número de selecciones y de "abducciones", de continuidades y discontinuidades productoras de sentido. De repeticiones y de silencios, operados aquéllas y éstos para decir cosas, para expresar, para definir y establecer. Volvamos nuevamente a Calvo González, para valernos de su elocuencia. El juez organiza su relato a través de un proceso que este autor denomina como "ajuste narrativo", ajuste del material con el que cuenta, esto es, de las versiones de las partes, los dichos de los testigos, las peritaciones, los documentos, los contextos y los paratextos. Con todo esto "...produce el 'ajuste narrativo': revisa, compara, intersecta, discrimina, rehúsa, y también prefiere, opta, elige, e igualmente admite, y enlaza y elabora y armoniza hasta construir la coherencia narrativa de lo discutido sobre los hechos y, por coherencia normativa, fabricar el ensamblaje jurídico anudado a ella. Y así dice los hechos y dice el derecho en un relato, el veredicto, que es verdad judicial". Y más adelante: "Las consecuencias de esta detención o solución de continuidad en el estatuto narrativo de la 'fijación' o 'esclarecimiento' de los hechos que proyectivamente venía siendo el de la verdad histórica, son muy importantes, porque franqueada esa frontera no sólo se estabiliza o dilucida el pasado, sino que el pasado se *decide*, dando a ver con ello una manifiesta voluntad de dominio que afecta el presente y, sobre todo, alcanza al porvenir en la condición de *cosa juzgada*"¹⁹.

He aquí presentada, la otra de las circunstancias que transforma el discurso de los jueces en objeto tan singular y trascendente para la vida social. No sólo organiza el relato constructivamente. El modo en que lo formula "constituye" la realidad del mundo. Su veredicto (*vere* - verdad/*dictum* - dicho) tiene carácter *performativo*. Está expresado en un lenguaje que tiene atribuida la facultad de cambiar el estado de cosas existentes, una vez que las palabras de ese lenguaje han sido exteriorizadas. El que no era culpable (presunción de inocencia) pasa a serlo; la discutida propiedad de cierto bien se consolida en cabeza de alguien; el automóvil amarillo que chocó con el azul, cruzó la bocacalle a 70 km/hora, etc. La historia no solamente *sucede*, dice el ya citado Hayden White, sino que también es *hecha*, hecha sin duda por las acciones de los seres humanos en situaciones específicas, pero hecha también por aquellos que escriben sobre estas acciones y las dotan de un significado que con frecuen-

¹⁹ CALVO GONZÁLEZ, J., "La verdad...", cit., ps. 45 y ss.

cia es tan "ficcional" como una novela²⁰. Los jueces escriben sobre las acciones humanas, pero lo que escriben produce un efecto peculiar porque el sentido que les otorga las fija, las cristaliza, las torna unívocas, al tiempo de decirlas con autoridad de cosa juzgada.

Esta visión acerca de la escena del proceso que lo aleja de ficticias seguridades al no presentarlo ya como el resultado de prolijos y aceptados mecanismos lógicos y nos lo devuelve, en cambio, como compleja construcción discursiva, problemática y azarosa, no escapa, sin embargo, a los marcos de sutiles entramados de racionalidad y razonabilidad, que la cultura occidental ha construido por siglos. Siglos de refinamiento de las tecnologías jurídicas, siglos de socialización producida por las escuelas de derecho, siglos de un saber especializado, siglos de una cultura "tribunalesca". La perspectiva narrativista coloca en otro marco conceptual el análisis de algunas problemáticas tradicionales e induce a explotar el enorme desarrollo de la lingüística contemporánea, de la teoría del discurso, de la socio-semiótica, para el desarrollo de la teoría jurídica de nuestro tiempo. Una teoría que sólo puede valer como tal, si devela, si reconstruye, si critica y si además molesta un poco e incomoda otro tanto. Amén.

²⁰ WHITE, Hayden, en GODOY, Cristina (comp.), *Historiografía y memoria colectiva*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2002, "Prefacio".

sociedad contemporánea, de la mayor trascendencia e importancia. Oculta relaciones estructurales, para reproducir formas de la hegemonía social. Pero este ocultamiento no se produce sólo a partir de la represión, también se produce a partir de la elaboración del consenso. El derecho no sólo amenaza, también disciplina; reprime pero "normaliza", en el sentido foucaultiano.

Ahora bien, como señalara Althusser, la ideología no es sólo desconocimiento, es también reconocimiento; elisión, pero también alusión. Por eso, por un lado oculta, pero por el otro fija el lugar de lo que oculta, constituye el lugar de lo que opaca. Así, cuando el derecho nos promete igualdad, no sólo nos escamotea la percepción de nuestra desigualdad real, también legitima nuestro reclamo por la igualdad. De tal suerte que el carácter ideológico del derecho tiene un doble papel, por una parte reconduce las relaciones de poder pero, por la otra, al legitimar el reclamo, posibilita la reformulación y la transformación progresiva de las relaciones de poder.

Y, por último, este aspecto, el que concierne a las relaciones de *poder*, un aspecto que en las teorías tradicionales resulta siempre ignorado.

Si el poder es un instrumento, es una cosa que uno tiene y que otros no tienen, lo único que se puede hacer (como pensaba Lenin) es apoderarse del instrumento del cual carecemos. Es decir, si la burguesía está encerrada en su fortaleza, lo que hay que hacer es tomar la fortaleza.

Hacer la revolución, es tomar la fortaleza, asaltar la Bastilla, ocupar el Palacio de Invierno. La idea de Gramsci, de Althusser y de otros teóricos, en cambio, es distinta. El poder no se piensa como instrumento sino como una relación. Al interior de esta relación existe de manera gravitante, tanto el dominador como el dominado, y lo único que no puede hacer el dominador con el dominado es abatirlo, porque se termina la dominación; lo único que *no puede hacer* el dominador con el dominado es suprimirlo, porque se termina la relación de poder, se termina *su* poder. Por lo tanto necesita negociar y reformular permanentemente esa relación, la que juega en un sentido progresivo o en un sentido conservatista y retardatario, de acuerdo a la forma en que históricamente ella se materializa, al interior de una formación social determinada.

Creo que estas premisas permiten mostrar las posibles articulaciones entre ciertas categorías del discurso marxista y el papel del derecho en la vida social, seguramente útiles para comprender mejor el desarrollo histórico de nuestras sociedades y, con ello, contribuir a perfeccionarlas en el sentido de su progresiva humanización.

CAPÍTULO XII

¿QUÉ HACEN LOS JUECES CUANDO JUZGAN?

Enfoques plurales sobre la interpretación del derecho
y la hermenéutica judicial

La pregunta del título es, claro está, puramente retórica. No tiene una única respuesta o las respuestas disponibles son múltiples y para peor ambiguas. Los jueces cuando juzgan hacen muchísimas cosas al mismo tiempo. Ponen en juego todo lo que saben, conceptual o experiencialmente. Conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan y, además, dudan. Como la suya es una tarea humana, resulta fatalmente incierta y compleja. Con todo, los juristas, en esta época, tienen alcanzados algunos acuerdos acerca de la naturaleza de dicha tarea. El papel que tradicionalmente se asignó al juez como la "voz de la ley", ese papel pasivo, meramente cognitivo, ha sido desplazado del eje de discusiones pertinentes en el campo de la teoría. Predominan, en cambio, enfoques en los que la actividad jurisdiccional se piensa como una función constitutiva del sentido con el que el discurso del derecho se despliega y se materializa. Con matices, aunque no menores, es lo que sostienen kelsenianos, egológicos, realistas, buena parte de los jusnaturalistas, críticos y otras variadas tribus teóricas.

Sin embargo, detrás del debate entre estas corrientes y el formalismo extremo, hay un arduo problema de tipo epistemológico. ¿La actividad jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parámetros lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más relevantes en su desarrollo aspectos empíricos, que tienen que ver con la realidad social y los sistemas de valores, relacionados con un juez situado, es decir, con un Juez en el mundo, que no está encerrado en una torre de cristal y que, por lo tanto, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social, en un tiempo y lugar determinados?

Para insinuar una respuesta a pregunta tan compleja, será menester volver a las fuentes. En este sentido Carlos Cossio resulta una referencia insoslayable. No sólo porque trabajó como pocos el tema de la hermenéutica jurídica, sino también porque tematizó el rol constitutivo de la función jurisdiccional, con notable anticipación teórica en el ámbito de las disciplinas jurídicas, bajo el concepto de *pragmognosis* o conocimiento de protagonista, articulando categorías que provenían de la fenomenología y el existencialismo cristiano, con un profundo y acabado conocimiento de la experiencia judicial, a la que siempre puso en el núcleo de su reflexión.

Cossio (1967) clasificaba a los métodos de interpretación del derecho en dos grandes grupos. En el primero, ubicaba a todos aquellos que creían posible establecer un único, definido y "verdadero" sentido de la o las normas objeto de análisis. Aunque sustentaron distintos criterios eurísticos (gramaticales, exegéticos, dogmáticos, fenomenológicos, etc.), compartieron un mismo criterio: el derecho tenía una única lectura adecuada y era intelectualmente posible establecerla. Por eso, nuestro autor denominaba a estas corrientes como "intelectualistas". En el segundo grupo, incluía sólo a la llamada Escuela del Derecho Libre y a la teoría pura del derecho de Kelsen, aunque su propia concepción egológica y la del realismo americano y escandinavo, debían también integrarlo. Caracterizaba a las tesis de este segundo grupo como "voluntaristas". En un extremo, un voluntarismo amorfo que sostenía la idea de que era el juez el que dotaba de sentido a la norma, mediante un acto de voluntad no sometido a limitación alguna. En el otro, un voluntarismo estructurado (Kelsen), que señalaba que todo acto de creación de norma era un acto de aplicación y todo acto de aplicación uno de creación, de modo que conocimiento y voluntad concurrían a fin de determinar aquel sentido. Estos puntos de vista, en opinión de Cossio, constituyen saludables rupturas epistemológicas en la teoría de la interpretación en particular y en la teoría del derecho en general.

En éste, como en tantos otros aspectos, Cossio lució una inteligencia aguda, una información sorprendente y una prospectiva científica que le permitió plantear o insinuar problemáticas, que la doctrina vino a debatir recién varias décadas más tarde. Por ejemplo, las cuestiones que articulan política y derecho o ideología y derecho. En *Crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica en nuestra época* (1962), influenciado por los ricos debates de época del marxismo, sostiene una tesis tan interesante como provocativa. Dice que, en realidad, la cuestión de los métodos de interpretación no era más que un invento de la burguesía. Dicha

cuestión surge coetáneamente con el advenimiento de "la ley" como tecnología de regulación social. Es decir, cuando se acaba el mundo feudal, al que correspondió el derecho de los *pacta*, el derecho estatutario y las relaciones jurídicas pasan a ser regidas mediante leyes, esto es, mediante mecanismos que universalizan el sentido de las normas vigentes y los criterios relativos a su aplicación por órganos especializados. Es entonces, cuando se torna imprescindible prever aquel sentido y estos criterios, porque tal es la demanda del nuevo modo de producción que reemplaza al feudalismo: previsión que neutralice el riesgo, facilitando la inversión. Es entonces, cuando resulta imprescindible la inteligencia unívoca de la ley. En consecuencia, el debate pretensamente científico acerca de los métodos, estaba impregnado más por una preocupación de naturaleza ideológico-política, que por una cuestión vinculada con el conocimiento. Cossio sostiene que, cuando los burgueses hacen su revolución, toman la Bastilla y comienzan a transformar la sociedad estamental, deben de convivir largo tiempo con los jueces del *Ancien Régime*. Como el poder político de la burguesía revolucionaria se condensa en el Parlamento y los jueces no son ideológicamente confiables, se "inventa" la exégesis, a través de la cual el recto sentido de la norma debe buscarse en la voluntad del legislador, en el Parlamento, es decir, en el lugar de elaboración programática en donde se construye el nuevo derecho para la nueva sociedad y, correlativamente, el sentido con el que debe ser finalmente aplicado.

La exégesis es un método de naturaleza psicológica, bastante endeble, que con el tiempo exhibió sus notorias limitaciones (en un cuerpo colectivo no hay una única voluntad; qué papel cumple la voluntad de la minoría; cómo evitar la esclerosis normativa); ¿porqué, entonces, buscar la voluntad del legislador? Porque es allí, en el Parlamento, donde están condensados los núcleos ideológicos del proyecto hegemónico.

Agrega Cossio en su análisis, ¿por qué los ingleses recomendaron un método diferente, el de la búsqueda del precedente? En realidad, porque habían hecho su revolución cien años antes, cuando Oliverio Cromwell consigue que ruede en el cadalso la cabeza de Carlos I de Estuardo. El precedente en cuestión es el que se gesta en el breve pero definitivo periodo durante el cual, con el triunfo de los "cabeza chata", la burguesía gana su lugar en el Parlamento para no abandonarlo ya, nunca más.

Mientras tanto, en Alemania, no había ocurrido ninguna revolución y, por lo tanto, la burguesía no había ganado el Parlamento, ni había ganado la administración del Estado, pero sí, en cambio, la universidad. Los profesores de la universidad provenían de la burguesía; aquí la receta del

modelo interpretativo (*ex cathedra*) era: "hay que interpretar la ley como la doctrina dice que hay que interpretar la ley", doctrina que era producida, claro está, por los profesores de Derecho.

Las sagaces observaciones de Cossio, advierten que toda construcción teórica acerca del derecho, mantiene siempre vínculos insoslayables con la problemática social general. Es decir, con la problemática de la circulación de la ideología, de la construcción del discurso político, de la legitimación y reconducción de las estructuras de poder. Conclusión ésta a la que importantes sectores de la teoría jurídica (comunitaristas, neo-contractualistas, críticos, etc.) arriban recién a mediados de los 70 y desarrollan, no pacíficamente, desde entonces hasta la actualidad.

Mencionemos reductiva y esquemáticamente, por más conocidas, las posturas de Kelsen sobre el tema que nos ocupa. Como ya se adelantó, el gran jurista del siglo XX, criticó las tesis que se inspiraban en la doctrina de Montesquieu y propuso entender la actividad interpretativa del juez como un acto complejo en el que se conjugaban conocimiento y voluntad, creación y aplicación de la ley. Pensó la norma como un marco abierto de posibilidades. El juez conoce la multiplicidad de opciones que ella le brinda para dar contenido a su sentencia y crea una solución *ad hoc*, cuando escoge una de tales opciones. En nuestra legislación penal el homicidio simple tiene una pena de ocho a veinticinco años de prisión. Entre ocho y veinticinco años, existen 50.000 posibilidades diversas de condena: ocho años y un día, ocho y dos días... Hay creación judicial cuando se escoge una determinada de esas 50.000 posibilidades. Sólo dos actos quedan excluidos de este carácter complejo. El primero, de pura creación, es la hipótesis cognitiva o la ficción, que él llamó *Grimnorm* o norma fundamental. Creación epistémica del jurista a partir de la cual es posible, según Kelsen, dotar de unidad a un sistema de normas, pudiendo así diferenciarlo de otros; y, por otra parte, derivar de ese punto de partida el principio general de validez del orden. El segundo, de pura aplicación, es el acto a través del cual la sentencia se ejecuta por medio de un órgano especializado.

El autor postula la plenitud del orden a partir de concebirlo como un conjunto finito de prohibiciones más una norma de clausura (todo lo que no está prohibido está permitido). De este modo puede afirmarse axiomáticamente, que todo acto humano resulta, de manera necesaria, capturado por la ley como prohibido o permitido, de modo que no existen las lagunas en el derecho. Siempre podrá encontrarse alguna solución. La idea de laguna no refleja sino la discrepancia del interprete con la solución ofrecida normativamente. La teoría de las lagunas, sostiene Kelsen, no fue

sino un intento de convencer a los jueces de que contaban con menos poder del que efectivamente tenían, haciéndoles creer que sólo creaban derecho en casos excepcionales cuando, en realidad, lo hacían permanentemente.

Las tesis adquirieron enorme influencia y aunque en algunos aspectos han sido refutadas, no cabe dudas que acierta Juan Ramón Capella cuando afirma que si en la actualidad podemos apreciar un horizonte más lejano que el que Kelsen describió es, entre otras cosas, porque lo hacemos parados sobre sus hombros.

Dentro de la corriente del positivismo jurídico ha sido trascendente también, el aporte de Herbert L. Hart (1967), autor que incorpora las elaboraciones de la filosofía analítica a la teoría del derecho. Fundamentalmente se inspira en Austin y en el primer Wittgenstein. Los tres problemas fundamentales que lo ocupan son: i) la relación derecho/coerción; ii) la relación derecho/moral y iii) la relación derecho/reglas, cuestión esta última en la que realiza sus más innovativos estudios. En todos esos aspectos matiza las tesis kelsenianas, cuando no toma abierta distancia respecto de ellas. A la tajante cesura entre derecho y moral sostenida por el pensador austriaco, opone la idea de que el derecho contiene un *minimum* moral inderogable (1962). Se detiene en el análisis de las reglas desde la perspectiva de los lenguajes naturales, aunque no piensa estos últimos como mera colección de palabras, sino como fenómenos que las palabras mentan, de donde resulta que el estudio lingüístico y la descripción sociológica, en Hart, se coimplican. Su propósito no consiste en estudiar la palabra "derecho", sino el sistema jurídico contemporáneo en general, sobre la base de entender las prácticas sociales que lo sustentan. Le da un contenido diferente al de Kelsen a la distinción entre reglas primarias y secundarias. Desde su punto de vista, las primeras establecen las sanciones y las segundas los procedimientos y mecanismos a través de los cuales las primeras se modifican. Por último, la llamada "regla de reconocimiento" juega un papel homólogo al de la norma fundamental pero, a diferencia de ésta, no reviste el carácter de una hipótesis cognitiva o una ficción, sino que se trata de una norma superior del sistema, cuyo carácter de tal es "reconocido" por el conjunto de juristas en función de su pertenencia a una colectividad social, geográfica e históricamente determinada. La validez deviene, entonces, más que un dato epistémico, un dato sociológico, con lo que se desdibuja la tajante distinción entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*, tan enfáticamente afirmada por la teoría pura.

Hart introduce una distinción que ha tenido cierta fortuna en la teoría, entre lo que llama "el punto de vista interno" y "el punto de vista

externo", respecto del derecho. El primero sería propio de los juristas en general, de los operadores jurídicos tales como abogados, jueces, escribanos, practicones. El segundo, el que observa la legalidad desde el sistema político o el sentido común. Desde el punto de vista interno, pueden reconocerse situaciones rutinarias que el sistema jurídico resuelve con criterios estandarizados y otras más complejas. Estas últimas constituyen los "casos difíciles", en general vinculados con los problemas que genera el uso de los lenguajes naturales. Tales problemas son la ambigüedad (incertidumbre connotativa), la vaguedad (incertidumbre denotativa) y la textura abierta del lenguaje (vaguedad potencial de los términos). Para superar estas dificultades las ciencias utilizan lenguajes técnicos o formales, pero en el marco de una peculiar hermenéutica, cuando de juristas se trata y, en particular, cuando se trata de jueces. Ellos emplean reglas de naturaleza analógica, mediante las cuales extienden a supuestos relativamente similares, soluciones ya establecidas y aceptadas. Esto supone afirmar por parte de Hart, la idea de que la tarea del juez es constitutiva, que siempre hay un margen de discrecionalidad en la elección de una determinada solución y que, por lo tanto, no cabe poner en duda la naturaleza creativa de dicha tarea. Como las palabras son ambiguas y vagas, cuando los Jueces leen las normas tienen que establecer el recto sentido con que han sido ellas empleadas, lo que supone desechar ciertos sentidos posibles y acoger otros. Ésta no es una operación puramente mecánica o intelectual, sino que es una operación que implica voluntad, decisión, juicio de valor, preferencia, construcción del caso y de su solución.

Quien se presenta como un antagonista paradigmático del punto de vista hartiano es Ronald Dworkin, un autor muy divulgado. En su opinión la analogía no juega ningún papel en el derecho y sus problemas fundamentales, no son lingüísticos. Las partes deben aspirar a una solución acorde con el ordenamiento, tanto sea en los casos difíciles, como en los casos fáciles. Ni hay creación en el trabajo de los jueces, ni puede mediar discrecionalidad. El orden jurídico está básicamente integrado por reglas o por normas, pero también por *principios*. Por ejemplo, el principio de que nadie puede prevalecer de su propio dolo, y éste, dice Dworkin, es un principio que se encuentre positivamente establecido o no, va jugar un papel fundamental en la construcción del caso y en su solución. Como éste, existen otros muchos principios, que no derivan de ninguna "regla de reconocimiento", sino que resultan justificativos de ciertas prácticas jurídicas y, al mismo tiempo, son el producto de esas prácticas. Introduce así, nuevamente, una crisis en la distinción entre derecho y moral, entre ser y deber ser. Afirma de manera muy rotunda que el derecho no puede

desprenderse de la moral y que esos principios son también de naturaleza política y moral. Juega con la metáfora del juez Hércules, con la metáfora de un juez omnisciente, capaz de producir la recta solución para el caso difícil, siempre y cuando, sea capaz también de entender al derecho como integridad e integración. Es decir, de entender que el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino también un conjunto de principios y de valoraciones sociales, de pautas políticas y de criterios morales compartidos, por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.

Si el juez realiza ese proceso de integración de normas, principios y valores morales, deberá hallar, concibiendo al derecho como práctica interpretativa, la respuesta correcta para el caso. Porque la red del derecho es una red sin fisuras, dado que los principios completan, eventualmente, las fisuras existentes. Dworkin, al igual que otros autores actuales como Posner, Mc Cormick, Nussbaum, Van Roermann, por citar sólo algunos, acude a la homología entre el derecho y la literatura (1997). Sostiene que el juez realiza su trabajo como si escribiera un capítulo de una novela; de una novela que no ha sido empezada por él; que tiene otros capítulos que la preceden y que, por lo tanto, desde esa precedencia, determinan el sentido con el que el capítulo que a él le toca escribir va a ser escrito. Utiliza metáforas como instrumentos didáctico-explicativos: "una única solución correcta", "el derecho como integridad", "el juez como Hércules", "la red sin fisuras".

Las mayores críticas que las tesis de Dworkin han recibido, como él mismo reconoce, o las más sólidas, provienen del movimiento de los *Critical Legal Studies*, en el que militan autores como Duncan Kennedy, Alan Hunt, Robert Gordon. R. Mangabeira Unger, entre otros, que son la expresión de la teoría crítica en el mundo anglosajón. Lo que estos autores argumentan en relación con sus posiciones, es que la moral no está constituida por un solo principio, la política no tiene en cuenta un solo valor y muchas veces es socialmente necesario elegir entre principios morales o acciones políticas que reputamos tan valiosas las unas como las otras. A pesar de eso es preciso elegir, optar. Cuando optamos es porque estamos construyendo el discurso del derecho desde nuestra propia perspectiva, desde ese momento constitutivo de la decisión judicial, que al fin y al cabo, siempre elige y selecciona. El hecho de que integremos la solución con principios, con normas, con valores morales y reglas políticas, no implica que haya una única manera de producir tal articulación o un procedimiento unívoco y confiable para entramarlos en la búsqueda de la única solución correcta. Las soluciones correctas pueden ser muchas.

Ciertamente, el debate entre estas corrientes continua. Algunos creen que se trata de un debate equivoco, porque mientras Hart ha pretendido *describir* el fenómeno jurídico, en realidad, Dworkin no sólo ha pretendido describir, sino también *valorar* y *justificar* un cierto criterio como preferible a otro. Mientras tanto los *Criticals* han operado deconstructivamente para mostrar el carácter ideológico de la argumentación.

En esta reconstrucción del debate contemporáneo cabe ahora hacer referencia a los puntos de vista de la *Teoría crítica del derecho* (2001). Como se ha visto, cuando discutimos acerca de qué papel cumplen los jueces, ponemos también en cuestión el concepto que tenemos acerca del derecho. Como conducta en interferencia intersubjetiva (egología); como conjunto de normas (positivismo), como conjunto de predicciones acerca de las decisiones de los jueces (realismo norteamericano o su versión escandinava, algo más elaborada). En fin, cada vez que discutimos acerca del rol judicial y del papel de la interpretación, estamos también discutiendo acerca de cómo concebimos el derecho.

Desde este punto de vista, la teoría crítica propone reconstruirlo como una *práctica social específica*. En tanto práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabilizada en el tiempo y estilizada; social, porque sólo es requerida cuando media interacción entre los individuos; y específica, porque es distinguible de otras prácticas sociales como las políticas, económicas, morales, etc. Esta práctica es de naturaleza *discursiva*, en cuanto se materializa como proceso social de producción de sentido. Es en el campo del sentido, en donde el derecho adquiere su especificidad y produce los efectos que le son propios. Un distinguido jurista belga, François Ost, explica esta idea con un interesante juego de metáforas que en parte recoge el uso que de ellas hace R. Dworkin, según se ha visto más arriba.

Al modelo de derecho y juez, representado por Júpiter, ese centro del cual toda validez se declina, Dworkin oponía un Hércules peculiar, vecino al modelo del realismo, que cargaba sobre sus poderosas espaldas al mundo y que era capaz de realizar todas las tareas. Ost, en cambio, piensa al derecho con la imagen de Hermes que es —según dice— dios de la comunicación y de la circulación; dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representante y portavoz, que es olvidado en beneficio de la continuidad del juego. He aquí la clave, una clave que él llama *lúdica*, que le permite sugerir: "...No es tiempo de pensar la complejidad del derecho a partir de ella misma y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar al derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que jue-

gan sobre la escena jurídica y contribuyen cada uno a su manera, a 'aplicar el derecho'?... Es en la teoría de un derecho múltiple en la que habría que fijarse; multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir aun el entrelazamiento incesante de la fuerza y la justicia. En una palabra, es en la teoría del derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio... La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos".

El derecho aparece, así, según se señaló antes, como un campo de sentido, en el que se relacionan multiplicidad de poderes y de actores con roles diversificados. Hermes no es trascendencia ni immanencia. Se encuentra entre una y otra (dialécticamente) o en una y en otra (paradójicamente). Hermes remite a la idea de red, a la idea, más actual, de una base de datos. El código que la constituye, dice el autor belga, no está en una causalidad exterior (como la infraestructura económica de la vulgar marxista), sino en la ley de circulación del discurso, que se articula entre la regla (que no es enteramente normativa) y el hecho (que no es enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu.

Las muy sugerentes ideas de Ost, poseen notorios puntos de contacto con criterios que hace ya unos cuantos años, había planteado la teoría crítica de Buenos Aires (cf. Ruiz, Alicia E. C.; Entelman, Ricardo *et al.*, 1991).

Pensar el derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican y, además, lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones.

Es posible distinguir tres niveles en la estructura del discurso jurídico. El primero constituido por las normas, el segundo por las interpretaciones "técnicas" acerca de las normas, es decir, las que realizan los "operadores del derecho", paradigmáticamente los jueces, pero también los abogados, los doctrinarios y otros de menor incidencia, como los martilleros, procuradores, practicones, etc. Por último, el de los súbditos, en el

que se condensan con mayor eficacia, los elementos imaginarios, los juegos ficcionales y los mitos operativos del derecho.

Estos niveles pueden diferenciarse sólo con intención analítica, no son "lugares" ni momentos definidos, sino instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose circunstancialmente en una decisión judicial, en una ley sancionada, en un contrato o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse inmediatamente en nueva fuente de sentido.

Cuando los jueces, por ejemplo, deben lidiar con los estándares normativos que con frecuencia adolecen de anemia semántica ("mujer honesta"; "buen padre de familia"; "debidos cuidados", etc.) incorporan sentido a esas expresiones, las completan o complementan; sentidos que, naturalmente, son mutables e históricos y, por serlo, dotan de relativa estabilidad a las leyes. La complicada operación que así despliegan, tiene dimensiones cognitivas y volitivas, aunque dimensiones siempre sociales. De tal manera, los alcances interpretativos que operacionalicen, tendrán en cuenta otros fallos, opiniones doctrinarias, dichos y afirmaciones de las partes y sus letrados. Pero ¿estarán ausentes sus lecturas filosóficas o psicoanalíticas, las opiniones en estado práctico que circulan en los *mass media*, la discusión con su cónyuge o con sus hijos sobre el tema, el criterio de sus amigos íntimos? No lo estarán, porque toda interpretación es social (cf. Schutz, Winch, Davidson) y porque las normas y las reglas, en tanto producto lingüístico, adquieren sentido no sólo por lo que nombran, sino también por el uso social que tienen atribuido. Como sostiene el Wittgenstein de "Investigaciones Filosóficas", el lenguaje es una construcción social y nos movemos al interior del lenguaje como al interior de una construcción social. Por eso no hay lenguajes privados. Los sentidos circulan, constituyendo una vasta red de significaciones, que ya no tienen un centro único de producción, sino "posiciones" más o menos estratégicas por su influencia, medida ésta, siempre, en términos circunstanciales e intercambiables.

Esa circulación de los sentidos es la que establece la complejidad epistemológica que Danilo Zolo ha caracterizado como un fenómeno de circularidad cognitiva de los agentes (o sistemas) que se han vuelto conscientes del dato que su propia presencia produce. Ellos, no pueden neutralizar las distorsiones generadas por su actividad cognoscente, en el campo que a través de ella pretenden "aprehender". Expresa el autor citado: "...Los agentes pueden tener en cuenta críticamente -esto es, reflexivamente- la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse

de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influye en su percepción de sí mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él, haciéndolo objeto de su cognición" (1994).

Pensar lo jurídico como práctica social discursiva, tal como lo presentado aquí de manera necesariamente esquemática, parece constituir un aporte superador de ciertos reduccionismos tradicionales en el debate de la teoría acerca del papel de los jueces, de sus competencias hermenéuticas y, en definitiva, del concepto mismo de derecho. Permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo, de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de realidad, a la que algunos prestigiosos juristas tratan hoy, como propias de la postmodernidad. Pienso aquí, en la preocupación por un derecho más flexible (André Jean Arnaud), más reflexivo (Günther Teubner), más poroso y plural (Boaventura de Souza Santos).

Permite rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la auto-producción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimidad, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia.

El derecho puede ser visto de este modo, como fenómeno positivo, histórico, público, y social, porque la teoría que lo describe es capaz al mismo tiempo de ser interdisciplinaria y sistémica. Sólo con este nivel de complejidad de la teoría, será posible dar cuenta del nivel de complejidad estructural que ha alcanzado el subsistema del derecho, en los inicios de este nuevo milenio.

CAPÍTULO XIII

SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

I. EL MISTERIO DE LA SUBSUNCIÓN

Cuando un operador jurídico (abogado, juez, funcionario) se formula alguna pregunta acerca del razonamiento judicial, salvo en contadas excepciones, suele buscar la respuesta, más o menos automáticamente, en la idea de *subsunción*. Naturalmente, ello no es natural. Por el contrario, es absolutamente artificial. Resulta consecuencia de una educación jurídica que implantó con fuerza esa idea, machaconamente y sin mayores elucidaciones. En su versión más elemental, ella explica la actividad llevada a cabo por los jueces, como un proceso de "encanastamiento" mediante el cual, cierta clase de hechos que constituyen un *caso particular*, son incluidos o insertados dentro de las previsiones de una norma o un subconjunto normativo que describe, en forma abstracta, el *caso general*; es decir, el género respecto del cual aquel caso particular, resulta ser una especie. Así, si el juez tiene por probado que el señor X, en medio de una discusión con el señor Y, sin que mediaran por parte de éste agresiones físicas o verbales, extrajo de sus ropas un revolver, disparó contra su interlocutor y le produjo la muerte, no mediando factores de inimputabilidad, habrá de considerar la acción llevada a cabo como *subsumida* en las previsiones del art. 79 del Código Penal y condenará a X, proceso debido y defensa legítima de por medio, en su calidad de homicida, a cumplir una pena de ocho a veinticinco años de cárcel.

Aunque parezca algo extraño, la llamada *subsunción* no recibe por parte de la dogmática (ni de la teoría) mayores explicitaciones. No se revelan los mecanismos lógico-metodológicos empleados para incluir el caso particular, en la premisa genérica de naturaleza normativa. Tampoco se dice si ése es un proceso puramente intelectual o juegan también aspectos volitivos que resulten propios de la individualidad del juzgador, o

si complementaria o alternativamente, éste debe instrumentar criterios de naturaleza axiológica, vigentes en la sociedad que ha generado el tipo de institucionalidad que éste expresa. Por su parte, la ciencia jurídica remite la cuestión a una teoría general de la interpretación, por lo que el término subsunción, que tantas cosas parece evidenciar, termina cumpliendo una función puramente retórica, preñada de equivocidad, aunque útil para aludir, multivocamente, a un proceso significativamente complejo, como es el de la adjudicación o aplicación de la ley.

Nos proponemos mostrar en este texto¹ que la tarea que llevan a cabo los jueces cuando juzgan, es bien diferente a las implicadas en la noción antes criticada y que para comprender dicha tarea de manera adecuada, resultará útil acudir a recursos teóricos y epistemológicos de nuevo tipo, vinculados con las corrientes filosóficas contemporáneas, que se identifican con el denominado "giro lingüístico" y "giro hermenéutico" que, aunque no representan exactamente lo mismo, mantienen un núcleo de fundamentales coincidencias. En ese marco, se producen estudios diferenciados, en tanto enfatizan aspectos diversos del fenómeno que intentan describir: las teorías narrativas, el construccionismo cognitivo², las formaciones discursivas. Sólo haremos en materia de matices, los breves señalamientos que resulten en cada oportunidad indispensables, remitiendo en lo demás a trabajos de mayor envergadura. En cualquier caso, la aceptación de un nuevo paradigma epistémico, tiene efectos tanto para la conceptualización que hagamos respecto de cómo entender el papel de los jueces y las funciones que ellos cumplen, como respecto al propio modo de concebir el derecho mismo. Ambas cuestiones resultan, necesariamente, coextensivas.

¹ Me he ocupado del papel de los jueces y la función adjudicativa en otros trabajos anteriores: "Las dimensiones políticas de la función judicial" en la revista *Direito* editada por la Asociación de Magistrados Trabalhistas de Rio Grande do Sul, Brasil. "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada", en *Revista "Jueces para la democracia"*, nro. 24, Madrid, noviembre de 1995. "Sobre la interpretación del derecho" (comentarios críticos a Modesto Saavedra López) en *Travesías*, publicación de la Universidad Iberoamericana de La Rábida, 1996. "¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?", incluido en este libro (capítulo XII).

² Las tesis constructivistas implican una crítica del realismo ingenuo y una crítica epistémica de posiciones a las que suele adscribirse: el objetivismo, el naturalismo, el empirismo. La realidad y particularmente la realidad social o humana no expresa sólo fijeza, sino también cambio, mutación, proceso e indeterminación. Como sostenía Weber, para las ciencias sociales la "realidad empírica" es cultura, es decir, sentido. De modo que la realidad no existe sin observador. Para un completo desarrollo del tema desde la perspectiva jusfilosófica puede verse MARTINEZ GARCIA, José I., *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992.

vas³. Se sigue de lo antedicho que un desarrollo de tales características deberá confrontar inevitablemente, con cierto tipo de reduccionismos, los de naturaleza ontologista que sustenta el jusnaturalismo tradicional y los de naturaleza normativista que sustenta el positivismo formalista, tanto en la definición de "derecho" que cada una de esas corrientes propone, como en la manera en que describen el régimen de producción de la decisión judicial.

Cuando se articula el tema de la interpretación con el papel de los jueces, parece necesario recordar que el más importante jusfilósofo que hasta ahora ha producido nuestro país, nos referimos por supuesto a Carlos Cossio, ha realizado aportes de una originalidad y una anticipación sorprendentes. El hecho de que los mismos se hayan desplegado mediante el uso de un lenguaje algo críptico, propio de una filosofía de época cargada de metafísica, ha obstaculizado su conocimiento por parte de los jóvenes estudiosos de la jusfilosofía. Sin embargo, sus ideas y sus intuiciones, despojadas de esa "envoltura", no pierden resonancia. Muy por el contrario se transforman en inestimables guías para la más actual reflexión. Parece entonces necesario, evocarlas en apretada síntesis.

II. LA CONCEPCIÓN EGOLÓGICA

La egología tematizó el rol constitutivo de la función jurisdiccional –sobre el que más adelante volveremos– con notable anticipación teórica en el ámbito de las disciplinas jurídicas, bajo el concepto de *pragmognosis* o conocimiento de protagonista, articulando categorías que provenían de la fenomenología y el existencialismo, con un profundo y acabado conocimiento de la experiencia judicial, la que siempre puso en el núcleo de su reflexión. El conocimiento del juez no era ni pura episteme, ni pura doxa; ni pura teoría, ni sólo comportamiento repetitivo. Constituía una experiencia calificada, en la que se entramaban saber e intuición, adscriptos existencialmente al rol desplegado.

Además, ella era un componente epistémico ineludible de la ciencia jurídica porque, explicaba Cossio, el juez constituía el "canon del sujeto

³ La idea de derecho que se sostenga suele implicar a la que corresponde al papel de los jueces. Ver por ejemplo el trabajo de Ost, François, "Jupiter, Hércules y Hermes. Tres modelos de jueces y de derecho", *Doxa*, Alicante, nro. 14. Más recientemente, Isabel LIFANTE VIDAL dedica en su trabajo *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999) tanta extensión a las concepciones generales de los autores que analiza, como a las que ellos sostienen en relación con el tema específico de la interpretación.

cognoscente". Quería decir que, quienquiera se acercara al fenómeno jurídico con pretensión operativa, lo haría ubicándose en el lugar del juez o constituyendo al juez en su interlocutor, o preguntándose cómo resolvería el juez la cuestión indagada: el abogado al desplegar su arte y oficio, el jurista dogmático al realizar sus análisis, el jurista teórico al construir su metadiscurso.

Con la idea misma de "egología", un conocimiento que parte de la propia conducta y que vuelve reflexivamente sobre ella, el maestro argentino abrió en el campo del derecho, con sugestiva originalidad, un camino que sólo muchas décadas más tarde, desarrollarían otras concepciones.

En lo que concierne al tema que nos ocupa, Cossio⁴ fue igualmente proficuo. Clasificó a los métodos de interpretación del derecho en dos grandes grupos. En el primero, ubicaba a todos aquellos que creían posible establecer un único, definido y "verdadero" sentido de la o las normas objeto de análisis. Aunque sustentaron distintos criterios eurísticos (gramaticales, exegeticos, dogmáticos, fenomenológicos, etc.), compartían un mismo criterio: el derecho tenía una única lectura adecuada y era intelectualmente posible establecerla (con otros presupuestos esa posición es hoy sostenida por R. Dworkin). Por eso, nuestro autor denominaba a estas corrientes como "intelectualistas". En el segundo grupo, incluía sólo a la llamada Escuela del Derecho Libre y a la teoría pura del derecho de Kelsen, aunque su propia concepción egológica y la del realismo americano y escandinavo, debían también integrarlo. Caracterizaba a las tesis de este segundo grupo como "voluntaristas". En un extremo, un voluntarismo amorfo que sostenía la idea de que era el juez el que dotaba de sentido a la norma, mediante un acto de voluntad no sometido a limitación alguna. En el otro, un voluntarismo estructurado (Kelsen), que señalaba que todo acto de creación de norma era un acto de aplicación y todo acto de aplicación uno de creación, de modo que conocimiento y voluntad concurrían a fin de determinar aquel sentido. Estos puntos de vista, en opinión de Cossio, constituían saludables rupturas epistemológicas en la teoría de la interpretación en particular y en la teoría del derecho en general.

El autor trabajó de manera especialmente atenta el tema de la interpretación judicial en sucesivos ensayos y en una obra póstuma que, inexplicablemente, permanece inédita. En otro capítulo de este mismo libro

⁴ Cossio, Carlos, *La teoría egológica. Su problema y sus problemas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

me ocupo con mayor detenimiento de sus ideas⁵. Baste señalar aquí que las sagaces observaciones de Cossio, advierten que toda construcción teórica acerca del derecho, mantiene siempre vínculos insoslayables con la problemática social general. Es decir, con la problemática de la circulación de la ideología, de la construcción del discurso político, de la legitimación y reconducción de las estructuras de poder. Conclusión ésta a la que importantes sectores de la teoría jurídica (comunitaristas, neocontractualistas, críticos, etc.) arriban recién a mediados de los 70 y desarrollan, no pacíficamente, desde entonces hasta la actualidad.

III. EL APORTE DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Como se ha visto antes, Cossio atribuye a Kelsen el enorme mérito de haber concebido la tarea interpretativa, al menos parcialmente, como creación judicial. Repasemos reductiva y esquemáticamente la postura de este último, por ser ella muy divulgada.

Según se adelantara, el gran jurista del siglo XX, criticó las tesis que se inspiraban en la doctrina de Montesquieu y propuso entender la actividad interpretativa del juez, como un acto complejo en el que se conjugaban conocimiento y voluntad, creación y aplicación de la ley. Pensó la norma como un marco abierto de posibilidades. El juez conoce la multiplicidad de opciones que ella le brinda para dar contenido a su sentencia y crea una solución *ad hoc*, cuando escoge una de tales opciones y desecha las otras. En nuestra legislación penal el homicidio simple tiene una pena de ocho a veinticinco años de prisión. Entre ocho y veinticinco años, existen 50.000 posibilidades diversas de condena: ocho años y un día, ocho y dos días... Hay creación judicial, entonces, cuando se escoge una determinada de esas 50.000 posibilidades. Sólo dos actos quedan excluidos de este carácter complejo. El primero, de pura creación, es la hipótesis cognitiva o la ficción, que él llamó *Grümmorm* o norma fundamental. Creación epistémica del jurista a partir de la cual es posible, según Kelsen, dotar de unidad a un sistema de normas, pudiendo así diferenciarlo de otros; y, por otra parte, derivar de ese punto de partida el principio general de validez del ordenamiento en su conjunto. El segundo, de pura aplicación, es el acto mediante el cual la sentencia se ejecuta, a través de la acción de un órgano especializado.

⁵ Ver "Teoría egológica e ideología: los méritos de un pensamiento anticipatorio" (capítulo VIII).

El autor postula la plenitud del orden a partir de concebirlo como un conjunto finito de prohibiciones, más una norma de clausura (todo lo que no está prohibido está permitido). De este modo puede afirmar, que todo acto humano resulta, necesariamente, capturado por la ley como prohibido o como permitido, de modo que no existen las lagunas en el derecho. Siempre podrá encontrarse alguna solución. La idea de laguna no refleja sino la discrepancia del intérprete con la solución ofrecida normativamente. La teoría de las lagunas, sostiene Kelsen, no fue sino un intento de convencer a los jueces de que contaban con menos poder del que efectivamente tenían atribuido, haciéndoles creer que sólo creaban derecho en supuestos excepcionales cuando, en realidad, lo hacían permanentemente.

Como se advierte, sus ideas introducen novedades de envergadura en la teoría y permiten advertir el rol constitutivo del juez en el proceso de concretización normativa. Quedan así cuestionadas las concepciones tradicionales que atribuían a ese rol una función meramente silogística. Sin embargo, en cierto sentido, sorprende que el recurso en el que su argumentación se funda, sea de naturaleza tan elemental. Sobre todo teniendo en cuenta los importantísimos desarrollos que durante el transcurso de todo el siglo XX alcanzan la filosofía del lenguaje, la lingüística, la semiótica, la teoría de la argumentación, la hermenéutica. Me refiero a Wittgenstein, Saussure, Pierce, Barthes, Quaine, Perelman, Gadamer, Ricoeur, entre muchos otros. En efecto, el papel constitutivo de la jurisdicción descansa, según Kelsen, en su prerrogativa de elegir una de las muchas opciones que le plantea la norma, en tanto marco abierto de posibilidades. Sin embargo, más claramente, ese papel resulta de la naturaleza material que constituye el sustrato que la actividad jurisdiccional modela; ese sustrato es lenguaje, textualidad, discurso, que es material seco e inerte sin la intervención del lector, quien habrá de suprimir equivocidad, y atribuirle secuencialidad y sentido. Ése es el aspecto constitutivo (performativo) de la actividad del lector-intérprete, realmente estratégico, según trataremos de exponerlo de manera más amplia párrafos adelante. En otros términos, es más relevante la actividad creativa del juez cuando decide que un sujeto es imputable o que debe atribuírsele culpa o dolo en la producción de determinada conducta, que cuando escoge la condena que a ella debe corresponderle.

Las tesis kelsenianas acerca de la interpretación, siguen teniendo hoy en día importante peso y existen seguidores ortodoxos que incluyen en sus análisis, un cuadro de complejas distinciones y subdistinciones, ciertamente no explicitadas por Kelsen. Ejemplo de ello son los numerosos

ensayos de Ricardo Guastini sobre la materia⁶. Este autor, a pesar de adherir en general a los conceptos del maestro austriaco, introduce criterios propios de la filosofía analítica, con los que intenta superar las críticas más divulgadas dirigidas contra la teoría pura. Algunas de sus conclusiones demandarían un tratamiento crítico que no es ésta la oportunidad para encarar. Sin embargo, me parece de interés subrayar, que Guastini, pese a sus sofisticadas elaboraciones, no trepida en regresar a un lugar común, sobre cuya vacua polivalencia hemos alertado al principio, me refiero a la subsunción. Así, en *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Giuffrè, Milán, 1993), ha sostenido: "Interpretar un hecho significa incluirlo dentro de una cierta clase de hechos, *subsumir* el hecho en una norma o calificarlo según la norma para aplicarle la consecuencia jurídica que ella establece". En un trabajo recientemente publicado en nuestro país (ver *Ideas y derecho*, Anuario de la AAFP, año II, nro. 2, ps. 31 y ss.) insiste en la idea, al caracterizar un tipo de interpretación, entre otros muchos que diferencia: "La interpretación en concreto –o subsunción– consiste en aplicar o no aplicar a un caso concreto la norma previamente individualizada (decidida) en el ámbito de la interpretación en abstracto: en decidir si un caso concreto dado cae o no cae en el campo de aplicación de la norma. La interpretación en concreto, cuando es ejercida por los jueces o por la administración, coincide trivialmente con la aplicación de una norma a un caso concreto".

Hemos citado a Guastini, porque representa una visión *aggiornada* y compleja del pensamiento positivista y analítico. Aunque discrepo radicalmente con sus tesis fundamentales, su trabajo me parece muy serio. La importante formación intelectual que luce, le permite atisbar algunas cuestiones sobre las que sería del caso debatir con mayor profundidad. Por ejemplo, cuando advierte que la interpretación puede pensarse como una actividad mental, pero en ese caso sería materia de análisis psicológico y no de análisis lógico, de modo que dicha actividad debe concebirse –opina– con su exteriorización, como de naturaleza discursiva, esto es, como producto literario. La interpretación sería, pues, la expresión discursiva de una actividad intelectual: sería el discurso del intérprete (conf. *Teoría e dogmática delle fonti* (Giuffrè, Milán, 1998). Y en un texto inmediatamente anterior, afirma que frente a los muchos sentidos acerca de

⁶ Entre libros y artículos ellos suman más de una treintena, específicamente dedicados a la problemática interpretativa. Sobre la obra de R. Guastini remito al muy completo estudio de la Prof. María Concepción GIMENO PRESA, *Interpretación y derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

qué es la interpretación del derecho, cabría sostener que se trata de un análisis del discurso de los intérpretes y que tales discursos constituyen combinaciones muy diversas de enunciados (conf. *Enunciati interpretativi*, Cedam, Padua, 1997).

Con todo, un par de reservas es menester plantear respecto de estas opiniones. En primer término, ellas no explicitan el sentido que atribuyen a la noción de "discurso", que es relativamente problemática por la variedad de contenidos con los que se la usa; en segundo, que reduce, con frecuencia, los problemas que suscita la interpretación de textos a la cuestión de la vaguedad. En su opinión, existe vaguedad tanto en lo que se refiere a las palabras como en lo que se refiere a conjuntos de enunciados. Este criterio controvierte los estándares de uso aceptados e ignora otras dimensiones del análisis lingüístico. En efecto, por lo general se predica vaguedad de las palabras, de los términos individualmente considerados, como sinónimo de incertidumbre denotativa. En los lenguajes naturales, no es tampoco la única incertidumbre que afecta a las palabras, también existen las de naturaleza connotativa (ambigüedad) y la textura abierta (vaguedad potencial). En la interpretación de los textos y no de los términos, los problemas son siempre de otro orden. Se trata de la comprensión del sentido y el análisis lingüístico aporta otras muchas categorías de análisis como, por ejemplo, las de la metáfora, la metonimia o la sínecdoque, denominadas tropos o desplazamientos del significado al interior del discurso, mediante las cuales se reconstruye el sentido de un texto generalmente velado u oculto. La semiótica contemporánea no se despliega como exégesis de textos sino como estrategias que permiten dar cuenta de la significación. En su versión radicalmente antiempiricista (Greimas) implica estudiar la articulación, interna al texto, de significante y significado, como mecanismos que constituyen y transforman un universo social cargado de sentido, prescindiendo de cualquier dependencia externa ontologizada. La realidad no es concebida por la semiótica no referencial como dato preconstituido, sino como el resultado interdiscursivo de distintas estrategias de significación; de modo que, tanto el sujeto como el objeto, resultan así entidades semióticas hechas sólo de lenguaje.

Las muy sucintas referencias anteriores tienen, únicamente, el propósito de poner de manifiesto que los problemas que supone el análisis del lenguaje con pretensión elucidatoria o interpretativa, son de una gran complejidad y que ello aconseja echar mano de construcciones teóricas de correlativa complejidad. Como se verá en el próximo apartado, muchos autores han encontrado acertado recurrir al auxilio de la filosofía

lingüística y de la filosofía hermenéutica, tal como se adelantara en los primeros párrafos de estas notas.

IV. EL DERECHO Y LAS TEORÍAS NARRATIVAS

1. Polémicas en la tradición anglosajona

En 1988, el conocido jusfilósofo belga Jacques Lenoble, por entonces director del Centro de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Louvain, escribió un interesante ensayo en los *Archives de Philosophie du Droit* (nro. 33, ps. 121 y ss.) que tituló "La teoría de la coherencia narrativa en derecho", en el que analizaba el debate entre R. Dworkin y N. MacCormick acerca de la extensión con la que la teoría narrativa podía aplicarse. Tangencialmente daba cuenta de las posiciones sostenidas al respecto por otros dos importantes jusfilósofos contemporáneos, A. A. Armo y A. Peczenik⁷.

Según Lenoble es a través del aporte de Hart que se introduce el paradigma hermenéutico en la filosofía del derecho, tornándose desde entonces recurrente el tema de la coherencia narrativa del discurso, como eje que articula su interpretación. Claro que, como se verá de seguido, esta circunstancia produce un efecto revulsivo en lo que al paradigma epistemológico vigente concierne. Por cierto, la tarea hermenéutica tiene una antigua prosapia y adquiere esplendor en la Edad Media con las tareas de los comentaristas de los textos sagrados, de los filólogos y de los glosadores y postglosadores. Pero la interpretación jurídica moderna no sólo repara en el trabajo de los operadores o aplicadores del derecho, sino también en el de los doctrinarios y teóricos. La articulación de la lingüística y la hermenéutica permite el intento de descifrar el sentido oculto por detrás del sentido aparente, permite ir más allá de lo literal. El lenguaje aparece como material intransparente ligado a expresiones de sentido

⁷ Los textos que cita LENOBLE son, entre otros, los siguientes: *Legal Reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, y "Coherence in legal justification", en *Theorie der Normen*, Dunker und Humblot, Berlín, 1984, de N. MACCORMICK, *The rational as reasonable. A treatise in Legal Justification*, D. Reidel, Dordrecht, 1987, de A. A. ARMO, y "Creativity and Transformations in Legal Reasoning", en *Theorie der Normen...*, cit., de A. PECZENIK. En cuanto a R. DWORKIN menciona de manera principal su trabajo traducido al francés con el título de "La Chaine du droit", *Droit et Societe*, 1985, nro. 1, 1985. Ese texto ha sido publicado en castellano por Uniandes con el título de ¿Cómo el derecho se parece a la literatura?, Bogotá, 2000.

multívoco. Por eso, Paul Ricoeur investiga la hermenéutica como una lógica del doble sentido u "obra abierta"⁸. Sus reflexiones, las de Gadamer o las de H. Arendt, se inscriben en el marco del debate modernidad vs. postmodernidad, propio de la filosofía de fines del siglo XX, acerca de la crisis de la razón o de un modelo de razón, universal, monista, lineal, formal y unívoca. Hay en ese debate la influencia intelectual de Heidegger, Wittgenstein, Derrida y Habermas. Este último postula la crisis de la autofundamentación filosófica clásica de Kant a Hegel, poniendo en cuestión dos presupuestos epistémicos fundamentales: el de la función cognitiva de la conciencia y el de la función representativa del lenguaje. Por eso rechaza las filosofías de la conciencia y las teorías de la elección racional, considerando que representan un criterio de percepción o representación de los objetos, generado por el sujeto que se transforma el mismo en objeto. Defiende en cambio un programa basado en una filosofía pragmática y hermenéutica que produce conocimiento mediado por el lenguaje y destinado a la acción (comunicativa o estratégica). Para esta concepción que, con variantes, incluye a Gadamer, Ricoeur, Apel y muchos otros autores, la hermenéutica resulta un modelo intersubjetivo de comunicación y comprensión de sentido que constituye la base de todo discurso racional y fundado.

En el plano de la jussfilosofía, tales desarrollos importan una cierta precarización de las garantías fundacionales del razonamiento jurídico que ya no pueden encontrarse en los juegos axiomáticos, ni en las fórmulas lógicas, sino en las arduas y relativamente inciertas reconstrucciones de sentido. Como se verá con mayor detalle en el próximo apartado, el estudio de las estructuras narrativas viene a ofrecer su aporte a la literatura, pero también a la historiografía y a la ciencia jurídica. De este modo, la interpretación y aplicación de la ley comienza a percibirse como actividad performativa, cuya instancia de justificación final se asocia al cuadro de intersubjetividades en el que ella se inscribe. Por eso, R. Dworkin sostiene que *la coherencia narrativa funciona como el principio de aceptabilidad racional que regula la experiencia jurídica*, lo cual implica poner en cuestión el proyecto meramente descriptivo del positivismo jurídico y al mismo tiempo afirmar la posibilidad de una teoría de la verdad moral.

Sin cuestionar su adhesión al criterio de la coherencia narrativa, sobre el cual volveremos, MacCormick le reprocha no percibir que en realidad la justificación legal está sometida a dos test de coherencia y no a

uno solamente. Por un lado, sostendrá, al de la *coherencia normativa*, que fundará la selección de una norma o de un subconjunto de normas; por el otro, al de la *coherencia narrativa*, que deberá construirse como inferencia razonable a partir de la evidencia. Al mismo tiempo, MacCormick distingue el concepto de coherencia del de consistencia. Un conjunto de proposiciones es consistente si cada una de ellas —dice— puede ser afirmada sin contradicción, con cualquiera de las otras que forman el conjunto. Mientras que será coherente si todas las proposiciones que lo integran, conforman sentido en su integralidad. De este modo la coherencia de las normas conformarán sentido, mientras que la coherencia narrativa aludirá al conjunto de reglas, de proposiciones normativas y de valores y principios que aseguren una representación no contradictoria de cierta forma de vida deseada. Los dos modos de coherencia se conectan pero preservan una diferencia: la coherencia narrativa tiene que ver con la verdad o la posibilidad de verdad respecto de los hechos. No es en cambio posible un razonamiento análogo para la coherencia normativa (porque las normas son mandatos, y por ello, ni verdaderos ni falsos). La coherencia, concluirá, es siempre asunto de racionalidad, pero no siempre de verdad.

Como es sabido, Dworkin adopta el que denomina punto de vista interno de los participantes en la argumentación jurídica, entre los que destaca principalmente el rol del juez. Condena a las "teorías semánticas" del derecho que, como el positivismo, el jurnaturalismo y el realismo, parten de la suposición de que los juristas y, consiguientemente, ellas mismas, manejan criterios de uso lingüístico que les son comunes y que los conceptos que dichos criterios delinean, se conectan directamente con circunstancias fácticas. Tal suposición conduce a otra: la de que sus únicas controversias son empíricas y se refieren a la relación entre los conceptos empleados y los hechos relevantes. Es decir, que las discrepancias son, básicamente, verbales o semánticas. Él sostiene, en cambio, que además y principalmente, las controversias son significativas. Se refieren, en lo importante, a aquellos fundamentos teóricos o principios, que justifican la acción coercitiva del Estado. Y no se trata tan sólo de la identificación de un texto aplicable, sino del establecimiento de su sentido correcto (o verdadero) que debe producirse interpretativamente, a través de una práctica específica, cuya finalidad es deducir de los principios de justicia, equidad y debido proceso la práctica legal de la comunidad. Claro que tal concepción descansa en principios liberales y democráticos que el autor no pone en discusión porque son los vigentes, según estima, y acerca de los cuales escribe. En particular los de Estados Unidos y el Reino

⁸ El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica, FCE, México, 2003.

Unido. Ahora bien, la filosofía del derecho, que también es una práctica interpretativa porque tiene por objeto una práctica interpretativa (el derecho), debe encontrar los principios y la teoría normativa, que se adecuen a las instituciones existentes y que sean, además, los mejores en términos valorativos. En tanto práctica cognitiva, ella transforma la práctica sobre la que se despliega. Existen tres etapas en la tarea interpretativa: la primera, preinterpretativa, identifica las prácticas interpretativas y sus reglas; la segunda, ya propiamente interpretativa, selecciona los principios que justifican la práctica; y en la tercera, postinterpretativa, la práctica se transforma al tomar en consideración la justificación de la etapa anterior. Si se usa un criterio interpretativo, el positivismo sostendrá un punto de vista convencionalista acerca de la práctica; el realismo un punto de vista pragmático. Dworkin, en cambio, propone un criterio de "integridad", el cual supone reconocer un conjunto de principios que muestran que la comunidad comparte dicho valor de integridad o integración. Ese valor determina la forma de una compleja operación que produce la mejor adjudicación (aplicación) del derecho, es decir, la única respuesta correcta que éste contiene y que sólo podrán identificar, quienes estén comprometidos en una actitud íntegra, que consiste en alcanzar su mejor interpretación moral.

Este elemental resumen de las ideas fundamentales del autor de *El imperio de la justicia* se expone a efectos de mostrar de qué modo ellas se enriquecen con la vuelta de tuerca que Dworkin realiza en el trabajo citado en nota 6, sobre el que volveremos más adelante.

2. Otras perspectivas narratológicas

Los aportes de la lingüística, junto con el de otras disciplinas, han servido para romper en las últimas décadas el aislamiento clásico de los estudios jurídicos. Ellos han prestado a la primera, como no podía ser de otro modo, prevalente atención. Fueron de notable repercusión las investigaciones acerca de los lenguajes naturales y las incertidumbres comunicativas que ellos producen. En los últimos años, esa atención se dirige, como expusieramos más arriba, no sólo al "problema de las palabras" sino también al de los textos, unidades de sentido más complejas, estudiadas igualmente desde distintos enfoques: semiológicos, hermenéuticos, literarios. Muchos autores contemporáneos, pertenecientes a las más diversas escuelas y concepciones, insisten en subrayar los vínculos existentes entre el discurso jurídico y el discurso literario. Nos hemos referido a

algunos de ellos en el apartado anterior. Cabe sumar a los ya mencionados, por ejemplo, a S. Fish, B. Jackson, R. Posner, E. Landowski, F. Ost, M. Van der Kerchove, J. Calvo González, D. Carzo, M. Nussbaum, R. Keveson, y R. West. Entre nosotros a Enrique Marí, Claudio Martyniuk y Felipe Fucito. En Colombia se destacan las investigaciones críticas de la profesora de la Universidad Javeriana de Cali, Dra. Beatriz Espinosa Pérez.

Se trata, en muchos de estos casos, de mostrar los posibles enlaces entre el derecho y la literatura, entendida ésta en su sentido más amplio, es decir, como relato, novela, crónica o narración. Un enlace externo, cuando el relevamiento concierne a "estudios culturales" o socio-semióticos, en el sentido de que el derecho se refiera a la literatura cuando produce normas y regula conductas acerca de cuestiones autorales, o de que la literatura se refiera al derecho cuando toma a éste como sustancia de la trama, como en el caso de *El proceso*, de F. Kafka.

Desde la teoría jurídica, lo que importa es otro tipo de articulación, una articulación "interna" como la denomina B. Van Roerdmund⁹, que permite descubrir notables analogías, en el proceso de producción discursiva del derecho, por una parte y de la literatura, en sentido amplio, insistentes, por la otra.

Una analogía compleja y multidimensional. Una sentencia es un acto de naturaleza jurisdiccional, instituido por quien posee *imperium*. Sin embargo, se organiza como discurso, del mismo modo que el relato, la crónica o la narración se organizan como discurso. Y, pasada en autoridad de cosa juzgada, esto es, devenida irrevisible por algunos de los efectos ficcionales que el derecho acoge como demanda técnica, constituye la realidad jurídica de un modo muy semejante al que el novelista constituye la "realidad" de sus ficciones, o el cronista la de su crónica, al privilegiar algún dato, descartar otro, hipotetizar un tercero.

No se afirma por ello, que exista analogía entre ficción y realidad. Se señala que la "realidad" está socialmente construida, sobre todo la que llamamos "realidad social", que es siempre una realidad interpretada. La realidad social es el resultado de la interacción humana precariamente estabilizada, cuyos sentidos se establecen en el intercambio comunicativo entre los individuos. Pero, como es sabido, la comunicación es un proceso difícil y falible: por la heterogeneidad existente entre emisores y receptores y por las incertidumbres generadas por el medio empleado: lenguajes, signos, símbolos.

⁹ Ver van ROERDMUND, B., *Derecho, relato y realidad*, Tecnos, Madrid, 1997.

Se sigue que la decodificación del mensaje por parte del receptor, o el establecimiento de sentido acerca de palabras o textos, por parte del intérprete, no sea operación de resultado unívoco, como ocurriría con la operación matemática. Los mensajes o los textos no nos dicen cualquier cosa, pero en muchas oportunidades nos dicen varias cosas distintas. Encierran diversos significados, todos plausibles. De allí que la tarea del intérprete sea, en la mayor parte de los casos, no sólo imprescindible sino, al mismo tiempo, constitutiva (performativa). El mensaje, el texto, adquiere su sentido adecuado, a través del acto hermenéutico del receptor/intérprete. Ello explica —entre otras razones— por qué, casos muy similares, son resueltos por distintos jueces de manera diversa y, a pesar de ello, sus sentencias resultan igualmente válidas.

Veamos el ejemplo de un texto que acepta diversas lecturas: la frase "todos los hombres son hermanos, como Caín y Abel" permitiría al menos las siguientes: i) ella afirma que todos los hombres se reconocen como pertenecientes a un mismo género y que ese reconocimiento importa solidaridad. Aquí la historia en particular de los hermanos aludidos no interesa, sino el hecho conocido de que, efectivamente, eran hermanos. ii) O, ella afirma que todos los hombres son hermanos porque una pareja originaria funciona como referencia ancestral. En este caso los hermanos aludidos verifican el aserto. iii) O, ella afirma, escépticamente, que no existen relaciones de solidaridad y reconocimiento y que el hombre es el lobo del hombre. En este caso, la historia particular de los hermanos es la que cobra singular significación. El texto adquiere sentido por referencia a otro texto. (Este fenómeno es también estudiado por la semiología bajo la denominación de "intertextualidad", v.gr.: Bajtin, Kristeva y otros.)

La problemática expuesta hasta aquí es sólo una de las múltiples dimensiones del asunto que nos ocupa, cuyo tratamiento exhaustivo demandaría un intento diferente al de estos apuntes. Permitásenos, sin embargo, siquiera de manera elemental, aludir a otra de esas dimensiones, ciertamente vinculada con la cuestión de la intertextualidad. Nos referimos a las relaciones entre lenguaje y metalinguaje, obra y crítica literaria, derecho y doctrina (teoría). Se trata de relaciones establecidas entre unos textos que aparecen como objeto de reflexión de otros textos, los cuales se refieren a los primeros para ordenarlos, explicarlos, desentrañarlos, comprenderlos, estimarlos. Si esa relación se mira desde una perspectiva sincrónica, es decir, como acto único e irrepitable, los términos que la integran mantienen su independencia. Si, en cambio, se aprecia desde una perspectiva diacrónica, introduciendo el factor tiempo y en-

tendiéndola como un proceso, los términos que la componen se coimplican y sobredeterminan mutuamente. Un ensayo crítico descubre, pone en evidencia, aspectos no apreciados antes en una obra determinada, suponemos una novela. Ella aparece desde entonces resignificada. Esa nueva comprensión de la novela, influye, a su vez, sobre la siguiente mirada crítica que sobre ésta o aun otra novela, se realice más tarde. Así, ambos niveles interactúan y se modalizan. Una cosa semejante ocurre cuando el jurista o el doctrinario introduce interpretaciones novedosas y aceptadas acerca de normas generales o individuales. Las resignifican y así resignificadas constituyen otro objeto de reflexión, distinto del que constituían antes, para las sucesivas lecturas hermenéuticas¹⁰. Esta circulación (circularidad) del sentido, no es viciosa sino virtuosa. En el caso literario ensancha y profundiza el horizonte temático; en el caso del derecho, permite su actualización y adecuación a nuevas situaciones fácticas que, es sabido, se modifican en nuestra época con incesante vertiginosidad.

Admitido lo anterior, debe concluirse que las disciplinas que se ocupan del lenguaje, de la comunicación, de los signos, del sentido, del discurso, pueden proveer a los juristas insumos de considerable valor para actualizar y profundizar sus estudios, tanto como para problematizar (saludablemente) las matrices teóricas que emplean, las cuales lucen, muchas veces, obsolescencias seculares.

Como las relaciones entre derecho y narración son tan vastas los autores antes invocados han elegido algunas y desechado otras o han enfatizado los aspectos considerados más productivos. Repasemos someramente algunos casos.

3. Algunos usos de la perspectiva en análisis

3.1. Desde una posición que se vincula con la tradición latinoamericana de las teorías críticas, aunque con fuerte influencia de las ideas de Pierre Bourdieu, Beatriz Espinosa Pérez cuestiona lo que denomina el núcleo normativo, formal, objetivo, jerárquico, patriarcal y neutro del derecho tradicional, con la intención de renovar las prácticas internas y las interacciones con otros campos de saber, con el propósito de lograr mayor justicia material y democracia real. Una de las formas de que el

¹⁰ En el mismo sentido ver GARCÍA AMADO, Juan A., "Sobre los modos de conocer el derecho", *Doxa*, Madrid, 1992, nro. 11.

derecho sirva otros fines, posea otros usos, afirma, es interrogándolo a través del análisis narratológico de los discursos que produce. Sostiene la autora: "El jurídico y el literario son campos sociales discursivos, de producción significativa y actividad interpretativa... Hay que renovar el relato, su narración, la forma en que se nombra a los personajes y permitir que aparezcan los que han sido silenciados... El que cuenta, 'da cuenta' de una sociedad. Derecho y literatura cuentan como actividades fundadoras, porque las sociedades se fundan en la medida en que se cuentan. Existen las narraciones orales que cuentan y cimientan el nacimiento de un grupo social y se narran los acuerdos de reglas fundantes para que la comunidad conozca los límites. Así, la Constitución política de un país es la narración jurídica fundante"¹¹. En su ensayo, la profesora colombiana realiza un pormenorizado relevamiento de algunos importantes *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que, en la estela de la reforma constitucional de 1991, viene produciendo jurisprudencia innovativa en aspectos de enorme trascendencia; v.gr. violencia y libertad sexual, derecho indígena, cuerpo e indefinición genital, cuerpo y salud, autonomía procreativa y otros.

3.2. Juan Antonio García Amado, el joven y prestigioso catedrático de la Universidad de León (España) define el derecho del siguiente modo: "Precisamente lo que aquí pretendo sostener es que el derecho es un producto social que se constituye en el seno de la comunicación lingüística y su correspondiente reflejo en el imaginario social. Con un fórmula un tanto paradójica, me atrevería a decir que, bajo esta óptica, el derecho es lo que se dice sobre el derecho. Y si esto es así, si el objeto del derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de él, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante. Y esto vale lo mismo para el discurso dogmático que para el discurso de las ciencias sociales sobre el derecho; lo mismo, como trataré de nuevo de fundamentar más adelante, para las afirmaciones que sobre el derecho se realizan desde los llamados, desde Hart, puntos de vista interno o externo. Únicamente aquel discurso que se pueda acreditar como perfectamente irrelevante en cuanto a su repercusión o sus consecuencias sobre

¹¹ Ver "Una mirada crítica a las narraciones en el campo jurídico", ponencia presentada en el Primer Congreso Latinoamericano de Justicia y Sociedad, Bogotá, octubre de 2003.

el objeto del derecho, sobre el que versa, se podrá entender como externo o carente de una dimensión de relevancia jurídica"¹².

3.3. Ronald Dworkin, según ya se adelantara, ha escrito un célebre ensayo que se titula "Cómo el derecho se parece a la literatura"¹³. "...Propongo pues –dice– que podemos mejorar nuestra comprensión del derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en particular en la literatura" (p. 143). Sostiene la tesis de que los jueces actúan como narradores que tienen a su cargo producir un texto. Éste, ya tiene un comienzo que otros jueces han escrito; al capítulo que a él le corresponda producir, le seguirán otros capítulos, escritos, a su vez, por otros jueces. Su libertad creativa de intérprete, resulta así acotada, porque no puede ignorar el entretendido lógico-argumentativo que lo precede, ni dejar de hacerse cargo –al menos en algún sentido– del que lo sucederá. El deber del juez será el de interpretar la historia que encuentra, que es dada a su intervención y no inventar(se) una historia mejor. Sin embargo –admite Dworkin– no hay fórmulas algorítmicas que permitan encontrar la solución adecuada. Ella estará orientada –según su conocido punto de vista– por la combinación de normas, principios y valores políticos que permitan la realización de ciertas finalidades sociales y no de otras. El derecho, entendido como una práctica interpretativa será, en su opinión, "... una cuestión profusa y profundamente política". En el ensayo de referencia destaca el isomorfismo existente entre la tarea del crítico literario y la del jurista. El primero, en cuanto intérprete, debe exhibir –sostiene– la lectura o clave o dirección que, de mejor manera, revele al texto como una verdadera obra de arte. Claro que la hermenéutica literaria no es tarea unívoca y que habrá muchas maneras posibles de llevarla a cabo. Sin embargo, ninguna de ellas podrá, al menos válidamente, adulterar la obra original. Hamlet podrá ser pensado como un esquizofrénico, o como un edípico, pero no como un personaje ligero o banal. El juez o el jurista que interpreta, también tiene la limitación de no adulterar el material que analiza: declaraciones de los testigos, confesiones de las partes, alegatos de los abogados, normas aplicables, dictámenes periciales. Por eso, sostiene: "...la opción respecto a cual de los varios y distintos sentidos posibles que pueden estar detrás de la intención del vocero o de la legislación es el correcto, no puede remitirse a la intención particular de nadie y debe ser decidida, por quienquiera que esté encargado, como un asunto de teoría política" (p. 169). Tanto en tér-

¹² GARCÍA AMADO, J. A., "Sobre los modos...", cit.

¹³ Ver *La decisión judicial. La polémica Hart/Dworkin*, Uniandes, Bogotá, 1997.

minos literarios como jurídicos, desecha las tesis intencionalistas (que procuran encontrar la intención del autor), para privilegiar visiones más estructurales o más holísticas. Afirma: "Y por supuesto, hoy por hoy, es una vieja verdad establecida en la sociología de la literatura, y no sólo en la contribución marxista a esta disciplina, que el modo o la moda en el arte de la interpretación siempre ha sido muy sensible a, y expresa en sí misma, estructuras políticas y económicas más amplias" (p. 178).

3.4. El crítico y filósofo inglés Terry Eagleton¹⁴, sin inmiscuirse en el tema del derecho, ha realizado un revelador análisis del proceso de evolución metódica de la crítica literaria, cuyos parentescos y similitudes con los criterios clásicos de la interpretación jurídica, resultan inmediatamente obvios. En un primer momento, sostiene, interpretar el sentido de una obra consistía en "descubrir" la intención del autor. Así, para entender las complejidades del alma de Raskolnicoff y su acto criminal, era preciso bucear en las agonías existenciales del autor de *Crimen y castigo*. O para entender si la sonrisa de "La Gioconda", era producto de su temperamento enigmático o de una tara congénita, resultaba necesario conocer la relación de la modelo con Leonardo y si acaso, este último, poseía un genio descriptivo o irónico. Después vino otro tiempo, en el que la obra de arte se independiza de su autor. Ya no importa la intención originaria. La obra adquiere sentido como unidad, como totalidad, como estructura. Es su equilibrio, la articulación de cada una de sus partes, la que la dota de significación. Es el tiempo del estructuralismo. Uno de sus más caracterizados representantes, Roland Barthes, decía que el autor había muerto, lo sobrevivía el escritor, el pintor, etc. Por último, se produce lo que Eagleton reconoce como la "rebelión del lector"; la obra está abierta a múltiples sentidos (U. Eco), los que en buena medida se constituyen a través de la "mirada" (lectura/interpretación) que sobre ella se despliega. Por eso, cuando leemos un libro más de una vez, mediando tiempo significativo entre un acto de lectura y otro, no conseguimos leer el mismo libro. Somos dos lectores distintos. También por eso, *El nombre de la rosa*, para volver a Eco, es un texto con muchas lecturas posibles y distintas: como novela histórica o filosófica o policial o religiosa.

¿No es posible encontrar en estos momentos de evolución de la crítica literaria, una franca correspondencia con el predominio de la exégesis, del método sistemático o de la interpretación creativa de los jueces (de H. Kelsen a J. Frank, de K. Larenz a F. Ost) respectivamente?

¹⁴ EAGLETON, Terry, "La rebelión del lector", *Punto de Vista*, Buenos Aires, 1985, nro. 24.

3.5. Marta Nussbaum, la notable filósofa norteamericana, en un bello libro que se denomina *Justicia poética*¹⁵ propone que la imaginación literaria que exalta las emociones y los sentimientos debe impregnar, aunque no reemplazar, las reglas que rigen el razonamiento jurídico y moral. "...una ética de respeto imparcial por la dignidad humana no logrará—afirma—comprometer a seres humanos reales, a menos que éstos sean capaces de participar imaginativamente en la vida de otros, y de tener emociones relacionadas con esa participación. ...Aunque estas emociones tienen limitaciones y peligros, y aunque su función en el razonamiento ético se debe circunscribir cuidadosamente, también contienen una vigorosa aunque parcial visión de la justicia social y brindan poderosos motivos para la conducta justa" ("Prefacio").

3.6. Un punto de vista similar expone el destacado epistemólogo y filósofo francés Edgar Morin. Poco tiempo atrás Morin, de paso por Buenos Aires, fue reportado por nuestro colega Claudio Martyniuk, para el diario *Clarín*. Ante una pregunta acerca de si la ciencia era la única forma legítima de acceder al conocimiento, contestaba: "Me parece que la ciencia es un modo de conocimiento que tiene su valor, su modo de verificación y su búsqueda de objetividad, pero también sus limitaciones... Las ciencias sociales no pueden revelar las vidas personales, los sujetos con su ambiente, sus pasiones, el odio, el amor. Pienso que si queremos comprender el mundo humano, la literatura es fundamental. A través de las novelas se pueden entender las distintas formas del amor y la ambición, su papel central en nuestra sociedad. La obra de Proust es un ejemplo de un modo de conocimiento más sutil. Y también la poesía, que nos hace comunicarnos con la cualidad poética de la vida. En mi concepto, la vida es una alternancia de prosa y poesía... Pienso que no hay un solo conocimiento que no tenga valor. El que se verifica a través de las artes, de la literatura es un conocimiento más difícil, con más incertidumbres, pero concierne más fundamentalmente a las personas"¹⁶.

Según se verá, otros autores también comparten tal perspectiva epistémica.

3.7. Bert Van Roerdmund¹⁷ explica que, cuando el relato se ocupa del derecho, muestra la imagen que la sociedad tiene de sí misma, como orden social más o menos justo. De este modo, lo narrativo determina (constituye) como imagen autorreferencial, una cierta forma de conocimiento.

¹⁵ NUSSBAUM, Marta, *Justicia poética*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.

¹⁶ Diario *Clarín*, "Suplemento Zona" del 30/1/2000.

¹⁷ VAN ROERDMUND, B., *Derecho...*, cit.

Es este autor, quien con mejores recursos pone de manifiesto que la precedencia lógica del acontecimiento por sobre el relato no se altera o invierte sólo en la literatura. Ello también acontece en el derecho porque, en buena medida, el discurso del derecho, se organiza a través de múltiples relatos y, como se explica más adelante, ese género ha superado el recurso al uso del tiempo cronológico. El tiempo del relato es discontinuo y recursivo. En el próximo y final apartado, intentaremos, desde nuestra perspectiva, pero sin renunciar a apoyarnos en algunas ideas de Van Roerdmund, una explicitación acerca del postulado isomorfismo entre la producción del discurso literario y la del discurso jurídico.

Las conclusiones, si resultaran acertadas, deberían generar efectos pertinentes en dos ámbitos especialmente importantes de la teoría. En primer término, en el que concierne a la base epistemológica que reclama el derecho complejo de las sociedades actuales y, en segundo término, en el de la problemática de la interpretación y el modelo de razonamiento judicial vigente.

4. Conclusiones

En la trama del derecho existen, entonces, múltiples relatos, algunos más escondidos que otros, que los operadores jurídicos —en especial los jueces— deben desentrañar y, para ello, comprender. Pero, he aquí el problema y el desafío. La comprensión (*verstehen*) constituye una de las tradiciones epistémicas más relevantes en relación con las ciencias humanas y sociales, desarrolladas desde mediados del siglo XIX, hasta el presente. Una tradición que evoluciona y se transforma permanentemente y que contiene en su seno autores tan significativos como Dilthey, Weber, Schutz, Winch, Gadamer, Davison, Ricoeur y otros. Todos ellos, ofrecen perspectivas de análisis interesantes y al propio tiempo, disímiles.

Para Dilthey, comprender implicaba ponerse en el lugar de otro, recrear el clima de época y el contexto de la acción estudiada. Alcanzar así un estado de "empatía" entre el investigador y lo investigado. Para Weber era preciso alcanzar un mayor grado de objetivación. Proponía la creación de arquetipos o "tipos ideales" de conducta, para compararlos con las conductas reales y poder comprender éstas, en su distancia o desviación respecto del modelo. Schutz introdujo la fenomenología de Husserl, haciendo hincapié en el proceso de socialización que hace de cada individuo un sujeto semejante a su grupo de pertenencia y con ello, inteligible su conducta para el grupo. Winch aporta el giro lingüístico, postulando

do que la conducta social es aprehensible a partir de los procesos de socialización lingüística. Trae, así, al campo de las ciencias sociales, la filosofía del segundo Wittgenstein. Gadamer funda el proceso comprensivo en la hermenéutica, describiendo la tensa y conflictuante relación entre texto y lector, superada en la síntesis interpretativa. Basten estos ejemplos, no exhaustivos, para exhibir la riqueza y complejidad del proceso que apuramos bajo la idea de comprensión. Todos estos puntos de vista, agregan algo para la comprensión de la "comprensión". Habría que sumar aun a este campo de complejidad y riqueza conceptual, los aportes de la semiología, la teoría del discurso y el psicoanálisis. Con todo ello, tomar razón de la variedad y profundidad de las transformaciones que organizan los horizontes de sentido de la postmodernidad o, dicho de otro modo, la heterogeneidad caleidoscópica que constituye el universo de nuestras representaciones, en tanto seres humanos situados aquí y ahora.

Los fenómenos se han tornado más complejos y los instrumentos para explicarlos y comprenderlos no pueden sino acompañar esa complejidad. Los juristas —tanto como el resto de los científicos sociales— no deberían seguir conociendo con las mismas categorías de las que se valían veinte o treinta años atrás (siendo que a menudo lo intentan con las de hace siglos).

Detengámonos en la materia narrativa. Si fuera cierto, como se afirmó más arriba, que en la trama del derecho (del proceso, por ejemplo) existen múltiples relatos (el de las normas, el de los acontecimientos descriptos por las partes o los testigos, el de los peritos, los abogados, los doctrinarios o los jueces) debemos contar, entonces, con recursos conceptuales (teóricos) que nos permitan entenderlos, descifrarlos, tomarlos consistentes, según la perspectiva en la que estemos ubicados en el juego (el juego del proceso), en cada caso concreto. La teoría literaria enseña que la narrativa moderna rompe con la linealidad histórica, reorganizando el tiempo de manera fragmentaria, discontinua y recursiva. En el proceso judicial pasa otro tanto, el tiempo va y vuelve. Cada "hablante" organiza el tiempo de su relato según su propia disposición, de atrás hacia delante, del medio hacia el final, para volver al principio. Es sólo la conclusión, el "punto de cierre" de su discurso, lo que atribuye sentido definido a la secuencialidad elegida. El intérprete tiene que tener la posibilidad de "comprender" y atribuir sentido a la heterogeneidad temporal de los relatos a riesgo, en caso contrario, de que resulten para él, inextricables o patológicos.

La literatura y también la epistemología contemporánea rompen, además, con el representacionalismo como modo (excluyente) de conocer. Durante mucho tiempo se pensó que acceder a lo real implicaba re-

presentarlo, como *proyección* hacia el mundo interior y como *reflejo* hacia el mundo exterior. La epistemología de las ciencias sociales piensa hoy a la representación, sólo como momento de un proceso cognitivo más complejo. Alfred Schutz¹⁸ sostendría que lo real puede aprehenderse sólo como representación (abstracción) de la suma total de perspectivas desde las cuales lo real es observado. Dicho de otro modo, ninguna "mirada" unilateralmente considerada, puede dar cuenta de toda la realidad. La realidad se constituye socialmente, como suma y articulación del conjunto de "miradas" posibles. En ese respecto, la literatura pone de manifiesto de manera ejemplar, cómo la trama se despliega siempre desde algún lugar, desde algún punto de vista. Y tanto la semiología, cuanto el psicoanálisis, advierten que aquella contiene múltiples sentidos, que se enhebran y articulan según puntuaciones que se producen desde una hermenéutica constitutiva. Esto es, desde una interpretación que ordena las secuencias de los significantes y los significados, para elegir algunos de los múltiples sentidos implicados en la trama. La trama de la novela, de la crónica o del proceso.

Un ejemplo puede ayudar a entender lo que a primera vista parece algo engorroso. La oración: i) "se casaron y tuvieron hijos", es bien distinta de la oración: ii) "tuvieron hijos y se casaron". Entre i) y ii) no median sólo secuencias temporales diferentes, median connotaciones morales y jurídicas bien distintas. Las concepciones generales vigentes, las ideologías, los valores, determinan las interconexiones significativas de los textos y de los relatos y tales concepciones generales son las que se dinamizan a través de la actividad del intérprete, que en ningún caso es solipsística, sino social. No hay un intérprete, sino multiplicidad de intérpretes. Porque su interpretación es social, el intérprete es un sujeto sujetado. Tiene libertad, pero también límites. El relato sobre un hecho acaecido resulta de un material disperso, desordenado y caótico. Quien ordena ese material (novelista, cronista, jurista) selecciona, ordena, desecha, omite (y agrega). La plausibilidad fáctica de los acontecimientos descriptos, depende en gran medida de la coherencia narrativa. Pero no sólo de su coherencia interna, sino también de su coherencia con los otros relatos (representaciones, ideologías, valoraciones, precedentes) que circulan en el espacio público de la comunicación.

He aquí algunas relaciones significativas, algunos "descubrimientos" temporales o cognitivos, que alcanzamos cuando abrimos nuestra reflexión

"idiosincrática" de juristas, hacia otras reflexiones disciplinarias y nos permitimos romper nuestro aislamiento autológico. En los párrafos precedentes hemos procurado plantear problemas y no ofrecer soluciones; lo que podría no ser poco si fuera cierto, como dice Popper, que el conocimiento siempre comienza por un problema.

Baste destacar, para finalizar, dos de las conclusiones que recorren estas páginas: i) entender desde una matriz problemática, el modo en que los discursos sociales producen sentido, es un modo de entender como (re)producen "sociedad", es decir, consenso, legitimidad, poder, ideología (conf. Teun van Dijk)¹⁹; y ii) la semiología y la teoría del discurso, pueden ser de sustancial ayuda para la investigación teórica en el campo del derecho, a condición de renunciar a las tradicionales visiones reduccionistas, que lo conciben como pura esencia o como pura normatividad, para comenzar a comprenderlo en su dimensión social y en su complejidad estructural.

¹⁸ SCHULZ, Alfred, *La construcción significativa del mundo social*, Paidós, Madrid - Buenos Aires, 1993.

¹⁹ Ver VAN DIJK, Teun, *Ideología*, Gedisa, Barcelona, 1993.

